

Festschrift für Ralf Vieregge
zum 70. Geburtstag



Paul Bringer

Festschrift für
RALF VIEREGGE
zum 70. Geburtstag
am 6. November 1995

herausgegeben

von

Jürgen F. Baur · Rainer Jacobs
Manfred Lieb · Peter-Christian Müller-Graff



1995

Walter de Gruyter · Berlin · New York

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier, das die US-ANSI-Norm
über Haltbarkeit erfüllt.

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Festschrift für Ralf Vieregge zum 70. Geburtstag am
6. November 1995** / hrsg. von Jürgen F. Baur ... – Berlin ; New York
: de Gruyter, 1995
ISBN 3-11-014561-8
NE: Baur, Jürgen F. [Hrsg.]; Vieregge, Ralf : Festschrift

© Copyright 1995 by Walter de Gruyter & Co., D-10785 Berlin.
Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany
Satz und Druck: Saladruck, D-10997 Berlin
Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer GmbH, D-10963 Berlin

Vorwort

Am 6. November 1995 vollendet *Ralf Vieregge* sein 70. Lebensjahr. Freunde, Kollegen, Wissenschaftler und Weggefährten haben sich zu diesem Anlaß zusammengefunden, um ihn mit einer Festschrift zu ehren.

Ralf Vieregge zählt zu den herausragenden Anwaltpersönlichkeiten der Nachkriegszeit. Sein unermüdliches Engagement für das Recht und für seine Mandanten, seine immer wieder bewiesene kollegiale Hilfsbereitschaft, die brillante Schärfe seines Verstandes und vor allem seine gewinnende, stets auf Ausgleich bedachte und in sich ruhende Persönlichkeit faszinieren jeden, der ihm begegnet, der mit ihm zu tun hat, der seinen Rat sucht, der das Glück hat, mit ihm als Partner, als Kollege oder auf anderer Ebene zusammenzuarbeiten. Wer ihn in Diskussionen und in Gesprächen erlebt – als Mandant, als Mitsreiter, aber auch als Gegner –, kann sich dem Zauber seiner Persönlichkeit nicht entziehen.

Geboren am 6. November 1925 als Sohn eines Gießerei-Direktors in Lorenzdorf/Schlesien verbrachte er seine Jugend in Lorenzdorf und Niesky und diente in den letzten Kriegsjahren als Oberfähnrich zur See in der Marine. Nachdem er aus Kriegsgefangenschaft entlassen wurde, nahm er im Sommersemester 1947 das Studium der Rechtswissenschaften und der Betriebswirtschaftslehre an der Universität Mainz auf und wechselte später an die Universität Köln, wo er bei Prof. Dr. Nipperdey zum Doktor juris utriusque promovierte. Schon während seiner Referendarzeit entdeckte er seine Liebe zum Anwaltsberuf und begann im Mai 1956 als Anwaltsassessor in der damals auf gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht spezialisierten Praxis von *Ludwig Heydt*, der gleichzeitig Generalsekretär der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Grüner Verein) war. Von *Heydt* übernahm er im September 1969 das Amt des Generalsekretärs des Grünen Vereins und blieb dies 23 Jahre lang bis zum Oktober 1992. In dieser Zeit hat er in vertrauensvoller und glücklicher Zusammenarbeit mit den Präsidenten des Grünen Vereins – *Robert Ellscheid*, *Walter Oppenhoff* und *Karlheinz Quack* – den Grünen Verein zu einer Institution geformt, die die Interessen aller am gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht Interessierten und damit Befäßen in eindrucksvoller Weise gebündelt und nachdrücklich und mit großem Erfolg vertreten hat. Der sachkundige Rat des Grünen Vereins, seines Vorstandes, seiner Fachausschüsse und seiner herausragenden Mitglieder – unter ihnen die Richter des I. und des X. Zivilsenates des Bundesgerichtshofs, die Richter der Fachsenate der Oberlandesgerichte und der Fachkammern der

Landgerichte, die Richter am Bundespatentgericht – wird seit Jahren von den zuständigen Ministerien, insbesondere vom Bundesjustizministerium gerne und mit Achtung in Anspruch genommen. In zahlreichen Gesetzesvorhaben, die während der Tätigkeit von *Ralf Vieregge* als Generalsekretär des Grünen Vereins realisiert worden sind, spiegeln sich die Ratschläge und Empfehlungen des Grünen Vereins wider. Für diese Leistung ist *Ralf Vieregge* im Juli 1991 von dem Bundespräsidenten das Große Bundesverdienstkreuz des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland verliehen worden.

Seine unermüdlichen Aktivitäten, seinen Weitblick und seinen Ideenreichtum hat er auch in den Dienst seiner Sozietät gestellt. Er war es, der die zunächst relativ kleine, auf gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht spezialisierte Praxis von *Ludwig Heydt* zu einer der führenden Anwaltskanzleien des Rheinlands aufgebaut hat, und auf seine Initiative gehen die Erweiterung der Praxis durch Fusionen mit anderen Kanzleien und die schließliche Gründung der überörtlichen Sozietät *Gaedertz Vieregge Quack Kreile* zurück, die heute zu den großen überörtlichen Sozietäten in Deutschland gehört.

Die Beiträge dieser Festschrift reflektieren fast alle Facetten des ungewöhnlich vielseitigen und erfolgreichen Berufslebens von *Ralf Vieregge*. Die zahlreichen Beiträge auch von Wissenschaftlern belegen, daß der Jubilar auch auf dem akademischen Feld großes Ansehen und eine hohe Reputation genießt. Sein loyaler und unabhängiger Rat wird auch von vielen Unternehmen genutzt, denen er als Beirat oder Aufsichtsrat dient.

Die Autoren und die Herausgeber der Festschrift wünschen *Ralf Vieregge*, daß ihm auch in seinem neuen Lebensabschnitt Glück und Gesundheit und die Lebensfreude und der Optimismus erhalten bleiben, die ihn zu einer so eindrucksvollen und faszinierenden Persönlichkeit machen.

Jürgen F. Baur

Rainer Jacobs

Manfred Lieb

Peter-Christian Müller-Graff

Inhalt

| | |
|---|------|
| WALTER OPPENHOFF, Dr. iur., Rechtsanwalt, Köln: Geleitwort | XIII |
| HORST ALBACH, Dr. rer. pol., o. Professor an der Humboldt- Universität Berlin: Unlauterer Wettbewerb | 1 |
| KURT BAUER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Köln: Wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs | 21 |
| JÜRGEN F. BAUR, Dr. iur., o. Professor an der Universität Köln: Salvatorische Klauseln | 31 |
| FRIEDRICH-KARL BEIER, Dr. iur., Dres. h. c., em. o. Professor an der Universität München: Objektive oder subjektive Marktabschottung? – Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 36 Satz 2 EWGV | 43 |
| GÜNTER BERG, Dr. iur., Rechtsanwalt, Leipzig, apl. Professor an der Universität Leipzig: Vom Verbandszeichen zur Kollektivmarke | 61 |
| OLIVER C. BRÄNDEL, Dr. iur., Rechtsanwalt beim Bundesgerichts- hof, Karlsruhe: Die Erledigung aktienrechtlicher Anfechtungsverfahren durch Vergleich | 69 |
| HANS ERICH BRANDNER, Dr. iur., Rechtsanwalt beim Bundes- gerichtshof, Honorarprofessor an der Universität Karlsruhe: Wann ist Rufausnutzung im Wettbewerb nicht unlauter? | 81 |
| KARL BRUCHHAUSEN (†), Dr. iur., Vorsitzender Richter am Bun- desgerichtshof a. D., Karlsruhe, Vorsitzender Richter am Ober- landesgericht Dresden, Honorarprofessor an der Technischen Hochschule Karlsruhe: Der manipulierte Bundesrichter | 91 |
| HERMANN BÜTTNER, Dr. iur., Rechtsanwalt beim Bundesgerichts- hof, Karlsruhe: Anwaltswerbung zwischen Berufsrecht und Wettbewerbsrecht . | 99 |

| | |
|---|-----|
| HELMUT EICHMANN, Dr. iur., Rechtsanwalt, München: Die dreidimensionale Marke | 125 |
| GÜNTHER EISENFÜHR, Dipl.-Ing., Patentanwalt, Bremen: Hurricane – Zuviel Wind! – Zur Verwechslungsgefahr mehr- teiliger Wortmarken | 173 |
| WILLI ERDMANN, Dr. iur., Richter am Bundesgerichtshof, Karls- ruhe: Die zeitliche Begrenzung des ergänzenden wettbewerbsrecht- lichen Leistungsschutzes | 197 |
| KURT VON FALCK, Dr. iur., Rechtsanwalt, Düsseldorf: Brauchen wir den Begriff eines patentrechtlichen Teilschutzes? . | 217 |
| KARL-HEINZ FEZER, Dr. iur., o. Professor an der Universität Kon- stanz: Die Nichtakzessorietät der Marke und ihre rechtliche Konnexi- tät zu einem Unternehmen | 229 |
| ULRICH FRITZE, Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Frankfurt am Main: Doppelte Rechtshängigkeit in USA und Deutschland. Ein be- merkenswertes Urteil des UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE ELEVENTH CIRCUIT | 241 |
| ALFRED-CARL GAEDERTZ, Rechtsanwalt, Wiesbaden: Die Ermittlung der Verbrauchervorstellungen im Lebensmittel- recht | 253 |
| OTTO-FRIEDRICH FREIHERR VON GAMM, Dr. iur., Rechtsanwalt, Hamburg/München, Vorsitzender Richter am Bundesgerichts- hof a. D., apl. Professor an der Universität Würzburg: Zur sog. Drittauskunft bei Wettbewerbsverletzungen | 261 |
| HANS-WERNER GIEFERS, Dr. iur., Rechtsanwalt, Justitiar der Muelhens GmbH & Co. KG, Köln: Die rechtserhaltende Benutzung der Marke in abgewandelter Form – Fortsetzung oder Ende von „ <i>Arthrexforte</i> “? | 267 |
| WOLFGANG GLOY, Dr. iur., Rechtsanwalt, Hamburg: Brauchen wir eine neue UWG-Novelle? | 297 |

| | |
|---|-----|
| PETER HANAU, Dr. iur., Dr. h. c., o. Professor an der Universität Köln: Nationale Regelungen für internationale (europäische) Betriebs- räte | 319 |
| HORST HELM, Dr. iur., Rechtsanwalt, Stuttgart: Der Schutz geographischer Herkunftsangaben nach dem Mar- kengesetz | 335 |
| MARTIN HENSSLER, Dr. iur., o. Professor an der Universität Köln: Die Haftung der Partnerschaft und ihrer Gesellschafter – Ein haftungsrechtlicher Vergleich mit der Kooperationsform der Gesellschaft Bürgerlichen Rechts | 361 |
| RAINER JACOBS, Dr. iur., Rechtsanwalt, Köln, Honorarprofessor an der Universität Köln: Die Katalogbildfreiheit | 381 |
| MARCEL KISSELER, Dr. iur., Geschäftsführendes Präsidiumsmit- glied der Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, Bad Homburg v. d. H.: Schlankheitswerbung im Zwielficht | 401 |
| RAINER KLAKA, Rechtsanwalt, München: Die Markenteilung | 421 |
| GÜNTER KOHLMANN, Dr. iur., o. Professor an der Universität Köln: Das Strafrecht – wirksame Waffe gegen den Insider-Handel? Skeptische Bemerkungen zu einer „unendlichen Geschichte“ ... | 443 |
| REINHOLD KREILE, Dr. rer. pol., Rechtsanwalt, München, Hono- rarprofessor an der Hochschule für Fernsehen und Film, Mün- chen, Vorstand und Generaldirektor der GEMA, München: Die rechtliche Situation der privaten Vervielfältigung in der Europäischen Union | 459 |
| ALBRECHT KRIEGER, Dr. iur. h. c., Ministerialdirektor im Bundes- ministerium der Justiz a. D., Bonn: Der Grüne Verein und sein Generalsekretär – eine Institution für den Schutz des geistigen Eigentums in Deutschland | 481 |
| ULRICH KRIEGER, Rechtsanwalt, Düsseldorf: Geschmacksmuster – Schutzrecht ohne „Beschreibung“? | 491 |

| | |
|---|-----|
| PHILIPP KRINGS, Rechtsanwalt, Köln: Entwicklung der neueren Rechtsprechung zur Schutzfähigkeit fremdsprachiger Begriffe | 501 |
| DIETER LAUM, Dr. iur., Chefpräsident des Oberlandesgerichts Köln; CORINNA DYLLA-KREBS, Dr. iur., Richterin, Köln: Der Minderjährige mit beschränkter Haftung? – Zum Entwurf eines Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetzes (MHbeG) . | 513 |
| FRANZ LEDERER, Dr. rer. nat., Dipl.-Chemiker, Patentanwalt, München: Die offenkundige Vorbenutzung nach neuem Recht | 547 |
| MANFRED LIEB, Dr. iur., o. Professor an der Universität Köln: Zufallsgeschenke, Haftungsfallen, Unternehmensvernichtungen und Sanierungshindernisse – Einige Gedanken zur Reichweite der Haftung gemäß § 25 HGB | 557 |
| ULRICH LOEWENHEIM, Dr. iur., o. Professor an der Universität Frankfurt am Main: Gealterte und gefärbte Jeans – Zur Benutzung der Marke an ver- änderter Originalware | 569 |
| MICHAEL LOSCHELDER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Köln: Der Titelschutz als besonderes Kennzeichnungsrecht | 585 |
| MARCUS LUTTER, Dr. iur., Dr. h. c., o. Professor an der Univer- sität Bonn: Die kleine Aktiengesellschaft – ein Angebot an die Praxis | 603 |
| HANS-KURT MEES, Dr. iur., Richter am Bundesgerichtshof, Karls- ruhe: Zum Erfordernis der Spürbarkeit bei Wettbewerbsverletzungen durch Normverstöße | 617 |
| HERBERT MESSER, Dr. iur., Rechtsanwalt beim Bundesgerichts- hof, Karlsruhe: Die Verbreitung wahrer geschäftsschädigender Tatsachen über Gewerbtreibende unter dem Schutz der Meinungsfreiheit – Anmerkungen zu den Urteilen des EGMR vom 20. 11. 1989, 3/1988/146/201 und des BGH vom 8. 2. 1994, VI ZR 286/93 ... | 629 |

| | |
|--|-----|
| ALEXANDER VON MÜHLENDahl, Dr. iur., Vizepräsident des EU-Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle), Alicante/Spanien: Die Heilung einer wegen mangelnder Benutzung löschungsreif gewordenen Markeneintragung im europäischen und im deutschen Markenrecht | 641 |
| PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, Dr. iur., o. Professor an der Universität Heidelberg: Eigenkapitalerhöhung öffentlicher Banken durch Fusion in den beihilferechtlichen Wettbewerbsregeln des EG-Vertrages | 661 |
| WILHELM NORDEMANN, Dr. iur., Rechtsanwalt, Honorarprofessor an der Freien Universität Berlin: Ist Martin Luther noch geschützt? Zum urheberrechtlichen Schutz revidierter Bibeltexte | 677 |
| ALBRECHT PILTZ, Dr. iur., Rechtsanwalt, Köln/Prag: Rechtsentwicklung in Osteuropa – am Beispiel tschechischen und slowakischen Kartellrechts | 693 |
| HENNING PIPER, Dr. iur., Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe: Zur wettbewerbsrechtlichen Beurteilung von Werbeanzeigen und redaktionellen Beiträgen werbenden Inhalts insbesondere in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs | 715 |
| HANNS PRÜTTING, Dr. iur., o. Professor an der Universität Köln: Die Vermutungen im Kartellrecht | 733 |
| KARLHEINZ QUACK, Rechtsanwalt und Notar, Berlin: Der Ausschluß der Nebenintervention in den Fällen des Art. 37 Abs. 2, 2. Halbsatz der Satzung des Europäischen Gerichtshofes | 747 |
| JÜRGEN SALZWEDEL, Dr. iur., Rechtsanwalt, Köln, em. o. Professor an der Universität Bonn: Gentechnische Forschungsarbeiten der Sicherheitsstufe 1 und staatliche Kontrolle | 755 |
| GERHARD SCHRICKER, Dr. iur., Dres. h. c., o. Professor an der Universität München, Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München: Der Schutz des Werktitels im neuen Kennzeichenrecht | 775 |

| | |
|--|-----|
| MARTIN SEIDEL, Dr. iur., Ministerialrat im Bundesministerium für Wirtschaft, Bonn, Honorarprofessor an der Universität Münster: | |
| Probleme der Währungsordnung der Europäischen Union | 793 |
| KLAUS SPÄTGENS, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Köln: | |
| Umwelt und Wettbewerb – Stand der Dinge | 813 |
| JOSEPH STRAUS, Dr. iur., o. Professor an der Universität Ljubljana, Abteilungsleiter am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht, München: | |
| Verhinderung trotz Beachtung der „gebotenen Sorgfalt“ als Wiedereinsetzungsgrund bei Fristversäumnis im europäischen Patenterteilungsverfahren | 835 |
| OTTO TEPLITZKY, Dr. iur., Richter am Bundesgerichtshof i. R., Karlsruhe: | |
| Zur Methodik der Interessenabwägung in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 3 UWG | 853 |
| WINFRIED TILMANN, Dr. iur., Rechtsanwalt, Düsseldorf, apl. Professor an der Universität Heidelberg: | |
| Horaz 2000 – Persicos odi | 863 |
| FRITZ TRAUB, Dr. iur., Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Frankfurt am Main a. D., Honorarprofessor an der Universität Gießen, Bad Homburg v. d. H.: | |
| Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung durch eine wettbewerbsrechtliche Schlichtung? | 869 |
| WILHELM UHLENBRUCK, Dr. iur., Richter am Amtsgericht Köln a. D., Honorarprofessor an der Universität Köln: | |
| Bankrechtliche Aspekte der Insolvenzrechtsreform 1994 | 883 |
| GUSTAV-ADOLF ULRICH, Dr. iur., Vizepräsident des Oberlandesgerichts Koblenz a. D., Neuwied: | |
| Der wettbewerbsrechtliche Schutz der Privatsphäre | 901 |

Geleitwort

Dr. Ralf Vieregge – Generalsekretär des „Grünen Vereins“

Gemeinsam waren wir rund 13 Jahre der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht („Grüner Verein“) verpflichtet, er als Generalsekretär, ich als Präsident. In diesen 13 Jahren hat es nicht einen einzigen Fall gegeben, in dem wir bezüglich eines von uns zu behandelnden Vorgangs unterschiedlicher Meinung gewesen wären. Die 13 Jahre waren geprägt von einer ungewöhnlichen Homogenität zwischen uns, die zustande kam nicht durch geistige Trägheit, indem der eine oder der andere sich zu einem Vorgang keine Gedanken gemacht hätte und ohne weiteres akzeptierte, was der jeweils andere vorschlug. O nein!; unsere Hausaufgaben hatten wir beide stets gemacht, d. h., jeder von uns hatte zunächst für sich sorgfältig überlegt, wie man den jeweils anstehenden Vorgang angehen könne, was wir dem Gesamtvorstand vorschlagen sollten oder was wir für uns entschieden. Und das Erstaunliche war, daß in den 13 Jahren *Vieregge* und ich stets zu demselben Resultat kamen, obgleich auch andere Lösungen theoretisch möglich gewesen wären. Wir arbeiteten zusammen wie zwei Dioskuren. Dies erleichterte nicht nur unsere Aufgaben, sondern führte automatisch dazu, daß die jeweilige Abstimmung zwischen uns nur geringe Zeit erforderte. Natürlich haben wir jeden Vorgang kurz erörtert, aber es bedurfte keiner langen Diskussion. Dritte mag es gelegentlich verwundert haben, wie schnell wir uns verständigten, was natürlich auch aus der ungewöhnlich schnellen geistigen Reaktion *Vieregges* folgte.

Vieregge war und ist über 20 Jahre jünger als ich. Aber ich habe nie einen Altersunterschied gespürt. Wir waren Spielgefährten auf gleicher Ebene.

Der göttliche Funke der Harmonie zwischen uns beließ uns in einem Bewußtsein des Glücklichseins, und keiner von uns hatte jemals das Gefühl, durch unsere Tätigkeit für die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht zeitlich belastet oder mit Problemen beschwert zu sein. Das Gegenteil war der Fall: Unsere Zusammenarbeit für die Deutsche Vereinigung blieb für uns, auch wenn Fingerspitzengefühl gefragt war und heikle Fragen anstanden, stets frei von Druck und Streß und strahlte höchst positiv auf unsere sonstige berufliche Tätigkeit aus.

Dafür, daß dieser Lebensabschnitt mit so viel Genugtuung, Befriedigung und Freude verbunden war, bin ich Herrn *Vieregge* auf Dauer zu höchstem Dank verpflichtet.

Dr. *Walter Oppenhoff*

Unlauterer Wettbewerb

Horst Albach

I. Einleitung

1. Problemstellung

Ralf Vieregge hat sich große Verdienste erworben in der schriftstellerischen wie der praktischen Ausgestaltung des Gesellschaftsrechts und des Wettbewerbsrechts. Der Schutz seiner Mandanten vor unlauterem Wettbewerb wie ihre Bewahrung vor unlauteren Maßnahmen waren ihm stets ein besonderes Anliegen. Dabei ging der überzeugte Marktwirtschaftler davon aus, daß die Marktwirtschaft nur funktioniert, wenn der Wettbewerb fair geführt wird.

Mit *Ralf Vieregge* habe ich auf vielfältigen Gebieten zusammengearbeitet. Es war nicht nur immer lehrreich, sondern auch meist vergnüglich. Am vergnüglichsten war wohl die Zusammenarbeit im Bereich des Urheberrechtes von Werken der Musik, am lehrreichsten die Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Designsrechtes. Nicht immer vergnüglich war die Zusammenarbeit bei mittelständischen Unternehmen – die Probleme waren dazu nicht angetan. Mit meinen besten Glückwünschen zum siebzigsten Geburtstag von *Ralf Vieregge* verbinde ich den Dank für Jahre guter und intensiver Zusammenarbeit.

Die wissenschaftliche Zusammenarbeit kreiste stets um Fragen des Urheberrechtes. Wenn daher hier über ein Problem des unlauteren Wettbewerbs gehandelt wird, so ist der Verdacht abwegig, Unvollkommenheiten der Analyse seien nicht mir allein zuzuschreiben. Den Jubilar trifft kein Mitverschulden an dem Versuch zu zeigen, daß der Markt für Bildung einer marktwirtschaftlichen Ordnung bedarf, die unlauteres Verhalten von Wettbewerbern verhindert.

2. Unlauterer Wettbewerb

Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb war ursprünglich ein Gesetz zum Schutz des Unternehmers vor seinen Konkurrenten. Wer gegen die Fairneß im Wettbewerb verstößt, soll – im allgemeinen auf Antrag des geschädigten Unternehmers – bestraft und zu fairem Verhalten gezwungen werden.

In den letzten Jahren ist das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb aber auch immer mehr zu einem Schutzgesetz zugunsten des Konsumenten ausgebaut worden. Der Konsument soll vor unfairen Prak-

tiken des Unternehmers im Wettbewerb um den Kunden geschützt werden.

Wenn ich hier vom unlauteren Wettbewerb spreche, so meine ich auch diese zwei Aspekte. Zum einen geht es um Klagen des privaten Anbieters von Bildung, seine Mitwettbewerber verhielten sich im Wettbewerb um den „Kunden“, den Schüler oder Studenten also, unfair. Zum anderen geht es um Klagen der privaten Nachfrager nach Bildung, sie würden von Anbietern auf dem Markt für Bildung unfair und mit unlauteren Methoden behandelt.

Bedürfen wir, so lautet die Frage, eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb auf dem Markt für Bildung?

3. Wettbewerb auf dem Markt für Bildung

Daß ein Ökonom von einem „Markt für Bildung“ spricht, wird ihm sogleich als eine *déformation professionnelle* ausgelegt werden. Bildung ist doch, so meint man, kein handelbares Gut, sondern eine Form der Entfaltung der Persönlichkeit, Ausdruck der Würde des Menschen als ein Geschöpf Gottes!

Selbst diejenigen, die durchaus bereit sind, von Bildungsnachfrage und von Bildungsangeboten zu sprechen, werden die Koordination von Angebot und Nachfrage nicht privatrechtlich organisieren wollen. Sie sehen darin eine hoheitliche Aufgabe. Die Weigerung, von einem Markt für Bildung zu sprechen, beruht auf der These, daß dieser Markt unweigerlich versagen müsse. Überlasse man, so die These, die Bildung dem Markt, dann käme es wegen der externen Effekte von Bildung zu einer Unterinvestition in Bildung. Daher müsse der Staat die notwendigen Investitionen in Bildung selbst tätigen.

Die staatlichen Investitionen in Bildungsplätze müßten die gesamte Nachfrage nach Bildung, die sich bei einem Preis von Null für Bildung ergibt, decken. Andernfalls würde es zu Wettbewerb um Bildungsplätze unter Menschen kommen, die noch zu jung seien, sich diesem Wettbewerb zu stellen. Wettbewerb um Arbeitsplätze wird bejaht, Wettbewerb um Schulplätze wird mit pädagogischen und humanitären Argumenten abgelehnt.

Die Ablehnung von Wettbewerb um Bildungsplätze wird auch mit dem Argument begründet, daß über die Verteilung unterschiedlicher Lebenschancen nicht bereits auf der Schule oder der Hochschule entschieden werden dürfe. Vielmehr müsse auch hier – wie bei Post und Bahn – das Gebot gleicher Lebensverhältnisse gelten. Das Hochschulrahmengesetz fordert die Gleichheit von Studien- und Prüfungsbedingungen. Der Zufall darf über die Verteilung der Studenten auf Studienplätze entscheiden, weil es grundsätzlich doch gleich sei, an welcher

Schule oder Hochschule der junge Mensch sein Wissen erwirbt. Hochschulen besserer oder schlechterer Ausbildungsqualität darf es – *Palmström* läßt grüßen – nicht geben, und Elitehochschulen schon gar nicht.

Die Wirklichkeit ist, das sollte deutlich sein, nicht so wie die – übrigens auch nicht von allen und von mir allemal nicht – akzeptierte Theorie. Es gibt Wettbewerb um Ausbildungsplätze, es gibt einen Markt für Bildung. Auf ihm tummeln sich staatliche und private Bildungseinrichtungen. Das Regelwerk, das diesen Wettbewerb ordnet, behandelt nicht immer alle Marktpartner gleich gut oder gleich schlecht. Unlauterer Wettbewerb auf diesem Markt ist unser Thema.

II. Privatinitiative und staatliche Verantwortung im Bildungswesen – eine historische Perspektive

1. Die nationale Entwicklung

a) Die Entwicklung im allgemeinen Bildungswesen am Beispiel der betriebswirtschaftlichen Ausbildung

Auf dem Markt für allgemeine Bildung ist die Angebotsmacht des Staates in der Bundesrepublik Deutschland überwältigend. Die Rechtfertigung dafür liefert heute die Humankapitaltheorie des Nobelpreisträgers *Gary Becker*, die im Kern eine Unterinvestitionstheorie ist. Die Dominanz des Staates ist aber nicht zu allen Zeiten und nicht in allen Ländern charakteristisch für das allgemeine Bildungswesen gewesen. Es erscheint daher sinnvoll, einen Blick auf die nationale und die internationale Entwicklung der Anbieter auf dem Markt für allgemeine wirtschaftliche Bildung sowie für berufliche Bildung zu werfen. Ich wähle die wirtschaftliche Bildung als Beispiel, weil ich davon am meisten verstehe.

Die wirtschaftswissenschaftlichen Fakultäten an den Universitäten des 19. Jahrhunderts – genauer: die Wirtschaftswissenschaftler in den philosophischen Fakultäten – produzierten am Bedarf vorbei. Benötigt wurden qualifizierte Führungskräfte für die Fabriken, die in und unmittelbar nach der industriellen Revolution entstanden waren. Ausgebildet wurden Wirtschaftshistoriker und bestenfalls Kameralisten. Es gab keinen Markt für betriebswirtschaftliche Bildungsangebote, und die Bereitschaft der Universitäten, eine solche Innovation zu tätigen, war bemerkenswert gering. Große deutsche Ökonomen, wie z. B. *Lujo v. Brentano*, lehnten sie rundherum ab. So schufen die Kaufleute des ausgehenden 19. Jahrhunderts den Markt für die Befriedigung der Nachfrage nach betriebswirtschaftlichen Bildungsangeboten. Im Jahre 1898 gründete die Sächsische Industrie- und Handelskammer (in Verbindung mit der Königlich Sächsischen Staatsregierung und der Kramer-Stiftung) die Handelshochschule Leipzig, in Frankfurt war es der Verein der

Kaufleute, der im Jahre 1901 die Handelshochschule Frankfurt gründete. Die Berliner Korporation der Kaufmannschaft gründete nach anfänglichem Zögern im Jahre 1906 eine selbständige Einrichtung zur Aus- und Weiterbildung des kaufmännischen Führungsnachwuchses, die Handelshochschule Berlin. In Köln war es die großzügige Stiftung *Gustav von Mevissens*, die im Jahre 1901 die Stadt Köln veranlaßte, die Handelshochschule Köln zu gründen. In Mannheim war es der *Heinrich-Lanz-Gedächtnisfonds*, der den Grundstock für die Gründung der Handelshochschule Mannheim durch die Industrie- und Handelskammer und die Stadt Mannheim legte.

Der große Erfolg der Handelshochschulen vor dem Ersten Weltkrieg zwang die Universitäten dazu, sich diesem Wettbewerb zu stellen. Lehrstühle für Privatwirtschaftslehre wurden geschaffen. Die Gleichheit der Waffen in diesem Wettbewerb wurde durch wachsende Steuerlasten als Folge des Ersten Weltkrieges und durch die Inflation als Folge seines Verlustes aufgehoben. Die Handelshochschulen gingen in staatlichen Universitäten auf. In Berlin entledigte sich der Staat des privaten Wettbewerbers mit dem Argument, nur eine staatliche Hochschule könne das Promotionsrecht erhalten. Das war im Jahre 1926.

Die privaten Bildungsangebote gingen in einem bemerkenswerten Konzentrationsprozeß in den staatlichen Einrichtungen auf. Finanzielle Stärke und Regelungshoheit des Staates führten zur Ausschaltung der privaten Wettbewerber. Möglicherweise aber entledigten sich diese auch nur allzu gern der finanziellen Lasten, die mit einer privaten Hochschule verbunden sind. Blickt man auf die letzten dreißig Jahre zurück, zeigt sich eine bemerkenswerte Analogie zur Entwicklung nach der Jahrhundertwende. Die staatlichen Bildungseinrichtungen erwiesen sich als bemerkenswert unfähig zu Reformen. Die Empfehlungen des Wissenschaftsrats zur Reform des tertiären Bereichs scheiterten durchweg an der Starrheit der staatlichen Bildungsbürokratie und an der Unfähigkeit der Fakultäten, sich auf institutionelle Reformen zu einigen. Die Folge war eine zunehmende Praxisferne der wirtschaftswissenschaftlichen Ausbildung und eine wissenschaftliche Kirchturmspolitik. Die Praxis aber forderte immer nachdrücklicher größere Praxisnähe und internationale Ausrichtung des Studiums. Auch die Gleichmacherei unter den Hochschulen und die Explosion der Studentenzahlen als Folge einer nachfrageorientierten Ausbaupolitik der Hochschulen standen im Gegensatz zu den Interessen der Wirtschaft. Sie trieben die Suchkosten der Praxis nach gut ausgebildeten Absolventen enorm in die Höhe. Und die Praxis verlangte nach einer anderen Ausbildung; sie verlangte nach Elitehochschulen. Da die staatlichen Bildungseinrichtungen diese Nachfrage nicht befriedigen konnten, kam es zu Beginn der achtziger Jahre zu privaten Gründungen: Witten-Herdecke, Koblenz, Flensburg, Eltville.

Im Falle von Koblenz, den ich am besten kenne, war es in guter deutscher Tradition die Industrie- und Handelskammer, die die Initiative zur Gründung ergriff und auch die notwendigen finanziellen Bürgschaften übernahm.

b) Die Entwicklung im beruflichen Bildungswesen

Ganz anders ist die Entwicklung im beruflichen Bildungswesen verlaufen. In Deutschland hat der Staat die berufliche Bildung – stets ein Stiefkind der deutschen Bildungspolitik – weitgehend den privaten Unternehmen überlassen. Im dualen System ist der Staat für die schulische Ausbildung zuständig, die privaten Unternehmen tragen die Verantwortung für die betriebliche Ausbildung. Beide Bereiche weisen jedoch eine hohe staatliche Regulierungsdichte auf. Wettbewerb zwischen den beiden aneinander gekoppelten Bereichen der beruflichen Bildung gibt es nicht.

Weit verbreitet im In- und Ausland ist der Mythos, die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Unternehmen sei zu einem großen Teil auf das bewährte duale System zurückzuführen. Tatsächlich ist aber eine Fülle von Mängeln dieses Systems durch die Edding-Kommission aufgedeckt worden. Das Handwerk bildet mehr junge Menschen aus, als schließlich im Handwerk als Fachkräfte verbleiben. Der Wettbewerb um qualifizierte Fachkräfte am Arbeitsmarkt wird von den großen Industrieunternehmen gewonnen. Die Folge ist eine immer geringere Beteiligung des Handwerks an der beruflichen Bildung einerseits und eine immer höhere Beteiligung des Staates an den Bildungsausgaben im Handwerk andererseits gewesen.

Die staatliche Regulierungsdichte in der beruflichen Ausbildung ergab sich aus dem Wunsch, eine Mindestqualität der beruflichen Bildung auch dann zu gewährleisten, wenn die Kosten der Ausbildung die Erträge des Ausbildungsbetriebes übersteigen. Die Folge war aber auch eine Erstarrung der Ausbildungsordnungen, die die Anpassung der beruflichen Bildung an die technologische Entwicklung verzögerte und damit die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Unternehmen gefährdete.

Fehlender Wettbewerb zwischen Staat und Privaten ist, so scheint es, nicht minder problematisch als unlauterer Wettbewerb. Fehlender Wettbewerb auf dem Markt für berufliche Bildung ermöglicht unfairen Wettbewerb am Arbeitsmarkt.

Der Markt für berufliche Fortbildung ist im Gegensatz zum Markt für die berufliche Ausbildung weitgehend unregelt. Hier herrschen, jedenfalls in der Wirtschaft, die ich besser überblicke als andere Bereiche, private Bildungsangebote vor. Dabei soll die Bedeutung der Volkshochschulen für die allgemeine, aber auch für die berufliche Fortbildung

keineswegs unterschätzt werden. Auch die Verwaltungs- und Wirtschaftsakademien decken einen nicht unbeträchtlichen Teil der individuellen Nachfrage nach beruflicher Fortbildung.

Soweit nicht staatlich anerkannte Bildungsabschlüsse angestrebt werden, ist die Regulierungsdichte auf dem Markt für berufliche Weiterbildung außerordentlich gering. Dies hat zur Folge, daß das Angebot auf dem Markt für berufliche Fortbildung für den einzelnen Bildungsnachfrager sehr unübersichtlich ist. Entsprechend groß ist die Gefahr, daß es zu Angeboten kommt, die die Unkenntnis des Nachfragers ausbeuten. Viele Weiterbildungsangebote, die in den neuen Bundesländern in den ersten Jahren nach der Wende erbracht wurden, müssen dieser Kategorie unlauteren Wettbewerbs zugerechnet werden. Aber auch heute hat sich die Spreu immer noch sauber vom Weizen getrennt. Die unheilige Allianz von Beratung und Fort- oder Weiterbildung gehört zu diesen unlauteren Formen des Wettbewerbs. In der Theorie heißt diese Form: „Hold-ups“. Der Berater drängt den Kunden, den er als Berater in der Hand hat, auch noch das Bildungsangebot zu kaufen.

Auch die Bildungsangebote, die mit dem staatlich nicht anerkannten universitären Titel „Master of Business Administration (MBA)“ locken, sind hier zu nennen. Hier wird die Unkenntnis des Nachfragers zum Teil massiv ausgenutzt. Davon wird noch zu reden sein.

Möglicherweise ist auf diese asymmetrische Information über die Qualität von beruflichen Weiterbildungsangeboten zurückzuführen, daß sich auf diesem Markt eine kollektive Nachfrage nach Bildungsangeboten entwickelt hat. Große, kollektiv für ihre Mitglieder nachfragende Institutionen können besser auf die Einhaltung von Qualitätsversprechen von Anbietern dringen als einzelne Individuen. In der Managementfortbildung tritt einem Angebot von Weiterbildungseinrichtungen eine institutionelle Nachfrage der Unternehmen entgegen, die ihre Mitarbeiter in die Weiterbildungsprogramme entsenden.

2. Die internationale Entwicklung

a) Die U.S.A.

Die Vereinigten Staaten von Amerika gelten im allgemeinen als der Prototyp eines Bildungsmarktes, auf dem der Wettbewerb funktioniert. Die staatlichen Bildungsangebote sind durchweg schlecht und billig, die privaten Angebote sind gut und teuer. Die Elite-Hochschulen und -Universitäten prägen das Bild dieses Marktes. Die staatlichen Hochschulen erhalten institutionelle Förderung vom Staat, die privaten Hochschulen werden institutionell weitgehend von privaten Stiftungen finanziert. Die Spendenbereitschaft der Privaten ist hoch, sie beruht nicht nur auf einer großzügigen steuerlichen Begünstigung von Spenden

und Stiftungen, sondern auch auf der hohen Sichtbarkeit der hohen Qualität des Ausbildungsangebots der privaten Elite-Hochschulen. Die hohe Qualität der Ausbildungsangebote ist zugleich ein strategischer Wettbewerbsvorteil im Wettbewerb um staatliche Forschungsmittel. In der Projektforschung sind die privaten Elite-Hochschulen durchweg im Vorteil gegenüber den staatlichen Universitäten. Ausnahmen wie die Universität von Kalifornien in Berkeley mögen da eher die Regel bestätigen als sie widerlegen.

Die Wirkung dieses funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem amerikanischen Bildungsmarkt ist ein „duales System“. Auf der einen Seite gibt es die breite Masse der Bildungsangebote, die deutlich unter dem Niveau der allgemeinen Bildung in Deutschland bleiben. Auf der anderen Seite hat sich in diesem System eine elitäre Spitze privater Bildungsangebote entwickelt, deren Qualität über dem deutschen Niveau liegt. Wer die Anzahl der Nobelpreise zum Maßstab für die Güte eines Bildungssystems nimmt, wird das amerikanische System für besser halten als das deutsche.

Der Wettbewerb unter den staatlichen und privaten Einrichtungen der allgemeinen Bildung in den USA hat natürlich auch Wettbewerb unter den Nachfragern nach Studienplätzen zur Folge. Der Wettbewerb ist hart. Die Kellogg Graduate School of Management in Evanston bei Chicago hat in diesem Jahr nicht einmal alle Bewerber aufgenommen, die im GMAT 700 Punkte und mehr erreicht hatten. Der Wettbewerb ist aber nicht unfair. Das offene Beschäftigungssystem erlaubt Korrekturen des Marktergebnisses auf dem Bildungsmarkt. Der funktionsfähige Wettbewerb zwischen staatlichen und privaten Bildungsangeboten bewirkt ein qualitativ differenziertes Angebot. Die Theorie zeigt, daß dies eine höhere gesellschaftliche Wohlfahrt zur Folge hat als ein breites Massenangebot gleicher Qualität.

Anders ist es dagegen in der beruflichen Ausbildung. Sie ist das Paradebeispiel für *Gary Beckers'* Humankapitaltheorie, die besagt, daß der Wettbewerb auf den Gütermärkten den Markt für private Angebote allgemein verwendbarer beruflicher Bildung vernichtet. Es gibt praktisch nur betriebsspezifische berufliche Ausbildung, kurze, auf den jeweiligen Job bezogene Anlernprozesse, die sich schnell amortisieren. Die Folge ist Unterinvestition in berufliche Bildung. Das hat sicher auch zu der viel beklagten Verminderung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der amerikanischen Industrie beigetragen. Der intensive Wettbewerb am Arbeitsmarkt vernichtet den Wettbewerb am Bildungsmarkt.

b) Japan

In Japan werden die Lebenschancen mit dem Eintritt in die Hochschule verteilt. Der Absolvent einer Elite-Universität erhält einen

Arbeitsplatz in den angesehensten und qualitativ besten Ministerien und Unternehmen. Entsprechend brutal ist der Wettbewerb um den Eintritt in eine der Elite-Universitäten. *Abrens* hat die These vertreten: da die erwachsenen Japaner Wettbewerb untereinander zu vermeiden suchen, zwingen sie ihn ihren Kindern auf.

Die Elite-Universitäten sind die kaiserlichen Universitäten. Hinzu kommen inzwischen einige wenige private Universitäten. Die Masse der Universitäten sind private Hochschulen.

Das Fehlen von Wettbewerb am Arbeitsmarkt bewirkt einen intensiven Wettbewerb auf dem Bildungsmarkt, vor allem auf der Sekundarstufe. Da das Bildungsangebot der staatlichen Oberschulen nicht gewährleisten kann, daß ein Schüler die Aufnahmeprüfung in eine der staatlichen Elite-Universitäten besteht, wird es ergänzt durch ein großes Bildungsangebot privater Bildungseinrichtungen. Sie bereiten den Schüler auf die Eintrittsprüfung einer Elite-Hochschule vor. Dieser Wettbewerb funktioniert ebenso vorzüglich wie der Wettbewerb der vielen privaten Universitäten um einen Rangplatz hinter den staatlichen Elite-Universitäten. Da nämlich die Hochschule wegen der geltenden Rekrutierungspraxis der Unternehmen (*aotagai*) die Arbeitsplätze für eine zumeist lebenslange Beschäftigung vermittelt, gibt es praktisch keine externen Effekte, die zu Unterinvestition in Bildung durch Private und private Unternehmen führen könnten. Private Investition in Bildung lohnt sich. Da der Staat sich in seinen Bildungsangeboten bewußt zurückhält und das Bildungsangebot in seinen Elite-Hochschulen bewußt begrenzt, wird der Wettbewerb zwischen staatlichen und privaten Bildungsträgern nicht als unlauter empfunden.

c) *Skandinavien*

Wie sieht es nun in den Ländern aus, die uns räumlich näher liegen als die Vereinigten Staaten von Amerika und Japan? Finnland, Schweden und Norwegen verfügen über eine bedeutende Tradition privater Gründungen von Handelshochschulen, zumeist wohl auch nach deutschem Vorbild. Betrachtet man nun aber die Entwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg, so stellt man fest, daß sich diese privaten Hochschulen vorwiegend aus finanziellen Gründen in staatliche Hochschulen umgewandelt haben. Die schwedische Handelshochschule in Stockholm ist nach meinem Wissen die einzig noch privat zu nennende Hochschule in Schweden auf meinem Fachgebiet, aber auch sie ist in erheblichem Maße auf staatliche Zuschüsse angewiesen. Der finnischen Handelshochschule in Helsinki ist es gelungen, ihre Autonomie weitgehend zu wahren, als sie in eine staatliche Hochschule umgewandelt wurde. In Schweden hat die konservative Regierung Bildt bei der Umwandlung der Arbeiter-

Fonds Stiftungsfonds geschaffen, die der Hochschulfinanzierung dienen. Die alte große Chalmers Technische Hochschule in Göteborg und die neugegründete, derzeit noch kleine Handelshochschule in Jönköping sind solche Stiftungsuniversitäten. Beide sind keine privaten Hochschulen, doch gibt die Rechtsform der Stiftung den Hochschulen bessere Möglichkeiten, unter der staatlichen Stiftungsaufsicht Privatinitiativen an der Hochschule größeren Freiraum einzuräumen, als das bisher der Fall war.

III. Unlauterer Wettbewerb – Erfahrungen

1. Unlauterer Wettbewerb zwischen Anbietern von Bildungsleistungen

a) Die Wissenschaftliche Hochschule für Unternehmensführung (WHU)

Nach diesem allgemeinen geschichtlichen Überblick über nationale und internationale Erscheinungsformen des Wettbewerbs auf dem Markt für allgemeine und berufliche Bildung wende ich mich nun speziellen Erfahrungen im Wettbewerb der Bildungseinrichtungen zu. Dabei geht es einmal um den unlauteren Wettbewerb zwischen Anbietern, zum anderen um den unlauteren Wettbewerb gegenüber den Nachfragern.

Die Probleme des unlauteren Wettbewerbs unter den Bildungsangeboten seien am Beispiel der Wissenschaftlichen Hochschule für Unternehmensführung – *Otto-Beisheim*-Hochschule – in Vallendar bei Koblenz erörtert.

Die WHU hat in diesem Jahr ihr zehnjähriges Bestehen gefeiert. Sieben Jahrgänge von Absolventen haben die Hochschule inzwischen verlassen. In den ranking-Listen der deutschsprachigen betriebswirtschaftlichen Fakultäten nimmt die WHU stets einen der obersten fünf Plätze ein, zumeist den ersten. Die Hochschule wird getragen von einer privaten Stiftung. Eine institutionelle Förderung durch den Staat erhält sie nicht. Mittel aus der staatlichen Forschungsförderung müssen im harten Wettbewerb mit Projektanträgen staatlicher Hochschulen eingeworben werden. Die Hochschule hat Promotions- und Habilitationsrecht. An der Hochschule arbeiten acht hauptamtliche Professoren. Drei Honorarprofessoren und eine Reihe externer Dozenten ergänzen den Lehrkörper. Das Jahresbudget beträgt rund 10 Millionen DM.

b) Strategische Wettbewerbsvorteile

Die WHU ist aus der Privatinitiative des Präsidiums der Industrie- und Handelskammer Koblenz, insbesondere ihres Präsidenten *Hanno Ludwig* und ihres Hauptgeschäftsführers *Karl Darscheid* hervorgegangen. Versteht man die WHU als eine Innovation auf dem Bildungs-

markt, dann waren *Ludwig* und *Darscheid* die Machtpromotoren dieser Innovation. Der Hochschullehrer *Paul Glittenberg*, der sich von der EBS getrennt hatte, hatte die innovative Idee. Er war der Fachpromotor im Sinne der Innovationstheorie.

Man wird nicht sagen können, daß diese Privatinitiative von Anfang an vor dem Wind segelte. Eher blies ihr eine steife Brise ins Gesicht. Der Anspruch, Elite-Universität zu werden, stieß in der Öffentlichkeit auf Unverständnis und bei vielen Bildungspolitikern, sogar bei Frau *Hamm-Brücher*, auf entschiedene Ablehnung. Ohne die positive Einstellung von Ministerpräsident *Bernhard Vogel* und Kultusminister *Gölter* wäre die staatliche Anerkennung der Hochschule nicht möglich gewesen.

Die große öffentliche Aufmerksamkeit, die die Gründung der WHU im positiven wie im negativen Sinne fand, half ihr natürlich, einen strategischen Wettbewerbsnachteil von Unternehmensgründungen schnell zu überwinden: die mangelnde Bekanntheit am Markt. So konnte sie die strategischen Wettbewerbsvorteile einer privaten Bildungseinrichtung am Markt schnell und umfassend ausspielen. Drei strategische Wettbewerbsvorteile sind zu nennen:

- die Auswahl der Studierenden
- die Gestaltung des Leistungsangebots
- die Finanzautonomie.

Die Auswahl der Studierenden in einem rigorosen Auswahlverfahren darf wohl als der entscheidende Wettbewerbsvorteil der WHU bezeichnet werden. Im Gegensatz zu den staatlichen Hochschulen kann die WHU die besten Studenten und Studentinnen unter den Bewerbern auswählen. Das ist die entscheidende Voraussetzung dafür, daß sie das Versprechen, allen Studenten den Abschluß des Studiums nach acht Semestern zu ermöglichen, strikt einhalten kann.

Inzwischen ist das Bestehen des schriftlichen Aufnahmetests so etwas wie ein Qualitätssiegel, wie ein goldenes bayerisches Sportabzeichen geworden. Abiturienten bewerben sich um Aufnahme, um festzustellen, ob sie den hohen Anforderungen des Aufnahmetests an der WHU gerecht werden. Sie wollen vielfach ein ganz anderes Fach als Wirtschaftswissenschaften studieren. Die staatlichen Hochschulen, die unter dem Druck der Studentenmassen leiden und um die Aufrechterhaltung der Qualität der Ausbildung kämpfen, empfinden die Aufnahmeprüfung der WHU gelegentlich als eine Form unlauteren Wettbewerbs.

Aber auch in der Gestaltung des Bildungsangebots hat die private WHU einen wichtigen strategischen Wettbewerbsvorteil. Jüngst haben sich die Wirtschaftsminister der Länder darüber verständigt, die Rahmenprüfungsordnungen und die Studienordnungen für die staatlichen Hochschulen dahingehend zu ändern, daß die betriebswirtschaftliche

Ausbildung nur noch 140 Semesterwochenstunden umfaßt. Das bedeutet eine Reduktion der Stundenzahl um 12,5 %. Die Begründung dafür liegt weniger in dem Ziel einer Verkürzung der Studienzeit auf Kosten der Qualität der Ausbildung, als vielmehr in den Haushaltsproblemen der Hochschulfinanzierung. Eine Reduktion der Stundenzahl hat eine entsprechende Verminderung der Hochschullehrerstellen zur Folge. Diesen Unsinn macht eine private Hochschule natürlich nicht mit.

Die Wirtschaft fordert, wie bereits gesagt, größere Praxisnähe der Ausbildung und eine stärkere internationale Ausrichtung des Studiums. Die WHU hat dem einerseits unter anderem durch Einführung einer Praxisarbeit Rechnung getragen. Dabei handelt es sich um eine Projektarbeit, die in einem Unternehmen unter der pädagogischen Aufsicht der Hochschule und der fachlichen Aufsicht des Unternehmens geschrieben wird. Andererseits hat die WHU für Internationalität dadurch gesorgt, daß die Studenten das 4. und 5. Semester an Partnerhochschulen in zwei verschiedensprachigen Ländern verbringen. Die Anpassungsfähigkeit und Reaktionsfähigkeit im Studienangebot einer privaten Hochschule ist ungleich größer als an einer staatlichen Hochschule. Das Management der Verteilung von 50 Studenten auf 50 Partneruniversitäten in aller Welt ist für die WHU möglich. In einer Fakultät mit 5000 Studenten wäre ein solches Verteilungsverfahren nicht zu bewältigen.

Man mag sich wundern, daß die Finanzautonomie hier als ein strategischer Wettbewerbsvorteil bezeichnet wird. Gemeint ist mit Finanzautonomie die Tatsache, daß die starren Regeln des staatlichen Haushaltsrechts in privaten Hochschulen nicht beachtet werden müssen. Das erlaubt der Hochschule, Chancen zur Einnahmenerzielung schnell und unbürokratisch zu nutzen, soweit sie mit den strategischen Zielen der Hochschule übereinstimmen. An staatlichen Hochschulen dagegen kommen die Einnahmen aus zusätzlichen Initiativen der Hochschule bzw. der Fakultät nicht zugute, sondern müssen an den Staatshaushalt abgeführt werden. Das erstickt jede Initiative zur Erweiterung des Bildungsangebots im Keime. Die Möglichkeit, die Qualität des Bildungsangebots durch derartige Aktivitäten zu verbessern, ist sicherlich ein strategischer Wettbewerbsvorteil privater Hochschulinitiativen. Die Professoren an staatlichen Hochschulen empfinden dies vielfach als eine unfaire Durchbrechung der starren Regeln, die für sie im Wettbewerb gelten.

c) Strategische Wettbewerbsnachteile

Den strategischen Wettbewerbsvorteilen privater Bildungsinitiativen im Hochschulbereich stehen nicht unbeträchtliche Wettbewerbsnachteile gegenüber. Drei strategische Wettbewerbsnachteile sind zu nennen:

- diskriminierende Wettbewerbsregeln
- diskriminierende Sicherheitsanforderungen
- diskriminierende Finanzierungsbedingungen.

Es mag verwundern, daß die Finanzierungsbedingungen nicht an erster Stelle genannt werden. Tatsächlich aber zeigen unsere Erfahrungen, daß die diskriminierenden Wettbewerbsregeln sich viel nachteiliger auswirken als die Probleme der Finanzierung.

Drei diskriminierende Wettbewerbsregeln sind zu nennen:

- das Beamtenrecht
- die Vergaberichtlinien der Deutschen Forschungsgemeinschaft für Forschungsmittel
- die Vergaberichtlinien des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft.

Alle drei Regelungsbereiche sind auf die Förderung staatlicher Initiativen im Bildungsbereich zugeschnitten, nicht dagegen auf die Wettbewerbsfähigkeit privater Initiativen im Bereich der tertiären Bildung.

Unter den diskriminierenden Regeln spielt das Beamtenrecht nach unseren Erfahrungen noch die geringste Rolle. Tatsache ist, daß manche jungen Kollegen wegen des Beamtenstatus eines Universitätsprofessors eine Berufung an eine staatliche Hochschule einer Berufung an eine private Hochschule vorziehen. Tatsache ist auch, daß eine private Hochschule ältere Kollegen wegen der Probleme und finanziellen Lasten, die mit der Übernahme der Pensionsverpflichtungen verbunden sind, nicht mehr berufen kann. Im ersten Falle findet in den Berufungsverfahren vielfach eine positive Auslese statt: wer den Ruf an eine staatliche Hochschule vorzieht, ist im allgemeinen weniger der Typ des dynamischen Schumpeter-Professors, den private Hochschulen brauchen, um den Herausforderungen einer sehr anspruchsvollen Studentenschaft gewachsen zu sein. Im zweiten Falle haben die staatlichen Hochschulen inzwischen fast gleichgezogen. Die Finanzminister widersprechen inzwischen der Berufung eines Kollegen oder einer Kollegin, die älter als 45 Jahre ist (so z. B. in Mecklenburg-Vorpommern). Geht man davon aus, daß die Habilitation im allgemeinen nicht vor dem 35. Lebensjahr erfolgt, so bleibt ein Zeitfenster für die Berufung an eine staatliche Hochschule von maximal 10 Jahren. In dieser Zeit muß man drei oder vier Rufe erhalten, um das Spitzengehalt eines Professors zu erreichen. Da mag das Beamtenrecht von einer privaten Hochschule sogar in einen strategischen Vorteil umgewandelt werden: da man von einer privaten Hochschule jederzeit ohne Einhaltung der Schamfrist von drei Jahren für Berufungen an staatliche Hochschulen wegberufen werden kann, sind hervorragende, selbstsichere, junge Professoren durchaus bereit, an einer privaten Hochschule ihre akademische Laufbahn zu beginnen, weil das die

Chance verbessert, in den genannten zehn Jahren auch wirklich drei oder vier Rufe zu erhalten.

Tatsächlich sind es denn auch die Vergaberichtlinien der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die sich am stärksten nachteilig für private Bildungseinrichtungen auswirken. Die Frankfurter Allgemeine Zeitung hat vor Jahren mit Recht festgestellt, daß Elite-Universitäten nicht durch ihren elitären Anspruch, auch nicht durch elitäre Ausbildung, sondern durch Elite-Forschung gekennzeichnet sind. An der Kellogg Graduate School of Management beruhen alle Kurse auf Forschung, und jedes Semester wird jeder zehnte Kurs vollständig neu geplant, damit die Ergebnisse der Management-Forschung auch zügig in die Lehre umgesetzt werden. Die finanziellen Ressourcen für umfangreiche Forschungsprogramme sind an den privaten Hochschulen Deutschlands nicht in dem Maße vorhanden, wie das an den privaten Elite-Hochschulen der Vereinigten Staaten von Amerika, aber auch an staatlichen Universitäten Deutschlands der Fall ist, wo die Ausstattung mit Räumen und Personal auf die Forschungsaufgaben zugeschnitten ist. Die privaten Hochschulen sind also darauf angewiesen, daß sie Forschungsmittel von öffentlichen und privaten Einrichtungen der Forschungsförderung einwerben. Die Vergaberichtlinien der Deutschen Forschungsgemeinschaft gehen nun von der Annahme aus, daß die Infrastruktur, also Räume, Sekretariat, Bibliothek, Computer, die für die Durchführung des Forschungsvorhabens erforderlich sind, von der Universität bereitgestellt werden. Einen solchen Zuschnitt haben private Hochschulen im allgemeinen nicht. Sie müssen z. B. Räumlichkeiten für die Durchführung von Forschungsprojekten anmieten und die Bibliothek um die Spezialliteratur ergänzen, die für die Durchführung des Forschungsvorhabens erforderlich ist. Hier mögen in jedem Einzelfall Engpässe entstehen, die einen Wettbewerbsnachteil der privaten Hochschule bei Anträgen an die Deutsche Forschungsgemeinschaft begründen.

Aber auch die Regeln des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft haben sich als nachteilig für private Hochschulen erwiesen. Der Stifterverband geht z. B. in seinem Programm „Stiftungsprofessuren“ davon aus, daß es sich um die Finanzierung einer „nackten“ Professur auf Zeit handelt. „Nackt“ ist die Professur, weil die Mittel nur für das persönliche Gehalt des Stiftungsprofessors ausreichen, nicht dagegen für die Bezahlung von Assistenten und Sekretariat. Auf Zeit ist die Professur gedacht, weil der Stifterverband die Zusage der staatlichen Hochschule erwartet, daß die Professur nach Ablauf von fünf Jahren im Haushalt der Hochschule ausgewiesen wird. Beide Regeln machen die Stiftungsprofessur für die private Hochschule unattraktiv. Die inzwischen geschaffene Möglichkeit, aus den Mitteln der Stiftungsprofessur Lehraufträge für Gastdozenten zu bezahlen, helfen der privaten Hoch-

schule nicht nachhaltig: die Last der Betreuung der Studenten verteilt sich dann auf nur wenige hauptamtliche Professoren, die dadurch von der Forschung abgehalten werden. Die Regeln des Stiferverbandes haben also einen strategischen Wettbewerbsnachteil zur Folge. Private Hochschulen verzichten daher lieber auf Stiftungsprofessuren, als daß sie die mit ihnen verbundenen Nachteile in Kauf nehmen.

Es gibt heute auch eine regionale Diskriminierung, die sich als Nachteil für private Hochschulen im Westen im Wettbewerb auswirkt. Mit der Erweiterung der Bundesrepublik um die fünf neuen Bundesländer hat sich die Konkurrenz auf dem Markt für tertiäre Bildung dramatisch verschärft. Während die Universitäten in den neuen Bundesländern ganz erhebliche Nachteile im Wettbewerb um gute Dozenten haben, sehen sich die privaten Hochschulen im Wettbewerb um Spenden aus der privaten Wirtschaft einem erheblichen Wettbewerbsnachteil gegenüber. Zum Teil werden die Mittel, mit denen diese Hochschulen langfristig gerechnet haben, zugunsten von staatlichen Universitäten in den neuen Bundesländern abgezogen. So sehr wir alle die Notwendigkeit des Aufbaus in den neuen Bundesländern betonen – ich darf in diesem Punkte nicht mißverstanden werden –, so wenig darf man die Probleme, die mit dieser Verlagerung der Wettbewerbsbedingungen zugunsten des Ostens Deutschlands für die privaten Initiativen im Westen verbunden waren, übersehen. Als Schatzmeister einer Privatinitiative an der Universität Bonn, des Internationalen Hauses, eines 16-Millionen-DM-Objektes, vermag ich ein Lied davon zu singen. Wir waren auf Spenden zur Finanzierung des Hauses angewiesen. Nach der Wende bin ich nachts oft schweißgebadet wach geworden, weil ich geträumt hatte, auf dem Wege zum Amtsgericht zu sein, um den Konkurs anzumelden.

Nun ein Wort zu den diskriminierenden Sicherheitsanforderungen. Ich halte die staatliche Forderung für berechtigt, daß private Anbieter von Hochschulbildung gegenüber ihren Studenten gewährleisten müssen, daß sie ihr Studium auch zu Ende führen können. Das heißt, in Kapital umgerechnet, bei 100 Studenten pro Jahrgang ein Sicherheitskapital von 20 bis 30 Millionen DM.

In der unterschiedlichen Struktur, aber auch der unterschiedlichen Kapitalausstattung der Anbieter von tertiärer Bildung liegen nicht unbedeutende Möglichkeiten zu unlauterem Wettbewerb. Wenn z. B. eine private Hochschule nur ein Hauptstudium anbietet, dann braucht sie nur die Hälfte dieses Kapitals. Sie verschafft sich einen finanziellen Wettbewerbsvorteil zu Lasten derjenigen Hochschulen, die das Grundstudium anbieten. Wenn diese Hochschule dann auch noch bei der Rekrutierung ihrer Studenten gezielt die besten Absolventen des Grundstudiums an staatlichen und alle Absolventen des Grundstudiums an privaten Elite-Hochschulen anspricht, dann werden die vom Verlust

ihrer besten Studenten betroffenen Institutionen dies sicher als unlauteren Wettbewerb empfinden – und das nicht ganz zu Unrecht. Das Hauptstudium an privaten Hochschulen verliert nämlich die economies of scale und gerät in finanzielle Schwierigkeiten, die staatlichen Hochschulen verlieren dadurch das Potential, aus dem sie traditionellerweise den wissenschaftlichen Nachwuchs rekrutieren. Natürlich werden sich die betroffenen Institutionen mit lauterem, aber auch mit unlauteren Mitteln wehren, aber ein solcher Wettbewerb wird auf den Köpfen der Studenten ausgetragen. Das ist sicher nicht wünschenswert.

Diskriminierende Sicherheitsanforderungen sind eng verbunden mit diskriminierenden Finanzierungsbedingungen. Die Kapitalstruktur der verschiedenen privaten Bildungseinrichtungen ist durchaus unterschiedlich. Wir rechnen im allgemeinen die kirchlichen Bildungseinrichtungen nicht zu den privaten Anbietern am Bildungsmarkt, weil sie sich aus den Mitteln der Kirchensteuer und aus nicht unerheblichen staatlichen Zuschüssen finanzieren. Aber auch andere private Bildungseinrichtungen weisen durchaus unterschiedliche Finanzierungsformen auf. Die WHU finanziert sich zu 100 % aus privaten Mitteln. Aber es gibt auch private Hochschulen, die sich zu 50 % aus privaten und zu 50 % aus staatlichen Mitteln finanzieren. Wenn ein Land einer solchen privaten Bildungseinrichtung die Zusage gibt, jede DM an privaten Spenden durch eine DM aus Steuermitteln zu ergänzen, dann wird damit dieser privaten Einrichtung der direkte Griff in die Staatskasse ermöglicht. Das stellt ein nicht unbedeutendes Argument in der Werbung um private Spenden dar und verschlechtert die Wettbewerbschancen der anderen privaten Bildungseinrichtungen erheblich. Natürlich kann man argumentieren, daß diesem finanziellen Wettbewerbsvorteil der Verlust an Glaubwürdigkeit der privaten Bildungsinitiative als strategischer Wettbewerbsnachteil gegenübersteht, und ich halte das auch für wichtig. Bei eher kurzfristiger Betrachtung des Wettbewerbs der privaten Bildungseinrichtungen untereinander aber wird mancher Beobachter vor allem aber die Schatzmeister einer rein privaten Hochschule darin eine Form des unlauteren Wettbewerbs sehen.

Einen besonderen Nachteil im Wettbewerb mit staatlichen Hochschulen stellt das Finanzierungsrisiko dar, dem private Hochschulen ausgesetzt sein können. Die private Nordische Hochschule in Flensburg konnte davon ein Lied singen. Aber auch an der WHU haben wir Erfahrungen mit diesem Risiko. Private Kapitalgeber neigen verständlicherweise dazu, finanzielle Zusagen zeitlich zu begrenzen und flexibel zu gestalten. Das steht natürlich im Gegensatz zu den Interessen der Hochschule, die an einer langfristigen und festen finanziellen Zusage interessiert ist. Nur so kann sie nämlich die Qualität ihres Bildungsangebots nachhaltig gewährleisten. Als die Klöckner KGaA in finanzielle Schief-

lage geriet, verlor die Klöckner-Stiftung, die die Aktien an Klöckner hielt, ihre Einnahmequelle. Die WHU verlor den Lehrstuhl, den die Klöckner-Stiftung an der WHU finanzierte. Wenn die Gewinne, die der HUK-Stiftung für die Förderung von Privatinitiative im Bildungswesen aus der Anlage ihres Kapitals bei mittelständischen Unternehmen zufließen, im Konjunkturverlauf schwanken, atmet das Budget der WHU entsprechend mit. Eine sichere finanzielle Basis stellen daher nur Kapitalstiftungen dar. *Otto Beisheim* hat der WHU eine solche Kapitalstiftung gemacht.

Ich habe in dem größeren finanziellen Risiko der WHU nie einen ernstzunehmenden wettbewerbsverzerrenden Faktor gesehen. Ich habe mich stets, auch in den schwierigen Anfangsjahren der WHU, auf das Wort von *Alfred Herrhausen* verlassen, der einmal sagte: Wenn die privaten Hochschulen in Deutschland untergehen, dann ist der Gedanke von privaten Hochschulen auf mindestens eine Generation hin tot. Aber ich weiß auch, daß dieses Wort *Herrhausens* manchen Kollegen nicht ausreichte, faire Wettbewerbsbedingungen mit den staatlichen Hochschulen herzustellen.

Ich komme zu dem Ergebnis, daß es Formen des unlauteren Wettbewerbs zwischen den Anbietern von Bildungsleistungen gibt. Die strategischen Wettbewerbsvorteile privater Bildungseinrichtungen scheinen mir ihre Wettbewerbsnachteile nicht aufzuwiegen. Daraus folgt Handlungsbedarf.

2. Unlauterer Wettbewerb gegenüber den Nachfragern von Bildung

Ich wende mich nun den Formen des unlauteren Wettbewerbs am Bildungsmarkt zu, die vorwiegend die „Konsumenten“ schädigen. Bedarf es, so möchte ich fragen, des Schutzes der Nachfrager nach Bildungsleistungen vor unlauteren Praktiken der Anbieter von Bildung?

Bei den staatlich anerkannten Studiengängen ist die Gefahr, daß die Erwartungen der Nachfrager vom Angebot nicht erfüllt werden, naturgemäß relativ gering. Zur Transparenz dieses Bildungsangebots haben auch die von privaten Verlagen herausgegebenen Studienführer sowie die Fachzeitschriften beigetragen, die die Hochschulen und ihre Fakultäten evaluieren.

Große Probleme aber treten auf dem Markt für Fortbildungsleistungen auf. Dies sei, entsprechend meinen Erfahrungen, am Beispiel des Bildungsmarktes für den wirtschaftlichen Führungsnachwuchs einerseits und am Markt für den Master of Business Administration andererseits dargelegt.

Als das Universitäts-Seminar der Wirtschaft (USW) im Jahre 1968 gegründet wurde, war die Diskussion um die Bildungskatastrophe, die

Picht ausgelöst hatte, in vollem Gange. Die Frage, ob Bedarf an Fortbildung des wirtschaftlichen Führungsnachwuchses bestände, durfte daher als positiv beantwortet gelten. Unsicherheit bestand jedoch über das Angebot und seine Qualität. Private Fortbildungsinitiativen schossen wie Pilze aus dem Boden. Die Gründung des USW dürfte daher auch der Tatsache zuzuschreiben sein, daß sich damit diejenigen, die die Nachfrage finanzierten, auch in die Gestaltung des Angebots einschalten und die Qualität des Bildungsangebots überwachen konnten. Qualitätsunsicherheit führt zu vertikaler Integration, würde *Williamson* sagen: der Markt wird durch Hierarchie ersetzt. Das lehrt das Beispiel USW.

Allgemein gilt: Die Vielfalt der privaten Initiativen im Weiterbildungsbereich führt zu mangelnder Transparenz des Marktes. Die Suchkosten der Nachfrager nach qualifizierten Angeboten werden so hoch, daß auch qualitativ minderwertige Programme eine Chance haben, Nachfrage zu finden. Das diskreditiert schließlich auch viele seriöse Fortbildungsangebote und reduziert die Nachfrage nach Fortbildung des Managernachwuchses allgemein. Bemühungen, mehr Transparenz zu schaffen, waren im konkreten Falle nicht von nachhaltigem Erfolg. Dabei sollen die Leistungen des Wuppertaler Kreises nicht geringgeschätzt werden.

Die Erfahrung lehrt also, daß zu viele private Bildungsinitiativen zu unvollkommenem Wettbewerb und zu zum Teil unlauteren Wettbewerbsmethoden führen. Es bedarf der Schaffung eines Gütesiegels, damit der Markt weiter funktionsfähig bleibt und seriöse private Bildungsinstitute erfolgreich arbeiten können.

Das Risiko, daß der Markt sich durch ein Überangebot an Bildungsangeboten, deren Qualität nicht ausreichend überwacht werden kann, selbst zerstört, scheint mir auch gegenwärtig wieder zu bestehen. Der Erwerb des Titels eines Masters of Business Administration (MBA) hat offenbar für viele Bildung Suchende (oder Titel Suchende) eine große Faszination. Nachdem in Zürich die erste private Business School entstanden war, die den Titel eines MBA verlieh, haben sich in Europa eine ganze Reihe von privaten Bildungsinitiativen entwickelt, die entweder in eigener Regie oder in Kooperation mit mehr oder weniger bekannten amerikanischen Business Schools Bildungsangebote machen, die zum MBA führen. Inzwischen ist die Anzahl dieser Angebote so groß, daß der Markt unübersichtlich geworden ist. Das begünstigt das Entstehen unseriöser Institute. Um die Kunden vor unseriösen Angeboten zu bewahren, haben sich zunächst die deutschen Spitzenverbände zusammengetan, um eine Instanz zur Evaluierung von MBA-Programmen zu gründen und ihre Mitgliedsfirmen zu beraten. Gegenwärtig versucht die European Foundation for Management Development (EFMD) eine Instanz zur Evaluierung von MBA-Programmen in Europa zu schaffen, um Kunden vor unqualifizierten Angeboten zu bewahren. Ob es zu

einer wirksamen Kontrolle des Angebots und damit zu einem wirksamen Schutz der Konsumenten kommt, erscheint gegenwärtig fraglich.

In der Theorie nennt man dieses Problem das der asymmetrischen Information. Der Kunde hat geringere Informationen über die Qualität eines Angebots als der Anbieter. Dieser kann die Unkenntnis des Kunden zu seinem Vorteil ausnutzen. Da der Kunde diese Möglichkeit durchaus erkennt, wird er aus Angst vor Übervorteilung überhaupt keine Leistung mehr nachfragen. Der Markt versagt in seiner Funktionsfähigkeit, er bricht zusammen. Dem kann nur durch Beseitigung der Informationsasymmetrie begegnet werden. Das erfordert staatliche Qualitätskontrolle. Die Gefahr unlauteren Wettbewerbs unter vielen qualitativ unterschiedlichen privaten Bildungsinitiativen erzwingt also die staatliche Aufsicht über die Qualität dieser Institutionen. Dies ist aber wirksam nur möglich, wenn die Anzahl der privaten Bildungseinrichtungen beschränkt wird. Dies erfordert ein staatliches Akkreditierungsverfahren mit scharfen Qualitätskriterien.

IV. Konsequenzen

Im Ergebnis ist festzuhalten:

1. Am Markt der Aus- und Weiterbildung gibt es Formen unlauteren Wettbewerbs.
2. Unlauterer Wettbewerb verdrängt qualitativ gute Angebote vom Markt.
3. Es bedarf daher einer Ordnung des Marktes für Bildungsangebote, die die seriösen privaten Anbieter besser schützt.
4. Vordringlich sind die Anpassung der Vergaberichtlinien der Deutschen Forschungsgemeinschaft an die spezielle Situation privater Hochschulen und die Änderung der Förderrichtlinien des Stifterverbandes für die Deutsche Wissenschaft. Hier ist vor allem an die Regelungen über die Einrichtung von Stiftungsprofessuren gedacht.
5. Die Neigung privater Spender, finanzielle Zusagen zeitlich zu befristeten und flexibel zu gestalten, ist verständlich. Sie hat aber erhebliche Wettbewerbsnachteile für private Hochschulen zur Folge. Gleiche Wettbewerbschancen können nur durch den Ausbau des Instituts der Kapitalstiftung für private Hochschulen hergestellt werden. Von diesem Instrument sollte die private Wirtschaft verstärkt Gebrauch machen.
6. Kapitalstiftungen stellen nicht nur eine Lösung der Finanzierungsprobleme privater Hochschulen dar. Sie sind auch ein wichtiges Signal für die Öffentlichkeit, daß der Stifter Vertrauen in die Kontinuität der

Institution und in die hohe Qualität ihrer Ausbildungsangebote setzt. Die Hochschule erwirbt also auch Reputationskapital. Reputationskapital ist im Wettbewerb der privaten Bildungsangebote so wichtig wie Geldkapital. Es schützt den seriösen Anbieter vor unlauterem Wettbewerb.

7. Markttransparenz auf dem Bildungsmarkt ist Voraussetzung für funktionsfähigen Wettbewerb. Die staatliche Anerkennung von Studiengängen an privaten Hochschulen stellt eine notwendige Voraussetzung für Transparenz her. Die privaten Bildungseinrichtungen sollten aber mehr tun. Sie sollten im eigenen Interesse Vorreiter für ein Hochschulmarketing sein, das die Transparenz der Qualität von Bildungsangeboten für die Öffentlichkeit verbessert.

8. Auf dem Markt für allgemeine und berufliche Weiterbildung ist die Transparenz der Bildungsangebote unzureichend. Hier bedarf es einer privaten oder staatlichen Einrichtung zur Akkreditierung von Bildungsangeboten. Nur so kann unlauterer Wettbewerb auf diesem Markt verhindert und funktionsfähiger Wettbewerb hergestellt werden.

Wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

KURT BAUER

I.

Durch die jüngste Novellierung¹ des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ist u. a. die Bestimmung des § 13 Abs. 2 UWG geändert worden. Hiernach kann in Fällen der §§ 1, 3, 4, 6 bis 6 c, 7 und 8 UWG der Anspruch auf Unterlassung geltend gemacht werden

1. von Gewerbetreibenden, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, die geeignet ist, den Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen;
2. von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden angehört, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsgemäßen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen, und soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, die geeignet ist, den Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen.

Ziel der vorgenommenen Änderung ist die Eindämmung von Aktivitäten von Mitbewerbern und gewerblichen Verbänden bei der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen. Zur Begründung verweist der Regierungsentwurf auf das unter dem Stichwort „Abmahn- und Gebührenvereine“ bekannt gewordene Phänomen, welches die Gefahr einer Diskreditierung des gesamten Rechtsgebiets mit sich bringe, weil das massenhafte Abmahnen und auch die massenhafte klageweise Verfolgung von häufig nur marginalen Verstößen (Bagatellverstößen) in Kreisen der Wirtschaft zunehmend zu einem Unverständnis über die deutsche Praxis geführt habe². In der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 23. 6. 1994 (Drucksache 12-80 89) ist von einer teilweise mißbräuchlichen Inanspruchnahme der Klage- und Abmahnbefugnis der Wettbewerber und insbesondere „Abmahn- und Gebührenvereine“ die Rede.

¹ BGBl. I 1738.

² WRP 1994, S. 369 ff, 370, 371.

Ob die geschilderten Zustände stets und immer Ausdruck und Folge einer mißbräuchlichen Handhabung der Klagebefugnis waren, mag man bezweifeln. Was beispielsweise die massenhafte Verfolgung von „Bagatellverstößen“ betrifft, ist mit *Kissler*³ auch zu fragen, ob gesetzliche Vorschriften noch als sinnvoll angesehen werden können und weiter beibehalten werden sollen, deren Nichtbeachtung vom Gesetz- bzw. Ordnungsgeber selbst als „marginale Wettbewerbsverstöße“ eingestuft werden, zumal wenn solche Vorschriften „massenweise“ – sei es aus welchen Gründen auch immer – von den betroffenen Wirtschaftskreisen nicht beachtet werden.

Beide in § 13 Abs. 2 UWG jeweils in den Nummern 1 und 2 geregelten Tatbestände enthalten das Merkmal „soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, die geeignet ist, den Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen“. Dieses Merkmal – kurzgefaßt und umschrieben als „wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs“ – ist neu und findet sich in der bisherigen Nomenklatur des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb nicht. Bei der Anwendung und insbesondere bei der Auslegung dieses neuen Tatbestandsmerkmals kann also nicht auf eine lange und bewährte Spruchpraxis zurückgegriffen werden. Es gibt allerdings in der relativ kurzen Zeit seit Inkrafttreten der Novellierung bereits eine nicht unbeachtliche Literatur sowie eine Reihe bekannt gewordener Entscheidungen von Instanzgerichten sowie des Bundesgerichtshofes, die zumindest in Ansätzen erkennen lassen, wie jedenfalls die Praxis zukünftig den Aspekt der wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs beurteilen wird.

II.

Nach überwiegender Auffassung⁴ ist das Merkmal der wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht Prozeß- bzw. Sachurteilsvoraussetzung, sondern gehört zur materiellen Klagebegründung⁵. So wird in der Begründung des Regierungsentwurfes unter Hinweis auf die unterschiedliche Beurteilung des bisherigen § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG ausdrücklich darauf hingewiesen, daß es sich jedenfalls bei dem neu hinzugekommenen Merkmal der wesentlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung

³ WRP 1994, S. 768 ff, 772.

⁴ *Wiebe* (WRP 199, S. 75 ff, S. 78) hält es für problematisch, die Merkmale des § 13 Abs. 2 UWG der einen oder anderen Kategorie zuzuordnen.

⁵ Von der jeweiligen Zuordnung hängt es ab, ob die Klage als unzulässig oder als unbegründet abzuweisen ist, ferner ob die tatsächlichen Voraussetzungen von Amts wegen zu prüfen sind und zwar unabhängig davon, ob die beklagte Partei eine entsprechende Rüge erhoben hat (vgl. dazu BGH NJW 1991, S. 2707 f, 2708).

um eine Frage des materiellen Rechts (Aktivlegitimation) und somit der Begründetheit des Anspruches handelt⁶.

*Gröning*⁷ plädiert für die Annahme einer Prozeßvoraussetzung u. a. mit der Erwägung, andernfalls (also wenn man das Merkmal zu den materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen rechnen würde) wäre ein und dieselbe Handlung einmal als wettbewerbswidrig zu beurteilen und zum anderen nicht, je nachdem, ob ein unmittelbar verletzter oder aber ein nur „abstrakt“ betroffener Mitbewerber klagt⁸.

Diese Erwägung erweist sich indes nicht als stichhaltig. Es ist ja gerade erklärte Absicht des Gesetzgebers, mit Ausnahme des unmittelbar Verletzten die Aktivlegitimation der Mitbewerber sowie der rechtsfähigen Verbände einzuschränken mit der Folge, daß bestimmte Wettbewerbsverstöße, insbesondere soweit sie von geringer Bedeutung sind, nicht mehr von diesen verfolgt werden können.

*Tilmann*⁹ „empfiehlt“ aus praktischen Gründen, bei Nr. 1 eine sogenannte doppelrelevante Tatsache (Prozeß- und gleichzeitig materiell-rechtliche Voraussetzung) anzunehmen und bei Nr. 2 (rechtsfähige Verbände) eine Aufteilung dahingehend vorzunehmen, einerseits die verbandsinternen Voraussetzungen ebenfalls als doppelrelevante Tatsache anzusehen und andererseits das Merkmal der wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs als materiell-rechtliche Voraussetzung für den geltend gemachten Anspruch zu werten.

Der Bundesgerichtshof geht in seiner – soweit ich sehe – ersten Entscheidung¹⁰ zu § 13 Abs. 2 UWG n. F. ohne eine nähere Begründung davon aus, daß die verbandsinternen Voraussetzungen, insbesondere das Erfordernis einer erheblichen Zahl von Gewerbetreibenden, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, ausschließlich die Prozeßführungsbefugnis betreffen, während die Eignung der beanstandeten Handlung, den Wettbewerb auf dem einschlägigen Markt wesentlich zu beeinträchtigen, ein neben § 1 UWG zu prüfendes, materiell-rechtliches Erfordernis darstellt¹¹.

Wichtiger als die Einordnung als materiell-rechtliche Voraussetzung ist für die praktische Anwendung die Frage nach der inhaltlichen Bedeutung des Begriffs der wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs.

⁶ WRP 1994, S. 396 ff, 374 rechte Spalte.

⁷ WRP 1994, S. 435 ff und WRP 94, S. 475 ff.

⁸ WRP 1994, 475 ff, S. 799.

⁹ BB 1994, S. 1793 ff, 1797.

¹⁰ ZIP 1995, S. 152 ff, WRP 1995, S. 104 ff.

¹¹ BGH aaO, S. 155.

Versucht man, diese Frage zu beantworten, so zeigt sich sogleich, daß der Wortlaut der Bestimmung wenig hilfreich ist. Nimmt man nämlich die Formulierung wörtlich, so wäre das Merkmal nur erfüllt, wenn die beanstandete Handlung den Wettbewerb auf dem einschlägigen Markt in seiner Gesamtheit berühren, d. h. die Interessen der Beteiligten, darunter auch die der Marktgegenseite (Verbraucher), insgesamt beeinträchtigen würde, und zwar noch dazu in einer Weise, die zumindest eine erhebliche Wirkung auf das Geschehen im Markt nach sich zieht¹².

Eine derartige Tragweite der neugefaßten Bestimmung wird indes der mit der Novellierung verfolgten Intention nicht ganz gerecht. *Tilmann*¹³ meint nicht ganz zu Unrecht, daß der Gesetzgeber „bedauerlicherweise den Mund recht voll“ genommen habe.

Ebensowenig hilft es weiter, wenn man bei der Auslegung des Begriffes der wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs Anleihen im Kartellrecht suchen würde. Zwar findet sich dort der Begriff in § 18 GWB¹⁴. Die unterschiedliche Zielsetzung beider Gesetze läßt jedoch eine inhaltliche Gleichsetzung oder auch nur „analoge Übernahme“ nicht zu. Während das GWB die Wettbewerbsfreiheit als solche gegen Beeinträchtigung schützt und im Kern „strukturelle“ Einwirkungen erfaßt, hat das UWG den einzelnen Wettbewerber im Auge, soweit durch sein unlauteres Verhalten der Wettbewerb im Markt in unzulässiger Weise beeinflusst wird. Die jeweilige Dimension der Beeinträchtigung dort sowie der Beeinflussung hier ist also grundsätzlich verschieden zu beurteilen¹⁵.

Mehr Aufschluß über unseren Begriff könnte ein Tatbestandsmerkmal geben, welches zwar nicht wortgleich jedoch zumindest ähnlich gefaßt ist. Es handelt sich um die Voraussetzung für die Klagebefugnis von Verbraucherverbänden, soweit Verstöße gegen § 1 UWG verfolgt werden.

Nach Maßgabe von § 13 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 UWG ist die Aktivlegitimation nur gegeben, wenn der geltend gemachte Unterlassungsanspruch Handlungen betrifft, durch die wesentliche Belange der Verbraucher berührt werden.

Nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur¹⁶ läßt sich nur im Einzelfall entscheiden, ob und wann wesentliche Be-

¹² Vgl. dazu auch *Gröning* WRP 1994, S. 436 ff.

¹³ AaO, S. 1796.

¹⁴ Im Zusammenhang mit der Befugnis der Kartellbehörde, Ausschließlichkeitsbindungen unter bestimmten Voraussetzungen aufzuheben.

¹⁵ So im Ergebnis auch *Gröning* WRP 1994, S. 780 und *Wiebe* WRP 1995, S. 75, 77.

¹⁶ Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, 17. Aufl. § 13 UWG Anm. 13; Großkommentar zum UWG, § 13 Anm. 102 sowie die dort zitierte Spruchpraxis.

lange der Verbraucher berührt sind. Einerseits reicht es nicht ohne weiteres aus, wenn das beanstandete Verhalten nur die Interessen einzelner Verbraucher berührt. Andererseits genügt es, daß eine größere Anzahl von Verbrauchern betroffen ist. Der Verstoß muß allerdings ein gewisses Gewicht haben. So hat der BGH beispielsweise im Falle der unerbetenen Telefonwerbung im privaten Bereich die persönlichen Belange der Endverbraucher in einem Ausmaß als betroffen angesehen, welches es rechtfertigt, sie als wesentlich einzustufen¹⁷.

Da das UWG über seine ursprüngliche Intention hinaus nicht nur den Schutz der Mitbewerber, sondern gleichermaßen den Schutz der Verbraucher vor unlauteren Verhaltensweisen bezweckt, ist meines Erachtens eine Handlung, die wesentliche Belange der Verbraucher berührt, zugleich geeignet, den Wettbewerb auf dem einschlägigen Markt wesentlich zu beeinträchtigen. Insofern kann die bisherige Rechtsprechung zu § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG auch für die Anwendung der neugefaßten Bestimmungen der Nr. 1 und 2 nutzbar gemacht werden¹⁸.

Mehr als aus dem Wortlaut selbst läßt sich aus den Gesetzesmaterialien, insbesondere der Begründung zum Regierungsentwurf¹⁹ zumindest in der Tendenz erkennen, was der Gesetzgeber unter einer wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs verstanden wissen will.

Hiernach sollen im Allgemeininteresse gegen Wettbewerbsverstöße vorgehende Kläger nur in solchen Fällen aktivlegitimiert sein, in denen die Auswirkungen auf das Wettbewerbsgeschehen so erheblich sind, daß die Interessen der Allgemeinheit ernsthaft betroffen werden. Ergänzend wird ausgeführt, daß die vorgenommene Einschränkung auf denselben Erwägungen beruhe, welche für den im Entwurf vorgesehenen neuen § 2 UWG sprechen. Nach dieser Bestimmung, die nicht Gesetz geworden ist, sollten Verstöße gegen sogenannte wertneutrale Vorschriften (also Rechtsvorschriften außerhalb des UWG) nur noch dann in Verbindung mit § 1 UWG unzulässig sein, wenn der Verletzer sich dadurch einen erheblichen Wettbewerbsvorsprung vor seinen gesetzestreuen Mitbewerbern verschaffe. Damit – so ausdrücklich die Begründung – solle vor allem erreicht werden, daß Bagatelverstöße nicht als sittenwidrige Wettbewerbshandlungen geahndet werden.

Eben die nach Auffassung des Gesetzgebers „massenhafte Verfolgung“ derartiger Bagatellsachen hat – wie bereits eingangs ausgeführt – zugleich den Anstoß zu der jetzigen Novellierung gegeben.

¹⁷ BGH GRUR 1989, 753 ff *Telefonwerbung II*; vgl. BGH GRUR 1990, S. 280 ff, *Telefonwerbung III*.

¹⁸ S. dazu auch *Kissler* WRP 1994, S. 768 ff, 771 f.

¹⁹ WRP 1994, S. 369 ff.

Zur Verdeutlichung dessen, was er unter „Bagatellsachen“ versteht, nennt der Gesetzgeber mehrere Fallbeispiele, so die PS-Werbung (ohne gleichzeitige Angabe der Maßeinheit „kw“)²⁰, die Verwendung von Zollangaben für Computerschirme anstelle der gesetzlich vorgeschriebenen „cm“-Angaben²¹ sowie die Werbung mit Preisbestandteilen ohne Angabe des vorgeschriebenen Endpreises.

Läßt sich aus den zuvor dargelegten Erwägungen des Gesetzgebers entnehmen, daß jedenfalls Bagatellfälle der geschilderten Art nicht geeignet sind, den Wettbewerb wesentlich zu beeinträchtigen, so ermöglicht diese negative Abgrenzung nicht ohne weiteres die Feststellung, wann nun die Grenze erreicht ist, ab der die Aktivlegitimation gem. § 13 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UWG n. F. zu bejahen ist.

Generelle Regeln sind insoweit nicht greifbar. So findet die Auffassung von *Kissler*²², Verstöße gegen Bestimmungen des UWG, der Zugabeverordnung sowie das Rabattgesetz, also die Kernbereiche der unlauteren Werbung betreffend, seien von Hause aus geeignet, den Wettbewerb wesentlich zu beeinträchtigen, im Gesetz keine Stütze. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 13 Abs. 2 UWG bezieht sich die Regelung ohne jede Einschränkung auf alle Fälle der §§ 1, 3, 4, 6 bis 6 c, 7 und 8 UWG mit der Folge, daß neben den Voraussetzungen der genannten Bestimmungen zusätzlich noch das Merkmal der wesentlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung zu prüfen ist²³.

Gleichermaßen begegnet die Feststellung des OLG Karlsruhe²⁴ Bedenken, der Verstoß gegen ein im Gesetz – insbesondere im UWG – ausdrücklich geregeltes wettbewerbsrechtliches Verbot sei – wenn nicht ganz gewichtige Gründe entgegenstehen – aus der Natur der Sache als geeignet anzusehen, den Wettbewerb auf dem jeweils betroffenen Markt wesentlich zu beeinträchtigen.

Ob und wieweit eine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliegt, ist vielmehr jeweils nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zu beurteilen²⁵ ähnlich wie bei dem bereits erwähnten Tatbestandsmerkmal der „wesentlichen Belange der Verbraucher“ im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG.

Maßgebend ist für die Prüfung im Einzelfall – wie der BGH zutreffend anführt – die Art und Schwere des Verstoßes, wobei dieser nach der Intention des Gesetzes ein gewisses Gewicht haben muß. Bei der

²⁰ BGH GRUR 1993, 679.

²¹ OLG Hamm NJW-RR 1994, S. 623 f.

²² WRP 1994, 768 ff, 771.

²³ S. dazu BGH ZIP 1995, S. 152 ff, 155.

²⁴ WRP 1994, S. 895.

²⁵ S. dazu BGH ZIP 1995, S. 152 ff.

Festlegung der Spürbarkeitsgrenze – so der BGH weiter²⁶ – seien alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen, zu denen ein besonderes Interesse der Allgemeinheit einschließlich der Verbraucher, eine besondere Anreizwirkung der Werbung für den Umworbenen, die Größe eines erzielten Wettbewerbsvorsprungs, bei Nebengesetzen insbesondere das geschützte Rechtsgut, der Grad der Nachahmungsgefahr für Mitbewerber u. a. gehören können.

Die aufgezeigten Prüfungskriterien sind sicherlich „flexibel“ genug, um den jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles gerecht zu werden. Gleichwohl werden die Gerichte im Rahmen der Gewichtung der einzelnen Umstände als solche und in ihrem Zusammenwirken nicht immer zum gleichen Ergebnis kommen. Es bleibt abzuwarten, ob es gelingt, im Laufe der Zeit bestimmte Fallgruppen herauszuarbeiten, welche die Wertung der maßgeblichen Umstände auch im Einzelfall und damit die „Vorhersehbarkeit“ gerichtlicher Entscheidungen erleichtern.

III.

Wie die Wertung in konkreten Fällen aussehen kann, sei an einigen wenigen Beispielen aus der bisher bekannt gewordenen Rechtsprechung verdeutlicht.

In seiner bereits mehrfach zitierten Entscheidung²⁷ hatte der BGH die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit einer Werbeaktion zu prüfen, bei der ein Augenoptiker seinen Kunden sogenannte Punkte-Schecks aushändigt und Sachprämien für den Fall verspricht, daß andere Kunden unter Vorlage eines dieser Schecks bei ihm einkaufen. Der BGH bejaht die Eignung zur wesentlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung mit dem Hinweis, im Streitfall stehe die Stärke des wettbewerblichen Anreizes im Vordergrund. Eine Laienwerbung der vorliegenden Art sei besonders geeignet, Kunden durch unsachliche Beeinflussung zu veranlassen, unkritisch bestimmte Unternehmen als Anbieter zu bevorzugen. Zugleich begründe diese besondere Anreizwirkung die Gefahr, daß andere Unternehmen die Werbemethode übernehmen, um im Wettbewerb nicht benachteiligt zu sein²⁸.

Gegenstand der Entscheidung des Kammergerichts Berlin vom 23. 8. 1994²⁹ ist die Werbung für Mobiltelefone unter blickfangmäßiger Nennung von Preisen, ohne hinreichend deutlich darauf hinzuweisen, daß der Telefonapparat nur zusammen mit einer Netzkarte und damit

²⁶ BGH aaO, S. 155.

²⁷ BGH ZIP 1995, S. 152 ff.

²⁸ BGH aaO, S. 155.

²⁹ WRP 1994, S. 866 ff.

verbundenen weiterer Kosten wie Anschlußgebühr und monatliche Grundgebühren erworben werden kann.

Das Kammergericht verneint eine wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs mit der Begründung, für die zunächst irreführenden Interessenten würden sich bei näherem Hinsehen die Zusammenhänge der Preisgestaltung aufklären. Vor allem würden die Interessenten, sofern sie erst im Geschäftslokal der werbenden Vertriebsfirma feststellen, daß das angebotene Gerät allein nur zu einem wesentlich höheren Preis als angepriesen gekauft werden könne, sich „verärgert abwenden und eine andere Bezugsquelle“ suchen.

Diese Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Zunächst wird nicht hinreichend dem bisher allgemein anerkannten Grundsatz Rechnung getragen, daß die Blickfangwerbung als solche wahr sein muß und eine irreführende Werbung nicht dadurch entfällt, daß es dem interessierten Kunden bei genauerem Studium der Begleittexte vielleicht möglich sein mag, zutreffende Vorstellungen über Art und Inhalt des Angebots zu gewinnen.

Ebensowenig kann, wie ich meine, davon ausgegangen werden, daß der Kunde – ist er erst einmal im Geschäftslokal – dieses „verärgert“ wieder verläßt und sich eine andere Bezugsquelle sucht. In nicht wenigen Fällen wird er vielmehr das Kopplungsgeschäft akzeptieren in der Erwartung, daß auch die angebotene Kombination durchaus günstig sei, ohne sich dabei zunächst der Mühe zu unterziehen, einen Preisvergleich in bezug auf das zusätzliche Dienstleistungspackage vorzunehmen.

In einer anderen Entscheidung des Kammergerichts Berlin³⁰ geht es um die Werbung für Magnetarmbänder „viele tausend Menschen tragen heutzutage Magnetarmbänder und sie fühlen sich wohl und fit“. In diesem Falle bejaht das Kammergericht die wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung mit dem Hinweis, die Antragsgegnerin sei ein marktstarkes Versandhandelsunternehmen und im übrigen sei es stets ein Verstoß von Gewicht, täuschend zu werben.

Ebenso bejaht das Kammergericht³¹ eine wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Falle einer irreführenden Werbung für ein Diätprodukt in einer bundesweit vertriebenen Zeitschrift. Zutreffend weist das Kammergericht in diesem Zusammenhang u. a. darauf hin, daß gerade „übergewichtige“ Personen danach streben, „mit Genuß und ohne Qual“ schlanker zu werden, und – wie man hinzufügen kann – daher geneigt sind, die entsprechenden Angebote weniger kritisch als geboten zu prüfen.

³⁰ WRP 1994, S. 865 f.

³¹ WRP 1994, S. 871 ff.

Das OLG Karlsruhe³² hatte sich mit einem Fall der außergewöhnlichen Verkaufsveranstaltungen nach Maßgabe des § 7 Abs. 1 UWG zu befassen. Das Gericht bejaht die Wesentlichkeit der Wettbewerbsbeeinträchtigung mit der Feststellung, Verstöße gegen ein im Gesetz ausdrücklich geregeltes wettbewerbsrechtliches Verbot seien – wenn nicht ganz gewichtige Gründe entgegenstehen – aus der Natur der Sache als geeignet zu sehen, den Wettbewerb auf den jeweils betroffenen Markt wesentlich zu beeinträchtigen.

Diese Begründung ist nicht ganz bedenkenfrei. Zum einen ist – wie schon an anderer Stelle ausgeführt – die wesentliche Beschränkung des Wettbewerbs als zusätzliches Merkmal neben den Voraussetzungen der einzelnen im neugefaßten § 13 Abs. 2 UWG ausgeführten Bestimmungen zu prüfen. Zum anderen kann ein Verstoß gegen § 7 Abs. 1 UWG, insbesondere was seine Wirkung auf den Wettbewerb im einschlägigen Markt betrifft, durchaus unterschiedlich zu beurteilen sein, je nachdem, ob es sich beispielsweise um einen Grenzfall oder aber um eine eklatante Verletzung handelt, ob eine solche Verkaufsaktion von einem großen Kaufhaus im Zusammenhang mit einer breit angelegten Werbekampagne oder aber einem kleinen Geschäft durchgeführt wird, wobei im letzteren Falle lediglich einige wenige Verbraucher betroffen sind.

Schließlich sei noch die Entscheidung des LG Kiel³³ erwähnt. Es geht um den Verkauf von alkoholischen Getränken in einer Tankstelle außerhalb der gesetzlichen Ladenöffnungszeiten. Das Gericht meint, in diesem Falle die wesentliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs und damit zugleich die Aktivlegitimation des klagenden Verbandes bejahen zu müssen, da – nach Erfahrung der Kammer – vergleichbare Verstöße in der Regel nur von Verbänden verfolgt würden, denen unmittelbar bzw. mittelbar angeschlossene Einzelhandelsunternehmen ihr jeweiliges Interesse an der Erhaltung des lautereren Wettbewerbs auf diesem Markt anvertraut hätten. Wären diese Verbände im Sinne des § 13 Abs. 2 n. F. an der Verfolgung solcher Verstöße gehindert, käme es im Ergebnis zu einer „Relativierung der Geltung des Ladenschlußgesetzes“ auf diesem Markt zu Lasten der gesetzestreuen Mitbewerber.

Es liegt auf der Hand, daß mit einer solchen Begründung im Ergebnis die mit der Novellierung verfolgte Absicht des Gesetzgebers „unterlaufen“ wird.

³² WRP 1994, S. 895 f.

³³ WRP 1995, S. 141 ff.

Salvatorische Klauseln

JÜRGEN F. BAUR

I. Die Problematik

1. Der Einbau einer salvatorischen Klausel¹ in komplexe, meist auf längere Zeit angelegte Vertragsgebilde gehört heute in vielen Bereichen längst zum Standard moderner Vertragsgestaltung durch die Kautelarjurisprudenz. Salvatorische Klauseln finden sich, wie die einschlägige Rechtsprechung aufweist, in Bezugsverträgen, etwa über Energie², aber auch über Getränke³, in Franchiseverträgen⁴, Lizenzverträgen⁵, Pachtverträgen⁶, Unternehmenskaufverträgen⁷, Kreditverträgen⁸ in Gesellschaftsverträgen⁹ und anderen¹⁰. Regelmäßig handelt es sich bei diesen Verträgen um langfristige Vereinbarungen zwischen Unternehmen (oder über ein zu gründendes Unternehmen) mit entsprechend auf lange Zeitdauer angelegten strukturellen Festlegungen in Absatz, Bezug, Finanzierung und dergleichen. Erweist sich ein Teil der Vereinbarungen als unwirksam, als ungültig, so besteht die Gefahr, daß die gesamte Grundlage der Kooperation in den Strudel der Unwirksamkeit hineingezogen wird (§ 139 BGB). Erhebliche wirtschaftliche Schäden jedenfalls für einen der Beteiligten sind dann unvermeidlich¹¹. Strukturelle Festlegungen lassen sich kaum rückabwickeln, sie können in jedem Fall auch ohne weitere Begründung für die Zukunft beendet werden. Salvatorische Klauseln sollen verhindern, daß eine solche Katastrophe eintritt. Sie sollen den Vertrag retten, deshalb werden sie als salvatorische bezeichnet.

¹ Hierzu *H. Westermann*, in: Festschrift für Philipp Möhring, 1975, 135 ff; *Beyer*, Salvatorische Klauseln, 1988.

² OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 3221, „Belieferung von Sonderabnehmern“.

³ BGH, WuW/E BGH, 1988; OLG Frankfurt, WuW/E OLG, 2105.

⁴ BGH, WuW/E BGH, 2909, „*Pronuptia II*“; OLG Köln, WuW/E OLG, 1715, „*Wimpy Hamburger*“; OLG Düsseldorf, WuW/E OLG, 1683, „*Wimpy*“.

⁵ BGH, WuW/E BGH, 1259, „*Bremsrollen*“; BGH, WuW/E BGH, 1525, „*Fertighäuser*“; OLG Hamburg, NJW-RR 1987, 179.

⁶ OLG Hamm, WuW/E OLG, 2187, „*Gaststättenunterpacht*“.

⁷ Vgl. BGH WM 1989, 954 (dort stellt der BGH ausdrücklich auf das Fehlen einer solchen Klausel ab).

⁸ BGH NJW 1977, 38; BGHZ 72, 309.

⁹ BGHZ 49, 364; BGH BB 1955, 750; BGH WM 1973, 900; BGH DB 1976, 2106.

¹⁰ Aber auch in Automatenaufstellverträgen; BGH, WuW/E BGH, 1426 „*Celler Imbiß*“; BGH NJW 1983, 159.

¹¹ S. a. *H. Westermann*, in: Festschrift für Philipp Möhring, 1975, S. 135 ff, 136; *Beyer*, Salvatorische Klauseln, S. 97.

2. Die Bedeutung, welche die Praxis salvatorischer Klauseln zumißt, steht nach alledem außer Frage. Im Gegensatz hierzu steht, jedenfalls in Teilen, die Ansicht des wissenschaftlichen Schrifttums. *Pierer von Esch*¹² hält salvatorische Klauseln zur Gänze, *Johannes Hager*¹³ hält sie jedenfalls oft für überflüssig. Auch ohne sie sei der Richter in der Lage, das Problem der Teilnichtigkeit von Verträgen zu lösen; die schematische Formulierung der Klauseln sei für eine gerechte Bewertung der Interessen der Vertragspartner durch den Richter eher hinderlich. Und *Herbert Roth*¹⁴ konstatiert, daß die Wirkkraft salvatorischer Klauseln im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohnehin in weitgehendem Maße schwindet, ein Eindruck, der bei der Lektüre mancher AGB-rechtlicher Schriften durchaus bestätigt wird. Sind also salvatorische Klauseln kein Ergebnis sorgfältiger kautelarjuristischer Arbeit¹⁵, sondern ein überflüssiges, ohne Nachdenken¹⁶ in den Vertrag nach Formular eingefügtes Anhängsel?

Die Festschrift zu Ehren des erfolgreichen Anwalts und Beraters der Wirtschaft, *Ralf Vieregge*, gibt Anlaß, über salvatorische Klauseln noch einmal nachzudenken.

II. Salvatorische Klauseln: Arten, Funktion, Strukturen

1. Salvatorische Klauseln suchen die Probleme zu meistern, die dadurch entstehen, daß Teile eines Vertrages unwirksam sind oder werden. Ihr Ziel ist es, die Durchführung des Vertrages trotz dieses einschneidenden, von den Vertragspartnern nicht vorausgesehenen Ereignisses weiter zu ermöglichen.

a) Um diese Aufgaben in umfassender Weise zu meistern, ist eine salvatorische Klausel in aller Regel zweigliedrig angelegt¹⁷.

aa) Der erste Klauselteil versucht Schadensbegrenzung: Die Nichtigkeit der von der Ungültigkeitssanktion betroffenen Vertragsbestimmung soll begrenzt bleiben, der Restvertrag soll hiervon nicht betroffen werden. Dieser „Erhaltungsklausel“ genannte Bestandteil lautet überwiegend wie

¹² Teilnichtige Rechtsgeschäfte, 1968, S. 80 f.

¹³ Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 114 f, s. a. S. 41.

¹⁴ JZ 1989, 411, 415.

¹⁵ So aber BGHZ 49, 364, 365, für solche Klauseln in Gesellschaftsverträgen.

¹⁶ So *J. Hager* (Fn. 13), S. 41; *Pierer von Esch* (Fn. 12), S. 81.

¹⁷ Beispielfälle: BGH WuW/E 2109, 2110 „*Pronuptia II*“; OLG Düsseldorf, WuW/E OLG, 1687, 1688; OLG Hamburg, NJW-RR 1987, 179; so besonders *H. Westermann*, in: Festschrift für Philipp Möhring, 1975, 135, 138; *Michalski/Römermann*, NJW 1994, 886.

folgt: „Sollte eine der Bestimmungen dieses Vertrages nicht wirksam sein, so wird die Gültigkeit der anderen Bestimmungen hiervon nicht berührt.“

bb) Der zweite Klauselteil befaßt sich mit der Lücke des Vertrages, die durch die Nichtigkeit einzelner vertraglicher Regelungen entstanden ist. Diese Lücke soll dadurch geschlossen werden, daß anstelle der unwirksamen Regelung eine andere tritt, die dem wirtschaftlichen Zweck möglichst nahekommt. Häufige und typische Formulierung dieser sog. Ersetzungsklausel: „Die Vertragspartner verpflichten sich für den Fall der Unwirksamkeit einer Bestimmung, diese durch eine andere zu ersetzen, die dem wirtschaftlichen Zweck der unwirksamen Bestimmung am nächsten kommt.“

b) Beide Klauselbestandteile kommen natürlich in der Realität auch als isolierte, eigenständige salvatorische Klauseln vor. Es gibt Verträge, die lediglich eine Erhaltungsklausel enthalten¹⁸. Und wegen § 6 Abs. 1 AGBG benötigen Allgemeine Geschäftsbedingungen, als Vorsorge gegenüber den Risiken des AGB-Gesetzes, lediglich eine Ersetzungsklausel, die häufig lautet: „soweit rechtlich zulässig“¹⁹.

c) Erhaltungs- und Ersetzungsklauseln sind also, wie man sieht, in ihren speziellen Strukturen und in ihrer jeweiligen Funktion zu unterscheiden. Deshalb ist der für beide Klauselarten eingebürgerte Ausdruck „salvatorische Klausel“ leider nicht präzise und provoziert leicht Mißverständnisse.

2. Erhaltungsklauseln haben ihren spezifischen Bezug zu der Regelung des § 139 BGB. Diese im Zweifel zur Gesamtunwirksamkeit führende gesetzliche Regelung wird durch sie vertraglich in zulässiger Weise abbedungen²⁰. Nach dem erklärten Willen der Vertragspartner tritt Unwirksamkeit des gesamten Vertrages nicht ein. Es bleibt bei der Unwirksamkeit der betroffenen vertraglichen Bestimmungen, bei der Teilunwirksamkeit; der Restvertrag ist gültig und wird weiter durchgeführt.

Die in der Erhaltungsklausel festgelegte Regelung, daß der Restvertrag gültig sein soll, gilt aber nicht nur „im Zweifel“, sie kann nicht dadurch widerlegt werden, daß der „mutmaßliche Wille“ der Parteien

¹⁸ Z. B. BGHZ 72, 309, 315; BGH NJW 1977, 38, 40; BGHZ 69, 266.

¹⁹ Zur Frage der rechtlichen Gültigkeit solcher Klauseln: siehe unten.

²⁰ *Mayer-Maly*, in: Festschrift für Werner Flume, Bd. I, 1978, 621, 623; MünchKomm (*Mayer-Maly*), BGB, 3. Aufl., § 139 Rdn. 4, 5; *Soergel/Hefermehl*, BGB, 12. Aufl., § 139 Rdn. 34; *Larenz*, Allg. Teil, 7. Aufl., S. 462 i. V. m. Fn. 26; *H. Westermann*, in: Festschrift für Philipp Möhring, 1975, 135, 139; *Medicus*, Allg. Teil, 4. Aufl., Rz. 510.

doch für eine Unwirksamkeit des gesamten Vertrages spricht²¹. Das hat der Bundesgerichtshof in der *Pronuptia II*-Entscheidung (WuW/E BGH 2909, 2913) gegenüber sich abzeichnenden gegenläufigen Tendenzen der Oberlandesgerichte²² zutreffenderweise²³ klargestellt.

Die Erhaltungsklausel stellt eine eindeutige vertragliche Regelung der Parteien dar, daß, im Falle der Unwirksamkeit einzelner vertraglicher Bestimmungen, der Vertrag im übrigen gültig ist und bestehenbleiben soll. Wer diese salvatorische Klausel nur als eine Umkehr der Vermutungsregelung des § 139 BGB interpretiert²⁴, wird dem Sinn und Zweck der von den Parteien getroffenen Vereinbarung nicht gerecht.

3. Für die Ersetzungsklausel ist kennzeichnend der Bezug zu der durch die Unwirksamkeit vertraglicher Regelung(en) entstandenen Lücke im Vertrag. Sie zu schließen durch Schaffung einer neuen, nunmehr gültigen Bestimmung, welche anstelle der unwirksamen Regelung tritt, ist ihr Ziel. Über das Wesen dieser Ersetzungsklausel und ihre Wirkungen bei der Schaffung einer neuen vertraglichen Regelung besteht bisher wenig Klarheit.

a) Nicht zu übersehen²⁵ ist die Nähe der Ersetzungsklauseln zu den vertraglichen Anpassungsregelungen²⁶. Auch diese intendieren die Schaffung einer neuen vertraglichen Bestimmung (welche durch Änderung der Verhältnisse erforderlich geworden ist). Die Deutung dieser Anpassungsregelungen bereitet aber vergleichbare Schwierigkeiten.

b) Gelegentlich wird in der Ersetzungsklausel eine Regelung i. S. der §§ 315, 316 BGB gesehen²⁷. Die Einräumung eines Gestaltungsrechts an einen der Vertragspartner in diesem Sinne ist indessen mit Wortlaut und

²¹ Ebenso ausdrücklich: *H. Westermann*, in: Festschrift für Philipp Möhring, 1975, 135, 139; *Mayer-Maly*, in: Festschrift für Werner Flume, Bd. 1, 1978, 621, 623.

²² OLG Hamm, WuW/E OLG, 2187, 2189, „*Gaststättenunterpacht*“; OLG Düsseldorf, WuW/E OLG, 3221, 3225, „*Belieferung von Sonderabnehmern*“; OLG Frankfurt, WuW/E OLG, 3498, 3500, „*Nassauische Landeszeitung*“; OLG Hamburg, NJW-RR 1987, 179, 180; OLG Stuttgart, ZLR 1989, 60, 63.

²³ Ohne allerdings nur eine einzige Entscheidung zu zitieren!

²⁴ So *Flume*, Allg. Teil, 3. Aufl., § 31, 3; *Peter Ulmer*, in: Festschrift für Ernst Steindorff, 1990, 799, 805; *Herbert Roth*, JZ 1989, 411, 415.

²⁵ *H. Westermann*, in: Festschrift für Philipp Möhring, 1975, 135, 136 f; *Beyer*, Salvatorische Klauseln, S. 5 f.

²⁶ Hierzu etwa *Ernst Steindorff*, BB 1983, 1127 ff; *J. F. Baur*, Vertragliche Anpassungsregelungen, 1983; *J. F. Baur*, in: Festschrift für Ernst Steindorff, 1990, 509 ff; *Rainer M. Wiedemann*, Preisänderungsvorbehalte, 1991; *Lübke-Detring*, Preisklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 1988; *Nelle*, Neuverhandlungspflichten, 1994; *Horn*, NJW 1985, 1118 ff.

²⁷ *H. Baumann*, NJW 1978, 1953; *Garrn*, JA 1981, 151, insbes. 155; und *Lindacher*, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 3. Aufl., § 6, Tz. 41 ff.

Sinn der allermeisten²⁸ Ersetzungsklauseln²⁹ nicht vereinbar³⁰. Diese verpflichten die Vertragspartner gemeinsam zur Mitwirkung bei der Konzeption einer neuen vertraglichen Bestimmung; es kann nicht die Rede davon sein, daß, wie in §§ 315 f BGB vorgesehen, ein Vertragsteil diese Bestimmung in alleiniger Zuständigkeit festlegen soll.

c) Mit dem Sinngehalt solcher Klauseln besser vereinbar ist sicherlich die im Schrifttum herrschende Deutung der Klauseln als einer vorvertraglichen Regelung³¹. Danach sind die Vertragspartner für den Fall, daß eine vertragliche Regelung sich als ungültig herausstellt, verpflichtet, an deren Stelle eine neue Bestimmung zu treffen, welche nach Sinngehalt und wirtschaftlicher Bedeutung der alten und ungültigen möglichst weitgehend entspricht.

Freilich: kommt es bei den Verhandlungen zwischen den Parteien über die zu schaffende neue Bestimmung zu keiner Einigung, so muß hierüber das Gericht nach Maßgabe der Anträge der Parteien entscheiden. Das kann zu einer Verdoppelung des Rechtswegs und zu einer erheblichen Verzögerung des Rechtsschutzes führen. Zunächst muß – quasi in einer Art „Vorverfahren“ – das Gericht über Konzeption und Inhalt der neuen Regelung nach Maßgabe der vorvertraglichen Verpflichtung entscheiden; erst dann können in einem zweiten, dem „Hauptverfahren“, die Leistungsansprüche aus dem Hauptvertrag geltend gemacht werden³².

Die im Schrifttum angebotenen Wege, die zeitraubenden und kostentreibenden Konsequenzen dieser Konzeption der Ersetzungsklausel zu vermeiden, erscheinen entweder prozeßrechtlich wenig abgesichert³³, oder aber sie ändern nichts³⁴ an dem grundsätzlichen Gravamen, daß den Parteien ohne Not die Verfolgung eines zweiten zusätzlichen Anspruchs zugemutet wird, wenn sie Ansprüche aus dem Hauptvertrag geltend machen können.

²⁸ Nicht zutreffend *H. Schmidt*, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 7. Aufl., § 6 Rdn. 39: daß dem Verwender von AGB häufig durch diese Klausel ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht eingeräumt wird.

²⁹ Siehe auch die statistische Auswertung von Formulierungsvorschlägen in Handbüchern durch *Beyer*, Salvatorische Klauseln, S. 57.

³⁰ *H. Westermann*, in: Festschrift für Philipp Möhring, 1975, 135, 144; *Fikentscher*, Schuldrecht, 8. Aufl., Rdn. 92.

³¹ *H. Westermann*, in: Festschrift für Philipp Möhring, 1975, 135, 147; *Michalski/Römermann*, NJW 1994, 886, 887; grundsätzlich wohl auch *Beyer*, Salvatorische Klauseln, S. 63 ff; *Koch-Stübing*, AGBG, 1977, § 6 Rdn. 5.

³² *Soergel / Manfred Wolf*, BGB, 12. Aufl., Rdn. 66 vor § 145; BGH WM 1971, 44, 45.

³³ Dies gilt für die Lösung *H. Westermann*, in: Festschrift für Philipp Möhring, 1975, 135, 148 f.

³⁴ Dies gilt für die von *Beyer*, Salvatorische Klauseln, S. 70, vorgeschlagene und zulässige (vgl. BGH NJW 1986, 2821) Klagehäufung.

Zutreffend hat deshalb der BGH in anderem Zusammenhang, bei der Interpretation der Vertragsanpassungsklausel einer vergleichbaren Konstruktion, vorgehalten, sie liefe „auf einen bloßen Formalismus“ hinaus und führe zu „unpraktikablen Verfahrensverdoppelungen“³⁵.

d) Der Bundesgerichtshof hat bisher eine dezidierte Stellungnahme darüber vermieden, wie Ersetzungsklauseln zu verwirklichen sind. In WuW/E BGH 1259, 1264, „*Bremsrollen*“ ging es um die Klage eines Lizenzgebers gegen den Lizenznehmer auf die restlichen Lizenzgebühren. Dabei hatte sich der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs mit einer Ersetzungsklausel zu befassen, „wonach die nichtige Vereinbarung durch die Bestimmung einer anderen zu ersetzen ist, durch die nach Möglichkeit der gleiche wirtschaftliche Erfolg erzielt wird“. Wie diese Bestimmung im einzelnen lauten mag, das konnte, so meinte der Bundesgerichtshof, „auf sich beruhen“. Denn nach Lage des Falls „kann der Beklagte aus der Bestimmung, die anstelle der nichtigen Vereinbarung tritt, keine Rechte herleiten“.

In BGH BB 1980, 336, 337, wird „eine in einer Globalabtretungs-erklärung enthaltene, zu weit gehende und daher unwirksame Regelung auf eine Regelung mit eingeschränktem und daher zulässigem und von den Parteien gewollten Inhalt zurückgeführt“. Grundlage für diese geltungserhaltende Reduktion war eine Ersetzungsklausel. Zu ihr bemerkte der VIII. Zivilsenat, „daß (durch eine solche Klausel) eine ungültige Bestimmung durch eine gültige Bestimmung ersetzt wird, ist keineswegs zu unbestimmt, um rechtliche Wirkung zu entfalten ... Allerdings darf ... eine Auslegung nicht dazu führen, daß der Vertrag durch Änderung seines wesentlichen Inhalts einen anderen Charakter erhält“.

Und in NJW 1983, 159, 162, erblickt derselbe Senat in einer in einem Automatenaufstellvertrag enthaltenen Ersetzungsklausel eine Aufforderung an das Gericht, die hier als eine „Zumutung gegenüber dem Gericht“ bezeichnet wird, den gerade noch zulässigen Inhalt unwirksamer Klauseln zu ermitteln.

e) Auch wenn, wie diese letztere Formulierung beweist, der Senat erhebliche Bedenken gegenüber der rechtlichen Wirksamkeit gerade dieser Ersetzungsklausel hatte, so ist doch hier, ebenso wie in den vorhergehenden Fällen, die Position des Bundesgerichtshofs in der Sache eindeutig.

Nicht die Parteien sind vertraglich verpflichtet zur Schaffung der an die Stelle der ungültigen Regelung tretenden neuen vertraglichen Bestimmung. Vielmehr ist es die Aufgabe des Gerichts, vor dem Ansprüche aus einem teilweise ungültigen Vertrag geltend gemacht werden,

³⁵ BGH WM 1971, 352, 353.

die unwirksame Klausel durch eine andere, durch eine wirksame zu ersetzen³⁶. Und hierzu ist es durch die Parteien aufgrund der Ersetzungsklausel ermächtigt worden. Dem entspricht die Position des Bundesgerichtshofs (V. Zivilsenat) bei der verwandten Problematik der Realisierung der Vertragsanpassungsklauseln³⁷. Auch hier ist es das Gericht, dem es – bei Scheitern der Bemühungen der Parteien – obliegt, eine neue Klausel anstelle der alten Bestimmung zu schaffen, und das hierzu durch die Parteien vertraglich ermächtigt ist³⁸.

III. Wirkungsgrenzen salvatorischer Klauseln

1. Die Frage nach den Grenzen der Wirkung salvatorischer Klauseln hat die Judikatur wiederholt beschäftigt. Vor allem die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte³⁹ neigt dazu, diese Grenzen recht eng zu ziehen.

Dabei hatte sich folgendes Argumentationsmuster herausgebildet: salvatorische Erhaltungsklauseln schlossen die Gesamtnichtigkeit der Unwirksamkeit einer vertraglichen Bestimmung nicht etwa generell aus; sie ersetzten vielmehr den Grundsatz des § 139 BGB durch dessen Ausnahmen⁴⁰. Zu fragen sei deshalb stets, ob die Vertragsbeteiligten die Aufrechterhaltung des Vertrages auch bei Nichtigkeit gerade dieser Klausel gewollt hätten. Ein solcher Parteienwille sei stets zu verneinen bei wichtigen⁴¹, wesentlichen⁴², grundlegenden⁴³, schwerwiegenden⁴⁴ Vertragsbestimmungen, bei vertraglichen Regelungen, die den gesamten Vertrag in seiner wirtschaftlichen Funktion und Ausgewogenheit bestimmten⁴⁵. Welche Klauseln hierzu typischerweise gehören, das bleibt ganz der tatrichterlichen Würdigung überlassen. Damit wurde die mit dem Einbau salvatorischer Klauseln von den Parteien gewollte Vertragssicherheit im nachhinein durch die Gerichte konterkariert.

2. Es ist daher zu begrüßen, daß der Bundesgerichtshof in der vor kurzem ergangenen *Pronuptia II*-Entscheidung (WuW/E BGH 2909,

³⁶ Vgl. OLG Hamburg, WM 1988, 913, 14.

³⁷ BGHZ 81, 135, 146; BGH WM 1971, 352, 353; BGH WM 1978, 228, 229.

³⁸ J. F. Baur, in: Festschrift für Ernst Steindorff, 1990, 509, 516 ff; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., Rdn. 161 ff, vor § 433.

³⁹ Die Entscheidung des II. Zivilsenats, BGH DB 1976, 2106, 2107, ist vereinzelt geblieben.

⁴⁰ OLG Hamm, WuW/E OLG, 2187, 2189, „Gaststättenunterpacht“; OLG Düsseldorf, WuW/E 3221, 3225, „Belieferung von Sobderabnehmern“.

⁴¹ OLG Hamburg, NJW-RR 1987, 179, 181.

⁴² OLG Hamm, WuW/E OLG 2187, 2189.

⁴³ OLG Stuttgart, ZIP 1989, 60, 63 f.

⁴⁴ BGH DB 1976, 2106, 2107.

⁴⁵ OLG Düsseldorf, WuW/E OLG, 3221, 3225.

2913) die Maßstäbe zurechtgerückt und dafür gesorgt hat, daß Funktion und Wirkung salvatorischer Klauseln zum Tragen kommen.

Liegt eine salvatorische (Erhaltungs)klausel vor, dann, so lehrt der Kartellsenat, ist ein Abstellen auf den mutmaßlichen Parteienwillen nicht veranlaßt. Es ist nicht zu fragen, ob die Parteien den Vertrag ohne die nichtige Bestimmung überhaupt abgeschlossen oder ob sie wegen der wirtschaftlichen Auswirkungen der Teilnichtigkeit hiervon abgesehen hätten. Dieser Feststellung hätten die Vertragsparteien durch Vereinbarung der Erhaltungsklausel selbst die Grundlage entzogen. Diese Erhaltungsklausel ist „eindeutig und einer Auslegung etwa dahingehend, daß ihre Geltung auf Abreden ohne wirtschaftliche Auswirkungen beschränkt sein soll, nicht zugänglich“.

Entscheidend ist allein, ob die nichtige Abrede vom übrigen Vertragsinhalt abtrennbar ist. Ist das der Fall, so kann, so der Bundesgerichtshof, die salvatorische Klausel die Nichtigkeit beschränken.

3. Teilbarkeit des Rechtsgeschäfts, Abtrennbarkeit des zu erhaltenden Vertragskomplexes von den nichtigen vertraglichen Bestimmungen ist in der Tat Voraussetzung für das Wirksamwerden von salvatorischen Erhaltungsklauseln. Bleibt bei Nichtigkeit vertraglicher Regelungen kein selbständiger geltungsfähiger Vertragsinhalt zurück, so führt die Nichtigkeit zur Gesamtnichtigkeit⁴⁶. Die salvatorische Klausel findet keinen Ansatzpunkt, um wirksam werden zu können.

Solche Fälle mangelnder Trennbarkeit werden etwa in Fällen gesehen, in denen Pflicht zur Leistung bzw. Gegenleistung⁴⁷ nichtig ist, mit deren Wegfall also ein Vertragstorso ohne Leistungs- bzw. ohne Gegenleistungspflicht übrig bliebe. Gleiches hat der Bundesgerichtshof (WuW/E BGH 1000, 1003) für einen Liefervertrag entschieden, im Rahmen dessen vereinbart war, daß für die – aus kartellrechtlichen Gründen nichtige – Gewährleistung von absolutem Gebietsschutz eine Ausschließlichkeitsgebühr zu bezahlen war.

4. Mangelnde Trennbarkeit ist indessen *kein* Hindernis für salvatorische Klauseln schlechthin: Kommt eine Ersetzungsklausel zum Einsatz, so spielt die Frage nach Teilbarkeit bzw. Nichtteilbarkeit vertraglicher Regelungskomplexe keine Rolle⁴⁸.

Mit der aufgrund der Ersetzungsklausel erfolgten Einfügung der neuen gültigen Regelung anstelle der alten ungültigen Bestimmung, ist

⁴⁶ Allg. Meinung: MünchKomm (*Mayer-Maly*), BGB, § 139 Rdn. 20; *Flume*, Allg. Teil, § 32, 2 c; *Medicus*, Allg. Teil, Rz. 505; *Soergel/Hefermehl*, BGB, § 139 Rdn. 23.

⁴⁷ *Flume*, Allg. Teil, § 32, 2 a; MünchKomm (*Mayer-Maly*), BGB, § 139 Rdn. 20.

⁴⁸ Ebenso auch *Medicus*, Allg. Teil, Rz. 505 mit Rz. 512; es ist nicht anders als bei der Konversion nach § 140 BGB; hierzu *Flume*, Allg. Teil, § 32, 2 c.

der Vertrag insgesamt komplett und gültig⁴⁹; es besteht keine Nichtigkeit mehr, weder Teilnichtigkeit noch Gesamtnichtigkeit.

Die Grenzen, welche dem Einsatz von Ersetzungsklauseln gezogen sind, müssen daher nach anderen Kriterien bestimmt werden.

a) Rechtsprechung und Schrifttum haben sich diesem Problem ausführlich nur in einem ganz speziellen Zusammenhang zugewandt, nämlich wieweit mit Hilfe salvatorischer Klauseln Allgemeine Geschäftsbedingungen, welche wegen Verstoßes gegen das AGB-Gesetz unwirksam sind, durch gültige AGB ersetzt werden können. Die dort gefundenen Lösungen (zu ihnen unter IV) sind spezifisch durch Sinn und Zweck des AGB-Gesetzes geprägt und daher nicht verallgemeinerungsfähig.

b) Auch der verbreitete Hinweis⁵⁰ auf das Erfordernis der Bestimmtheit der Klausel führt nicht weiter. Dieses Erfordernis ist in aller Regel gegeben.

c) Ersetzungsklauseln können sicherlich nicht zum Einsatz kommen, wenn es um die Ersetzung einer Mehrzahl tragender vertraglicher Regelungen geht. Zwangsläufig würde sich dann der Charakter des Vertrages ändern: die neu zu schaffenden Regelungen müßten in ihrem gegenseitigen Verhältnis zueinander und zu den restlichen Bestimmungen des Vertrages gewichtet und aufeinander abgestimmt werden. Hierzu sind nur die Vertragsparteien fähig, nicht aber ein unbeteiligter Dritter, auch nicht ein Gericht. Es scheint, daß der Bundesgerichtshof dies nicht anders sieht.

Mehrfach⁵¹ hat er die von ihm ansonsten in ständiger Rechtsprechung praktizierte Reduktion⁵² von wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB nichtigen Verträgen auf einen sittengemäßen Inhalt abgelehnt, wenn wegen der Anzahl der nichtigen Bestimmungen der Vertrag nur durch eine richterliche Neukonzeption gerettet werden könnte: einige Bestimmungen müßten dann ersatzlos wegfallen, andere auf eine sittengemäße Regelung zurückgeführt werden. „Diese notwendigen Änderungen würden jeweils zu einer gänzlich neuen, von der bisherigen völlig abweichenden Vertragsgestaltung führen, die vom Parteienwillen nicht mehr getragen wird. Eine derartig weitgehende Umgestaltung des Vertrages

⁴⁹ Beyer, Salvatorische Klauseln, S. 110; im Ergebnis auch FK (Kühlborn), GWB, § 15 Rz. 63.

⁵⁰ H. Westermann, in: Festschrift für Philipp Möhring, 1975, 135, 137; Beyer, Salvatorische Klauseln, S. 65 f.

⁵¹ BGHZ 51, 55, 57; BGH NJW 1983, 159, 162; im Grundsatz bestätigend auch BGH NJW 1985, 53, 56.

⁵² Zu den Zufälligkeiten der Rspr. umfassend und sehr kritisch: Larenz, in: Festschrift für Ernst Steindorff, 1990, 519; ferner Herbert Roth, JZ 1989, 411.

ist nicht Aufgabe des Senats⁵³.“ Es ist nicht davon auszugehen, daß die Vertragsparteien mit der Vereinbarung einer Ersetzungsklausel die richterliche Befugnis zur Vertragsgestaltung über die genannten Grenzen hinaus erweitern wollten. Hiergegen spricht der regelmäßige Wortlaut sowie Sinn und Zweck dieser Klauseln. Es geht nur um die Reparatur einzelner unwirksamer Klauseln, nicht aber um die Umgestaltung des Vertrages insgesamt.

IV. Salvatorische Klauseln und Allgemeine Geschäftsbedingungen

1. Die sehr unübersichtlich geführte Diskussion zu den Stichworten „salvatorische Klauseln“ und „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ hat verschiedentlich zu Mißverständnissen, ja sogar zu dem Eindruck geführt, daß salvatorische Klauseln, da regelmäßig formularmäßig vereinbart, durch das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen mehr und mehr beseitigt würden⁵⁴. Davon kann indessen keine Rede sein.

a) Soweit vorformulierte salvatorische Klauseln auf Vertragsbestimmungen einwirken, deren Ungültigkeit nicht auf dem AGB-Gesetz, sondern auf anderen Gesetzen, insbesondere dem deutschen und europäischen Kartellrecht, beruht, entfalten diese Klauseln ihre volle Wirkung⁵⁵.

b) Erhaltungsklauseln sind unter dem Aspekt des AGB-Gesetzes irrelevant. Da bei der Ungültigkeit einzelner Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach § 6 Abs. 1 ABG Teilnichtigkeit gilt, hat die Erhaltungsklausel insoweit keine Funktion.

c) Diskutiert wird *nur* die Wirksamkeit von Ersetzungsklauseln, soweit diese auf Allgemeine Geschäftsbedingungen treffen, die wegen Verstoßes gegen das ABG-Gesetz unwirksam sind.

2. Die spezifisch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen anzutreffende salvatorische Klausel „soweit rechtlich (oder gesetzlich) zulässig“, ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH⁵⁶ nicht geeignet, die Unwirksamkeit der gegen das AGB-Gesetz verstoßenden Regelung zu beseitigen. Nach Sinn und Zweck des AGB-Gesetzes⁵⁷ soll der Verwender und nicht der Kunde das Risiko der Unwirksamkeit von Allgemeinen Ge-

⁵³ BGH NJW 1983, 159, 162.

⁵⁴ Vgl. Fn. 14.

⁵⁵ P. Ulmer, in: Festschrift für Ernst Steindorff, 1990, 799, 805.

⁵⁶ BGHZ 93, 29, 48; 100, 117; 109, 240, 248; BGH NJW 1991, 2630, 2632.

⁵⁷ Grundlegend: BGHZ 84, 109, 116.

schäftsbedingungen tragen. Diesem soll die Möglichkeit sachgerechter Information über die ihn aufgrund der Allgemeinen Geschäftsbedingungen treffenden Rechte und Pflichten verschafft werden. Es geht daher nicht an, daß der Kunde erst im Rechtsstreit die zutreffende, vom Richter aufgrund einer salvatorischen Klausel zurechtgeschneiderte Bestimmung erfährt.

Diese Grundsätze gelten auch für andere Ersetzungsklauseln, gleich welchen Inhalts⁵⁸. Sie entfalten in bezug auf solche Vertragsbestimmungen keine Wirkung, welche aus Gründen des AGB-Gesetzes unwirksam sind⁵⁹.

3. Die überwiegende Meinung⁶⁰ will freilich solchen Klauseln die Wirkung nicht versagen, soweit sie Gegenstand einer Individualabrede i. S. von § 1 Abs. 2 AGBG⁶¹ sind. Damit will man wohl dem Umstand Rechnung tragen, daß in vielen professionell zwischen Unternehmen abgeschlossenen Verträgen ein von beiden Vertragsparteien bejahtes Bedürfnis für den Einsatz von salvatorischen Klauseln auch dann besteht, wenn AGB-rechtliche Nichtigkeitsgründe vorliegen. Freilich erscheint es schwer vorstellbar, daß gerade die salvatorische Klausel individualrechtlich ausgehandelt wird. Man übernimmt sie – vorformuliert –, denn man ist von ihrer Notwendigkeit gemeinsam überzeugt.

V. Wirkungen salvatorischer Klauseln

1. Nach alledem besteht nach wie vor begründeter Anlaß für vertragsschließende Unternehmen, salvatorische Klauseln (Erhaltungs- und Ersetzungsklauseln) in langfristigen Verträgen mit bedeutsamen wirtschaftlichen Konsequenzen zu vereinbaren.

2. Salvatorische Erhaltungsklauseln spielen eine wichtige Rolle bei der Aufrechterhaltung von Austauschverträgen zwischen Unternehmen, insbesondere mit wettbewerbsbeschränkenden, nach Kartellrecht nichtigen Abreden⁶². Mit dem Wegfall der nichtigen Abrede bleibt der Vertrag in aller Regel funktionsfähig.

⁵⁸ H. Schmidt, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG § 6, Rdn. 40; Brandner, aaO, § 9 Rdn. 51; Soergel / U. Stein, BGB, AGBG § 6, Rdn. 18; Palandt/Heinrichs, BGB, AGBG § 6, Rdn. 7.

⁵⁹ Das schließt die Wirkung auf Vertragsbestandteile nicht aus, die aus anderen Gründen (etwa kartellrechtlichen) unwirksam sind.

⁶⁰ S. H. Schmidt/Stein/Heinrichs, aaO (Fn. 58).

⁶¹ Zu der Voraussetzung: Ulmer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, § 1, Rdn. 40 ff.

⁶² Z. B. BGH WuW/E 2909; BGH WuW/E 1988; BGH WuW/E 1525; BGH WuW/E 1259; OLG Köln, WuW/E OLG 1715; OLG Düsseldorf, WuW/E OLG 1683.

3. Salvatorische Ersetzungsklauseln können auch da noch zur Geltung kommen, wo die Erhaltungsklausel mangels Trennbarkeit versagt, etwa, weil durch den Wegfall von vertraglichen Leistungen bzw. Gegenleistungen die sygnallagmatische, von den Parteien gewollte Beziehung zwischen diesen Verpflichtungen zerbrochen ist.

4. Damit gewährleisten salvatorische Klauseln weit über die eng begrenzten Fälle hinaus, in denen der Richter bei nichtigen Vertragsbestimmungen auch ohne Ermächtigung der Parteien Rettungsmaßnahmen zur Aufrechterhaltung des Vertrages betreibt⁶³, Sicherheit für die Vertragsparteien bei der Durchführung der Vereinbarung.

⁶³ Hierzu und zur mangelnden Konsequenz dieser richterlichen Rechtsbildung: *Canaris*, in: Festschrift für Ernst Steindorff, 1990, 519 ff.

Objektive oder subjektive Marktabschottung?

Ein Beitrag zur Auslegung des Art. 36 Satz 2 EGV

FRIEDRICH-KARL BEIER

Die seit über 20 Jahren aktuelle Frage, ob und in welchen Fällen der Parallelimport von Arzneimitteln aus einem anderen Mitgliedstaat nach Art. 30, 36 EGV zulässig oder unzulässig ist, beschäftigt die deutschen Gerichte nach wie vor in zahlreichen, durch feinsinnigste Sachverhaltsvarianten voneinander unterschiedenen Fällen, und die deutschen Gerichte beschäftigen damit den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. In drei Vorlagebeschlüssen vom 27. Januar 1994¹ hat der BGH dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt²:

a) Ist der Inhaber einer mit Wirkung für den Mitgliedstaat A international registrierten Marke (IR-Marke) gemäß Art. 36 EWG-Vertrag befugt, unter Berufung auf das Markenrecht zu verhindern, daß ein Importeur von der Markeninhaberin in dem Mitgliedstaat B mit der IR-Marke versehene und dort unter der IR-Marke in den Verkehr gebrachte, im Mitgliedstaat A verschreibungspflichtige Arzneimittel aufkauft, diese entsprechend den – in dem Mitgliedstaat A herrschenden, auf einer Empfehlung von Spitzenverbänden (u. a. der pharmazeutischen Industrie) beruhenden, von den im Mitgliedstaat B auf gesetzlicher Grundlage beruhenden Packungsgrößen abweichenden – Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte neu konfektioniert und in einer vom Importeur gestalteten äußeren Verpackung in dem Mitgliedstaat A in den Verkehr bringt, wenn in dieser Verpackung eine Originalpackung mit Original-Blistern aus dem Mitgliedstaat B sowie einzelne weitere beschnittene Original-Blisters enthalten sind und die Umverpackung ein ausgeschnittenes Fenster aufweist, durch das die auf der Originalpackung enthaltene IR-Marke sichtbar wird, wobei die Umverpackung zwar einen Hinweis auf die Abpackung und den Vertrieb durch den Importeur, jedoch keinen Hinweis auf den Hersteller aufweist?

b) Genügt es für die Annahme einer verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 36 Satz 2 EWG-Vertrag, daß die Geltendmachung des nationalen Zeichenrechts im Zusammenhang mit dem von dem IR-Markeninhaber angewandten Vermarktungssystem objektiv zu einer Abschottung der Märkte zwischen den Mitgliedstaaten führt oder ist hierfür der Nachweis erforderlich, daß der IR-Markeninhaber sein Markenrecht mit dem von ihm angewandten Vermarktungssystem mit dem Ziel einsetzt, eine künstliche Abschottung der Märkte zu bewirken?“

¹ Az. I ZR 234/91 – „Mexitil“; Az. 191/91 – „Kerlone“ und Az. I ZR 65/92 – „Sermion“.

² Aus Platzgründen haben wir nur den ersten, nämlich den nachstehend wiedergegebenen in GRUR Int. abgedruckt (1994, 521) und uns bei den anderen darauf beschränkt, in einer Fußnote auf die Sachverhaltsunterschiede der im übrigen gleichlautenden Entscheidungen hinzuweisen.

Nunmehr hat auch das OLG Köln mit Beschluß vom 29. Juli 1994³ dem Gerichtshof einen ähnlichen Fall zur Vorabentscheidung vorgelegt. Die vier Vorlagebeschlüsse haben eines gemeinsam, nämlich, daß es den vorlegenden Gerichten gelungen ist, den zu entscheidenden Sachverhalt mit allen Besonderheiten in einem einzigen Satz als abstrakte, nach Art. 30, 36 EWGV zu entscheidende „Rechtsfrage“ zu formulieren, wobei, wenn ich richtig gezählt habe, die sachverhaltsbezogene „Rechtsfrage“ im Falle „*Mexitil*“ 157 Wörter umfaßt, während das OLG Köln mit 234 Worten in einem Satz den Rekord aufgestellt hat.

Ob es sinnvoll ist, den Gerichtshof, unser höchstes europäisches Gericht, mit solchen „Rechtsfragen“ zu befassen, darüber zum Schluß dieses Beitrages noch einige Worte. Ich jedenfalls habe nicht die Absicht, mich zu der Frage zu äußern, ob es einen nach Gemeinschaftsrecht erheblichen Unterschied macht,

„wenn z. B. auf der neuen Packung nicht nur der Hersteller und Importeur, sondern auch angegeben ist, von wem das Erzeugnis umgepackt wurde, wenn aber a) der Hinweis, von wem das Erzeugnis umgepackt wurde, nicht ausreichend deutlich auf der äußeren Verpackung angebracht ist, so daß er von den Verkehrskreisen übersehen werden kann, und bzw. oder ...“ (OLG Köln).

Erörtern möchte ich vielmehr in diesem Beitrag die in allen vier Vorlagebeschlüssen gestellte und übereinstimmend formulierte Frage, die im Titel dieses Beitrages angesprochen ist.

Nach meiner Ansicht ergibt sich die Antwort auf die Frage „objektive oder subjektive Marktabschottung“ bereits aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, nämlich aus dem grundlegenden Urteil des Gerichtshofs vom 23. Mai 1978 in der Rechtssache *Hoffmann-LaRoche ./. Centrafarm*⁴, dem Urteil des Gerichtshofs vom 10. Oktober 1978 in der Rechtssache *Centrafarm ./. American Home Products*⁵ und dem Urteil vom 3. Dezember 1981 in der Rechtssache *Pfizer ./. Eurim-Pharm*⁶. Der BGH hat sich in seiner *Hoffmann-LaRoche*-Folgeentscheidung vom 10. November 1983⁷ mit der Frage auseinandergesetzt und die Auffassung des Berufungsgerichts gebilligt, daß es maßgeblich auf die „Künstlichkeit“ der Marktabschottung ankomme und, wenn diese nicht vorliege, die Frage dahingestellt bleiben könne, ob das Vermarktungssystem objektiv zur Marktabschottung beitrage oder ob ein subjektiv mißbräuchliches Verhältnis des Marktinhabers nachgewiesen werden müsse.

³ *MPA Pharma GmbH ./. Rhone Poulenc Pharma GmbH*, ABI. Nr. C 275/19 vom 1. 10. 1994.

⁴ GRUR Int. 1978, 291.

⁵ GRUR Int. 1979, 99 (Rechtssache 3/78).

⁶ GRUR Int. 1982, 187 (Rechtssache 1/81).

⁷ Az. I ZR 125/81, GRUR Int. 1984, 240.

Die neuen drei Fälle hätten dem BGH m. E. Gelegenheit gegeben, die Frage der objektiven oder subjektiven Markenabschottung entweder für unbeachtlich zu erklären oder sie selbst zu entscheiden. BGH und OLG Köln haben es indessen vorgezogen, den Gerichtshof um diese Entscheidung zu bitten.

Wie ist diese Frage unter Berücksichtigung der früheren und der neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs zu beantworten?

I.

1. Auszugehen ist von der grundlegenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in Sachen *Hoffmann-LaRoche ./. Centrafarm* vom 23. Mai 1978⁸. In dieser Entscheidung hat es der Gerichtshof zunächst im Sinne von Art. 36 Satz 1 für gerechtfertigt erklärt, daß dem Zeicheninhaber das Recht eingeräumt wird, sich dagegen zur Wehr zu setzen, daß der Importeur eines Markenerzeugnisses nach dem Umpacken der Ware das Warenzeichen ohne Zustimmung des Zeicheninhabers auf der neuen Umhüllung anbringt“ (Erwägung 8 der Entscheidungsgründe).

In der vorhergehenden Erwägung 7 hatte er die Befugnis des Markeninhabers, sich der Anbringung des Warenzeichens durch einen Dritten nach Umpacken des Erzeugnisses zu widersetzen, als Teil seines ausschließlichen Benutzungsrechts und als zum spezifischen Gegenstand des Warenzeichens gehörig bezeichnet.

Er hat dabei – wie in anderen Urteilen zum spezifischen Gegenstand des Warenzeichenrechts – auf die Hauptfunktion des Warenzeichens abgestellt, die darin besteht, dem Verbraucher oder Endabnehmer die „Ursprungsidentität des gekennzeichneten Erzeugnisses zu garantieren“. Diese Interpretation des spezifischen Gegenstands (Schutzzwecks) des Warenzeichenrechts, dessen Gewährleistung gegen Verfälschungen der grundlegenden Herkunftsgarantie notwendigerweise die Anerkennung eines unbeschränkten Rechts des Markeninhabers zur Kennzeichnung der Ware auch nach ihrem Inverkehrbringen zur Folge hat, steht in vollem Einklang mit dem in Deutschland und in den übrigen Mitgliedstaaten der EG von Rechtsprechung und Lehre übereinstimmend beurteilten Schutzzweck des Warenzeichenrechts⁹.

2. Die Bedeutung, die der EuGH dem ausschließlichen Kennzeichnungsrecht des Markeninhabers für den Schutz des Warenzeichenrechts beimißt, ergibt sich auch aus seiner nur wenige Monate später ergangenen Vorabentscheidung in Sachen *Centrafarm ./. American Home*

⁸ Vgl. oben Fn. 4.

⁹ Vgl. dazu mit näheren Nachweisen *Beier*, GRUR Int. 1978, 263 ff.

Products vom 10. Oktober 1978¹⁰. Dort heißt es – noch deutlicher als in der *Hoffmann-LaRoche*-Entscheidung vom 23. Mai 1978 – in den Erwägungen 13 und 14:

„(13) Diese Herkunftsgarantie schließt ein, daß nur der Inhaber das Erzeugnis durch die Anbringung des Warenzeichens identifizieren darf.

(14) Die Herkunftsgarantie wäre gefährdet, wenn es einem Dritten gestattet wäre, das Warenzeichen auf der Ware – mag sie auch vom Zeicheninhaber abstammen – anzubringen.“

Auch Generalanwalt *F. Capotorti* läßt in seinen Schlußanträgen keinen Zweifel daran, daß es für die nach Art. 36 Satz 1 geschützte Hauptfunktion des Warenzeichens, nämlich die „Ursprungsidentität des gekennzeichneten Erzeugnisses zu garantieren“, entscheidend ist, daß dem Markeninhaber das ausschließliche Recht zusteht, die Ware durch Anbringung des Zeichens als ein von ihm stammendes Erzeugnis zu identifizieren und daß sowohl im Falle *Hoffmann-LaRoche* wie in dem andersgelagerten Fall *American Home*¹¹ die mißbräuchliche Verwendung der geschützten Warenzeichen durch Centrafarm darin besteht, „sich die Identifikation des Erzeugnisses angemäßt zu haben, die ausschließlich dem Inhaber des Warenzeichens zusteht“.

3. Im Einklang mit dieser Rechtsauffassung steht auch die spätere, zur Frage des Parallelimports von Arzneimitteln ergangene Vorabentscheidung des EuGH vom 3. Dezember 1981 in Sachen *Pfizer, Inc. ./ Eurim-Pharm GmbH*¹². In dieser Entscheidung hat der EuGH vom Fall der erneuten Anbringung der Marke auf Ware und Verpackung (*Hoffmann-LaRoche*) jene Fälle abgegrenzt, in denen der Parallelimporteur, *ohne die Ware erneut mit der Marke zu versehen*, lediglich die *äußere Umhüllung* eines vom Zeicheninhaber in einem anderen Mitgliedstaat in Verkehr gebrachten pharmazeutischen Erzeugnisses ersetzt, aber dafür Sorge trägt, daß die – unberührt gebliebene – *innere Verpackung* mit dem vom Hersteller darauf angebrachten Warenzeichen durch die neue, äußere Umhüllung hindurch sichtbar bleibt.

In diesem sehr speziell gelagerten Fall hatte der EuGH bereits einen nach Art. 36 Satz 1 EGV gerechtfertigten Eingriff in den spezifischen Gegenstand des Warenzeichenrechts verneint, nämlich einmal, weil der Parallelimporteur das ausschließliche Kennzeichnungsrecht des Markeninhabers unangetastet lasse und zum anderen, weil das Umpacken unter den konkreten Umständen keine Gefahr mit sich bringe, daß die Waren Manipulationen oder Einflüssen ausgesetzt werden, die ihren Original-

¹⁰ Rechtssache 3/78, GRUR Int. 1979, 99 (104).

¹¹ Rechtssache 3/78, GRUR Int. 1979, 99 ff (106/7).

¹² Rechtssache 1/81, GRUR Int. 1982, 187, mit Schlußanträgen des Generalanwalts *Capotorti*.

zustand berühren. Obwohl der EuGH in der Erwägung 11 der Entscheidungsgründe diesen letzteren Gesichtspunkt in den Vordergrund zu stellen scheint, ergibt sich jedoch aus der Erwägung 10, in der auf das Belassen und Sichtbarmachen des vom Hersteller auf der inneren Verpackung angebrachten Warenzeichens hingewiesen wird, sowie aus dem Gesamtkontext des Urteils zweifelsfrei, daß der EuGH auch und gerade diesen Umstand als einen entscheidungserheblichen Unterschied zum Fall *Hoffmann-LaRoche* betrachtet. Auch Generalanwalt Capotorti weist in Ziff. 4 seiner Schlußanträge¹³ auf diesen Unterschied hin, wenn er ausführt, im Fall *Hoffmann-LaRoche* hatte sich das Umpacken „auf die gesamte Verpackung (Blister und Schachteln) erstreckt, und der Importeur hatte auf die neue Verpackung das Markenzeichen des Herstellers aufgedruckt“.

Die Entscheidung des EuGH im Fall *Pfizer ./. Eurim-Pharm* liegt sowohl im Ergebnis wie in der Begründung auf einer Linie mit dem rund einen Monat zuvor ergangenen Urteil des BGH in Sachen *Hoechst ./. Eurim-Pharm*¹⁴.

4. Ich gestehe, daß ich für die vom EuGH und BGH vorgenommene Differenzierung dieser Umpackungsvorgänge vom Fall der Neukennzeichnung noch nie Verständnis aufbringen konnte. Für mich ist jede Änderung der Umhüllung oder Verpackung, auch der äußeren Verpackung eines Markenartikels, ein Eingriff in das ausschließliche Kennzeichnungsrecht des Markeninhabers. Das Sichtbarmachen der auf der inneren Umhüllung vom Markeninhaber angebrachten Marke durch Öffnung und andere Änderungen der äußeren Verpackung ist m. E. nichts anderes als eine unzulässige *Manipulation* der Markenware, eine *Umgehung* des vom EuGH und BGH im Einklang mit der allgemeinen Rechtsauffassung anerkannten Verbots der *Neukennzeichnung* der Ware durch nichtbefugte Dritte¹⁵.

Die Begründung des BGH (S. 128/29) greift zu kurz, wenn er allein auf die mögliche Beeinträchtigung der aus der Herkunftsfunktion abgeleiteten *Garantiefunktion* abstellt und nur solche Änderungen der verpackten Originalware für unzulässig hält, die das Vertrauen der Verbraucher in die gleichbleibende Beschaffenheit und Qualität der Ware beeinträchtigen können. Insoweit schließe ich mich der schon Ende der 70er Jahre von *Hefermehl* und *Fezer* vertretenen Auffassung an, daß

¹³ GRUR Int. 1982, 190.

¹⁴ GRUR Int. 1982, 127 – „*Öffnungshinweis*“.

¹⁵ A. A. Sack, der zu den verschiedenen Umpackvorgängen Stellung nimmt und z. B. die Sichtbarmachung der Marke durch Öffnung der äußeren Verpackung unter bestimmter Voraussetzung für zulässig erklärt.

Ware und Verpackung eines Markenartikels regelmäßig eine geschützte Einheit bilden, mit der Folge, daß sich das Kennzeichnungsrecht des Markeninhabers auch auf die Verpackung seiner Ware beziehe und diese damit insgesamt vor Dritteinwirkung geschützt sei¹⁶. Ergänzend sei auf eine neue Untersuchung von *Marc Stuckel*¹⁷ hingewiesen, in der mit überzeugender Begründung die „Integrität von Marke, Ware und Verpackung“ (so der Titel der Untersuchung) herausgestellt wird.

Unter Hinweis auf die überragende Bedeutung, die im modernen Markenartikelvertrieb der Gestaltung von Verpackung, Ware und Marke innerhalb des Marketingkonzepts des Markeninhabers zukommt, gelangt *Stuckel* mit *Hefermehl* und *Fezer* zu dem Ergebnis, daß Marke, Ware und Verpackung eine markenrechtlich geschützte Einheit bilden. Nicht nur eine Verletzung oder Gefährdung der Qualität der Ware, sondern auch eine Beschädigung der Verpackung oder eine Verunstaltung des äußeren Erscheinungsbildes der Ware kann die Eigenart des Produktes beeinträchtigen¹⁸. Hinzugefügt sei, daß jeder Eingriff in die oft mit großem Aufwand gestaltete Verpackung, die nicht selten sogar urheber- oder geschmacksmusterrechtlich geschützt ist, das Produktimage des Markenartikels, insbesondere eines Luxus- und Geschenkartikels, erheblich beeinträchtigen und seine Durchsetzung im Verkehr gefährden kann.

II.

Aber diese Frage soll in diesem Beitrag nicht weiter vertieft, insbesondere nicht auf die Nuancen im Sachverhalt der vier Vorlageentscheidungen eingegangen werden. Es geht mir, wie erwähnt, nur um die in allen vier Fällen in übereinstimmender Formulierung dem Gerichtshof vorgelegte Frage, ob es zur Annahme einer „künstlichen Abschottung der Märkte“ im Sinne des Art. 36 Satz 2 nur auf die *objektiven* Auswirkungen der Geltendmachung von Warenzeichenrechten in Verbindung mit dem Vertriebssystem des Herstellers ankommt oder ob darüber hinaus auch noch ein *subjektives, finales* Verhalten des Markeninhabers nachgewiesen werden muß, nämlich sein *Ziel*, die einzelnen Märkte willkürlich voneinander abzuschotten.

¹⁶ Vgl. *Hefermehl/Fezer*, in *Hefermehl/Ibsen/Schlupe/Sieben* (Hrsg.), *Nationaler Markenschutz und freier Warenverkehr in der Europäischen Gemeinschaft*, München 1979, S. 133; *Fezer*, Anmerkung zur *Hoffmann-LaRoche*-Entscheidung, GRUR 1978, 604, 605.

¹⁷ *Marc Stuckel*, *Die Integrität von Marke, Ware und Verpackung – Rechtsfragen des Markenartikelvertriebs in Frankreich und Deutschland*, Köln etc. 1991.

¹⁸ AaO, S. 160/161.

1. Der *Wortlaut* des Tenors der *Hoffmann-LaRoche*-Entscheidung des Gerichtshofs scheint für eine *objektive* Auslegung zu sprechen, nach der es ausreichen würde festzustellen, daß die Geltendmachung der Zeichenrechte in Verbindung mit der Verwendung unterschiedlicher Packungsgrößen – dies ist der Hauptanwendungsfall – tatsächlich (objektiv) zu einer künstlichen Marktabschottung *beiträgt*, d. h. einen gemeinschaftsrechtlich unerwünschten Zustand herbeiführt, aufrechterhält oder verfestigt. So ist das *Hoffmann-LaRoche*-Urteil des Gerichtshofs zunächst auch vom OLG Karlsruhe in seinem Verfügungsurteil vom 7. September 1978¹⁹, in einem Verfügungsurteil des OLG Hamburg vom 24. Januar 1980²⁰ und von einem Teil des älteren Schrifttums verstanden worden²¹.

Dagegen hat das OLG Karlsruhe in seiner ausführlich begründeten Entscheidung vom 4. Juni 1981²² unter Aufgabe seiner früheren Ansicht mit guten Gründen ein „*finale Element*“ im Verhalten des Schutzrechtsinhabers gefordert: Abzustellen sei darauf, ob „die Berufung auf das Warenzeichenrecht zur Erhaltung eines auf künstliche Marktabschottung abzielenden Vertriebssystems beiträgt“²³.

Gegen eine rein objektive Deutung des vom EuGH aufgestellten Tatbestandes hat sich auch der ganz überwiegende Teil des Schrifttums, insbesondere des neueren gewandt und mit Differenzierungen im einzelnen die Auffassung vertreten, daß ein absichtliches, zielgerichtetes, subjektiv vorwerfbares oder mißbräuchliches Verhalten des Schutzrechtsinhabers erwiesen sein müsse²⁴, jedenfalls aber ein solches, das sachlich nicht gerechtfertigt oder willkürlich sei²⁵. Der *BGH* hat in seiner Entscheidung vom 10. November 1983²⁶ die Revision gegen das Berufungsurteil des OLG Freiburg²⁷ zurückgewiesen, jedoch die Frage, ob ein objektiver Beitrag zur Marktabschottung genügt oder ein zweckgerichtetes Verhalten des Markeninhabers erforderlich ist, unentschieden gelassen. Er hat

¹⁹ GRUR Int. 1979, 113.

²⁰ GRUR 1980, 925 – „*Vibramycin*“.

²¹ Vgl. z. B. *Röttger*, WRP 1973, 292 ff, 1980, 243 (245), der diese Ansicht jedoch inzwischen aufgegeben hat, GRUR Int. 1982, 512 ff; *Blok*, 13 IIC 729, 739 (1982); neuerdings noch *Lüder*, EuZW 1994, 112 ff.

²² GRUR Int. 1981, 567 – „*Valium II*“; *Hoffmann-LaRoche ./. Centrafarm*.

²³ Leitsatz 4.

²⁴ *Kleist*, WRP 1979, 23 (26); *Röttger*, WRP 1979, 292; 1980, 243 (248); GRUR Int. 1982, 512 f; *van Empel*, C. M. L. Rev. 1979, 251 f (257); GRUR Int. 1979, 539 (542); *Kovar*, Revue de droit international 1979, 902 f (906); *Brändel*, GRUR 1980, 512 f; *Burst/Kovar*, Semaine Juridique 1978, 12830 S. 473 f „*intentaion frauduleuse*“ (476).

²⁵ *Fezer*, GRUR 1978, 604/5; *Hefermehl/Fezer* aaO S. 137; *Hefermehl*, Warenzeichenrecht, 12. Aufl. 1985, Rdn. 85 ZU § 15 WZG.

²⁶ GRUR Int. 1984, 240 = GRUR 1984, 530.

²⁷ Vgl. oben Fn. 21.

statt dessen auf die „Künstlichkeit“ der Marktabschottung im Gegensatz zu einer „natürlichen“ abgestellt, die sich „aufgrund der wettbewerblichen Verhältnisse und der von außen legitim auf die Marktteilnehmer wirkenden Einflüsse“ ergibt²⁸. Aus dem Erfordernis der Künstlichkeit ergebe sich aber, daß „Verbotsgegenstand“ ein gegen die „natürliche“ Marktentwicklung gerichtetes *zweckhaftes* Verhalten sein müsse. In seinen Vorlagebeschlüssen vom 27. Januar 1994²⁹ hat der BGH die Frage als noch ungeklärt bezeichnet und daher dem Gerichtshof zur Vorabentscheidung vorgelegt. Wie ist die Frage zu entscheiden?

Die Fassung des *Tenors* und der *Entscheidungsgründe*³⁰ enthalten in bezug auf das angewandte Vermarktungssystem und die Ausübung der Warenzeichenrechte sowohl Formulierungen objektiver Natur („zur künstlichen Abschottung“ ... „beitragen würde“) als auch solche subjektiver (finaler) Natur („um den freien Warenverkehr zu behindern“). Die „objektive“ Bedeutung des Wortes „beitragen“ erklärt sich ersichtlich aus der vom EuGH erkannten Tatsache, daß die Geltendmachung nationaler Warenzeichenrechte, die nach Art. 36 Satz 1 EGV gerechtfertigt und daher gestattet ist, niemals für sich allein, sondern nur in Verbindung mit anderen, den freien Warenverkehr behindernden Umständen zu einer von Art. 36 Satz 2 EGV mißbilligten Marktabschottung führen, also nur dazu beitragen kann. Schon diese Überlegung zeigt, daß es fruchtbarer ist, für die Auslegung auf andere Kriterien zurückzugreifen:

2. Ein wichtiger Auslegungshinweis ergibt sich zunächst aus der *Rechtsnatur* und der *systematischen Stellung* von Art. 36 Satz 2 im Gesamtzusammenhang der Vorschriften über den freien Warenverkehr.

Auszugehen ist von den beiden grundlegenden Tatbestandsmerkmalen des Art. 36 Satz 2, nach dem die gemäß Art. 36 Satz 1 gerechtfertigten Verbote oder Beschränkungen des freien Warenverkehrs weder ein Mittel zur „willkürlichen Diskriminierung“ noch eine „verschleierte Beschränkung“ des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen dürfen. Im Gegensatz zu Satz 1, der auf das Vorhandensein objektiver Rechtfertigungsgründe abstellt, kennzeichnen die beiden Tatbestandsmerkmale des Satzes 2 ersichtlich ein jedenfalls *auch subjektiv zu mißbilligendes Verhalten*, sei es der Mitgliedstaaten, sei es ihrer Unternehmen, die sich bei der Ausübung ihrer Rechte auf den Vorbehalt des Satzes 1 berufen. „Willkürlichkeit“, „Verschleierung“ sind ohne intentionales, vorwerfbares Handeln begrifflich nicht zu denken³¹.

²⁸ GRUR 1984, 533.

²⁹ Vgl. oben Fn. 1.

³⁰ Erwägung 9, 10.

³¹ So auch Brändel, oben Fn. 23.

Art. 36 Satz 2 EGV regelt *Mißbrauchstatbestände*. Die Bestimmung hat die Funktion, dem Grundsatz des freien, innergemeinschaftlichen Warenverkehrs auch in solchen Fällen Geltung zu verschaffen, in denen die durch Ausübung nationaler Befugnisse herbeigeführten oder aufrechterhaltenen Beschränkungen des Warenverkehrs sich zwar in dem nach Art. 36 Satz 1 EGV gerechtfertigten Rahmen halten, im konkreten Einzelfall jedoch nach ihrer Zielsetzung oder dem verwendeten Mittel zu mißbilligen (mißbräuchlich) sind. „Rechtsmißbrauch“ setzt aber nach allgemeiner Auffassung ein Handeln voraus, das nicht nur objektiv unangemessen, sondern auch subjektiv mißbilligenswert ist.

Im gleichen Sinne deuten auch die Kommission und Generalanwalt *Capotorti* Art. 36 Satz 2 als eine Vorschrift zur Verhinderung mißbräuchlicher Praktiken³².

Die *Hoffmann-LaRoche*-Entscheidung des EuGH vom 23. Mai 1978³³ spricht nicht gegen die Deutung des Art. 36 Satz 2 als eine gegen subjektiv vorwerfbares Verhalten gerichtete Mißbrauchsvorschrift. Für diese Auslegung spricht nicht nur, wie bereits erwähnt, die in Erwägung 9 und 10 der Entscheidungsgründe verwendete „finale“ Ausdrucksweise zur Definition der „verschleierte Beschränkung des Handels“, sondern insbesondere der vom EuGH seit seiner *Terrapin*-Entscheidung ständig verwendete Begriff der „*künstlichen Marktabschottung*“.

3. Abgesehen davon, daß der Begriff der *künstlichen* Marktabschottung, dem der EuGH für die Auslegung des Art. 36 Satz 2 ersichtlich zentrale Bedeutung beimißt, unzweifelhaft ein subjektives Element im Sinne einer bestimmten Zielsetzung enthält, liegt seine Bedeutung für das Verständnis der Vorschrift vor allem in dem durch ihn implizierten *Gegensatz* zu der „nicht-künstlichen“, d. h. „normalen“, „natürlichen“ durch Art. 36 Satz 1 gerechtfertigten Handlungsweise.

Die Formulierung des EuGH und der Zusammenhang der Erwägung 10 mit der vorausgehenden Erwägung 9 machen dabei deutlich, daß bei Beurteilung der „Künstlichkeit“ der Marktabschottung die Geltendmachung der Zeichenrechte im Zusammenhang mit dem vom Zeicheninhaber „angewandten Vermarktungssystem“, z. B. der Verwendung

³² Vgl. z. B. die Erklärung der Kommission in der Rechtssache 3/78 – *Centrafarm* ./ *American Home*, GRUR Int. 1979, 99, 104, wonach die Ausübung des Zeichenrechts mißbräuchlich werde, wenn sein Inhaber es mit dem Ziel benutze, nationale Märkte voneinander abzuschotten; es sei Aufgabe des vorlegenden Gerichts festzustellen, ob es sich um einen Mißbrauch handle; vgl. ferner die Ausführungen Generalanwalts *Capotorti* in den Schlußanträgen der gleichen Sache, wo er von einer „Strategie der Aufteilung des Gemeinsamen Marktes“ und von „anderen mißbräuchlichen Praktiken“ spricht, „die darauf abzielen, die einzelnen nationalen Märkte weitestmöglich auszubeuten (beispielsweise mit künstlich differenzierten Preisen in den verschiedenen Staaten)“.

³³ Oben Fn. 4.

unterschiedlicher Packungen in den einzelnen Mitgliedstaaten und der dafür bestehende Grund, zu beurteilen ist. Es kommt dabei sogar in erster Linie auf das Vermarktungssystem an. Denn die Geltendmachung von Zeichenrechten, die nach Art. 36 Satz 1 gemeinschaftsrechtlich gerechtfertigt ist und wegen der territorialen Natur dieser Rechte zwangsläufig zu einer Marktaufteilung führt, kann für sich allein nicht mißbräuchlich sein und den Vorwurf einer „künstlichen“ Marktabschottung begründen. Dieser muß vielmehr in erster Linie in dem vom Hersteller angewandten Vermarktungssystem gesucht werden. Damit kommt es aber für Art. 36 Satz 2 entscheidend auf die Frage an, ob der Hersteller sein durch die Verwendung unterschiedlicher Packungen gekennzeichnetes Vertriebssystem aus sachlich gerechtfertigten Gründen gewählt hat oder ob die Wahl unterschiedlicher Packungen ein „künstliches“, durch normale unternehmerische Erwägungen nicht bedingtes Mittel zu Zwecken der Marktabschottung ist, mit dessen Hilfe das Verbot der Marktaufteilung umgangen werden soll³⁴.

Bei dieser Beurteilung sollte man berücksichtigen, daß es grundsätzlich zur freien unternehmerischen Entscheidung jedes Herstellers gehört, für seine Ware diejenigen Verpackungsformen zu wählen, die ihm für einen nationalen Markt am besten geeignet erscheinen³⁵. Dies schließt auch die Verwendung unterschiedlicher Verpackungen ein, die als solche nicht gegen den gemeinschaftsrechtlichen Grundsatz des freien Warenverkehrs verstößt, auch wenn der Hersteller im Einfuhrland berechnete Abwehransprüche gegen das unbefugte Umpacken und Neukennzeichnen seiner Ware geltend macht. Mit anderen Worten, weder die Wahl unterschiedlicher Verpackungsformen noch die nach Art 36 Satz 1 zulässige Geltendmachung zeichenrechtlicher Abwehransprüche gegen das Umpacken und Neukennzeichnen der Ware durch den Parallelimporteur, noch beides zusammen ist eine ausreichende Grundlage zur Annahme einer „künstlichen“ Marktabschottung im Sinne des Art. 36 Satz 2. Die Berufung auf die Freiheit unternehmerischer Entscheidung für ein bestimmtes Vermarktungssystem hat freilich dort eine vom Gemeinschaftsrecht gezogene Grenze, wo dieses System ohne sachlich gerechtfertigten Grund zu Zwecken der Marktabschottung, insbesondere zur Aufrechterhaltung überhöhter Preise, gewählt wurde.

4. Die Notwendigkeit, ein auf künstliche Marktabschottung *abzielendes* Verhalten des Herstellers nachzuweisen, das allein den Vorwurf einer

³⁴ So schon *Fezer* in seiner Anmerkung zur Vorabentscheidung, GRUR 1978, 605; ebenso *Hefermehl/Fezer*, aaO, S. 137.

³⁵ *Fezer*, Fn. 34.

„künstlichen“ und damit mißbräuchlichen Marktabschottung im Sinne des Art. 36 Satz 2 EGV begründen kann, ergibt sich schließlich *auch aus der systematischen Überlegung*, daß eine objektive Eignung, den innergemeinschaftlichen Warenverkehr zu behindern, bereits Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 30 EGV ist.

Die gegenteilige Ansicht würde zu dem widersinnigen Ergebnis führen, daß jede nach Art. 30 verbotene Behinderung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten, weil diese zu einer künstlichen Marktabschottung objektiv beitrage, zugleich den Mißbrauchstatbestand des Art. 36 Satz 2 EGV erfüllen würde und damit verboten wäre. Art. 36 Satz 1 EGV, der als Ausnahme von Art. 30 sachlich gerechtfertigte Beschränkungen des Warenverkehrs erlaubt, würde bei dieser Betrachtungsweise jeden Sinn verlieren.

Eine Auslegung des Art. 36 Satz 2 EGV, nach der es unter Ablehnung einer rein objektiven Deutung darauf ankommt, ob die Berufung auf das Warenzeichenrecht zur Erhaltung eines auf künstliche Marktabschottung *abzielenden* Vertriebssystems beiträgt, findet daher bereits in der *Hoffmann-LaRoche*-Entscheidung des EuGH vom 23. Mai 1978 eine hinreichende Stütze.

5. Etwa bestehende Zweifel an diesem Ergebnis sind durch die wenige Monate später verkündete Entscheidung des Gerichtshofs vom 10. Oktober 1978 im Falle *American Home*³⁶ beseitigt worden. In dieser Entscheidung stellte der EuGH unmißverständlich fest, daß eine „verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten“ im Sinne von Art. 36 Satz 2 EGV ein Vertriebssystem des Zeicheninhabers voraussetzt, „das darauf *abzielt*, die Märkte künstlich abzuschotten“³⁷. Entsprechend hat der Gerichtshof es abschließend als Aufgabe des Tatrichters bezeichnet, im Einzelfall zu entscheiden, ob nachgewiesen ist, daß die Warenzeichen von ihrem Inhaber „*mit dem Ziel* verwendet werden, die Märkte abzuschotten“³⁸.

Wie sich aus der Formulierung und dem Zusammenhang der Erwägungen 19–23 ergibt, hat der EuGH es ferner klargestellt, daß es für die Frage der künstlichen Marktabschottung maßgeblich auf das vom Zeicheninhaber angewandte Vertriebssystem ankommt.

³⁶ Oben Fn. 5.

³⁷ Erwägung 21, Hervorhebung des Verfassers.

³⁸ Erwägung 23, Hervorhebung des Verfassers.

Schließlich hat er den in seiner Vorentscheidung vom 23. Mai 1978 bereits anerkannten Grundsatz, daß das ausschließliche *Kennzeichnungsrecht* des Markeninhabers in jedem Falle Schutz verdient, noch einmal wiederholt und verdeutlicht;

„(17) Das dem Warenzeicheninhaber eingeräumte Recht, sich *jeder* unbefugten Anbringung des Warenzeichens auf seinem Erzeugnis zu widersetzen, gehört somit zum spezifischen Gegenstand des Warenzeichenrechts.“ (Hervorhebung des Verfassers)

„*American Home*“ ist eine – folgerichtige – Fortführung der bereits in der Vorabentscheidung der in *Hoffmann-LaRoche* ausgesprochenen Grundsätze zur Auslegung des Art. 36 Satz 2 EGV, insbesondere des Begriffs der künstlichen Abschottung der Märkte³⁹.

Gegen die Berücksichtigung der „*American Home*“-Entscheidung in Fällen unterschiedlicher Verpackungen spricht auch nicht die Tatsache, daß dort eine andere Art von Zeichenverletzung zur Beurteilung stand. Es ist zwar richtig, daß der Sachverhalt der beiden Fälle Unterschiede aufweist: Im Falle *American Home* hat *Centrafarm* die – zuvor mit einem anderen Warenzeichen des Herstellers versehenen und in Verkehr gebrachten Arzneimittel erstmals mit einem anderen Zeichen des Herstellers versehen, während es im Fall *Hoffmann-LaRoche* um eine erneute Kennzeichnung mit demselben Warenzeichen nach dem Umfüllen in neue Gebinde geht.

Diese Sachverhaltsunterschiede begründen aber weder zeichenrechtlich noch gemeinschaftsrechtlich einen entscheidungserheblichen Unterschied, der es rechtfertigen würde, im ersten Falle eine auf Marktabschottung gerichtete Absicht zu verlangen, im zweiten Falle dagegen nur einen objektiven Beitrag dazu.

Zeichenrechtlich geht es in beiden Fällen um eine Verletzung des ausschließlichen Kennzeichnungsrechts des Markeninhabers, für dessen Schutz es weder nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten noch nach der Auffassung des Gerichtshofs eine entscheidungserhebliche Rolle spielt, ob es sich um eine erstmalige oder um eine erneute Kennzeichnung der Ware oder ihrer Verpackung handelt. Das Kennzeichnungsrecht des Markeninhabers ist nicht mehr oder weniger schutzwürdig; es gehört ohne Einschränkung zum spezifischen Gegenstand des Warenzeichenrechts und ist daher gegen *jede* widerrechtliche Verletzung zu schützen⁴⁰.

Aber auch unter dem *gemeinschaftsrechtlichen* Gesichtspunkt des freien Warenverkehrs ist ein entscheidungserheblicher Unterschied der beiden Fälle nicht erkennbar. Jeder Versuch, gemeinschaftsrechtlich er-

³⁹ So auch Generalanwalt G. Reischl, GRUR Int. 1982, 151 ff (155).

⁴⁰ Vgl. die oben zitierte Erwägung 17 der Entscheidungsgründe des Urteils vom 10. 10. 1978, GRUR Int. 1979, 99 (105); *Beier*, GRUR Int. 1978, 263 ff.

hebliche Sachverhaltsunterschiede zu konstruieren, scheitert daran, daß die für Art. 36 Satz 2 maßgeblichen Begriffe nämlich „Verschleierung des Handels“ und „künstliche Marktabschottung“ einheitlich zu interpretieren sind. Sie können nicht in einem Fall objektiv, im anderen Fall subjektiv verstanden werden, insbesondere dann nicht, wenn es sich zeichenrechtlich um die gleiche Frage handelt.

Es gibt keinen vernünftigen Grund für die Annahme, daß ein Vertriebssystem, das sich für die gleiche Ware unterschiedlicher Warenzeichen bedient (*American Home*) die Freiheit des Warenverkehrs weniger behindert und daher unter erleichterten Voraussetzungen gestattet werden kann als ein Vertriebssystem, das für ihre mit der gleichen Marke gekennzeichnete Ware unterschiedliche Verpackungen verwendet (*Hoffmann-LaRoche*). In beiden Fällen kann es legitime Gründe für die durch unterschiedliche Zeichen oder Verpackungen bewirkte Produktdifferenzierung geben; in beiden Fällen kann die Produktdifferenzierung aber auch in mißbräuchlicher Weise zur künstlichen Marktabschottung eingesetzt werden. Die Verwendung unterschiedlicher Warenzeichen für das gleiche Produkt, die oft zugleich eine Irreführung der Abnehmer über Preis und Qualität der Ware beinhaltet und aus diesem Grunde rechts- und verbraucherpolitisch umstritten ist, kann daher in einer Mißbrauchsvorschrift wie Art. 36 Satz 2 EGV nicht milder beurteilt werden als die Verwendung unterschiedlicher Packungsgrößen.

III.

Für die Beantwortung der Frage, wann ein nach Art. 36 Satz 2 unzulässige, „künstliche Marktabschottung“ vorliegt oder – allgemeiner – eine „verschleierte Handelsbeschränkung“, die – als Unterausnahme der Ausnahmenvorschrift des Art. 36 Satz 1 – eine zum Schutz des geistigen Eigentums gerechtfertigte Handelsbeschränkung verbietet, ist schließlich die *jüngste Rechtsprechung* des Gerichtshofs zur Vereinbarkeit des nationalen Markenschutzes mit dem EWG-Vertrag nicht außer acht zu lassen. Während die EG-Kommission, insbesondere ihr Juristischer Dienst, die nationalen Marken bis in die neueste Zeit vorwiegend als Instrumente der Marktaufteilung und ihren Schutz auf das zur Wahrung der Ursprungsidentität unbedingt Erforderliche reduzieren will⁴¹, ist in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs von „*Sirena*“⁴² und „*Hag I*“⁴³ über „*Terrapin*“⁴⁴, „*Hoffmann-LaRoche*“⁴⁵ und „*American*

⁴¹ So z. B. Lüder, oben Fn. 21.

⁴² *Sirena* ./ *Novimpex*, 18. 2. 1971, GRUR Int. 1971, 279.

⁴³ *Van Zuylen* ./ *Hag*, 3. 7. 1974, GRUR Int. 1974, 338.

⁴⁴ *Terranova* ./ *Terrapin*, 23. 5. 1976, GRUR Int. 1876, 402.

⁴⁵ *Hoffmann-LaRoche* ./ *Centrafarm*, oben Fn. 4.

*Home*⁴⁶ bis hin zu den neuesten Entscheidungen in den Fällen „*Hag II*“⁴⁷, „*Quattro*“⁴⁸ und „*Ideal Standard*“⁴⁹ ein ebenso erstaunlicher wie erfreulicher Wandel der Einstellung zum Markenrecht festzustellen⁵⁰. In „*Sirena*“ hatte der Gerichtshof noch ausgeführt:

„Das Markenrecht unterscheidet sich von ... anderen gewerblichen Schutzrechten dadurch, daß das Schutzobjekt dieser letzteren meist von größerer Bedeutung und schutzwürdiger als eine einfache Marke ist.“⁵¹

Und in „*Hag I*“ hieß es:

„Die Ausübung des Warenzeichenrechts ist geeignet, zur Abschottung der Märkte beizutragen und auf diese Weise den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, und zwar um so mehr, als dieses Recht im Gegensatz zu anderen gewerblichen Schutzrechten keinen zeitlichen Grenzen unterliegt.“

Und weiter:

„Gewiß ist in einem solchen Markt die Angabe der Herkunft der Ware nützlich, doch kann die entsprechende Aufklärung der Verbraucher auch auf andere, den freien Warenverkehr nicht beeinträchtigende Weise sichergestellt werden.“

Dagegen findet sich in der Entscheidung „*Hag II*“⁵² die bemerkenswerte Feststellung:

„Was das Warenzeichenrecht angeht, ist festzustellen, daß dieses Recht ein wesentlicher Bestandteil des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs ist, das der Vertrag schaffen und erhalten will. In einem solchen System müssen die Unternehmen in der Lage sein, die Kundschaft durch die Qualität ihrer Erzeugnisse oder ihrer Dienstleistungen an sich zu binden, was nur möglich ist, wenn es Kennzeichen gibt, mit deren Hilfe sich diese Erzeugnisse und Dienstleistungen identifizieren lassen. Damit das Warenzeichen diese Aufgabe erfüllen kann, muß es die Gewähr bieten, daß alle Erzeugnisse, die mit ihm versehen sind, unter der Kontrolle eines einzigen Unternehmens hergestellt worden sind, das für ihre Qualität verantwortlich gemacht werden kann.“

In der „*Ideal Standard*“-Entscheidung schließlich, die sich teilweise wie ein Abschnitt aus einem klassischen Markenrechtslehrbuch liest, erkennt der EuGH die territoriale Unabhängigkeit der in verschiedenen Mitgliedstaaten geschützten Marken an (Rdn. 24–32) und wiederholt in Rdn. 37 und 45 seine Feststellungen in „*Hag II*“, nämlich daß

⁴⁶ *Centrafarm ./. American Home Products*, 23. 5. 1978, GRUR Int. 1979, 99.

⁴⁷ Rechtssache C-10/89 *S.A. CNL-ShCAL N. V. ./. Hag AG*, GRUR Int. 1990, 960, mit den sehr lesenswerten Schlußanträgen des Generalanwalts *Jacobs*.

⁴⁸ *Deutsche Renault AG v. Audi AG*, 30. 11. 1993, GRUR Int. 1994, 168.

⁴⁹ *Internationale Heiztechnik GmbH ./. Ideal Standard GmbH*, 22. 6. 1994, GRUR Int. 1994, 614.

⁵⁰ Diesen Wandel betont *René Joliet*, Richter am Europäischen Gerichtshof und in den neueren Fällen zum Teil als Berichterstatter beteiligt, in seinem Aufsatz „Markenrecht und freier Warenverkehr: Abkehr von *Hag I*“, GRUR Int. 1991, 177 ff.

⁵¹ Rdn. 7 des *Sirena*-Urteils, oben Fn. 35.

⁵² Vgl. oben Fn. 47.

„das Warenzeichen seine Aufgabe nur erfüllen (kann), wenn es die Gewähr bietet, daß alle Erzeugnisse, die mit ihm versehen sind, unter der Kontrolle eines einzigen Unternehmens hergestellt worden sind, das für ihre Qualität verantwortlich gemacht werden kann“ (Rdn. 37)

und daß

„das Warenzeichenrecht ein wesentlicher Bestandteil des Systems eines unverfälschten Wettbewerbs ist, das der EG-Vertrag schaffen und erhalten will“. (Rdn. 45)

Angesichts dieser positiven Einstellung zum Markenschutz, die sich in einer zunehmenden Anerkennung des (noch) territorial ausgestalteten Markenschutzes der Mitgliedstaaten als eine nach Art. 36 Satz 1 gerechtfertigte Beschränkung des freien Warenverkehrs äußert, ist es wenig wahrscheinlich, daß der Gerichtshof in seinen zu erwartenden Entscheidungen zum Markenrecht Art. 36 Satz 2 EGV in einer Weise auslegt, die mit dem nach Art. 36 Satz 1 gerechtfertigten, „spezifischen Gegenstand“ des Markenschutzes unvereinbar ist. Die neuere Rechtsprechung des Gerichtshofs unterstreicht vielmehr die schon in der „*Terrapin*“-Entscheidung zu findende Feststellung, daß Art. 36 Satz 2 eine *Mißbrauchsvorschrift* ist, die sich nicht gegen die rechtmäßige, „normale“ Ausübung der nationalen Schutzrechte, sondern nur gegen deren mißbräuchliche Ausübung richtet, die geeignet ist, künstliche Abschottungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes beizubehalten oder zu schaffen⁵³.

IV.

Obwohl die im Titel dieses Beitrags gestellte Frage nach der objektiven oder subjektiven Auslegung des Art. 36 Satz 2 mir durch die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs hinreichend geklärt erscheint, wird man gespannt sein, wie der Gerichtshof die ihnen vom BGH und dem OLG Köln mit übereinstimmender Formulierung vorgelegten Fragen beantworten wird. Hätte ich ein Votum abzugeben, so würde ich sagen, daß die Alternative objektiv/subjektiv in den meisten Fällen, insbesondere in den Vorlagefällen, nicht entscheidungserheblich ist. Mir ist durchaus bewußt, daß der Gerichtshof bisher davon abgesehen hat, die vom nationalen Gericht bejahte „Entscheidungserheblichkeit“ nachzuprüfen. Angesichts der zunehmenden Vorlagefreudigkeit der Gerichte und der daraus folgenden Überlastung des Gerichtshofs wäre es aber an

⁵³ *Terranova/Terrapin*, oben Fn. 44, Rdn. 7; ebenso *Keurkoup Nancy Kean Gifts*, 14. 9. 1982, GRUR Int. 1983, 643 (Rdn. 24); vgl. dazu *Beier*, Gewerblicher Rechtsschutz und freier Warenverkehr im europäischen Binnenmarkt und im Verkehr mit Drittstaaten GRUR Int. 1989, 603 ff (610).

der Zeit, diese Zurückhaltung aufzugeben und festzustellen, daß es allein auf die Künstlichkeit der Marktabschottung ankommt, die freilich ein zweckgerichtetes Verhalten impliziert⁵⁴.

Was die übrigen Vorlagefragen betrifft, die dem EuGH die zu entscheidenden Sachverhalte in Form meisterhaft formulierter „Rechtsfragen“ zur Vorabentscheidung vorgelegt wurden⁵⁵, so würde ich diese Fragen an die vorlegenden Gerichte mit dem Hinweis zurückgeben, daß es sich hierbei nicht um Fragen der Auslegung, sondern um Fragen der *Anwendung* von Gemeinschaftsrecht handelt, die nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs Sache der nationalen Gerichte ist⁵⁶. Nach französischer Auffassung würden die Vorlagefragen nicht einmal kassationsfähige Rechtsfragen, sondern Tatfragen sein, deren „souveräne“ Beurteilung allein den Tatsacheninstanzen obliegt.

Es gehört nicht zu den Aufgaben des Gerichtshofs, der für die Europäische Union die einzige und oberste gerichtliche Instanz ist und der in den letzten Jahren zunehmend mit Vorlagefragen überlastet wird, sich mit Sachverhaltsnuancen nationaler Verfahren zu befassen. Ist es denkbar, daß der Gerichtshof den Fall „*Mexitil*“ (Einfuhr von Arzneimitteln in einer vom Parallelimporteur gestalteten äußeren Verpackung, wenn in dieser Verpackung eine Originalpackung mit Original-Blistern sowie einzelne weitere beschnittene Original-Bliester enthalten sind und die Umverpackung ein ausgeschnittenes Fenster aufweist, durch das die auf der Originalpackung enthaltene IR-Marke sichtbar wird, nicht als eine nach Art. 36 Satz 2 verbotene, künstliche Marktabschottung ansieht, diese Frage aber im Fall „*Kerlone*“ bejaht, weil hier die zusätzliche Besonderheit besteht, daß die Original-Bliester auf ihrer Rückseite die Angabe der Tage zweier Wochen in ihrer Reihenfolge enthält, die durch das Beschneiden der Bliester unvollständig wird? Nur wenn die Möglichkeit unterschiedlicher Auslegung besteht, hätte es überhaupt einen Sinn, dem Gerichtshof verschiedene Sachverhalte der Einfuhr umverpackter Arzneimittel zur Vorabentscheidung vorzulegen. Grundsätzlich sollten solche Fragen aber von den nationalen Gerichten selbst entschieden werden.

⁵⁴ Vgl. dazu *Bauer/Enderle*, WiB 1994, 404/05.

⁵⁵ Vgl. die einleitend zitierten Vorlagebeschlüsse des BGH vom 27. 1. 1994, GRUR Int. 1994, 521; Vorlagebeschuß des OLG Köln vom 29. 7. 1994 in Sachen *MPA Pharma GmbH ./. Rhone Poulenc Pharma GmbH*, ABI. vom 1. 10. 1994, Nr. C 27519 = GRUR Int. 1994, 966, Aktuelle Informationen.

⁵⁶ *Daig* in: Groeben/Boeck/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl. 1983, Rdn. 19 ff.

V.

Zum Schluß dieses Beitrags, der meinem Freund und Kollegen *Ralf Vieregge* zu seinem 70. Geburtstag gewidmet ist, hoffe ich nur, daß der Jubilar meine Auffassung teilt und weder in einem der Verfahren seinen Mandanten den Weg nach Luxemburg empfohlen hat noch für eine objektive Deutung des Begriffs der künstlichen Marktabschottung eingetreten ist⁵⁷. Sollte ich aber in meinem Beitrag Ansichten vertreten haben, die der Jubilar nicht billigen kann, so möge er meinen Festschriftbeitrag mit der Genugtuung lesen, daß die besseren Argumente auf seiner Seite sind.

⁵⁷ Letzteres nehme ich schon deswegen nicht an, weil der Jubilar zusammen mit *Walter Oppenhoff* eine Stellungnahme des Grünen Vereins zum Ersuchen um Vorabentscheidung in Sachen *Centrafarm ./. American Home Products* unterschrieben hat (GRUR 1978, 234), in der sich das unmißverständliche Petitum befindet, daß es im Wesen des Warenzeichenrechts liege, „daß allein der Warenzeicheninhaber darüber zu entscheiden hat, ob eine bestimmte Ware – und in diesem Zusammenhang sind Inhalt und Verpackung als Einheit anzusehen – mit seinem Warenzeichen gekennzeichnet wird“.

Vom Verbandszeichen zur Kollektivmarke

GÜNTER BERG

Im Markengesetz – als dem Kernstück des Markenrechtsreformgesetzes – taucht in §§ 96 ff erstmals der Begriff „Kollektivmarke“ auf, der den des „Verbandszeichens“ nach §§ 17 ff des WZG ersetzt. Ist das nur eine Modernisierung oder Internationalisierung des Sprachgebrauchs, oder ist damit – so wie bei der Ersetzung von „Warenzeichen“ durch „Marke“, bei der die Dienstleistungsmarke integriert und damit auch in allen verfahrensrechtlichen Belangen gleichgestellt wird –¹ auch eine materiell- oder verfahrensrechtliche Weiterentwicklung verbunden?

Geht man von der Zielstellung des Markenrechtsreformgesetzes aus, nämlich die EG-Markenrechtsrichtlinie in nationales Recht umzusetzen², so stößt man dort auf den Sammelbegriff der „Kollektiv-, Garantie- und Gewährleistungsmarken“, deren Übernahme und Regelung im nationalen Recht freigestellt wird (Art. 15). Für die Kollektivmarke ist der Schutz und damit die Integration in das Markengesetz aufgrund der Mitgliedschaft in der PVÜ wegen der Verpflichtung des Artikels 7 indes bindend; das hat wohl auch nie zur Disposition gestanden.

Anders ist es mit den beiden anderen Begriffen, die wohl den „Certification marks“ des anglo-amerikanischen Rechtskreises entsprechen sollen. Sie haben als eigenständige Markenform im deutschen Warenzeichenrecht keine Tradition, wenn man von den „Amtlichen Prüf- und Gewährzeichen“ absieht, die das Warenzeichenrecht bislang (und auch künftig) bei entsprechender amtlicher Notifizierung als absolutes Eintragungshindernis für neue Marken regelt (bislang § 4 Abs. 2 Ziff. 3 WZG, nun § 8 Abs. 2 Ziff. 7 MG) und damit ihren Gebrauch gewissermaßen indirekt schützt. Hierunter fallen in der Praxis aus dem nationalen Bereich vor allem Edelmetallprüfzeichen, gewerbeamtliche Abnahmestempel u. ä.³

¹ Amtliche Begründung BT-Drucksache 12/6581, S. 55.

² Schon der vollständige Titel „Gesetz zur Reform des Markenrechts und zur Umsetzung der 1. Richtlinie 89/104/EWG des Rates vom 21. 12. 1988 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marke“ stellt dies gleichwertig neben die allgemeine Reformabsicht, das in seiner Struktur gerade 100jährige alte Gesetz durch ein modernes, die Entwicklung in Amtspraxis und Rechtsprechung einschließendes abzulösen.

³ Vgl. die Beispiele bei *Baumbach-Hefermehl*, WZG Rdn. 122 zu § 4.

Das Spektrum ist aber viel weiter⁴. Gütezeichengemeinschaften, vor allem auf den vom Bundeswirtschaftsministerium, dem Patentamt und anderen amtlichen Stellen anerkannten RAL-Grundsätzen aufbauend, aber auch individuelle Gütegarantie- oder Güteprüfung versichernde Kennzeichner⁵ versprechen dem Verbraucher (auch zum Nachweis gegenüber staatlichen oder kommunalen Prüf- und Genehmigungsbehörden) eine mehr oder weniger klar definierte Qualität. Das hat auch erhebliche Marktakzeptanz. Der Schutz kann zunächst (ebenfalls indirekt) über das Irreführungsverbot des § 4 Abs. 2 Ziff. 4 WZG – künftig § 8 Abs. 2 Ziff. 4 MG, erfolgen. Ein direkter Schutz nach dem Markengesetz hängt von der Markenrechtsfähigkeit ihrer Träger und der Zulässigkeit als Markenart ab.

Die Markenrechtsrichtlinie hat mit dem Begriffspaar wohl privatrechtlich erworbene und allgemeinem Markenrecht unterfallende Garantie- und Gewährleistungsmarken im Auge, die gemeinhin auch Gütezeichen genannt werden. Das Markengesetz will sie offenbar in den Begriff der Kollektivmarke integrieren⁶, und zwar durch die Zulässigkeit satzungsbestimmter Qualitätsregeln, deren Nichteinhaltung einen Verlust des Benutzungsrechtes nach sich ziehen kann. Hierin folgt es der bereits für die erwähnten RAL-Zeichen und bestimmte Herkunftsangaben geübten Praxis⁷. Indes bleibt das Markengesetz hier weit hinter dem zurück, was vormals die deutsche Landesgruppe der AIPPI zur ausdrücklichen Aufnahme einer Verpflichtung zum Schutze von Gewährleistungsmarken in den Art. 7 bis PVÜ vorschlug⁸. Dabei wurden Sonderregeln für die Inhaberschaft, Eintragungsvoraussetzungen und Eintragungshindernisse und bei Mißachtung der Verwendungsbedingungen ein spezieller Lösungsgrund empfohlen⁹. Inzwischen ist die (kollektiv-

⁴ Vgl. *Gruber*, Verbraucherinformation durch Gütezeichen, Köln-Berlin-Bonn-München 1986, S. 128. *Gruber* erwähnt 127 vom RAL anerkannte Gütezeichen, teils auf Basis der DIN-Normen, teils als Weiterentwicklungen. Auch VDE- und DVGW-Zeichen dienen dem Nachweis der Einhaltung von Sicherheitsstandards (aaO S. 134 f).

⁵ Der BGH ist kürzlich einer Vermengung von Prüfaussagen in amtlichem („interessenneutral“) und privatem Auftrag entgegengetreten (GRUR 1991, S. 552 f „TÜV-Prüfzeichen“). Nur erstere erfüllten die Verkehrsvorstellungen von Gütezeichen (S. 554).

⁶ Amtliche Begründung, aaO S. 108 f (Erläuterungen zu § 97 Markengesetz).

⁷ *Gruber*, aaO S. 191 ff, *Tilmann*, Die Geografische Herkunftsangabe, München 1976, S. 320 ff. Problematisch war bisher, ob damit auch die Gütebedingungen, nach denen gefertigt und/oder geprüft wird, offengelegt werden müssen. Vgl. dazu *Gruber*, S. 192.

⁸ AIPPI-Jahrbuch 1980/II, S. 86 ff (94).

⁹ 2. Bericht, Jahrbuch 1982/I, S. 8 ff. Überhaupt zeigte die damalige internationale Diskussion eine bemerkenswerte Bedeutungszumessung für die meist „Gütezeichen“ genannte Zeichenart, und ein offensichtliches Bedürfnis an einer weltweiten rechtlichen Aufwertung und Stabilisierung. Vgl. den Generalbericht, Jahrbuch 1982/II, S. 39 ff sowie 1982/III, S. 133 ff.

tivmarkenrechtliche) Gütezeichendiskussion stark auf den Spezialfall der (qualitativ geprägten) geografischen Herkunftsangabe reduziert worden¹⁰.

Ihre Eintragungsmöglichkeit als Kollektivmarken ist jetzt im § 99 MG ausdrücklich bestimmt und dabei das vorher eher pragmatisch umgangene Eintragungsverbot von Herkunfts- und Beschaffenheitsangaben ausdrücklich suspendiert. Hinzu kommt aufgrund § 127 Abs. 2 das allgemein konstituierte Benutzungsverbot¹¹ für geografische Herkunftsangaben bei solchen Waren oder Dienstleistungen, die nicht der bei ihnen erwarteten „besonderen Qualität“ entsprechen. Ihre Niederlegung in den Benutzungsbestimmungen der Zeichensatzung (§ 102 Abs. 2 Nr. 5 MG) liegt also nahe.

Für andere, als Gütezeichen bestimmte Kollektivmarken versteht sich dies als Notwendigkeit ohnehin.

Damit wird eine alte Streitfrage wieder aktuell:

Ist damit auch ein (wie gearteter) Garantieanspruch des mit der Marke Umworbene(n), insbesondere des Verbrauchers verbunden? Dies wäre ja wohl begrifflich aus Garantie beziehungsweise Gewährleistung ableitbar. Bislang sind solche, auf die ohnehin schon umstrittene „Garantiefunktion“ der Marke bezogene Ansprüche verneint worden¹². Das Markengesetz ist, wie das UWG, kein Verbraucherschutzgesetz im engeren Sinne. Nach traditionellem Verständnis ist das Wettbewerbsrecht, dem das Markenrecht im allgemeinen zugerechnet wird, auf die Verhältnisse zwischen den Wettbewerbern zu beziehen, und auf die Erhaltung des Wettbewerbssystems als ganzem. Ordnungspolitische Ansätze, wie spezifische Kennzeichnungsbestimmungen – zum Beispiel des Wein- und Lebensmittelrechts¹³ oder die Preisauszeichnungsbestimmungen – sol-

¹⁰ Das besondere deutsche Interesse hieran war schon in der AIPPI-Diskussion erkennbar; die entsprechenden Fragestellungen wurden aber zumeist nicht verstanden und aufgegriffen, so daß der Generalbericht dies der nationalen Rechtssetzung freistellt. *Tilzmann* ist darauf in der Festschrift „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht in Deutschland“ 1991 zurückgekommen (Bd. II, S. 1007 ff [1047 f]), und der Gesetzgeber hat diese Linie auch nicht überschritten.

¹¹ Die Bestimmungen des 6. Teils des Markengesetzes – Geografische Herkunftsangaben – sind unabhängig davon anzuwenden, ob eine Markeneintragung vorliegt.

¹² Vgl. dazu ausführlich *Henning-Bodewig/Kur*, Marke und Verbraucher, Weinheim 1988, Bd. I, S. 107 ff und Bd. II, S. 143 ff. Nach wohl unstrittiger Versagung von Gewährleistungsansprüchen gem. § 459 Abs. 2 BGB (Fehlen zugesicherter Eigenschaften – schon mangels Ausdrücklichkeit und Bestimmtheit – bei allgemeiner Markenkennzeichnung) stellt sich die Frage bei „qualifizierten Herkunftsangaben“ (und bei Gütezeichen) allerdings etwas anders. Die Autoren plädieren für eine Sondervorschrift (Bd. II, S. 168 f), allerdings mehr in Hinsicht auf § 13 a UWG.

¹³ Das Verhältnis von Warenzeichen- und Weinlagenregister kann wie bei anderen Herkunftsangaben zu schwierigen Prioritäts- und Parallelbenutzungsfragen führen. Der BGH ließ dies in der Entscheidung „*Römigberg*“, GRUR 1993, S. 43 ff (S. 45), offen.

len, wie die Diskussion um die Novellierung des UWG zeigte, vom Wettbewerbsrecht im gewissen Grade getrennt bleiben, was zum Beispiel die in § 13 eingeführte (ursprünglich als allgemeine Regel in § 2 geplante) „Erheblichkeitsschwelle“ verdeutlicht.

Die Untersuchungen von *Henning-Bodewig* und *Kur*¹⁴ stellen das Markenrecht dem Wettbewerbsrecht sogar gegenüber und erkennen – zumindest vom geltenden Recht her – dem Verbraucherschutz nur bei letzterem eine beachtliche Wirkung zu.

Auch das Markengesetz verändert daran im Grundsatz nichts; die Verflechtungen mit dem UWG bleiben hingegen unangetastet, so daß dieses einspringen könnte. Irreführender Markengebrauch ist schon eine (erhebliche) Wettbewerbsstörung, die die hiernach Berechtigten auf den Plan rufen kann.

Allerdings dürfte der dem Verbraucher unmittelbar zustehende Anspruch des § 13 a UWG wohl weiterhin auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben, zumal er mit dem Vorsatzdelikt des § 4 – unwahre und zur Irreführung geeignete Werbeangaben – gekoppelt ist. Selbst wenn man hierbei, wie die Literatur überwiegend annimmt, vom subjektiven Tatbestand des § 4 abstrahiert¹⁵, fragt es sich doch, ob die zwar hinterlegten, aber dem kaufwilligen Verbraucher konkret nicht bekannten Qualitätsbedingungen¹⁶, auf die mit der „Qualitätsmarke“ in Gestalt einer Kollektivmarke Bezug genommen wird, schon als unwahre Werbeangaben, die diesen zur Abnahme bestimmt haben, angesehen werden können. Die werbliche Bezugnahme müßte dann auf die besondere, wenn auch allgemein beschriebene Markenqualität bei dieser oder jener konkreten Eigenschaft erfolgen.

Eine andere Frage ist die Wirkung zwischen den Wettbewerbern. Aus dem Mitgliedschaftsrecht des Verbandes könnte lediglich bei einer qualitätsbestimmten Satzung für den Gebrauch der Kollektivmarke der diese verletzende Mitbenutzer zunächst durch den Verband selbst oder – bei Untätigkeit desselben – die übrigen Mitglieder auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Dies wäre in den (obligatorischen) Benutzungsbedingungen der Markensatzung (§ 102 Abs. 2 Ziff. 5 MG) zu regeln, wenn es nicht (erst) als Folge eines möglichen Ausschlusses aus dem Verband mit den Beschränkungen des § 101 MG wirksam werden soll¹⁷.

¹⁴ *Henning-Bodewig/Kur*, aaO, Bd. I, S. 217 ff.

¹⁵ *Baumbach-Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, Rdn. 3 zu § 13 a m. w. N.

¹⁶ Das Landgericht Köln hält den Schutz der „Gütefunktion“ deshalb auch nur wettbewerbsrechtlich beim Bestehen konkreter Vorstellungen der angesprochenen Verkehrskreise für möglich (GRUR 1989, S. 57 ff [59]).

¹⁷ *Baumbach-Hefermehl*, Warenzeichenrecht, Rdn. 4, 5 zu § 18. Auf das Mitgliedschaftsrecht verweist auch das Landgericht Köln in der Entscheidung GRUR 1989, S. 57 ff (58).

Andere Wettbewerber könnten, wenn der Verband dies nicht ausreichend betreibt, die Löschung der Kollektivmarke nach dem Verfallstatbestand des § 105 Abs. 1 Ziff. 2 beantragen. Dieser Anspruch, der bislang schon aus § 21 Abs. 2 WZG abgeleitet werden konnte, ist wohl eine Popularklage¹⁸ und stünde damit auch Verbrauchern, jedenfalls aber ihren Interessenverbänden zu. Nun erscheint es aber als Widerspruch im System, wenn dem über die durch die Markensatzung verbürgte Qualitätserwartung der Kollektivmarke getäuschten Verbraucher zwar ihre Löschung zugestanden wird, der Anspruch aus § 13 a UWG aber verwehrt bleibt.

Von daher wäre die Voraussetzung der unwahren Werbeangabe zu bestimmen. So wie eine wegen Irreführungsfahr nicht eingetragene oder gelöschte Marke in der Regel auch über § 3 UWG unterdrückt werden kann¹⁹, und im weiteren auch Schadensersatzansprüche nach § 13 Abs. 6 UWG nachfolgen können, müßte die wegen der Duldung von Mißbrauch²⁰ gelöschte Kollektivmarke, wird sie dennoch benutzt, als unwahre Qualitätsbehauptung den Verbraucheranspruch nach § 13 a UWG auslösen. Somit könnte in gewisser Weise der Kollektivmarke auch der Rechtscharakter von Garantie- und Gewährleistungsmarken zukommen.

Das deutsche Markenrecht hat um diese Kategorie bisher einen Bogen geschlagen. Das hängt wohl zunächst mit dem subsidiären Verständnis der Garantiefunktion der Marke zusammen, der im Verhältnis zur im Gesetz genannten Aufgabe der Herkunftskennzeichnung kein eigenständiger Schutz zukommen sollte²¹.

Wie aber, wenn das Gesetz nun auf eine solche Funktionsbestimmung verzichtet, und zwar nicht zufällig, sondern, weil die Herkunftskennzeichnung nicht mehr als Wesenskern angesehen wird, an deren Stelle (bedingt durch freie Übertragbarkeit, Lizenzfähigkeit etc.) die bloße Aufgabe der Unterscheidung getreten ist²²? Erfährt die Garantie für ein gleichbleibendes Produkt bei gleichbleibender Kennzeichnung zumin-

¹⁸ *Baumbach-Hefermehl*, Warenzeichenrecht, Rdn. 6 zu § 21.

¹⁹ Unter Berücksichtigung der Benutzungsform (vgl. Großkommentar/*Lindacher*, § 3 UWG, Rdn. 91).

²⁰ Ständige Rechtsprechung von RGZ 161, 29 „*Zähler-Ersatzteile*“ bis BGH GRUR-Int. 1973, S. 562, „*Cinzano*“. Differenziert sieht es indes BGH GRUR 1984, S. 737 bei Verbandszeichen, wenn eine besondere Verkehrsauffassung entstanden ist.

²¹ Geringere Anforderungen als nach § 11 Abs. 1 Ziff. 3 WZG, vgl. *Baumbach-Hefermehl*, Warenzeichenrecht, Rdn. 4 zu § 21.

²² Ob die Herkunftsfunktion damit gänzlich verlorengegangen ist, ist strittig. *v. Gamm* hat der offenbar in den gesetzgeberischen Absichten angelegten Abkehr energisch widersprochen (GRUR 1994, S. 775 ff [778]). Sie drückt aber heute eher die Rechtsmacht der Kennzeichnung als den Warenumsprung aus.

dest in nahem zeitlichem Zusammenhang (Garantiefristen sind ohnehin meist knapp bemessen) hier nicht eine Rangverbesserung²³?

Wenn gleiche Kennzeichnung von Produkten lediglich von einheitlicher Erlaubnis (aber nicht Herkunft) abhängt, wird die durch sie vermittelte Information auf diesen Rechtsinhaber bezogen, seine Entscheidung wird wesentlich von qualitativen Aspekten bestimmt sein, die der Verbraucher in dem Produkt wiederfinden soll.

So könnte ein allgemeiner Wandel des Markenverständnisses eintreten, der auch Inhalt und Schutz der Funktionen beeinflusst²⁴.

Doch mag es bis dahin noch ein längerer Weg sein. Bei den Kollektivmarken, die Gütezeichen sein wollen (und das auch in ihrer Gestalt aussagen), müßten qualitätsbezogene Benutzungsbedingungen obligatorisch sein. Fehlen sie, wäre die Marke so nicht eintragbar, weil ersichtlich irreführend.

Nicht so eindeutig liegen die Dinge bei den als Kollektivmarken geschützten geografischen Herkunftsangaben. Ihre Benutzungsbedingungen können, müssen aber nicht außer der gesicherten geografischen Herkunft weitere, die Qualität im weitesten Sinne (lokal gebundene Stofflichkeit, Fertigungsart und Gestaltung) bestimmende Vorgaben enthalten, die meist auf langer, ortsgebundener Tradition beruhen. Dies entspricht dem in § 127 Abs. 2 MG für geografische Herkunftsangaben gewährten Schutzzinhalt bei „besonderen Eigenschaften oder besonderer Qualität“, der auch bei der Wahl der Schutzform „Kollektivmarke“ zugänglich ist.

Das liegt nicht weit von der „Spezifikation“²⁵ des Artikels 4 der EWG-VO Nr. 2081/92 zum Schutze von geografischen Angaben und Ursprungsbezeichnungen für Agrarerzeugnisse und Lebensmittel, an die Abschnitt 2 des Teils 6 (Geografische Herkunftsangaben) des Markengesetzes anknüpft. Dort ist sie obligatorisch, bei den Verbandszeichen sollte sie sich trotz oder wegen der Verfallsdrohung bei Duldung mißbräuchlicher Benutzung (§ 105 Abs. 1 Ziff. 2) durchsetzen.

²³ Aus Sicht der Informationsökonomie messen *van den Bergh/Lehmann* der Marke die Wirkung zu, Qualitätsunsicherheiten zu beseitigen (GRUR-Int. 1992, S. 598); als geschützte Funktion wollen *Lehmann/Schönefeld* (GRUR 1994, S. 481 ff [487]) dies indes nicht bewerten.

²⁴ Auf den Beginn dieser Entwicklung – von der Herkunfts- zur Unterscheidungsfunktion – hat *Oppenhoff* schon vor 20 Jahren hingewiesen (GRUR-Int. 1973, S. 433 ff). Die „Vertrauensfunktion“ wollte er nicht als zeichenrechtlichen Bestand, sondern wettbewerbsrechtlich bewerten (S. 436). Heute gewinnt sie auch markenrechtliche Relevanz; vgl. *Klaka*, GRUR 1994, S. 321 ff (327).

²⁵ Die Bezeichnungen sollen die Qualitätserwartungen der Verbraucher gewährleisten – vgl. *Heine*, GRUR 1993, S. 96 ff (98).

Nun muß man sich aber davor hüten, die geografischen Herkunftsangaben als Kollektivmarke gewissermaßen als den Fall einer Garantiemarke per excellence anzunehmen. Die Schwierigkeiten beginnen nämlich bereits bei der Definition der einzuhaltenden Qualität. Die Markenträger werden wohl eher dazu neigen, den besonderen Ruf aus der strengen Ortsgebundenheit der Rohstoffe und gegebenenfalls der Verarbeitung und Kontrolle herzuleiten, ehe sie sich auf die Frage einlassen, ob denn die beschriebenen besonderen Qualitäten oder Eigenschaften partout nur an diesem Orte erzielbar sind. „Garantie“ der Einhaltung der Benutzungsbedingungen wäre dann eher für die Herkunft als die nicht näher und exakt beschriebene (dem Verbraucher in der Regel auch nicht genauer bekannte) Qualität zu leisten. Immerhin ein gewisses Ergebnis.

Ebenso bleibt es nach Auffassung des Autors problematisch, ob die Kollektivmarke die optimale Schutzform für die geografischen Herkunftsangaben ist. Während wir bei den klassischen Individualmarken eine immer stärkere internationale Anpassung der Schutzformen und der Schutzinhalte beobachten können, was für die Eignung als Marketing-Imageträger recht wohltuend zu vermerken ist, bleibt die Vielfalt bei den geografischen Herkunftsangaben wohl eher zu beklagen und beinträchtigt den wünschenswerten internationalen Schutzstandard.

Das Markenrechtsreformgesetz hat hier (leider) keinen entscheidenden Fortschritt gebracht, konnte es wohl auch nicht, weil hier der Umsetzungsdruck schon durch die erwähnte EG-VO 2081/92 zu den Agrar- und Lebensmittelbezeichnungen und die frühere EG-Weinbezeichnungsgesetzgebung schon verbraucht war. Damit bestand weder Neigung noch Notwendigkeit, eine ähnliche oder kompatible Schutzstruktur zu schaffen. Immerhin ist der Status quo, neben dem wettbewerbsrechtlichen Schutz über § 3 UWG ausnahmsweise die Registrierung als Kollektivmarke zu gestatten, zur Regel ausgebaut worden.

Die Frage, wie ein internationales Schutzsystem für Herkunftsangaben und Ursprungsbezeichnungen aussehen sollte, ist ja seit eh und je, erst recht seit der Lissaboner Revisionskonferenz zur PVÜ 1958, ein offenes Problem. Danach spalteten sich die Entwicklungswege – einerseits entstand das bald stagnierende Registriersystem des Lissaboner Ursprungsabkommens, andererseits bauten viele Staaten, wie zum Beispiel die Bundesrepublik Deutschland, ihr schon früher erprobtes System der Gegenseitigkeitsabkommen mit anderen interessierten Staaten aus. Zwischenzeitliche Versuche der WIPO, ein spezielles internationales Abkommen zu „geografischen Angaben“ zu schaffen, haben auch noch nicht zum Erfolg geführt.

So bleibt das Schutzsystem heterogen, und die Eintragung als Kollektivmarke nur eine Möglichkeit unter verschiedenen. Ob sie für den internationalen Schutz eine verlässliche Basis abgibt, muß dahinstehen.

Suspendiert § 99 Markengesetz doch nur als Ausnahmetatbestand von dem sonst durch Artikel 6 quinquies PVÜ international „abgestimmten“ Schutzhindernis der bloßen Angaben von Herstellungsort und Warenart. Immerhin hatte sich in der deutschen Rechtspraxis ein solcher Schutzrechtserwerb über ein „offenes“ Verbandszeichen vor allem für Weinbezeichnungen eingebürgert. Dies ergäbe Entsprechungen zur Schutzmöglichkeit der „certification-mark“ des anglo-amerikanischen Rechtskreises. Das Markengesetz hat dies lediglich legalisiert, wohl auch unter dem Druck der zu übernehmenden, in einem Sonderregistrierungssystem erfaßten Herkunftsangaben der DDR.

Dies führt indes nicht zu einer Zwangsgemeinschaft, denn dem Benutzer einer geografischen Herkunftsangabe, der die Bedingungen von Warenangabe und Herkunftsart erfüllt, kann sie nur ausnahmsweise entgegengehalten werden. Dann nämlich, wenn er dem allgemein anerkannten (Qualitäts-)Rufbild nicht gerecht wird und dadurch das Ansehen der Herkunftsangabe schädigt (§ 100 Abs. 1). Das muß aber nicht mit den hinterlegten Benutzungsbedingungen des Verbandes übereinstimmen, sondern wird von der oft schwankenden Verkehrsauffassung bestimmt. So scheinen Zweifel gerechtfertigt, ob die Kollektivmarke als Schutzform für Herkunftsangaben die Zukunftsvision für ein internationales Schutzsystem ist, zumal sie auch für den nationalen Schutz Lücken läßt. Eine Option auf ein selbständiges internationales Registrierungssystem ist deshalb auch heute noch sinnvoll²⁶, um den geografischen Herkunftsangaben, denen der Jubilar viele Jahre seines Lebenswerkes widmete, zuverlässigen weltweiten Schutz zu sichern.

²⁶ *Beier* „Soll Deutschland dem Lissaboner Abkommen beitreten“, GRUR Int. 1968, S. 68 ff, hielt vor allem wegen der engen Definition eine vorherige Revision dieses Abkommens für nötig. *Tilmann* „Die geografische Herkunftsangabe“, S. 335, teilt dies offenbar nicht, bevorzugt aber wie *Beier* den Verbandszeichenschutz. Im Bericht der Deutschen Landesgruppe der AIPPI zur Frage 118 „Marken und geografische Herkunftsangaben“ (GRUR-Int. 1994, S. 161 ff [164]) wird indes eingeräumt, daß das Problem des Benutzungsrechts nicht verbandsangehöriger Unternehmen weiterer Prüfung bedarf. In der Tat ist dies die Achillesferse dieser Schutzform.

Die Erledigung aktienrechtlicher Anfechtungsverfahren durch Vergleich

OLIVER C. BRÄNDEL

I.

Anfechtungsprozesse¹ gegen Hauptversammlungsbeschlüsse von Aktiengesellschaften sind für alle Beteiligten oft von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung. Die Kläger fühlen sich durch die angefochtenen Beschlüsse in ihren Mitgliedschaftsrechten betroffen und befürchten eine empfindliche Einbuße am wirtschaftlichen Wert ihrer Anteile. Sofern es sich bei den Klägern um „räuberische Aktionäre“ handelt, erhoffen sie sich zumindest eine reichliche Abfindung, mit der sich die beklagte Gesellschaft von dem lästigen Anfechtungsprozeß „freikauft“. Für die beklagte AG und ihre Verwaltung bedeutet der Anfechtungsprozeß nicht nur erhebliche, zeitaufwendige Arbeit, sondern verursacht vor allem eine höchst unerwünschte Störung der unternehmerischen Aktivitäten, die bis zur langjährigen Lähmung der Investitionspolitik bei beabsichtigten Expansionen führen kann. Denn solange z. B. die Rechtmäßigkeit eines Kapitalerhöhungsbeschlusses nicht rechtskräftig feststeht, kann sich die Gesellschaft das für einen Beteiligungserwerb benötigte zusätzliche Kapital nicht auf dem Markt beschaffen. Während des durch den Prozeß bedingten Schwebezustandes werden auch die Banken mit der Hergabe zusätzlicher Kredite zurückhaltend sein. Verheerend kann sich die durch den Schwebezustand verbreitete Unsicherheit vor allem bei sanierungsbedürftigen Unternehmen auswirken, die dringend auf die Beschaffung neuen Kapitals angewiesen sind.

Da derartige Anfechtungsklagen stets von den Inhabern einer Minderheitsbeteiligung (wenn nicht gar von zweckbedingt nur „atomistisch“ beteiligten Aktionären) erhoben werden, treffen die wirtschaftlich unerwünschten – bis zur Existenzbedrohung hin reichenden – Konsequenzen auch den bzw. die Inhaber der Aktienmehrheit, mit deren Stimmen der vom Kläger angegriffene Hauptversammlungsbeschuß zustande kam.

Das Aktienrecht ist eine schwierige, vom Schrifttum in zahlreichen Einzelpunkten äußerst kontrovers diskutierte und von der höchstreich-

¹ Unter diesem Sammelbegriff werden im folgenden auch Nichtigkeitsklagen (§ 249 AktG) sowie Klagen auf Feststellung der Unwirksamkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen behandelt, sofern dafür keine Besonderheiten gelten.

terlichen Rechtsprechung auch noch nicht annähernd abschließend geklärte Rechtsmaterie. Sie unterliegt zunehmend der Umgestaltung und Fortbildung durch das Gemeinschaftsrecht, dessen einschlägiger Inhalt ebenfalls auslegungsbedürftig, umstritten und durch die Rechtsprechung noch keineswegs hinreichend geklärt ist^{1a}. Deshalb läßt sich der Ausgang derartiger Anfechtungsprozesse selbst von erfahrenen Wirtschaftsjuristen kaum jemals sicher voraussagen. Der Partei selbst ist eine Prognose praktisch kaum möglich.

Diesem Prozeßrisiko sind zwangsläufig sämtliche Verfahrensbeteiligten ausgesetzt. Ihr einziges gemeinsames Interesse besteht daher in dem Anreiz, den durch den Prozeß geschaffenen Schwebezustand und das dadurch begründete Risiko möglichst rasch in einer für alle Beteiligten akzeptablen Weise durch Vergleich aus der Welt zu schaffen. Hierbei ist die Motivation der Gesellschaft (sowie ihrer Mehrheitsaktionäre), dem Kläger sogar erhebliche Zugeständnisse finanzieller oder anderer Art zu machen, um so größer, je ausgeprägter die Risiken des Verfahrens oder je lästiger der Schwebezustand für die AG und ihre Unternehmenspolitik ist.

Dem Abschluß derartiger Vergleiche stehen jedoch rechtliche Hindernisse entgegen, die pragmatische wirtschaftliche Lösungen – aus gutem Grund – erschweren:

1. Einerseits ist zu beachten, daß die Streitgegenstände aktienrechtlicher Anfechtungsprozesse ihrer Art nach nur eingeschränkt der Disposition der Prozeßparteien unterliegen: Zwar kann nach überwiegender – wenn auch nicht unbestrittener – Auffassung die Gesellschaft den Klageanspruch anerkennen, so daß der angefochtene Hauptversammlungsbeschluß durch richterliches Anerkenntnisurteil (§ 307 ZPO) ohne Sachprüfung vernichtet wird². Auch kann die beklagte AG auf die Einlegung eines Rechtsmittels gegen ein ihr ungünstiges Instanzurteil verzichten und dadurch – selbst wenn das Urteil unrichtig ist – den angegriffenen Hauptversammlungsbeschluß beiseitigen. Schon eine inhaltliche Modifizierung des angefochtenen Beschlusses im Wege gegenseitigen Nachgebens ist auf diese Weise aber nicht möglich, zumal der einzelne Hauptversammlungsbeschluß in der Regel nicht teilbar ist. Ebenso wenig kann

^{1a} S. z. B. die Vorlage des BGH an den EuGH v. 30. 1. 1995 (II ZR 132/93) zum Ausschluß des Bezugsrechts bei Sachkapitalerhöhungen.

² So trotz gewichtiger Bedenken wegen der dadurch drohenden Ausschaltung der Hauptversammlung *Zöllner* im Kölner Kommentar zum AktG, 1. Auflage, § 246, Rdn. 73; *Geßler/Hüffner* AktG § 248, Rdn. 11; *Austmann* ZHR 1994 (158. Band), S. 495, 508 bei Fn. 49 mit ausführlichen Nachweisen; anderer Ansicht *Schilling* im Großkommentar zum AktG, 3. Auflage, § 246 Anmerkung 7; *Henn*, Handbuch des Aktienrechts, 5. Aufl. Rdn. 935.

ein Vergleich die rechtsgestaltende Wirkung eines – gemäß § 248 AktG gegenüber jedermann³ wirkenden – richterlichen Urteils ersetzen. Es ist nicht möglich, durch Prozeßvergleich (geschweige denn durch außergerichtlichen Vergleich) die Vernichtung eines Hauptversammlungsbeschlusses auszusprechen⁴. Entsprechendes gilt für den Vergleich über ein Nichtigkeitsfeststellungsbegehren⁵. Zweifelhaft und umstritten ist die Frage bei Klagen, die auf die Feststellung der Unwirksamkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen gerichtet sind⁶. Nach herrschender Ansicht ist die Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen eine gewöhnliche Feststellungsklage im Sinne von § 256 ZPO mit der Folge, daß auf sie § 249 AktG und somit auch § 248 AktG *keine* Anwendung finden⁷. Die herrschende Meinung ist jedoch nicht unbestritten⁸. Die Entscheidung BGHZ 15, 177 (118) wird von beiden Meinungen als Beleg für ihre Auffassung in Anspruch genommen, bezieht sich im übrigen nicht auf eine Aktiengesellschaft, sondern auf eine Genossenschaft und führt daher nicht zur abschließenden Klärung. Deshalb ist es nicht ratsam, auf Feststellung der Unwirksamkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen gerichtete Klagen ohne richterliches Urteil durch Vergleich in der Weise aus der Welt schaffen zu wollen, daß die Unwirksamkeit des Beschlusses ganz oder teilweise anerkannt wird. Abgesehen davon, daß die Verwaltung, die einen solchen Vergleich abschließt, die Kompetenzen der Hauptversammlung negiert, ergeben sich aus dem Gleichbehandlungsgebot (§ 53 a AktG) Konsequenzen gegenüber den außenstehenden, am Vergleich nicht beteiligten Aktionären. Wollte der Vergleich auch ihnen gegenüber Wirkungen beanspruchen, liefe das darauf hinaus, daß die Prozeßbeteiligten über Rechtsbeziehungen gegenüber Dritten disponieren. Eine solche Verfügungsbefugnis steht ihnen nicht zu.

2. Zulässig ist zwar ein Vergleich des Inhalts, daß der Kläger sein Anfechtungs- oder Nichtigkeitsbegehren nicht weiterverfolgt, seine Klage zurücknimmt⁹ oder auf den Klaganspruch verzichtet¹⁰. Abgesehen von

³ Zöllner (Fn. 2) § 248 Rdn. 16; Geßler/Hüffer (Fn. 2) § 248 Rdn. 5 mit weiteren Nachweisen.

⁴ Zöllner (Fn. 2) § 248 Rdn. 45; Hüffer (Fn. 2) § 248 Rdn. 34.

⁵ Zöllner (Fn. 2) § 249 Rdn. 30.

⁶ Zur Unterscheidung siehe Zöllner (Fn. 2) § 241 Rdn. 7–18, § 246 Rdn. 86; Hüffer (Fn. 2) § 241 Rdn. 18 f.

⁷ Baumbach/Hueck AktG vor § 241 Anm. 5; Godin/Wilhelmi AktG 4. Aufl., § 249 Anm. 1; Hüffer (Fn. 2) § 246 Rdn. 79 und § 249 Rdn. 28 f.

⁸ Zöllner (Fn. 2) § 249 Rdn. 51.

⁹ Zöllner (Fn. 2) § 248 Rdn. 45; Hüffer (Fn. 2) § 248 Rdn. 34 am Ende; Austmann (Fn. 2) S. 511.

¹⁰ Allgemeine Meinung, vgl. z. B. Zöllner (Fn. 2) § 246 Rdn. 72.

dem Fall, daß sich der Kläger von der Aussichtslosigkeit seiner Klage überzeugt hat, genügt eine solche Lösung seinen Interessen im Regelfall selbst dann nicht, wenn die Gesellschaft – was zulässig wäre¹¹ – die gesamten Verfahrenskosten übernimmt. Der redliche Aktionär will die ihn treffende Beeinträchtigung seiner Mitgliedschaftsrechte zumindest teilweise aus der Welt schaffen. Der räuberische Aktionär hofft auf Beute, und zwar um so mehr, je günstiger die Prozeßchancen für ihn stehen. Da alle Beteiligten Wert darauf legen, ihr „Gesicht zu wahren“, muß der Vergleich auf einem gegenseitigen Nachgeben beruhen (§ 779 BGB). In der Praxis sieht das meist so aus, daß der angegriffene Hauptversammlungsbeschluß aufrechterhalten bleibt, der Kläger jedoch zum Ausgleich eine Entschädigung erhält.

3. Selbst wenn die AG es wollte, wäre sie daran gehindert, den klagenden Aktionär durch Zahlung eines Geldbetrages oder durch anderweitige Sachzuwendungen zu einer Rücknahme seiner Klage bzw. zur Rücknahme eines von ihm eingelegten Rechtsmittels zu bewegen. Denn darin würde eine nach § 57 AktG verbotene verschleierte Rückzahlung der vom klagenden Aktionär geleisteten Einlage erblickt werden, also den Kläger nicht davor schützen, gemäß § 62 AktG auf Rückgewähr der empfangenen Leistung in Anspruch genommen zu werden. Außerdem könnten an einzelne klagende Aktionäre erbrachte Sonderleistungen mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 53 a AktG) kollidieren. Bei einem sein Anfechtungsrecht mißbräuchlich ausübenden Aktionär¹² kann der Vergleich nach § 123 BGB anfechtbar sein, wenn der Kläger sein Anfechtungsrecht als Druckmittel einsetzt, um die Gesellschaft in grob eigennütziger Weise zu einer Leistung zu veranlassen, auf die er keinen Anspruch hat. Möglicherweise ist ein Vergleich, mit dem sich die Gesellschaft durch eine finanzielle Leistung von einer mißbräuchlichen Anfechtungsklage freizukaufen sucht, sogar schon aufgrund der §§ 134, 138 BGB nichtig. Es ist häufig sehr schwer, die Grenze zwischen vertretbarer und mißbräuchlicher Anfechtung zu erkennen, z. B. bei streitigem Bezugsrechtsausschluß.

Angesichts des erheblichen allseitigen Interesses an der Beilegung aktienrechtlicher Anfechtungsstreitigkeiten reichen aber selbst diese rechtlichen Schwierigkeiten nicht aus, um die Beteiligten am Abschluß bedenklicher Vergleiche zu hindern. Sie verlagern sie nur in das Zwielicht einer „konnspirativen“ Grauzone. Vor den Augen der mit der Streitsache

¹¹ Siehe Fn. 9.

¹² Siehe dazu BGHZ 107, 296 (308 ff); BGH NJW 1990, 322; BGH WM 1991, 2061; grundlegend mit rechtspolitischen Überlegungen *Boujong*, FS Kellermann 1991, S. 1 ff; zur Rechtsmißbräuchlichkeit einer aktienrechtlichen Nichtigkeitsklage auch OLG Frankfurt, AG 1991, 208.

befaßten Richter werden Verhandlungen zur gütlichen Beilegung des Streites oftmals geflissentlich verborgen.

4. Bevor es zum Abschluß derartiger (außergerichtlicher) Vergleiche kommt, müssen die Beteiligten alles vermeiden, was die Wirksamkeit der angestrebten Absprache hindern könnte. Besonders der Kläger – und zwar auch der redliche – muß mit peinlicher Sorgfalt darauf achten, daß Andeutungen seiner Vergleichsbereitschaft nicht als Erpressungsversuche gedeutet werden, die den Mißbrauchstatbestand beweisen oder jedenfalls indizieren und für den Prozeßgegner nach Abschluß des Vergleichs ein Anfechtungsrecht wegen Drohung (§ 123 BGB) begründen. Dadurch würde der Kläger die Früchte des außergerichtlichen Vergleichs wieder verlieren, während sein Gegner sie in der Hand behält: Hat der Kläger in Durchführung und zur Erfüllung des außergerichtlichen Vergleichs seine Klage (oder sein Rechtsmittel) zurückgenommen und ficht der Prozeßgegner den Vergleich nunmehr mit Erfolg gemäß § 123 BGB an, ist zwar der Vergleich hinfällig (§ 142 Abs. 1 BGB). Der Kläger muß das, was er aufgrund des Vergleichs von der Gesellschaft erhalten hat, nach Bereicherungsgrundsätzen (wenn nicht bereits aufgrund von § 62 Abs. 1 AktG) wieder herausgeben. Für die beklagte AG hingegen ist eine „Herausgabe des Erlangten“ aus Rechtsgründen ausgeschlossen. Denn „erlangt“ hat sie aufgrund des Vergleichs die vom Kläger erklärte Klage- bzw. Rechtsmittelrücknahme. Dabei handelt es sich aber um eine *Prozeßhandlung*, auf die die Grundsätze über die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften weder unmittelbar noch analog anwendbar sind¹³. Die Prozeßhandlung einer Klage- oder Rechtsmittelrücknahme ist auch nicht widerruflich, weil der Prozeßgegner durch sie eine geschützte Position (Wegfall der Rechtshängigkeit) erlangt hat. Einer erneuten Klage bzw. Rechtsmitteleinlegung steht zumeist der inzwischen bereits eingetretene Ablauf der Anfechtungs- bzw. Rechtsmittelfrist entgegen. Die wirksame Anfechtung des Vergleichs durch die beklagte Partei ermöglicht dem Kläger in diesen Fällen also nicht die prozessuale Fortsetzung des Rechtsstreits. Der Kläger verliert endgültig sein Druckmittel, ohne den erhaltenen Ausgleich für die – angeblich oder tatsächlich – erlittene Beeinträchtigung seiner Mitgliedschaftsrechte behalten zu dürfen. Es ist nachvollziehbar, daß sich die Prozeßparteien aus diesem Grunde trotz allseitiger Vergleichsbereitschaft mit äußerstem Mißtrauen begegnen, da

¹³ Im wesentlichen einhellige Auffassung in Rechtsprechung und Rechtslehre vgl. z. B. BGHZ 80, 391; BGH FamRZ 1988, 496; BGH NJW 1988, 2541; BGH NJW 1991, 2839; *Baumbach/Hartmann* ZPO, 53. Aufl., Grundzüge § 128 Rdn. 56; *Zöller/Greger* ZPO 18. Aufl., vor § 128 Rdn. 21.

sie damit rechnen müssen, daß der Gegner jeden Fehler sofort und ohne Erbarmen ausnutzt.

II.

Im Jahre 1994 konnte ein in die Revisionsinstanz gelangter aktienrechtlicher Anfechtungsstreit mit Billigung des II. Zivilsenats des BGH gütlich beigelegt werden. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse und Erfahrungen können der Praxis nützliche Hinweise zur legalen Erledigung solcher Verfahren durch Vergleich geben. Die Festgabe zu Ehren von *Ralf Vieregge* ist der geeignete Ort für einen solchen Hinweis, denn der Jubilar ist im Kreis der angesehenen deutschen Wirtschaftsanwälte wie kaum ein anderer für seine Meisterschaft im Auffinden und Gestalten juristisch brillanter und gleichwohl pragmatischer Lösungen bekannt. Zugleich bittet der Verfasser allerdings auch um Verständnis dafür, daß er aus Gründen der Diskretion weder „Ross noch Reiter“ nennen, noch Einzelheiten zur Identifizierung des Verfahrens preisgeben darf, dessen – mit dem BGH abgestimmte – gütliche Erledigung die Anregungen für die folgenden Ausführungen gab:

1. Die Parteien sollten anstreben, den beabsichtigten Vergleich gerichtlich protokollieren zu lassen. In diesem Fall wird das Verfahren durch den protokollierten Vergleich automatisch beendet, erfordert also nicht eine abstrakte, vom sonstigen Vergleichsinhalt zu trennende Klage- oder Rechtsmittelrücknahme¹⁴. Da ein Prozeßvergleich – trotz seiner Doppelnatur als Rechtsgeschäft und Prozeßhandlung – nach ganz herrschender Meinung wegen Willensmängeln anfechtbar ist¹⁵, beseitigt eine wirkliche Anfechtung wegen Irrtums oder Drohung nicht nur die materiellrechtlichen Wirkungen des gerichtlichen Vergleichs, sondern führt auch dazu, daß die Prozeßhandlung als „Begleitform“ des materiellrechtlichen Vergleichs ihre Wirksamkeit verliert¹⁶. Wird dem Vergleich durch die erfolgreiche Anfechtung jede verfahrensrechtliche Wirkung von Anfang an genommen, kann und muß der Rechtsstreit in der Lage, in der er sich vor Abschluß des Vergleiches befand, fortgeführt werden (einschließlich des Streits über die Wirksamkeit des Vergleiches)¹⁷. Durch eine Anfechtung des Vergleiches würde die beklagte Gesellschaft demzufolge seinen Nutzen – nämlich die Prozeßbeendigung – wieder verlieren und erneut dem Prozeßrisiko ausgesetzt sein. Sie wird deshalb kaum

¹⁴ BGHZ 86, 184 (187); arg. §§ 81, 83 ZPO: „Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich“.

¹⁵ BGH NJW 1966, 2399; OLG Celle NJW 1971, 145; *Zöller/Greger* ZPO (Fn. 13) § 279 Rdn. 3; a. A. *Baumbach/Hartmann* ZPO (Fn. 13) Anhang § 307, Rdn. 36.

¹⁶ BGH NJW 1985, 1962 (1963 rechte Spalte).

¹⁷ BGHZ 16, 167 (171); BAG NJW 1960, 2211; *Zöller/Stöber* (Fn. 13) § 794, Rdn. 15.

Neigung empfinden, den gerade erst abgeschlossenen Vergleich durch eine Anfechtung wieder zu vernichten. Der Kläger vermeidet auf diese Weise die für ihn nachteiligen Konsequenzen, die sich für ihn bei Abschluß eines außergerichtlichen Vergleiches mit gesondert erklärter Klage- bzw. Rechtsmittelrücknahme ergeben.

2. Der Abschluß eines gerichtlich protokollierten Vergleiches hat außerdem den Vorteil, daß das Prozeßgericht den Vergleichsinhalt prüft, da es zum Abschluß eines erkennbar gegen die §§ 123, 134, 138 BGB verstoßenden Vergleiches nicht seine Hand leihen darf. Durch den Abschluß eines solchen gleichermaßen richterlich „geprüften“ Vergleiches wird also den Interessen beider Seiten am besten gedient.

3. Wird dem Kläger im Vergleich eine finanzielle oder sonstige Zuwendung dafür versprochen, daß er von seinem Anfechtungsbegehren Abstand nimmt, darf die Zuwendung *nicht* aus dem Gesellschaftsvermögen stammen, weil dies als unzulässige Einlagenrückgewähr gewertet werden müßte. Hingegen ist es zulässig, daß ein Aktionär oder ein anderer interessierter Dritter (z. B. ein mit der AG kooperierendes Unternehmen, das an einer Fortsetzung oder dem Ausbau der Beziehungen interessiert ist) dem Anfechtungskläger eine Gegenleistung dafür verspricht, daß er von seinem Klagebegehren Abstand nimmt. Die Gegenleistung kann in der Zahlung einer Geldsumme bestehen oder in dem Versprechen des Dritten, Aktien aus dem eigenen Bestand dem Kläger zu übertragen oder ihm seine Aktien an der beklagten AG abzukaufen. Bei der Bemessung der Gegenleistung muß allerdings verschiedenen aktienrechtlichen Grundsätzen Rechnung getragen werden:

a) Nach § 243 Abs. 2 AktG kann die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses darauf gestützt werden, das ein Aktionär mit der Ausübung des Stimmrechts für sich oder einen Dritten Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder der anderen Aktionäre zu erlangen suchte und der Beschluß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen. Dies gilt nicht, wenn der Beschluß den anderen Aktionären einen angemessenen Ausgleich für ihren Schaden gewährt.

Ein Aktionär ist also zur Anfechtung nicht berechtigt, wenn die ihm durch den Hauptversammlungsbeschluß zugefügte Beeinträchtigung seines Mitgliedschaftsrechts angemessen ausgeglichen wurde. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muß *der Beschluß selbst* die Ausgleichsregelung enthalten. Die an der Beschlußfassung interessierte Aktionärsmehrheit kann die Anfechtbarkeit nicht dadurch ausschließen, daß sie eine künftige Regelung in Aussicht stellt oder verspricht¹⁸. Dies schließt allerdings

¹⁸ Zöllner (Fn. 2) § 243 Rdn. 245; Hüffer (Fn. 2) § 243 Rdn. 97.

nicht aus, daß der klagende Aktionär auf sein durch § 243 Abs. 2 AktG begründetes Anfechtungsrecht nachträglich verzichtet (indem er die Klage zurücknimmt), wenn ihm nachträglich im Vergleichswege ein angemessener Ausgleich angeboten wird.

Auch hierbei empfiehlt sich, daß das Angebot von dritter Seite – also nicht von der Gesellschaft – ausgeht. Denn bei einem nachträglich von der Gesellschaft im Vergleichswege angebotenen „Ausgleich“ würde so gleich das Problem der Gleichbehandlung der durch den Hauptversammlungsbeschluß ebenfalls benachteiligten außenstehenden Aktionäre, die nicht geklagt haben, entstehen. Das in den §§ 304–306 AktG vorgesehene Verfahren zur Sicherung des den außenstehenden Aktionären bei Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen zustehenden Ausgleiches läßt sich nicht anwenden. Denn es würde nicht nur die Einbeziehung sämtlicher außenstehender Aktionäre – auch derjenigen, die keine Anfechtungsklage erhoben haben – voraussetzen, sondern auch die Festlegung des Ausgleiches dem Gericht überlassen (§ 304 Abs. 3 Satz 3 AktG). Dies ist mit dem Wesen eines zwischen den Parteien des Anfechtungsprozesses ausgehandelten Vergleiches unvereinbar.

Wird die im Vergleich für die Klagrücknahme versprochene Gegenleistung aber von einem Dritten zugesagt, gibt es derartige Probleme nicht. Denn ein Dritter unterliegt nicht dem der Gesellschaft obliegenden Gleichbehandlungsgebot. Dieses richtet sich nur an die AG¹⁹.

b) Andererseits folgt aus § 243 Abs. 2 AktG, daß dem durch den Hauptversammlungsbeschluß betroffenen Aktionär nur ein *angemessener* Ausgleich für die erlittene Beeinträchtigung seiner Mitgliedschaftsrechte gewährt werden darf. Durch einen unangemessen hohen Ausgleich würde der klagende Aktionär seinerseits einen Sondervorteil gegenüber den anderen Aktionären erlangen, also etwas erhalten, was er ohne die Anfechtungsklage nicht erhalten könnte. Da das Anfechtungsrecht aber nicht als Mittel zur eigennützigen Verfolgung von Sondervorteilen mißbraucht werden darf, auf die der klagende Aktionär keinen Anspruch hat²⁰, würde ein durch Vergleich geforderter und gewährter unangemessen hoher Ausgleich die Anfechtung automatisch als rechtsmißbräuchlich abstempeln und einer Regelung, deren Inhalt dies sanktioniert, die Rechtswirkungen nehmen.

Folglich darf die Leistung, die ein anderer Aktionär bzw. ein Dritter dem Kläger im Vergleichswege anbietet, nicht den Rahmen der Angemessenheit verlassen, insbesondere nicht zur Gewährung von Sonder-

¹⁹ Unstreitig vgl. *Lutter/Zöllner* Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl., § 53 a Rdn. 25; *Gesler/Hefermehl* AktG, § 53 a Rdn. 5.

²⁰ BGHZ 107, 296 (308 f); BGH WM 1990, 140 (144); 1372 (1377 f); 2073 (2076).

vorteilen führen, die mit dem Wesen oder der Organisationsstruktur einer Aktiengesellschaft unvereinbar sind.

Unangemessen wäre z. B. die Zusage, dem Kläger einen Sitz im Vorstand oder Aufsichtsrat, für den er nicht qualifiziert ist, zu verschaffen, oder Stimmrechtsbindungen einzugehen, die dem Kläger einen überproportionalen Einfluß auf künftige Abstimmungen der Hauptversammlung gewähren. Hierher gehören aber auch finanzielle Zusagen, die außer Verhältnis zu der vom Kläger erlittenen (oder auch nur behaupteten) Beeinträchtigung seiner Mitgliedschaftsrechte stehen.

Bei Beachtung dieses Übermaßverbotes dürften andererseits aber Zusagen des Dritten, dem Kläger Aktien der Gesellschaft zu einem Vorzugspreis zu verschaffen oder abzukaufen, zulässig sein. Die Einhaltung dieser Grenzen verlangt Augenmaß und wirtschaftliche Vernunft beider Seiten. Mit der Vorstellung, sich durch Beschaffung einer einzigen Aktie und einen anschließenden Anfechtungsprozeß „eine goldene Nase“ verdienen zu können, muß gründlich aufgeräumt werden.

4. Um an der gerichtlichen Protokollierung des Vergleichs teilnehmen zu können, muß der Dritte dem Rechtsstreit beitreten. Dies setzt ein rechtliches Interesse des Streithelfers am Obsiegen einer der am Rechtsstreit beteiligten Parteien voraus (§ 66 Abs. 1 ZPO). Ein wirtschaftliches Interesse genügt nicht²¹. Ein rechtliches Interesse hat wegen der Rechtskraftwirkungen des § 248 Abs. 1 AktG jeder Aktionär der beklagten Gesellschaft. Er kann deshalb zum Zwecke des Vergleichsabschlusses sowohl auf Kläger- als auch auf Beklagtenseite dem Rechtsstreit beitreten²². Ein Dritter, der dem Rechtsstreit zum Zwecke der vergleichsweisen Erledigung beitreten will, braucht daher zuvor nur eine einzige Aktie der beklagten Gesellschaft zu erwerben²³, um die Beitrittsvoraussetzungen zu erfüllen, die im übrigen auch nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag geprüft werden²⁴.

Protokolliert wird sodann eine Vereinbarung zwischen dem Kläger und dem beigetretenen Streithelfer, die die vertragliche Zusage des Streithelfers enthält, dem Kläger einen angemessenen Ausgleich zu leisten. Aufgrund dieses Versprechens erklärt der Kläger, daß er die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Hauptversammlungsbeschlusses nicht länger in Zweifel ziehen wolle und sich der Rechtsstreit erledigt habe. Die beklagte Gesellschaft nimmt die zwischen dem Kläger und

²¹ OLG München GRUR 1976, 388; *Baumbach/Hartmann* ZPO (Fn. 13) § 66 Rdn. 12.

²² *Zöllner* (Fn. 2) § 246 Rdn. 89 f; *Austmann* (Fn. 2) S. 497; etwas enger *Hüffer* (Fn. 2) § 246 Rdn. 9.

²³ Nicht erforderlich ist, daß er bereits im Zeitpunkt der angegriffenen Beschlußfassung Aktionär war – vgl. *Austmann* (Fn. 2) S. 499.

²⁴ BGHZ 38, 110 (111).

dem Streithelfer abgeschlossene Vereinbarung lediglich zur Kenntnis, stellt klar, daß sie für die Erfüllung der Zusage weder einsteht noch haftet und schließt sich der Erledigungserklärung des Klägers an bzw. stimmt seiner Klagerücknahme zu. Würde die beklagte Gesellschaft für das Leistungsversprechen des Streithelfers die Mitschuld oder Mithaftung übernehmen, könnte dies als Versprechen einer unzulässigen Einlagenrückgewähr gewertet werden.

Im Anschluß an diese Erklärungen sollte dann noch lediglich eine Kostenvereinbarung protokolliert werden, an der sich alle Verfahrensparteien beteiligen.

III.

Sind an einem Anfechtungsverfahren mehrere Kläger beteiligt, müssen sie ausnahmslos in den Vergleich einbezogen werden, um das Verfahren endgültig beizulegen. Dies versteht sich von selbst. Besondere Fragen ergeben sich aber, wenn sich – wie es häufig geschieht – Nebenintervenienten auf Klägerseite am Anfechtungsprozeß beteiligen. In der Regel sind dies Aktionäre, die den angegriffenen Hauptversammlungsbeschluß ebenfalls bekämpfen wollen, jedoch entweder den in der Hauptversammlung zu protokollierenden Widerspruch (§ 245 Ziffer 1 AktG) oder die Klagfrist (§ 246 Abs. 1 AktG) versäumt haben. Hierbei handelt es sich, wie die Erfahrungen der Vergangenheit zeigen, einerseits um Aktionäre, die das Klageziel ernsthaft unterstützen wollen, andererseits häufig auch nur um „Trittbrettfahrer“, die hoffen, sich an einem räuberischen Angriff auf die Gesellschaft ohne allzu großen Kostenaufwand beteiligen zu können²⁵.

Werden auch sämtliche Nebenintervenienten in den Vergleich einbezogen, entstehen keine zusätzlichen Probleme. Zu prüfen ist aber, wie sich ein zur Erledigung der Klage führender Vergleich auf die Rechtsposition von am Vergleich nicht beteiligten Nebenintervenienten auswirkt.

Die Rechtsstellung der Nebenintervenienten in Anfechtungs- oder Nichtigkeitsverfahren gegen Hauptversammlungsbeschlüsse von Aktiengesellschaften ist im einzelnen noch ziemlich ungeklärt.

1. Anerkannt ist, daß jeder Aktionär sowohl auf Kläger- als auch auf Beklagtenseite dem Rechtsstreit beitreten kann²⁶. Jedenfalls für Anfechtungsverfahren (§ 243 AktG) und Nichtigkeitsverfahren (§ 249 AktG) ist ferner anerkannt, daß die Nebenintervention eine sogenannte *streitgenössische* im Sinne einer *notwendigen Streitgenossenschaft* gemäß

²⁵ Über diese Erfahrung berichtet auch *Austmann* (Fn. 2) S. 514.

²⁶ Siehe oben bei Fn. 22.