

Großkommentare der Praxis



UWG

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Nebengesetzen

Großkommentar

1. Auflage

Herausgegeben von

Rainer Jacobs, Walter F. Lindacher, Otto Teplitzky

Zweiter Band

Vor § 13; §§ 13 bis 30; Rabattgesetz; Gesamtregister

Bearbeiter

Vor § 13 Abschnitte A, D: Rainer Jacobs

Vor § 13 Abschnitt B; §§ 13 a, 19, 27, 27 a: Helmut Köhler

Vor § 13 Abschnitt C: Gerhart Kreft

Vor § 13 Abschnitt E; Vor §§ 23 a, b; §§ 23 a, b: Bernhard Jestaedt

§§ 13, 24: Willi Erdmann

§§ 14, 15: Herbert Messer

Vor § 16; §§ 16, 23: Otto Teplitzky

§§ 17, 18, 20, 20 a, 22: Harro Otto

§§ 25, 26: Rolf Schultz-Süchting

§ 28: Gerhard Schricker

Rabattgesetz: Wolfgang Gloy

Gesamtregister: Volker Kluge



RECHT

De Gruyter Recht · Berlin

Erscheinungsdaten der Lieferungen:

Vor § 13 Abschnitte A, B, C	(1. Lieferung):	Juni 1991
Vor § 13 Abschnitt D	(7. Lieferung):	Februar 1993
Vor § 13 Abschnitt E; §§ 13, 13 a	(2. Lieferung):	Juni 1991
§§ 14, 15	(10. Lieferung):	März 1994
§§ 16–24	(3. Lieferung):	Juni 1991
§§ 25, 26	(8. Lieferung):	Februar 1993
§§ 27–30	(6. Lieferung):	Oktober 1992
Rabattgesetz	(13. Lieferung):	Oktober 1999
Gesamtregister	(15. Lieferung):	November 2006

ISBN-13: 978-3-89949-371-9

ISBN-10: 3-89949-371-0

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© Copyright 2006 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, 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.

Satz: jürgen ullrich typesatz, 86720 Nördlingen
Druck: Druckerei H. Heenemann GmbH, 12103 Berlin
Bindearbeiten: Bruno Helm Buchbinderei, Berlin
Printed in Germany

Verzeichnis der Bearbeiter der 1. Auflage

Professor Dr. **Hans Erich Brandner**, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe, Honorarprofessor an der Technischen Universität Karlsruhe (unter Mitarbeit von Dr. Alfred Bergmann, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Ettlingen)

Professor Dr. **Willi Erdmann**, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D., Karlsruhe, Honorarprofessor an der Universität Osnabrück

Dr. **Wolfgang Gloy**, Rechtsanwalt in Hamburg

Professor Dr. **Rainer Jacobs**, Rechtsanwalt in Köln, Honorarprofessor an der Universität Köln

Professor Dr. **Bernhard Jestaedt**, Richter am Bundesgerichtshof a. D., Karlsruhe, Honorarprofessor an der Justus-Liebig-Universität Gießen

Professor Dr. **Helmut Köhler**, Professor an der Universität München, Richter am Oberlandesgericht München

Dr. **Gerhart Kreft**, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D., Karlsruhe

Professor Dr. **Walter F. Lindacher**, em. Professor an der Universität Trier

Dr. **Herbert Messer**, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe

Professor Dr. Dr. h. c. **Harro Otto**, em. Professor an der Universität Bayreuth

Professor Dr. **Henning Piper**, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof a. D., Karlsruhe, Honorarprofessor an der Technischen Universität Dresden

Professor Dr. Dr. h. c. mult. **Gerhard Schricker**, em. Professor an der Universität München

Professor Dr. **Wolfgang B. Schünemann**, Professor an der Universität Dortmund

Dr. **Rolf Schultz-Süchting**, Rechtsanwalt in Hamburg

Professor Dr. **Otto Teplitzky**, Richter am Bundesgerichtshof a. D., Karlsruhe, Honorarprofessor an der Universität Bonn

Inhaltsübersicht

	Seite
Vorbemerkungen zu § 13:	
Abschnitt A. Einführung	1
Abschnitt B. Die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche	3
Abschnitt C. Die Abmahnung	191
Abschnitt D. Erkenntnisverfahren	1
Abschnitt E. Zwangsvollstreckung	1
§ 13 Ansprüche, Klageberechtigung, Haftung für Dritte	43
§ 13 a Rücktrittsrecht bei unwahren und irreführenden Werbeangaben	96
§ 14 Anschwärzung	1
§ 15 Geschäftliche Verleumdung	136
Vorbemerkungen zu § 16	1
§ 16 Schutz der geschäftlichen Bezeichnungen	1
§ 17 Verrat von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen	162
§ 18 Verwertung von Vorlagen	187
§ 19 Schadensersatzpflicht	193
§ 20 Verleiten und Erbieten zum Verrat	203
§ 21 Verjährung	209
§ 22 Strafantrag; Privatklage	246
§ 23 Bekanntmachung des Urteils	252
Vorbemerkungen zu §§ 23 a, 23 b	263
§ 23 a Bemessung des Streitwerts bei Unterlassungsklagen	282
§ 23 b Herabsetzung des Streitwerts	295
§ 24 Örtliche Zuständigkeit	310
§ 25 Einstweilige Verfügung	1
§ 26 (<i>aufgehoben</i>)	235
§ 27 Kammer für Handelssachen	1
§ 27 a Einigungsstellen	8
§ 28 Fremdenrecht	77
§ 29 (<i>aufgehoben</i>)	83
§ 30 Inkrafttreten	83
Gesetz über Preisnachlässe (Rabattgesetz)	1
Gesamtregister	1

Vorwort

Umfang und Bedeutung des Wettbewerbsrechts nehmen laufend zu. Reformversuche des Gesetzgebers, Einflüsse des Europarechts und vor allem eine immer rascher anwachsende Zahl von Gerichtsentscheidungen und Veröffentlichungen in der Literatur haben die Rechtsmaterie – ungeachtet ihrer relativ knappen gesetzlichen Regelung – immer komplexer und unübersichtlicher werden lassen; ihre weitgehend der Rechtsprechung überlassene Weiterentwicklung läßt eine systematische und rechtsdogmatische Ordnung des Stoffes vielfach vermissen; für den Praktiker werden Orientierung und Prognose in dieser Rechtsmaterie zunehmend schwieriger.

Der neue Großkommentar will versuchen, diesen Entwicklungen und Schwierigkeiten durch eine neue, umfassende Darstellung des Stoffes Rechnung zu tragen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der Oberlandesgerichte sowie die umfangreiche Literatur sind ausgewertet und systematisiert; für eigene – auch kritische – Gedanken und Vorschläge der Autoren sowie für eine lesbare Darstellung ist genügend Raum. Das Werk soll damit eine Hilfe für die Praxis – an die es sich in erster Linie wendet – und zugleich eine Grundlage für die weitere wissenschaftliche Aufbereitung und Entwicklung des Wettbewerbsrechts werden.

Die Autoren sind Richter am Bundesgerichtshof – überwiegend aus dem für das Wettbewerbsrecht zuständigen Fachsenat –, Hochschullehrer und – teils auch wissenschaftlich tätige – Rechtsanwälte. Der Kreis ist – bedingt durch den Umfang des Stoffes und die anderweite berufliche Inanspruchnahme der Bearbeiter – verhältnismäßig groß geworden, was es jedoch den einzelnen Autoren erlaubt, sich ihren jeweiligen Spezialgebieten mit der gebotenen Intensität und Gründlichkeit zu widmen. Jeder Autor vertritt seine Meinung; unvermeidbare Divergenzen der Auffassungen werden im Werk deutlich kenntlich gemacht.

Obwohl die Fertigstellung des Gesamtwerks in naher Zukunft absehbar ist, haben Herausgeber und Verlag sich für ein lieferungsweises Erscheinen der jeweils fertig vorliegenden Teile entschieden, da auch diese bereits hilfreich für die Praxis werden können und die Aktualität gewährleistet bleibt.

Der Umfang der ersten Lieferung ist größer, als es nach der kommentierten Gesetzesmaterie den Anschein haben könnte; im Großkommentar werden wesentliche Teile dessen, was im Wettbewerbsrecht ohne Anlehnung an das Gesetz dargestellt und erläutert werden muß, nicht in der allgemeinen, dem § 1 UWG vorangestellten Einleitung, sondern des engeren Sachzusammenhangs wegen vor der ersten Vorschrift mit verfahrensrechtlichem Bezug, dem § 13 UWG, dargestellt. Dies gilt für das weite Gebiet der wettbewerbliehen Ansprüche und Einwendungen (Abschnitt B, Vor § 13 UWG), die Abmahnung (Abschnitt C aaO), das Verfahrensrecht (Abschnitt D aaO, der in Kürze folgen wird) und die Zwangsvollstreckung (Abschnitt E aaO).

Die weiteren Teile des Kommentars sollen in rascher Folge innerhalb der nächsten 18 Monate das Gesamtwerk vervollständigen.

Köln, Trier, Karlsruhe, Berlin im Mai 1991

Herausgeber und Verlag

Abgekürzt zitierte Literatur

- Ahrens* *Ahrens Wettbewerbsverfahrensrecht*, 1983.
Baumbach/Hefermehl *Baumbach/Hefermehl Wettbewerbsrecht*, 16. Aufl. (1990).
Baumbach/Hefermehl WZG *Baumbach/Hefermehl Warenzeichenrecht*, 12. Aufl. (1985).
Emmerich *Emmerich Das Recht des unlauteren Wettbewerbs*, 3. Aufl. (1990).
Fikentscher Bd. I/II *Fikentscher Wirtschaftsrecht* Bd. I und II, 1983.
v. Gamm *v. Gamm Wettbewerbsrecht*, 5. Aufl. des von Reimer unter dem Titel „Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht“ begründeten Werkes, 1988.
v. Gamm UWG *v. Gamm Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb*, 2. Aufl. (1981).
v. Godin *v. Godin Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb*, 2. Aufl. (1974).
HdbWbR/Bearbeiter *Handbuch des Wettbewerbsrechts*, hrsg. von Gloy, 1986.
Kehl *Kehl Wettbewerbsrecht*, 1990.
Koppensteiner *Koppensteiner Wettbewerbsrecht* Bd. 2: Unlauterer Wettbewerb, 2. Aufl. (1987).
Nirk/Kurtze *Nirk/Kurtze Wettbewerbsstreitigkeiten*, 1980.
Nordemann *Nordemann Wettbewerbsrecht*, 6. Aufl. (1990).
Pastor *Pastor Der Wettbewerbsprozeß*, 3. Aufl. (1980).
RWW/Bearbeiter *Rechtsfragen in Wettbewerb und Werbung*, hrsg. von Amman und Jaspers, seit 1982.
Rittner *Rittner Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht*, 2. Aufl. (1985).
Schricker/Lehmann *Schricker/Lehmann Werbung und unlauterer Wettbewerb*. in: *Handbuch des Verbraucherrechts*, 1977.
Schünemann *Schünemann Wettbewerbsrecht*, 1989.
Teplitzky *Teplitzky Wettbewerbsrechtliche Ansprüche*, 5. Aufl. des von Reimer unter dem Titel „Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht“ begründeten und in der 4. Aufl. von Pastor unter dem Titel „Das wettbewerbsrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzrecht“ fortgeführten Werkes, 1986.
Tetzner *Tetzner Kommentar zum UWG*, 2. Aufl. (1957).
Ulmer/Reimer *Ulmer/Reimer Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der EWG* Bd. III: Deutschland, 1968

Vorbemerkungen

A. Einführung

Literatur

Brändel Die Problematik eines Anspruchs auf ergänzende Rechnungslegung bei Schutzrechtsverletzungen, GRUR 1985, 616; *HdbWR/Gloy* § 19 Anspruchsberechtigte, § 22 Weitere Ansprüche, § 63 Abmahnung; *Hadding* Die Klagebefugnis der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG im System des Zivilprozeßrechts, JZ 1970, 305; *Kisseler* Der Mißbrauch der Verbandsklagebefugnis gemäß § 13 Abs. 5 UWG, WRP 1989, 633; *Lindacher* Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch, GRUR 1985, 423; *Scholz* Mißbrauch der Verbandsklagebefugnis – der neue § 13 Abs. 5 UWG, WRP 1987, 433; *Stauder* Umfang und Grenzen der Auskunftspflicht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR Int. 1982, 226; *Teplitzky* Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 5. Aufl. (1986); *Teplitzky* Das Verhältnis des objektiven Beseitigungsanspruchs zum Unterlassungsanspruch im Wettbewerbsrecht, WRP 1984, 365; *Tilmann* Über das Verhältnis von GWB und UWG, GRUR 1979, 825; *Tilmann* Der Auskunftsanspruch, Festschr. 25 Jahre Bundespatentgericht (1986) 293 = GRUR 1987, 251; *Tilmann* Aktuelle Fragen des Auskunftsanspruchs, MA 1989, 35.

Das Wettbewerbsrecht stellt neben den materiell-rechtlichen Regeln zur Verhinderung mißbräuchlichen Verhaltens gegen Mitbewerber, Verbraucher oder die Allgemeinheit ein Instrumentarium zur Verfügung, wie diese Regeln durchgesetzt werden können. Die materiell-rechtlichen Wettbewerbsregeln bestimmen und konkretisieren sich in den wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen und in deren Verwirklichung in der Praxis.¹

Das Gesetz kennt anders als im Zeichenrecht (§ 11 WZG) keine Popularklage.² In § 13 ist im einzelnen bestimmt, wer klagebefugt ist und welchen Inhalt diese Befugnis hat. Im Mittelpunkt der Vorbemerkungen vor § 13 steht demgemäß die wettbewerbsrechtliche Anspruchslehre. Sie befaßt sich mit den verschiedenen Arten wettbewerbsrechtlicher Ansprüche, in erster Linie mit dem Unterlassungsanspruch, dem in der Praxis die größte Bedeutung zukommt³, sodann mit dem wettbewerbsrechtlichen Beseitigungs- und dem Schadensersatzanspruch sowie dem Bereicherungsanspruch, letztere Ansprüche ergänzt um den Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung⁴. Diese

¹ Eingehend dazu *Teplitzky* Kap. 1 Rdn. 1 ff, Kap. 9 Rdn. 1, Kap. 22 Rdn. 1 ff, Kap. 30 Rdn. 1 ff; *HdbWR/Gloy* § 19 Rdn. 1; *Baumbach/Hefermehl* Einl. UWG Rdn. 250–321.

² BGH GRUR 1966, 445, 446 – *Glutamat*; *Baumbach/Hefermehl* § 13 Rdn. 2; *HdbWR/Gloy* § 19 Rdn. 1; *Hadding* JZ 1970, 305, 307.

³ Vgl. *Lindacher* GRUR 1985, 423; *Teplitzky* WRP 1984, 365; *Baumbach/Hefermehl* Einl. UWG Rdn. 256–306.

⁴ Der Auskunftsanspruch tritt als „primärer“ bzw. „selbständiger“ oder als „sekundärer“, d. h. Hilfsanspruch auf. Der „primäre“ Auskunftsanspruch wird von der Rechtsprechung aus § 249 BGB hergeleitet, vgl. BGH GRUR 1964, 320, 323 – *Maggi*; GRUR 1968, 272, 277 – *Trockenrasierer III*; GRUR 1976, 367, 368 f – *Ausschreibungsunterlagen* m. krit. Anm. *Fritze*; *Teplitzky* (Kap. 38 Rdn. 4, 32) stützt den Anspruch überdies auf § 1004

BGB, ohne daß dem allerdings große praktische Bedeutung zukäme. Der „sekundäre“ Auskunftsanspruch als Hilfsanspruch eines bereits geltend gemachten oder noch geltend zu machenden Hauptanspruchs wird von der Rechtsprechung aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) abgeleitet; vgl. BGH GRUR 1961, 288; *Teplitzky* Kap. 38 *HdbWR/Gloy* Rdn. 5; § 22 Rdn. 18, vgl. im übrigen *Baumbach/Hefermehl* Einl. UWG Rdn. 398–407; *Stauder* GRUR Int. 1982 226; *Tilmann* in Festschr. 25 Jahre BPatG (1986) 293 ff = GRUR 1987, 251 ff; *Tilmann* MA 1989, 35 ff.

Zum Anspruch auf Rechnungslegung vgl. BGH GRUR 1974, 53 – *Nebelscheinwerfer*; *Teplitzky* Kap. 39 Rdn. 1 ff; *Brändel* GRUR 1985, 616; *HdbWR/Gloy* § 22 Rdn. 18; *HdbWR/Samwer* § 72 Rdn. 42; *Baumbach/Hefermehl* Einl. UWG Rdn. 408 f.

Ansprüche haben in den letzten Jahren, abgesehen von ihrer theoretischen Untersuchung⁵, eine Fülle praktisch wichtiger Fragen aufgeworfen, die die Rechtsprechung vornehmlich bei der Formulierung und inhaltlichen Bestimmung dieser Ansprüche beschäftigt hat⁶. Auch die Voraussetzungen der einzelnen Ansprüche sind in Rechtsprechung und Literatur vielfach behandelt worden; sie können heute als weitgehend geklärt und gesichert angesehen werden⁷. Das gleiche gilt für die Voraussetzungen der wichtigsten Einwendungen gegen wettbewerbsrechtliche Ansprüche.

- 2 Die wettbewerbsrechtliche Anspruchslehre behandelt darüber hinaus die Frage der **Klagebefugnis**. Ansprüche können zunächst der unmittelbar Verletzte geltend machen (§ 1) und darüber hinaus (nach § 13 Abs. 2) Gewerbetreibende, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art vertreiben (Nr. 1), rechtsfähige Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen (Nr. 2), bestimmte rechtsfähige Verbraucherverbände (Nr. 3), die Industrie- und Handelskammern oder die Handwerkskammern (Nr. 4).⁸ Diese Klagebefugnisse bestehen aus eigenem Recht und werden nicht als Prozeßstandschaft aus dem Recht des unmittelbar Verletzten hergeleitet.⁹
- 3 Die vor- und außerprozessuale Durchsetzung des wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruchs geschieht durch die **Abmahnung** als wichtigste Form interparteilicher Streitschlichtung.¹⁰ Die Abmahnung ist keine Vorstufe zum Prozeß, auch kein obligatorisch oder fakultativ vorgeschaltetes Schlichtungsverfahren, erst recht nicht Prozeßvoraussetzung.¹¹ Ihr Zweck liegt im Gegenteil darin, die – als Grundlage eines Vertragsstrafenanspruchs auch im Rahmen der Anspruchslehre bedeutsame und dogmatisch wie praktisch mancherlei Fragen stellende – Unterwerfung des Verletzten unter den wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch gerade außergerichtlich zu erreichen, damit die Wiederholungsgefahr auszuräumen und einen Prozeß zu vermeiden.¹² Daneben verfolgt sie den Zweck, den Verletzten vor Kostennachteilen im Prozeß zu bewahren, die ihm entstehen können, wenn der Verletzte den ohne vorherige Abmahnung gerichtlich geltend gemachten Unterlassungsanspruch sofort anerkennt (§ 93 ZPO).¹³ Der Abmahnung kommt in der heutigen wettbewerbsrechtlichen Praxis gerade wegen dieses Kosteneffektes eine enorme, gar nicht zu überschätzende Bedeutung zu.
- 4 Im Mittelpunkt des Wettbewerbsverfahrensrechtes stehen die prozessualen Mittel zur Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche, und zwar das **Klageverfahren**. Es erfaßt sämtliche Arten wettbewerbsrechtlicher Ansprüche und wird in seinen Besonderheiten behandelt, die auf diesen wettbewerbsrechtlichen Anspruchsgegenständen und -inhalten beruhen.

Das Verfahren der **einstweiligen Verfügung** steht demgegenüber zwar nur für die „vorläufige“ Durchsetzung bestimmter wettbewerbsrechtlicher Ansprüche zur Verfü-

⁵ Vgl. z. B. *Tilmann* in Festschr. 25 Jahre BPatG (1986) S. 293 ff = GRUR 1987, 251.

⁶ Vgl. die Übersichten über die BGH-Rechtsprechung bei *Teplitzky* GRUR 1989, 461 ff und GRUR 1990, 393, 396.

⁷ Eingehend dazu *Baumbach/Hefermehl* Einl. UWG Rdn. 260 ff.

⁸ § 13 ist aufgrund von Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes zur Änderung wirtschafts-, verbraucher-, arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften (BGBl. I 1169, 1170 f) neugefaßt worden, auch was die in Abs. 2 geregelte Aktivlegitimation zur Geltendmachung von wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen angeht. Vgl. dazu *Teplitzky* Kap. 59 Rdn. 2–5.

⁹ *Baumbach/Hefermehl* § 13 Rdn. 2.

¹⁰ Eingehend dazu nachfolgend Vor § 13, C, i. V. mit B, Rdn. 32.

¹¹ Ganz einhellige Meinung; vgl. OLG Hamm WRP 1977, 349; BB 1976, 1191; OLG Celle WRP 1975, 242; OLG Frankfurt/M WRP 1984, 621; 1982, 589; OLG Köln WRP 1984, 295; 1983, 118; OLG Karlsruhe WRP 1982, 351; OLG München WRP 1976, 264; 1976, 331; OLG Schleswig GRUR 1973, 103; OLG Stuttgart WRP 1978, 837; *Teplitzky* Kap. 41 Rdn. 2; *HdbWR/Gloy* WR § 63 Rdn. 3.

¹² Vgl. *Ahrens* S. 137; *Teplitzky* Kap. 41 Rdn. 6.

¹³ Vgl. dazu *Teplitzky* Kap. 41 Rdn. 7; *Baumbach/Hefermehl* Einl. UWG Rdn. 529 und nachfolgend Vor § 13, C.

gung, spielt aber in der gerichtlichen Wettbewerbspraxis eine große und wichtige Rolle, weil mit ihm ein Wettbewerbsverstoß sofort unterbunden werden kann.¹⁴ Bei der auf schnelle Effekte angelegten Werbung ist dieses Verfahren ein äußerst scharfes, allerdings wegen der Schadensersatzsanktion des § 945 ZPO auch für den Antragsteller selbst ein mitunter zweischneidiges Schwert.¹⁵ Es soll – anders als das Klageverfahren – nicht hier, Vor § 13, sondern im Zusammenhang mit der einschlägigen Spezialnorm des § 25 behandelt werden.

Der prozessualen Durchsetzung wettbewerbsrechtlicher Ansprüche und der Erlangung eines Titels folgt dessen **Vollstreckung**. Sie gestaltet sich unterschiedlich, je nach Art des Titels.¹⁶ Hier sind auch Besonderheiten gerade bei der Vollstreckung von wettbewerbsrechtlichen Unterlassungstiteln zu beachten.¹⁷

Mit der wettbewerbsrechtlichen Anspruchslehre und deren außergerichtlicher (Abmahnung u. Unterwerfung) oder gerichtlicher Durchsetzung und der schließlichen Vollstreckung eines gerichtlich erwirkten Titels steht ein weitgehend **komplettes**, nur an einigen, allerdings empfindlichen Stellen lückenhaftes¹⁸, zivilrechtlich orientiertes System zur Verfügung, das sich in der Praxis bewährt hat. Bestrebungen, dieses System durch öffentlich-rechtliche Eingriffsmechanismen, wie sie im Kartellrecht bekannt sind, zu ergänzen oder gar teilweise zu ersetzen, sind vernünftigerweise nicht verwirklicht worden.¹⁹ Das Wettbewerbsrecht braucht bei seiner derzeitigen Aufgabenstellung auf der Grundlage des UWG solche Mechanismen nicht. Die Erweiterung des Kataloges der Klagebefugten in § 13 Abs. 2²⁰ reicht aus, Wettbewerbsverstöße umfassend zu bekämpfen und zu unterbinden.

B. Die wettbewerbsrechtlichen Ansprüche

Übersicht

Erster Abschnitt. Der Unterlassungsanspruch

	Rdn.		Rdn.
I. Allgemeines	1		
1. Die historische Entwicklung des Unterlassungsanspruchs	1	a) Rechtsgrundlagen für Unterlassungsansprüche	4
2. Entstehen, Inhalt und Erlöschen von Unterlassungsansprüchen	4	aa) Vertragliche Unterlassungsansprüche	5

¹⁴ Näher *Teplitzky* Kap. 53 Rdn. 1 ff und die Erläuterungen zu § 25.

¹⁵ Zu Recht weist *Teplitzky* Kap. 53 Rdn. 4 Fußn. 10 darauf hin, daß wegen dieser Risiken, wegen des Zeitdrucks, unter den auch das Gericht durch den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gesetzt wird, insbesondere wegen der Probleme der richtigen Antragstellung das Verfügungsverfahren dem den Antragsteller beratenden und vertretenden Rechtsanwalt weit mehr Erfahrung, Wissen und Können aberlangt als das Klageverfahren.

¹⁶ Eingehend *Teplitzky* Kap. 57 Rdn. 3 ff (für Unterlassungstitel) und Kap. 58 Rdn. 3 ff (für Beseitigungstitel).

¹⁷ Näher dazu Vor § 13, E.

¹⁸ Das gilt insbesondere für die mißbräuchliche Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen durch Ausnutzung der Verbandsklagebefugnis; vgl. dazu BGH GRUR 1990, 282 – *Wettbewerbsverein IV*; BGH GRUR 1988, 918 – *Wettbewerbsverein III*; *Baumbach/Hefermehl* § 13 Rdn. 46 ff. Dieses Problem ist durch die aufgrund der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 25.06.1986 gegenüber der ursprünglichen Formulierung entschärfte Fassung des § 13 Abs. 5 nicht gelöst; vgl. *Teplitzky* Kap. 59 Rdn. 10; *Kisseler* WRP 1989, 623; *Scholz* WRP 1987, 433.

¹⁹ Näher *Tilmann* GRUR 1979, 825; *Baumbach/Hefermehl* Allg. Rdn. 84 f, 89, 89 a.

²⁰ Eingehend dazu die Kommentierung des § 13.

	Rdn.		Rdn.
bb) Gesetzliche Unterlassungsansprüche	8	4. Der vorbeugende Unterlassungsanspruch	75
b) Inhalt des Unterlassungsanspruchs	9	a) Allgemeines	75
c) Leistungsstörungen bei Unterlassungsansprüchen	12	b) Die Erstbegehungsgefahr als Anspruchsvoraussetzung	76
aa) Unmöglichkeit	13	aa) Beschreibung und Feststellung	76
bb) Schuldnerverzug	15	bb) Darlegungs- und Beweislast	77
cc) Gläubigerverzug	16	cc) Einzelfälle	78
dd) Positive Vertragsverletzung	17	dd) Wegfall der Erstbegehungsgefahr	84
ce) Fehlerhafte Geschäftsgrundlage	18	c) Das Verhältnis zum Verletzungsunterlassungsanspruch	85
ff) Zurückbehaltungsrecht	19		
gg) Beweislast	20	III. Der wettbewerbliche Unterlassungsvertrag	86
d) Erlöschen von Unterlassungsansprüchen	21	1. Begriff und Bedeutung	86
II. Der wettbewerbliche Unterlassungsanspruch	22	2. Zulässigkeit und Rechtsnatur	87
1. Die wirtschaftliche Funktion	22	a) Zulässigkeit	87
2. Die zwei tatbestandlichen Ausprägungen des Unterlassungsanspruchs	23	b) Rechtsnatur	89
3. Der Unterlassungsanspruch wegen Wiederholungsgefahr (Verletzungsunterlassungsanspruch)	24	3. Zustandekommen	93
a) Die konkrete Verletzungshandlung	25	4. Inhalt und Rechtsfolgen	95
b) Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung	26	a) Inhalt der Unterlassungspflicht	95
c) Die Wiederholungsgefahr	27	b) Rechtsfolgen der Zuwiderhandlung	97
d) Allgemeines zum Wegfall der Wiederholungsgefahr	32	5. Kartellrechtliche Schranken	101
e) Der Wegfall der Wiederholungsgefahr durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung	36	6. Berufung auf Störung der Geschäftsgrundlage und sonstige Rechtsbehelfe	105
aa) Förmliche und inhaltliche Anforderungen	36	a) Gemeinschaftlicher Irrtum über die Rechtslage bei Vertragsschluß	106
bb) Angemessenheit der Vertragsstrafe	38	b) Spätere Änderung oder Klärung der Rechtslage	107
cc) Bestimmung der Zuwiderhandlung	44	7. Das Verhältnis von vertraglichem und gesetzlichem Unterlassungsanspruch	110
dd) Strafversprechen zugunsten eines Dritten	46		
ee) Nichtannahme der Unterwerfungserklärung	50	IV. Das Vertragsstrafversprechen	111
ff) Unwirksamkeit des Unterwerfungsvertrages	53	1. Begriff und Funktion der Vertragsstrafe	111
gg) Drittwirkung der Unterwerfungserklärung und Unteilbarkeit der Wiederholungsgefahr	54	2. Höhe der Vertragsstrafe	112
hh) Schweigen auf Zweitabmahnung	61	3. Unselbständiges und selbständiges Strafversprechen	113
ii) Aufklärungs- und Antwortpflichten des Abgemahnten	63	4. Die Verwirkung der Vertragsstrafe	115
jj) Neuerliche und wiederauflebende Wiederholungsgefahr	66	a) Vertretenmüssen der Zuwiderhandlung	115
f) Der Wegfall der Wiederholungsgefahr aufgrund des Ergehens vollstreckbarer Entscheidungen	72	b) Einmalige und mehrfache Zuwiderhandlung	116
		c) Haftung mehrerer Verpflichteter	118
		d) Abtretung und Übergang von Ansprüchen	119
		5. Einwendungen gegen das Vertragsstrafversprechen	120
		6. Die Herabsetzung der Vertragsstrafe	121
		a) Herabsetzung bei nachträglich festgelegter Strafe	121
		b) Herabsetzung nach § 343 BGB	122
		c) Herabsetzung bei Vollkaufleuten	123
		7. Das Verhältnis zum Ordnungsgeld nach § 890 ZPO	124

Zweiter Abschnitt. Der Beseitigungsanspruch

I. Allgemeines	125	II. Die Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs	129
1. Funktion und Rechtsgrundlage	125	1. Herbeiführung eines fortdauernden Störungszustandes	129
2. Abgrenzung zum Schadensersatzanspruch	126	2. Verschuldensunabhängigkeit	131
3. Abgrenzung zum Unterlassungsanspruch	127		

	Rdn.
3. Fehlen einer Duldungspflicht	132
III. Die Konkretisierung des Beseitigungsanspruchs	133
1. Die Inhaltsbestimmung	133
2. Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Beseitigungsmaßnahme	134
IV. Die Einteilung der Störungszustände und Beseitigungsmaßnahmen	135
1. Die Beseitigung von Störungsursachen	136
a) Akute Störungszustände	137
aa) Von Sachen ausgehende Störungen	137
bb) Von Äußerungen ausgehende Störungen	138
cc) Von Tätigkeiten ausgehende Störungen	139
b) Latente Störungszustände	140
aa) Von Sachen ausgehende Störungen	140
bb) Von Registereinträgen ausgehende Störungen	141
2. Die Beseitigung von Störungswirkungen	142
a) Zur Abgrenzung von Störungssache und Störungswirkung	142
b) Zur Abgrenzung von Beseitigung und Schadensersatz	143
c) Einzelfälle	144
aa) Beseitigung von wettbewerbswidrig hergestellten Gegenständen	144
bb) Berichtigende Werbung	145
W. Der Widerrufsanspruch	148
1. Funktion und Rechtsnatur	148
2. Voraussetzungen	150
a) Äußerung gegenüber einem Dritten	150
b) Äußerung einer Tatsache	151
c) Unwahrheit der Behauptung	153
d) Fortbestehen eines rechtswidrigen Störungszustandes	154
3. Privilegierte Äußerungen	156
a) Privilegierung verfahrensbezogener Äußerungen	156
aa) Allgemeines	156
bb) Einzelfragen	157
b) Privilegierung interner Äußerungen	161
4. Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des Widerrufs	163

	Rdn.
a) Geeignetheit	163
b) Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit	164
5. Die Arten des Widerrufs	170
a) Uneingeschränkter Widerruf	170
b) Eingeschränkter Widerruf	171
aa) Mögliche Wahrheit der Behauptung	172
bb) Nachträgliche Unrichtigkeit oder Rechtswidrigkeit der Behauptung	173
cc) Teilweise Unwahrheit einer Behauptung	174
dd) Weitergabe einer unwahren Behauptung	175
ee) Einstehenmüssen für fremde Behauptungen	176
6. Die Durchführung und Durchsetzung des Widerrufs	177
a) Die Durchführung	177
aa) Adressaten	177
bb) Inhalt und Form	178
cc) Zeitpunkt	180
b) Die Durchsetzung des Widerrufs	181
aa) Auskunftsanspruch	181
bb) Einstweilige Verfügung	182
cc) Vollstreckung nach § 888 ZPO oder § 894 ZPO?	183
7. Sonstige Möglichkeiten der Störungsbeseitigung	185
a) Klage auf Feststellung der Unwahrheit bzw. Rechtswidrigkeit?	185
b) Recht auf Gegendarstellung	186
aa) Anspruchsvoraussetzungen	186
bb) Anspruchsdurchsetzung	187
cc) Verhältnis zum Widerrufsanspruch	188
c) Veröffentlichungsanspruch	189
aa) Voraussetzungen	189
bb) Verhältnis zum Widerrufsanspruch	191
d) Berichtigung durch den Verletzten	192
VI. Kostenerstattung und Geldentschädigung beim Beseitigungsanspruch	193
1. Die Kostenregelung	193
a) Anspruchsgrundlagen	194
b) Anspruchsumfang	196
2. Geldentschädigung bei unmöglicher oder unzumutbarer Beseitigung?	198

Dritter Abschnitt. Schuldner und Gläubiger des Abwehranspruchs

II. Der Schuldner	199
1. Die Haftung des Störers	200
a) Allgemeines	200
aa) Handlungsstörer	201
bb) Zustandsstörer	202
cc) Haftung für untergeordnete Tatbeiträge?	203
b) Einzelfälle	204
aa) Presse und Medien	204
bb) Werbung	205

cc) Wettbewerbswidrige Produktion	206
dd) Hersteller- und Großhändlerhaftung für wettbewerbswidriges Händlerverhalten	207
2. Einstandspflicht für das Handeln Dritter	208
a) Einstandspflicht juristischer Personen für das Handeln ihrer Organe	208
b) Einstandspflicht gesetzlicher Vertreter des Betriebsinhabers für das Handeln von Betriebsangehörigen	209

	Rdn.		Rdn.
c) Einstandspflicht des Bevollmächtigten des Betriebsinhabers für das Handeln von Betriebsangehörigen	210	b) Der Begriff des Verletzten	223
d) Einstandspflicht des Betriebsinhabers für das Handeln seiner Angestellten und Beauftragten	211	aa) Endverbraucher als Anspruchsberechtigte?	224
e) Zur Anwendbarkeit der §§ 278, 831 BGB	212	bb) Gewerbetreibende als Anspruchsberechtigte	225
II. Die Haftung mehrerer Schuldner	213	c) Fehlen eines Verletzten	229
1. Zur Haftung beim Unterlassungsanspruch	213	2. Branchenangehörige als Gläubiger (§ 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG)	230
2. Zur Haftung beim Beseitigungsanspruch	216	3. Verbände und Kammern als Gläubiger (§ 13 Abs. 2 Nrn. 2, 3, 4 UWG)	231
III. Der Schuldnerwechsel	217	V. Mehrheit von Gläubigern	232
1. Schuldübernahme und Schuldbeitritt	217	VI. Der Gläubigerwechsel	234
2. Gesamtrechtsnachfolge und Unternehmensnachfolge	219	1. Die Abtretung	234
IV. Der Gläubiger	221	a) Gesetzlicher Abwehranspruch	234
1. Der Verletzte als Gläubiger	222	b) Vertraglicher Abwehranspruch	236
a) Allgemeines	222	2. Die Einziehungsermächtigung	237
		3. Pfändung und Verpfändung	239
		4. Gesamtrechtsnachfolge und Unternehmensnachfolge	241

Vierter Abschnitt. Der Schadensersatzanspruch

I. Allgemeines	243	5. Verschulden im Wettbewerbsrecht	278
1. Rechtliche Funktion und wirtschaftliche Bedeutung	243	a) Das Verschuldenerfordernis, insbesondere bei § 1 UWG	278
2. Rechtsgrundlagen	247	b) Irrtum über Tatsachen und über die Rechtslage	279
a) Gesetzliche Schadensersatzansprüche	247	c) Nachträgliches Verschulden	289
b) Vertragliche Schadensersatzansprüche	249	aa) Schuldhaftes Fortsetzen rechtswidrigen Handelns	289
c) Prozessuale Ansprüche	250	bb) Schuldhaftes Unterlassen der Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands	290
d) Aufopferungsansprüche	251	6. Mitverschulden	291
3. Haftung für Dritte	252	a) Mitwirkendes Verschulden bei der Schadensverursachung (§ 254 Abs. 1 BGB)	292
a) Haftung nach § 31 BGB	253	b) Mitwirkendes Verschulden durch Unterlassen der Warnung (§ 254 Abs. 2 S. 1 1. Alt. BGB)	293
b) Haftung nach § 831 BGB	254	c) Mitwirkendes Verschulden durch Unterlassen der Schadensabwendung oder -minderung (§ 254 Abs. 2 S. 1 2. Alt. BGB)	294
c) Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB	258	d) Entstehen für das Mitverschulden Dritter	296
4. Verhältnis zum Abwehranspruch und zum Bereicherungsanspruch	259	III. Inhalt und Umfang des Schadensersatzes	297
5. Schuldner und Gläubiger des Schadensersatzanspruchs	261	1. Naturalherstellung und Geldersatz (§§ 249, 250 BGB)	297
a) Schuldner	261	2. Geldentschädigung (§§ 251, 252 BGB)	303
b) Gläubiger	262	a) Der Vermögensschaden	303
aa) Bei Verletzung von absoluten Rechten	263	aa) Die Ermittlung des Vermögensschadens nach der Differenzhypothese	304
bb) Bei Verletzung von wettbewerbsrechtlichen, Verhaltensnormen	264	bb) Normative Korrekturen der Differenzhypothese	305
cc) Bei Verletzung sonstiger Verhaltensnormen	265	b) Positiver Schaden und entgangener Gewinn	307
dd) Verbände	266		
II. Voraussetzungen der Schadenszurechnung	267		
1. Verletzungshandlung	267		
2. Kausalität	269		
3. Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit	273		
4. Verschulden	275		
a) Allgemeines	275		
b) Vorsatz	276		
c) Fahrlässigkeit	277		

	Rdn.		Rdn.
c) Der Nachweis des entgangenen Gewinns	308	b) Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn	327
3. Einzelne Vermögensschäden	311	5. Einzelheiten zur Lizenzanalogie	329
a) Kosten der Rechtsverfolgung	311	a) Nachweis von Verletzungshandlung und Schadenseintritt	330
b) Der Marktverwirrungsschaden	312	b) Fiktiver Lizenzvertrag als Grundlage der Schadensberechnung	331
aa) Begriff der Marktverwirrung und der Ansehensminderung	313	c) Anknüpfungspunkte für die Gebührenermittlung	332
bb) Begriff des Marktverwirrungsschadens	314	aa) Der maßgebliche Zeitpunkt	332
cc) Nachweis des Marktverwirrungsschadens	315	bb) Die Bemessungsgrundlagen	333
dd) Erstattung tatsächlicher Marktverwirrungskosten	316	cc) Zu- und Abschläge zur Lizenzgebühr	339
ee) Erstattung fiktiver Marktverwirrungskosten	317	dd) Einbeziehung der „aufgelaufenen Zinsen“	343
ff) Ersatz für verbleibende Ansehensminderung	318	6. Einzelheiten zur Herausgabe des Verletzergewinns	344
gg) Ersatz für entgangenen Gewinn	319	a) Nachweis der Kausalität zwischen Verletzungshandlung und Verletzergewinn	345
c) Produktionsausfall	320	b) Umfang des herauszugebenden Gewinns	346
IV. Die dreifache Schadensberechnung	321	c) Verlustersparnis als „Gewinn“?	347
1. Begriff und historische Entwicklung	321	d) Unbeachtlichkeit eines Gewinnentgangs beim Verletzten	348
2. Anwendungsbereich	322	e) Gesetzliche Sonderregelungen	349
3. Sachliche Rechtfertigung	323	7. Das Wahlrecht des Verletzten und das Vermengungsverbot	350
4. Die dogmatische Einordnung und ihre rechtliche Auswirkung	325	a) Das Wahlrecht	350
a) Schadensberechnung nach Lizenzgrundsätzen	326	b) Das Vermengungsverbot	351

Fünfter Abschnitt. Der Bereicherungsanspruch

I. Allgemeines	352	1. Der Inhalt des „Erlangten“	371
1. Historische Entwicklung	352	2. Die Wertersatzpflicht	376
2. Unterscheidung zwischen Leistungs- und Eingriffskondiktion	353	3. Zusätzliche Nutzungsherausgabe?	379
II. Voraussetzungen und Anwendungsbereich der Eingriffskondiktion	354	4. Berufung auf Wegfall der Bereicherung?	380
1. Voraussetzungen	354	a) Verschärfte Bereicherungshaftung	380
a) Erwerb „in sonstiger Weise“	355	b) Möglichkeit eines Bereicherungswegfalls	381
b) Erwerb „auf Kosten“ eines anderen	356	c) Beweislast	385
c) Erwerb „ohne rechtlichen Grund“	358	IV. Sonstiges	386
2. Anwendungsbereich	359	1. Konkurrenzen	386
III. Inhalt und Umfang des Bereicherungsanspruchs	371	2. Verjährung	387
		3. Haftung mehrerer	388
		4. Mitverschulden	389

Sechster Abschnitt. Der Anspruch aus angemessener Eigengeschäftsführung

I. Voraussetzungen	390	2. Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung	395
1. Führung eines fremden Geschäfts	391	3. Anspruch auf Schadensersatz	396
2. Kenntnis des Geschäftsführers	392	III. Sonstiges	397
3. Eigennützigkeit	393	1. Konkurrenzen	397
II. Rechtsfolgen	394	2. Verjährung	398
1. Anspruch auf Herausgabe des Erlangten	394		

Siebenter Abschnitt. Die Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung

	Rdn.		Rdn.
I. Allgemeines	399	3. Einzelheiten zu Inhalt und Umfang des Anspruchs	420
1. Der Interessenkonflikt	399	a) Ermittlung des Störungsumfangs	421
2. Die Rechtsgrundlagen des Auskunftsanspruchs	400	b) Ermittlung des konkreten Schadens	422
3. Die Arten des Auskunftsanspruchs	402	c) Ermittlung der Lizenzgebühr	423
II. Auskunftserteilung als Gegenstand eines Hilfsanspruchs	403	d) Ermittlung des Verletzergewinns	424
1. Voraussetzungen des Anspruchs	404	aa) Herausgabe des vollen Verletzergewinns	424
a) Bestehen einer Rechtsbeziehung zwischen den Parteien	404	bb) Herausgabe des anteiligen Verletzergewinns	425
b) Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Informationsbeschaffung ohne Mitwirkung des Schuldners	405	e) Informationsumfang bei der dreifachen Schadensberechnung	426
c) Unverschuldete Ungewißheit des Gläubigers	406	4. Erfüllung und Durchsetzung des Anspruchs	427
d) Zumutbarkeit der Auskunftserteilung für den Schuldner	407	a) Erfüllung	427
2. Inhalt, Umfang und Grenzen des Anspruchs	408	b) Eidesstattliche Versicherung	428
a) Inhalt	408	aa) Voraussetzung	428
b) Umfang	409	bb) Umfang	429
aa) Erforderlichkeit	410	cc) Durchführung	430
bb) Zumutbarkeit	411	5. Sonstiges	431
c) Grenzen	416	a) Abtretung und Pfändung	431
aa) Unzulässige Ausforschung	416	b) Vererbung	432
bb) Zwecklosigkeit der Auskunft	417	c) Zurückbehaltungsrecht	433
cc) Unzulässigkeit der Auskunft	418	d) Schuldner- und Gläubigermehrheit	434
dd) Verwirkung des Auskunftsanspruchs	419	e) Verzicht und Verwirkung	435
		f) Verjährung	436
		III. Der selbständige Auskunftsanspruch	437
		1. Grundlagen und Abgrenzung	437
		2. Zumutbarkeit der Auskunft	438

Achter Abschnitt. Einwendungen

I. Allgemeines	439	aa) Begriff und Rechtsnatur	456
II. Rechtswidrigkeitsausschließende Einwendungen	440	bb) Historische Entwicklung und Reichweite	457
1. Der Einwand der Einwilligung	440	cc) Abgrenzung	458
2. Der Einwand der Üblichkeit	441	b) Die Voraussetzungen der Verwirkung im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht	459
3. Der Abwehreinwand	442	aa) Vermeidbares längeres Untätigbleiben des Verletzten	460
a) Allgemeines	442	bb) Berechtigtes Vertrauen des Verletzers auf Duldung seines Verhaltens	462
aa) Begriff und Rechtsnatur	442	cc) Aufbau eines wertvollen Besitzstandes im Vertrauen auf eine Duldung	468
bb) Historische Entwicklung	443	dd) Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls und der Gesetzeswertungen	474
cc) Abgrenzung	444	c) Grenzen der Verwirkung	477
dd) Beispiele	445	aa) Wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche	478
b) Voraussetzungen der Abwehr	446	bb) Warenzeichenrechtliche Löschungsansprüche	481
aa) Vorliegen einer Abwehrlage	446	d) Rechtsfolgen der Verwirkung	482
bb) Abwehrzweck	447		
cc) Abwehrorwendigkeit	448		
c) Grenzen der Abwehr	450		
aa) Beeinträchtigung Dritter	450		
bb) Putativabwehr und Abwehrexzeß	453		
cc) Vorrang bürgerlich-rechtlicher Sonderregelungen	454		
d) Rechtsfolgen	455		
III. Einwendungen des Rechtsmißbrauchs	456		
1. Die Verwirkung	456		
a) Allgemeines	456		

	Rdn.		Rdn.
2. Der sog. „unclean-hands“-Einwand	485	a) Der provozierte Wettbewerbsverstoß	491
a) Begriff und Rechtsnatur	485	b) Der Wechsel der Rechtsauffassung	492
b) Abgrenzung	486	c) Unlauterer Erwerb einer Rechtsstellung	493
c) Zulässigkeit	487	d) Fehlen eines schutzwürdigen Interesses	496
d) Auswirkungen auf den Schadenersatzanspruch	489	e) Sonstige Fälle	497
e) Wechselseitige Vertragsuntreue	490		
3. Sonstige Einwendungen aus Rechtsmißbrauch	491		

Erster Abschnitt. Der Unterlassungsanspruch

I. Allgemeines

Literatur

Ahrens, Die Entstehung der zivilrechtlichen Sanktionen des UWG, WRP 1980, 129; *Hadding*, Die Klagebefugnis der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG im System des Zivilprozeßrechts, JZ 1970, 305; *Henckel*, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974) 97; *Köhler*, Der unlautere Wettbewerb, 1914; *Köhler*, Vertragliche Unterlassungspflichten, AcP 190 (1990), 496; *Kraßer*, Die Entwicklung der Ordnung des Wettbewerbsrechts in der französischen und deutschen Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts, in: *Coing/Wilhelm* (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Band IV, 1979, S. 145.

1. Die historische Entwicklung des Unterlassungsanspruchs

Die Unterbindung unzulässigen Wettbewerbs war früher eine Aufgabe der Zünfte **1** (dazu *Hadding* JZ 1970, 305, 309). Eine neue Situation ergab sich mit der beginnenden Industrialisierung und der Einführung der Gewerbefreiheit (§ 1 GewO von 1869). Damit wurde dem freien Wettbewerb die Bahn gebrochen, ohne daß gleichzeitig Regelungen gegen unlauteren Wettbewerb entwickelt wurden. Seit 1860 sind zwar Ansätze in der Rspr. nachweisbar, den unlauteren Wettbewerb zu bekämpfen, insbesondere im Geltungsbereich des Code civil auf der Grundlage der Generalklausel des Art. 1382 Code civil (dazu *Köhler* S. 36 ff; *Kraßer* in *Coing/Wilhelm* S. 145 ff; *Ahrens* WRP 1980, 129, 130). Diese Entwicklung wurde jedoch durch eine Entscheidung des RG aus dem Jahre 1880 (RGZ 3, 67) unterbrochen. Die Klägerin, die ein Mineralwasser unter der Bezeichnung „Appolinarisbrunnen“ vertrieb, begehrte Untersagung des Vertriebs eines konkurrierenden Mineralwassers unter der Bezeichnung „Appolinisbrunnen“. Da die Warenbezeichnung der Klägerin nicht den Erfordernissen des Reichsmarkenschutzgesetzes von 1874 (dazu *Wadle* JuS 1974, 761) genügte, hätte ein Rechtsschutz nur nach allgemeinem Zivilrecht erfolgen können. Das RG entschied aber, das Markenschutzgesetz sei eine einheitliche und erschöpfende Regelung; was danach erlaubt sei, könne nicht über Art. 1382 Code civil landesrechtlich untersagt werden. Bei dieser ablehnenden Haltung verblieb es auch später (vgl. *Ahrens* WRP 1980, 129, 130 mit zahlr. Angaben in Fn. 20): das Bedürfnis nach rechtlichem Schutz wurde anerkannt, jedoch vom Eingreifen des Gesetzgebers abhängig gemacht. Entsprechende Bestrebungen zu gesetzlichen Regelungen des unlauteren Wettbewerbs wurden nur langsam und partiell entwickelt, bis 1909 die Generalklausel des § 1 UWG geschaffen wurde (Näheres bei *Ahrens* aaO S. 130 ff).

Zwischenzeitlich war jedoch auf dem Gebiet des allgemeinen Zivilrechts ein Durchbruch erfolgt. Das BGB von 1900 hatte zum Schutze absoluter Rechte und des Besitzes **2**

die Klage auf Unterlassung für den Fall gewährt, daß weitere Beeinträchtigungen zu besorgen waren (vgl. insbesondere §§ 12 S. 2, 862 Abs. 1 S. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB). In einer Entscheidung aus dem Jahre 1905 hatte darüber hinaus das RG die sog. *actio quasi negatoria* entwickelt (RGZ 60, 6, 7: „Jeder auch nur objektiv widerrechtliche Eingriff in ein vom Gesetz geschütztes Recht berechtigt zu einer Klage auf Unterlassung, wenn weitere Eingriffe zu befürchten sind.“). Vom Erfordernis des Verschuldens wurde mit der Begründung abgesehen: „Es ist aber ein Gebot der Gerechtigkeit, daß auch ohne ein solches gegen die Wiederholung auch nur objektiv widerrechtlicher Eingriffe ein Schutz gegeben werde, damit der Zufügung weiteren Schadens vorgebeugt werde.“ In der Folgezeit wurde die Unterlassungsklage auch dann gewährt, wenn zwar noch kein Eingriff in ein gesetzlich geschütztes Rechtsgut stattgefunden hatte, aber „Tatsachen vorliegen, welche die Vorbereitung und die Absicht eines Eingriffs mit Sicherheit erkennen lassen“ (vgl. RGZ 101, 138; 151, 246; BGHZ 2, 394 = BGH NJW 1951, 843; BGH 1957, 1763). Diese Entscheidungen wurden auch in das Recht des unlauteren Wettbewerbs rezipiert.

- 3 Der Gesetzgeber hat den objektiven Unterlassungsanspruch konsequenterweise in die Gesetze aufgenommen (vgl. z. B. §§ 1, 3, 13, 16 UWG; § 12 RabattG, 15 Abs. 1 GebrMG, § 47 Abs. 1 PatG, § 24 Abs. 1 WZG).

2. Entstehen, Inhalt und Erlöschen von Unterlassungsansprüchen

- 4 a) **Rechtsgrundlagen für Unterlassungsansprüche.** Der Anspruch ist in § 194 Abs. 1 BGB definiert als das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen. Unterlassungsansprüche können sich aus Rechtsgeschäft (Vertrag) oder Gesetz ergeben.
- 5 aa) **Vertragliche Unterlassungsansprüche.** Unterlassungsansprüche können durch Vertrag begründet werden (vgl. allg. Köhler AcP 190 (1990), 496). § 241 S. 2 BGB stellt klar, daß die auf Grund eines Schuldverhältnisses zu erbringende Leistung auch in einem Unterlassen bestehen kann. Das Unterlassen kann dabei als alleinige Leistung geschuldet sein. So etwa, wenn die Unterlassung der Bebauung eines Grundstücks gegen Entgelt versprochen wird. Die Unterlassung kann aber auch als Ergänzung und Sicherung anderer Leistungspflichten geschuldet sein. So etwa, wenn sich der Händler gegenüber dem Lieferanten verpflichtet, keine Konkurrenzzeugnisse zu vertreiben (vgl. § 18 I Nr. 2 GWB), oder wenn der Handlungsgehilfe ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot auf sich nimmt. Unterlassungspflichten können einem Vertrag auch ohne ausdrückliche Vereinbarung zu entnehmen sein. In zahlreichen Fällen schreibt das dispositive Gesetzesrecht dem Schuldner ergänzend ein Unterlassen vor (vgl. z. B. § 550 BGB; §§ 60, 112 HGB). Darüber hinaus kann sich im Wege ergänzender Vertragsauslegung (§ 157 BGB) eine vertragliche Unterlassungspflicht ergeben. So ist z. B. anerkannt, daß der Veräußerer eines Unternehmens oder einer freiberuflichen Praxis dem Erwerber für angemessene Zeit keinen Wettbewerb machen darf (vgl. RGZ 117, 177; 163, 311; BGHZ 16, 7 = BGH NJW 1955, 337). Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) wird ferner die allgemeine Pflicht der Vertragsparteien hergeleitet, alles zu unterlassen, was den Vertragszweck oder den Leistungserfolg gefährden oder vereiteln könnte (vgl. nur Palandt/Heinrichs, 50. Aufl., § 242 Rdn. 27 m. w. Nachw.). Schließlich sind die Vertragsparteien nach Treu und Glauben gehalten, sich bei Begründung und Abwicklung des Schuldverhältnisses so zu verhalten, daß die Person, das Eigentum und sonstige Rechtsgüter (einschließlich des Vermögens) nicht verletzt werden (sog. Schutzpflichten; vgl. BGH NJW 1983, 2813, 2814).

Vom Bestehen einer Unterlassungspflicht zu unterscheiden ist jedoch das Bestehen eines **Unterlassungsanspruchs**. Denn nicht jeder Pflicht korrespondiert notwendigerweise ein Anspruch, der klagbar und vollstreckbar ist. Ein Anspruch auf Unterlassung ist stets gegeben, wenn nach Inhalt, Sinn und Zweck des Vertrages die Unterlassung als **Leistung** (§ 241 S. 2 BGB) geschuldet ist, gleichgültig ob als Hauptleistung oder als Nebenleistung. Anders verhält es sich bei den weiteren Verhaltenspflichten, insbesondere den Schutzpflichten, weil deren Inhalt und Umfang nicht von vornherein feststeht, sondern aus der jeweiligen Situation heraus zu bestimmen ist. (Zur Abgrenzung vgl. *Larenz*, SchuldR I, 14. Aufl., § 2 I; *MünchKomm/Kramer*, 2. Aufl., § 241 Rdn. 14; BGH NJW 1975, 344). Hier ist zwar ein Unterlassungsanspruch nicht generell ausgeschlossen, andererseits aber nur dann zu bejahen, wenn ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers besteht (ähnlich *Teplitzky* Kap. 1 Rdn. 5). Ein solches schutzwürdiges Interesse ist insbesondere anzuerkennen, wenn die Gefahr eines ganz bestimmten vertragswidrigen Verhaltens droht, etwa die Wiederholung einer solchen Handlung zu besorgen ist. Die Grundsätze, wie sie zur „vorbeugenden Unterlassungsklage“ im Deliktsrecht entwickelt wurden, können hierzu ergänzend herangezogen werden (vgl. *Larenz* aaO; *Staud/J. Schmidt*, 12. Aufl., Einl. zu §§ 241 ff Rdn. 265 ff, 286).

Ob ein **vertraglicher Unterlassungsanspruch** auch für solche Handlungen begründet werden kann, die ohnehin bereits vom Gesetz verboten sind, ist im Bürgerlichen Recht zwar str. (verneinend z. B. *Jauernig/Vollkommer*, 5. Aufl., § 241 Anm. 3 a bb), wird aber im Wettbewerbsrecht uneingeschränkt bejaht. Es bestehen keine Bedenken, eine gesetzliche Pflicht zugleich noch vertraglich zu begründen. Dies ist auch sinnvoll, weil dadurch ein Streit über die Grenzen des allgemeinen Verbots vermieden und die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen beweismäßig erleichtert (vgl. *Medicus*, Schuldrecht I, 4. Aufl., § 1 I 4), außerdem die Haftung des Schuldners erweitert (§ 278 BGB) und verschärft (Sicherung durch Vertragsstrafe) werden kann.

bb) Gesetzliche Unterlassungsansprüche. Das BGB gibt dem Inhaber absoluter Rechte sowie dem Besitzer die Befugnis, auf Unterlassung zu **klagen**, wenn weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind (vgl. §§ 12, 1004 I, 1027, 1065, 1134 I, 1227, 862 I BGB). Die Rspr. (grundlegend RGZ 60, 7) gewährt darüber hinaus eine „**vorbeugende Unterlassungsklage**“ zum Schutze aller vom Gesetz geschützten Rechtsgüter vor weiteren Beeinträchtigungen. Ob dieser Klagemöglichkeit auch ein materiell-rechtlicher Unterlassungsanspruch zugrunde liegt oder ob es sich dabei um ein rein prozessuales Rechtsinstitut handelt, ist umstritten (vgl. die Nachweise bei *Staud/Gursky*, 12. Aufl., § 1004 Rdn. 152), aber für die Rechtsanwendung bedeutungslos. Dem herkömmlichen Verständnis, daß eine Leistungsklage einen materiell-rechtlichen Anspruch voraussetzt, entspricht es, der vorbeugenden Unterlassungsklage einen entsprechenden Unterlassungsanspruch zugrunde zu legen (hM; vgl. *Münzberg* JZ 1967, 690; *Larenz* SchuldR II, 12. Aufl., § 76; *Staud/Gursky* aaO; *Teplitzky* Kap. 1 Rdn. 6 mwN).

Auch das UWG geht von einem „Anspruch auf Unterlassung“ aus (vgl. § 13 Abs. 1 u. 2 UWG), der z. B. in den Fällen der §§ 1, 3, 6 a, 6 b, 16 UWG mit den Worten „kann auf Unterlassung ... in Anspruch genommen werden“ gewährt wird.

Die Anerkennung gesetzlicher Unterlassungsansprüche bedeutet freilich nicht, daß sie in jeder Hinsicht den vertraglichen Unterlassungsansprüchen gleichgestellt wären. Sie haben allein die Funktion eines Rechtsbehelfs oder Schutzmittels (vgl. näher *Henckel* AcP 174 (1974), 97, 120 ff).

b) Inhalt des Unterlassungsanspruchs. Der Begriff des „Unterlassens“ ist im Gesetz **9** nicht definiert. Man versteht darunter jedes denkbare Nichthandeln, insbesondere auch das Dulden fremder Handlungen oder eines Zustands (vgl. *Palandt/Heinrichs*,

50. Aufl., § 194 Rdn. 1). So einleuchtend die Unterscheidung zwischen „Tun“ und „Unterlassen“ erscheint, so fragwürdig wird sie, wenn es um die Feststellung geht, ob im Einzelfall ein Tun oder ein Unterlassen geschuldet ist. Denn häufig ist es nur eine Frage der Formulierung, ob man eine bestimmte Verhaltensanforderung negativ (vom Unterlassen her) oder positiv (vom Tun her) umschreibt. Wenn sich etwa ein Gewerbetreibender gegenüber einem Konkurrenten verpflichtet, die Ladenschlußzeiten einzuhalten, kann dies negativ dahin umschrieben sein, daß er es unterläßt, seinen Laden länger offen zu halten, oder positiv dahin, daß er den Laden zu einer bestimmten Zeit schließt. Teilweise wird aus diesem Grund die Berechtigung der Unterscheidung zwischen Tun und Unterlassen in Frage gestellt (vgl. *Rödiger*, Rechtstheorie, 1972, S. 1 ff). Gleichwohl ist an der vom Gesetz nun einmal vorgegebenen Unterscheidung festzuhalten, zumal auch die Zwangsvollstreckung bei Unterlassungspflichten (§ 890 ZPO) anders ausgestaltet ist als bei Handlungspflichten (§§ 887 ff ZPO). Voraussetzung für die Begründung bzw. Zuerkennung eines Unterlassungsanspruchs ist allerdings die **hinreichende Bestimmtheit** der Unterlassungspflicht. Es muß für den Schuldner erkennbar sein, ob und durch welches Verhalten er gegen die Unterlassungspflicht verstößt.

- 10** Eine andere Frage ist es, ob zur Erfüllung einer vertraglichen oder gesetzlichen Unterlassungspflicht im Einzelfall auch ein **positives Tun** gehören kann. Dies ist zu bejahen (vgl. *Staud/Gursky*, 12. Aufl., § 1004 Rdn. 151 mwN). Die Unterlassungspflicht kann sich nämlich nicht nur auf die Vermeidung eines bestimmten Tuns, sondern auch auf die Vermeidung eines bestimmten Erfolges beziehen. Im letzteren Falle genügt es unter Umständen nicht, daß der Schuldner ein Tun vermeidet, das für sich geeignet wäre, den unerwünschten Erfolg herbeizuführen. Vielmehr muß der Schuldner ggf. auch tätig werden, um zu verhindern, daß auf Grund anderer Ursachen dieser Erfolg eintritt. Beispiel: Legt der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern die Pflicht auf, das Rauchen am Arbeitsplatz zu unterlassen, bezieht sich diese Pflicht nur auf die Vermeidung eines bestimmten Tuns. Legt der Vermieter dagegen dem Mieter die Pflicht auf, ruhestörenden Lärm zu unterlassen, ist die Verpflichtung „erfolgsbezogen“. Der Mieter ist hier nicht nur gehalten, selbst das Lärmen zu unterlassen, er muß ggf. auch gegen das Lärmen seiner Kinder oder Gäste vorgehen. Im übrigen muß es bei „erfolgsbezogenen“ Unterlassungspflichten dem Schuldner grundsätzlich freistehen, auf welche Weise er den unerwünschten Erfolg verhindert (z. B. durch Unterlassen eines lärmenden Verhaltens oder durch Vornahme schallsollierender Maßnahmen). Die Annahme, bei der Unterlassung würden Leistungshandlung und Leistungserfolg zusammenfallen (vgl. *MünchKomm/Kramer*, 2. Aufl., § 241 Rdn. 4), trifft daher nur auf „verhaltensbezogene“ Unterlassungspflichten zu. Entscheidend ist vielmehr, wie die Unterlassungspflicht im Einzelfall ausgestaltet ist. Bei den **vertraglichen** Unterlassungspflichten kommt es auf den durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt des Vertrages an, bei den **gesetzlichen** Unterlassungsansprüchen auf den Schutzzweck der jeweiligen Norm. Dient der Unterlassungsanspruch dem Schutze bestimmter Rechte oder rechtlich geschützter Interessen vor Beeinträchtigung, ist im Zweifel von einer „erfolgsbezogenen“ Unterlassungspflicht auszugehen. Worauf sich der Unterlassungsanspruch konkret bezieht, hängt von der Art der Störung ab.

Er kann sich im Einzelfall mit dem Beseitigungsanspruch decken, wenn die Nichtbeseitigung gleichbedeutend mit der Fortsetzung bzw. Fortwirkung der Verletzungshandlung ist (vgl. BGH GRUR 1958, 30, 31 – *Außenleuchte*; 1964, 686, 689 – *Glockenpakung II*; 1977, 614, 616 – *Gebäudefassade*). In diesem Zusammenhang entsteht dann auch das Problem der Konkurrenz zwischen dem Unterlassungs- und dem Beseitigungsanspruch (dazu Rdn. 127). Die Ausgestaltung der Zwangsvollstreckung

zur Erzwingung von Unterlassungspflichten (§ 890 ZPO) steht jedenfalls der Anerkennung einer „erfolgsbezogenen“ Unterlassungspflicht nicht entgegen. Denn die Zwangsmittel des Ordnungsgeldes und der Ordnungshaft eignen sich auch zur Erzwingung von Handlungen, die erforderlich sind, um einen bestimmten unerwünschten Erfolg zu verhindern.

Das Unterlassen kann als **einmalige Leistung** (z. B. Nichtmitbieten bei einer Versteigerung; dazu *Otto Rechtspfleger* 1979, 47) oder als **Dauerleistung** (z. B. Unterlassen von Wettbewerb; dazu *Köhler AcP* 190 (1990), 496, 517 ff.) geschuldet sein. Ist der Schuldner zu einer **Duldung** verpflichtet, so hat er die Wahrnehmung ihm an sich zustehender Gegenrechte zu unterlassen (vgl. *Jauernig/Vollkommer*, 5. Aufl., § 241 Anm. 3 a bb), wenn sie nicht schon kraft Gesetzes ausgeschlossen sind. Für die **Erfüllung** von Unterlassungspflichten gilt § 362 BGB (a. A. *Esser/Schmidt*, SchuldR I, 6. Aufl., § 6 I 4), ein besonderer Erfüllungswille ist allerdings nicht erforderlich (vgl. *Henckel AcP* 174 (1974) 97, 123 ff).

c) **Leistungsstörungen bei Unterlassungsansprüchen.** Leistungsstörungen bei Unterlassungsansprüchen sind nur denkbar, soweit das Unterlassen als **Leistung** (§ 241 S. 2 BGB) geschuldet ist. Dies ist nicht der Fall bei den gesetzlichen Unterlassungsansprüchen, da sie nur die Funktion eines Rechtsbehelfs oder Schutzmittels haben, und auch nicht bei vertraglichen Unterlassungspflichten, die lediglich dem Schutz sonstiger Rechte und Rechtsgüter des Gläubigers dienen, da eine Pflichtverletzung einen originären Schadensersatzanspruch (aus positiver Vertragsverletzung) begründet, der keinen Unterlassungsanspruch voraussetzt. Leistungsstörungen kommen also nur in Betracht, soweit das Unterlassen als vertragliche Haupt- oder Nebenleistung geschuldet ist. Im übrigen können die Leistungsstörungsregelungen des BGB, da auf die Leistung durch positives Tun zugeschnitten, nicht ohne weiteres auf Unterlassungsansprüche übertragen werden. Im einzelnen gilt folgendes (ausführlich *Köhler AcP* 190 (1990), 496, 515 ff).

aa) **Unmöglichkeit.** Unmöglichkeit des Unterlassens tritt ein, wenn der Unterlassungspflicht zuwider gehandelt wird (vgl. BGH WM 1983, 170; *Staud/Löwisch* § 275 Rdn. 7 mwN). Denn das auf Unterbleiben der Zuwiderhandlung gerichtete Gläubigerinteresse kann infolge der Zuwiderhandlung nicht mehr realisiert werden. Beispiel: Der Schuldner reißt ein Gebäude ab, obwohl er sich dazu verpflichtet hatte, es stehen zu lassen. – Bei einer auf Dauer gerichteten Unterlassungspflicht tritt Unmöglichkeit für den Zeitraum ein, in dem der Pflicht zuwidergehandelt wurde (teilweise Unmöglichkeit). § 306 BGB greift daher nicht schon deshalb ein, weil sich verschuldete oder unverschuldete Zuwiderhandlungen nicht ausschließen lassen (BGH GRUR 1956, 238, 239 – *Westfalen-Zeitung*). Hier kommt lediglich nachträgliche (teilweise) Unmöglichkeit in Frage. – Unmöglichkeit des Unterlassens soll auch dann anzunehmen sein, wenn der Schuldner gar nicht in der Lage ist, eine Zuwiderhandlung vorzunehmen. So sei anfängliche Unmöglichkeit iS des § 306 BGB gegeben, wenn der Schuldner sich verpflichte, ein Haus nicht abzureißen, obwohl es bei Vertragsschluß bereits abgerissen war. Nachträgliche Unmöglichkeit wäre etwa gegeben, wenn sich der Schuldner verpflichtet, ein Grundstück nicht zu bebauen, das Grundstück aber nachträglich unter Bauverbot gestellt wird (hier liege ein Fall der sog. Zweckerreichung vor, der nach Unmöglichkeitsgrundsätzen zu behandeln sei; vgl. *MünchKomm/Kramer*, 2. Aufl., § 241 Rdn. 8 Fn. 20; a. A. *Henckel AcP* 174 (1974) 97, 124: Einrede des nicht erfüllten Vertrages). Richtigerweise sind diese Fälle nach den Grundsätzen der Geschäftsgrundlage zu lösen (vgl. *Köhler* aaO S. 521, 523 f).

- 14** Umstritten ist, ob Unmöglichkeit der Unterlassung auch dann vorliegt, wenn der Verstoß rückgängig gemacht werden kann, z. B. durch Abriß des vertragswidrig errichteten Bauwerks (vgl. die Nachw. bei *MünchKomm/Emmerich*, 2. Aufl., § 275 Rdn. 66, Fn. 127). Man kann hier einen Fall der positiven Vertragsverletzung annehmen, bei der sich die Pflicht zur Rückgängigmachung aus § 249 S. 1 BGB ergibt (vgl. BGHZ 37, 147, 151). Dieser Anspruch hinge aber von einem Vertretenmüssen der Zuwiderhandlung ab. Richtigerweise ist zu fragen, ob nach der Auslegung des Vertrages der Unterlassungsschuldner auch dazu verpflichtet ist, die durch die Zuwiderhandlung eingetretene Störung zu beseitigen. Unmöglichkeit ist dann nur gegeben, wenn keine Störungsbeseitigungspflicht besteht oder die Störungsbeseitigung ihrerseits unmöglich ist.
- 15** bb) **Schuldnerverzug.** Regelmäßig haben Unterlassungspflichten den Charakter einer absoluten Fixschuld, so daß Schuldnerverzug nicht in Betracht kommt, auch nicht bei Verstößen gegen eine dauernde Unterlassungspflicht, wie z. B. einem Wettbewerbsverbot (vgl. BGH NJW 1972, 1893, 1895: „daß bei der Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht von einem ‚eigentlichen‘ Verzug nicht gesprochen werden kann“; a. A. *MünchKomm/Walchshöfer*, 2. Aufl., § 284 Rdn. 27: Verzug hinsichtlich künftiger Erfüllung des Verbots). Verzug ist jedoch nicht begrifflich ausgeschlossen. Er ist z. B. möglich, wenn sich ein Unternehmen gegenüber einem Forschungsinstitut verpflichtet, an zwei Tagen keine Abwässer in einen Fluß zu leiten, damit Gewässeruntersuchungen stattfinden können. Hält das Unternehmen den vereinbarten Termin nicht ein, ist das Unterlassen gleichwohl zu einem späteren Zeitpunkt nachholbar (vgl. auch *Staud/Löwisch*, 12. Aufl., Vorbem. 6 zu §§ 284 – 292 mwN; *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., § 284 Rdn. 3). Dem Forschungsinstitut entstehende Mehrkosten infolge der Verzögerung können als Verzugsschaden (§ 286 BGB) geltend gemacht werden. Nicht unter dem Aspekt des Verzugsschadens kann dagegen ein Anspruch auf Ersatz von Abmahnungskosten gegen einen Wettbewerbsstörer geltend gemacht werden (BGHZ 52, 393, 398 = BGH GRUR 1970, 189 – *Fotowettbewerb*). – Steht die Unterlassungspflicht im Gegenseitigkeitsverhältnis, kann der Gläubiger nach § 326 BGB vorgehen.
- 16** cc) **Gläubigerverzug.** Auch Gläubigerverzug beim Unterlassen ist begrifflich nicht ausgeschlossen. Voraussetzung ist, daß im Einzelfall das Unterlassen nachholbar ist und der Schuldner nur deshalb seiner Unterlassungspflicht nicht nachkommt, weil der Gläubiger eine erforderliche Mitwirkungshandlung nicht vornimmt. **Beispiel:** Hat sich das Forschungsinstitut in obigem Fall verpflichtet, anfallende Abwässer mit einem Tankwagen abzutransportieren und werden die Tankwagen nicht bereitgestellt, tritt Gläubigerverzug ein. Das Unternehmen kann z. B. etwaige Mehrkosten, die ihm entstehen, nach § 304 BGB ersetzt verlangen.
- 17** dd) **Positive Vertragsverletzung.** Sie kommt dann in Betracht, wenn durch einzelne, vom Schuldner zu vertretende Zuwiderhandlungen gegen eine Pflicht zu dauerndem Unterlassen verstoßen wird (vgl. nur BGH GRUR 1983, 602, 603 – *Vertragsstraferrückzahlung*). Der Gläubiger kann dann nach §§ 249 ff BGB Schadensersatz verlangen und unter den Voraussetzungen des § 326 BGB vom Vertrag zurücktreten bzw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen. Bei Dauerschuldverhältnissen kommt die Kündigung in Betracht.
- 18** ee) **Fehlerhafte Geschäftsgrundlage.** Auch bei vertraglichen Unterlassungspflichten kann die Geschäftsgrundlage von Anfang an fehlen oder nachträglich wegfallen. **Beispiel** (wie oben): Der Untersuchungsauftrag an das Forschungsinstitut war nicht wirksam erteilt oder nachträglich widerrufen worden, so daß nunmehr ein Unterlassen der Abwässereinleitung sinnlos wäre. Hier kann sich jedenfalls der Unterlassungs-

schuldner auf Fehlen bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen, weil der Gläubiger kein schutzwürdiges Interesse (mehr) am Unterlassen hat; nicht ohne weiteres dagegen der Unterlassungsgläubiger, weil diese Störung grundsätzlich in seinen Risikobereich fällt. Eine gesetzliche Regelung einer vergleichbaren Problematik findet sich in § 74 a Abs. 1 S. 1 HGB (dazu BAG BB 1971, 1412). Störungen der Geschäftsgrundlage sind insbesondere auch bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsverträgen möglich. So etwa bei Änderungen der tatsächlichen Umstände, der maßgeblichen Rechtsprechung oder der Beurteilung durch die angesprochenen Verkehrskreise (vgl. Rdn. 105 ff sowie die Beispiele bei *Petersen* GRUR 1978, 156, 158). Soweit die Berufung auf die fehlerhafte Geschäftsgrundlage im Einzelfall zulässig ist, ist in erster Linie eine Vertragsanpassung vorzunehmen. Erweist sich diese als unmöglich oder unzumutbar, kann der Betroffene die Auflösung des Vertrages verlangen, d. h. er kann zurücktreten bzw. bei Dauer-schuldverhältnissen den Vertrag aus wichtigem Grund kündigen.

ff) **Zurückbehaltungsrecht.** Ein Zurückbehalten der Unterlassungsleistung ist nur durch ein Zuwiderhandeln gegen die Unterlassungspflicht möglich (vgl. *Staud/Otto*, 12. Aufl., § 320 Rdn. 45). Da andererseits die zurückbehaltene Leistung noch erbringbar sein muß, kommt ein Zurückbehaltungsrecht (§§ 273, 320 BGB) nicht in Betracht, soweit das Zuwiderhandeln zur Unmöglichkeit des Unterlassens führt. Beispiel: Ein Handlungsgehilfe kann die Nichteinhaltung eines Wettbewerbsverbots nicht auf § 320 BGB stützen, wenn der Unternehmer die Karenzentschädigung nicht zahlt (vgl. BAG 1983, 1219); er ist darauf beschränkt, einen etwaigen Verzugschaden geltend zu machen oder nach § 326 BGB (allerdings Kündigung statt Rücktritt) vorzugehen.

gg) **Beweislast.** Bei Verstößen gegen Unterlassungspflichten trifft die Beweislast für den objektiven Verstoß den Gläubiger (vgl. *MünchKomm/Emmerich*, 2. Aufl., § 275 Rdn. 67); dagegen hat der Schuldner zu beweisen, daß er den Verstoß nicht zu vertreten hat (§ 282 BGB; vgl. *Baumgärtel*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht, Bd. 1, § 282 Rdn. 14).

d) **Erlöschen von Unterlassungsansprüchen.** Bei Unterlassungsansprüchen mit Leistungscharakter tritt ein Erlöschen insbesondere durch Unmöglichkeit oder Erfüllung ein. Bei vertraglichen Unterlassungsansprüchen kommt weiter ein Erlöschen durch Anfechtung, Rücktritt, Kündigung oder Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht. Für die sonstigen vertraglichen oder gesetzlichen Unterlassungsansprüche gilt, daß sie erlöschen, wenn auch nur ein Tatbestandsmerkmal des Anspruchs wegfällt. So etwa, wenn das durch den Unterlassungsanspruch geschützte Recht oder Interesse wegfällt, da damit eine Verletzung ausgeschlossen ist. Nicht ohne weiteres dagegen, wenn die Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsfahr als Voraussetzung des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs wegfällt (vgl. Rdn. 68 ff). Der Tod des Anspruchsberechtigten bzw. -verpflichteten führt zum Untergang des Anspruchs, wenn die Berechtigung bzw. Verpflichtung höchstpersönlicher Natur ist, also nicht auf die Erben übergeht. Der Unterlassungsanspruch erlischt durch Zeitablauf, wenn er zeitlich befristet ist (vgl. z. B. BGH GRUR 1984, 453 – *Hemdblusenkleid*; allg. *Tepitzky* Kap. 1 Rdn. 14). Für alle Unterlassungsansprüche gilt, daß sie durch vertraglichen Verzicht erlöschen.

II. Der wettbewerbliche Unterlassungsanspruch

Literatur

Abrens, Die Mehrfachverfolgung desselben Wettbewerbsverstoßes, WRP 1983, 1; *Albrecht*, Verbraucherschutz und Berichtigungswerbung, WRP 1975, 566; *Bandt*, Verzicht auf die Einrede des Fortsetzungszusammenhangs bei vertragsstrafbewehrter Unterlassungsverpflichtung, WRP

1982, 4; *Baur*, Zu der Terminologie und einigen Sachproblemen der „vorbeugenden Unterlassungsklage“, JZ 1966, 381; *Borck*, Erledigung der Hauptsache durch Unterwerfung zugunsten Dritter, WRP 1978, 7; *Borck*, Zur Glaubhaftmachung des Unterlassungsanspruchs, WRP 1978, 776; *Borck*, Die Erstbegehungsgefahr im Unterlassungsprozeß, WRP 1984, 583; *Borck*, Über die Schwierigkeiten im Gefolge von Mehrfachabmahnungen, WRP 1985, 311; *Eltzbacher*, Die Unterlassungsklage, 1906; *Heinz/Stillner*, Übernahme einer an einen Dritten zu zahlenden Vertragsstrafe als ausreichendes Strafgedinge bei Wettbewerbsverstößen, WRP 1976, 657; *Heinz/Stillner*, Noch einmal zur Problematik eines Vertragsstrafeversprechens zugunsten eines Dritten, WRP 1977, 248; *Henckel*, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974), 97; *Henning-Bodewig*, Leitbildwerbung – haftet der „Star“ für Wettbewerbsverstöße?, GRUR 1982, 202; *Jelinek*, Das „Klagerecht“ auf Unterlassung, ÖBl. 1974, 125; *Klaka*, Vertragsstraferrückzahlung, GRUR 1983, 604; *Köhler*, Zum „Wiederaufleben der Wiederholungsgefahr“ beim wettbewerblichen Unterlassungsanspruch, GRUR 1989, 804; *ders.*, Der wettbewerbliche Unterlassungsvertrag: Rechtsnatur und Grenzen der Wirksamkeit, FS von Gamm 1990, 57 ff; *Kohlhaas*, Übernahme einer an einen Dritten zu zahlenden Vertragsstrafe als ausreichendes Strafgedinge bei Wettbewerbsverstößen, WRP 1977, 91; *Körner*, Befristete und unbefristete Unterlassungstitel bei Wettbewerbsverstößen, GRUR 1985, 909; *ders.*, Natürliche Handlungseinheit und fortgesetzte Handlung bei der Unterlassungsvollstreckung und bei Vertragsstrafeversprechen, WRP 1982, 75, 78; *Kroitzsch*, Die Unterlassungsverpflichtungserklärung und das Vertragsstrafeversprechen aus kartellrechtlicher Sicht, WRP 1984, 117; *Krüger*, Wiederholungsgefahr – unteilbar?, GRUR 1984, 785; *Külper*, Probleme der Unterwerfungserklärung, WRP 1974, 131; *Kues*, Mehrfachabmahnung und Aufklärungspflicht, WRP 1984, 196; *Kugelberg*, Das Verhältnis des gesetzlichen zum vertraglichen Unterlassungsanspruch, 1989; *Lachmann*, Verzicht auf die „Einrede des Fortsetzungszusammenhangs“ in vorformulierten Unterwerfungserklärungen, BB 1982, 1634; *Lehmann*, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1965; *Lindacher*, Phänomenologie der „Vertragsstrafe“: Vertragsstrafe, Schadensersatzpauschalierung und schlichter Schadensbeweisvertrag, 1972; *ders.*, Gesicherte Unterlassungserklärung, Wiederholungsgefahr und Rechtsschutzbedürfnis, GRUR 1975, 413; *ders.*, Wettbewerbliche Unterlassungsverpflichtung und Vertragsstrafeversprechen nach „Hamburger Brauch“, WRP 1975, 7; *ders.*, Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch, GRUR 1985, 423; *ders.*, Aufklärungspflicht des Abgemahnten, GRUR 1987, 55; *Münzberg*, Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung, 1966; *ders.*, Bemerkungen zum Haftungsgrund der Unterlassungsklage, JZ 1967, 689; *Nees*, Die angemessene Vertragsstrafe, WRP 1983, 200; *Oppermann*, Unterlassungsantrag und zukünftige Verletzungshandlung, WRP 1989, 713; *Petersen*, Probleme des wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsvertrags, GRUR 1978, 156; *Pietzcker*, Unterlassungsverpflichtung mit Bedingung?, GRUR 1973, 257; *Schothöfer*, Rechtliche Probleme im Verhältnis zwischen Feststellungsklage und Unterlassungsklage im Wettbewerbsrecht, WRP 1986, 19; *Schuster/Bonnots*, Die Gefahr des Zuwiderhandelns gegen Unterlassungsverpflichtungen (Wiederholungsgefahr), ÖBl. 1974, 169; *Sommerlad*, Nichtigkeitsklärung einer Rechtsnorm durch das Bundesverfassungsgericht, NJW 1984, 1489, 1495; *Steines*, Die strafbewehrte Unterlassungserklärung: Einziges Mittel zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr?, NJW 1988, 1359; *Tack*, Zur „Wiederholten Unterwerfung“ in Wettbewerbsstreitigkeiten, WRP 1984, 453; *Teplitzky*, Die Rechtsfolgen der unbegründeten Ablehnung einer strafbewehrten Unterlassungserklärung, GRUR 1983, 609; *ders.*, Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum wettbewerblichen Anspruchs- und Verfahrensrecht, GRUR 1989, 461; *ders.*, Unterwerfung und „Konkrete Verletzungsform“, WRP 1990, 26; *Tetzner*, Klagenhäufung im Wettbewerbsrecht, GRUR 1981, 803, 807; *Völz*, Änderung der Rechts- oder Sachlage bei Unterlassungstiteln, GRUR 1984, 486; *von Ungern-Sternberg*, Die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen durch Vielfachabmahner – ein Nachruf?, FS Klaka, 1987, S. 72, 86; *Wesel*, Zur Frage des materiellen Anspruchs bei Unterlassungsklagen, FS von Lübtow 1970, S. 787; *Zeuner*, Gedanken zur Unterlassungs- und negativen Feststellungsklage, FS Dölle I, 295.

1. Die wirtschaftliche Funktion

- 22** Der wettbewerbliche Unterlassungsanspruch ist das Kernstück des Schutzes der Wirtschaft vor unlauterem Wettbewerb (vgl. *Abrens* S. 17). Er dient dazu, Wettbewerbsverzerrungen zu unterbinden und Schäden bei Wettbewerbern und sonstigen Marktbe-

teiligten, insbesondere den Letztverbrauchern, zu verhindern. Daher und wegen des Allgemeininteresses am Schutze eines freien und lautereren Wettbewerbs kann der Unterlassungsanspruch nicht nur von Wettbewerbern, sondern auch von Verbänden und Kammern (vgl. § 13 Abs. 2 UWG) geltend gemacht werden. Die Bedeutung des Unterlassungsanspruchs ist um so größer, als er, anders als der Schadensersatzanspruch, kein Verschulden voraussetzt. Außerdem können Schadensersatzansprüche von Gewerbetreibenden häufig am Schadensnachweis scheitern. Weiter sind nach hM Schadensersatzansprüche von Verbrauchern grundsätzlich nicht möglich. Der Unterlassungsanspruch wäre allerdings eine stumpfe Waffe, wenn er erst in einem langwierigen gerichtlichen Verfahren durchgesetzt werden müßte. Seiner raschen Durchsetzung dient die Möglichkeit der einstweiligen Verfügung und die Entwicklung von Beweisvermutungen. Hinzu kommt als zusätzliches Instrument die vertragliche Absicherung einer Unterlassungspflicht durch vertragsstrafenbewehrte Unterlassungsvereinbarungen.

2. Die zwei tatbestandlichen Ausprägungen des Unterlassungsanspruchs

Die Normen des UWG knüpfen den Unterlassungsanspruch an tatbestandlich näher umschriebene Wettbewerbsverstöße an. Diese Fassung des Unterlassungsanspruchs ist im Hinblick auf seinen eigentlichen Zweck, künftigen Wettbewerbsverstößen vorzubeugen, teils zu eng und teils zu weit. Zu eng insoweit, als ein tatsächlich begangener Wettbewerbsverstoß vorausgesetzt wird. Zu weit insoweit, als bereits die Tatsache des einmaligen Verstoßes den Unterlassungsanspruch auslösen soll. Die wettbewerbsrechtliche Rspr. hat diesem Bedürfnis im Einklang mit der Entwicklung des Unterlassungsanspruchs im allgemeinen Bürgerlichen Recht Rechnung getragen und zwei Tatbestände des Unterlassungsanspruchs herausgearbeitet: zum einen den Unterlassungsanspruch wegen Wiederholungsgefahr (zumeist Verletzungsunterlassungsanspruch genannt), zum anderen den Unterlassungsanspruch wegen Erstbegehungsgefahr (zumeist vorbeugender Unterlassungsanspruch genannt). 23

3. Der Unterlassungsanspruch wegen Wiederholungsgefahr (Verletzungsunterlassungsanspruch)

Der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch wegen Wiederholungsgefahr, zumeist Verletzungsunterlassungsanspruch genannt, setzt eine sog. **konkrete Verletzungshandlung** (vgl. *Teplitzky* Kap. 5 Rdn. 2) und die **Gefahr ihrer Wiederholung** voraus. Außerdem muß die begehrte Unterlassung zeitlich, sachlich und räumlich **zumutbar** sein.¹ Dies setzt eine Interessenabwägung voraus (Beispiel: Interesse des durch eine wettbewerbswidrige Anzeige Verletzten an Nichtauslieferung der Zeitung einerseits, Interesse des Verlegers und der Öffentlichkeit an Auslieferung andererseits; vgl. *Lindacher* WRP 1987, 585, 587). Ggf. ist das Unterlassungsgebot (z. B. durch Gewährung von Aufbrauchfristen) einzuschränken, um berechtigten Interessen des Störers oder der Allgemeinheit entgegenzukommen. Grundsätzlich kein Unterlassungs- (und Beseitigungs-)anspruch besteht hinsichtlich **verfahrensbezogener Äußerungen** (dazu näher Rdn. 156 ff). 24

¹ Vgl. BGHZ 42, 118 = GRUR 1965, 104 – *Personalausweise*; BGH WM 1974, 572, 573; NJW 1974, 1552, 1553; GRUR 1977, 114, 116 – *VUS* – m. Anm. *Fischötter*; 1990, 463, 464 – *Firmenrufnum-*

mer: Unzumutbarkeit einer Unterlassungsklage eines Störers gegen einen anderen Störer; *Lindacher* WRP 1987, 585, 587.

- 25** a) Die konkrete Verletzungshandlung. Die konkrete Verletzungshandlung besteht im Eingriff in ein wettbewerbsrechtlich geschütztes Recht bzw. in der Verletzung einer bestimmten wettbewerbsrechtlichen Norm durch positives Tun oder pflichtwidriges Unterlassen (dazu BGH GRUR 1986, 248, 250 f – *Sporthosens*). So etwa der Warenvertrieb unter Verletzung eines fremden Markenzeichens, die Werbung mit irreführenden Angaben oder herabsetzende Tatsachenbehauptungen und Werturteile (zur Privilegierung bestimmter Äußerungen, vgl. Rdn. 156 ff). Die Verletzungshandlung muß vollendet sein, andernfalls kommt nur der Unterlassungsanspruch wegen Erstbegehungsgefahr in Betracht. Nach der konkreten Verletzungshandlung bestimmt sich auch der Umfang und Inhalt des Unterlassungsanspruchs wegen Wiederholungsgefahr. Denn dieser Anspruch zielt nur darauf, daß die gleiche Handlung nicht wieder vorgenommen wird, soweit sie gegen das Gesetz verstößt. Das Problem ist freilich, wie man unzulässige Verletzungshandlungen beschreiben soll. Je mehr man die Details der Verletzungshandlung herausstellt, desto größer die Gefahr, daß der Unterlassungsanspruch ins Leere geht; je allgemeiner die Verletzungshandlung beschrieben wird, desto größer die Gefahr, daß dem Verletzer eine zu weitreichende Haftung auferlegt wird. Hier gilt es unter Abwägung der Interessen der Beteiligten und der Besonderheiten der wettbewerblichen Situation eine vernünftige Mitte zu finden. Die Rspr. läßt sich dabei von dem Grundsatz leiten, daß zwar grundsätzlich auf die konkrete Verletzungsform abzustellen sei, dabei aber eine gewisse Verallgemeinerung hingenommen werden könne, wenn dabei das Charakteristische des festgestellten konkreten Verletzungstatbestandes zum Ausdruck komme². Einzelheiten sind bei der Erörterung des Klageantrags darzustellen. Ein über die konkrete Verletzungshandlung hinausgehender Unterlassungsanspruch besteht nur insoweit, als eine entsprechende Erstbegehungsgefahr vorliegt. Allerdings kann im Einzelfall die konkrete Verletzungshandlung ein Indiz dafür sein, daß die Gefahr der Erstbegehung verwandter oder sachlich zusammenhängender Wettbewerbsverstöße besteht.
- 26** b) Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung. Die Verletzungshandlung muß rechtswidrig, aber nicht notwendig schuldhaft erfolgt sein³. Die Rechtswidrigkeit wird dabei grundsätzlich durch die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung indiziert und entfällt nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. Der Streit im Bürgerlichen Recht zwischen der Erfolgsonrechts- und der Handlungsunrechtslehre (vgl. *Staud/Schäfer*, 12. Aufl., § 823 BGB 1 ff) hat für das UWG keine Bedeutung, da die Unterlassungsansprüche ohnehin an das eigene oder fremde (vgl. § 13 Abs. 4 UWG) Verhalten, nicht an den Erfolg anknüpfen. – Zweifelhaft ist, wie das Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit in § 1 UWG in die Kategorien der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens einzuordnen ist. Hier gilt zunächst, daß sittenwidriges Verhalten stets auch rechtswidrig ist, aber kein Verschulden voraussetzt. Es genügt also die sog. objektive Sittenwidrigkeit, und es ist nicht erforderlich, daß der Handelnde um die sittliche Verwerflichkeit seines Tuns weiß oder wissen mußte. Fraglich ist nur, inwieweit der Handelnde die Umstände gekannt haben muß, an die das Urteil der Sittenwidrigkeit anknüpft. Die Rspr.⁴ fordert

² Vgl. BGH GRUR 1957, 606 – *Heilmittelvertrieb*; 1958, 346, 350 – *Spitzenmuster*; 1963, 430, 431 – *Erdener Treppchen*; 1964, 33, 34 – *Bodenbeläge*; 1979, 859, 960 – *Hausverbot II*; 1984, 593, 594 – *adidas-Sportartikel*.

³ Vgl. BGHZ 8, 387, 399 = BGH GRUR 1953, 290 – *Fernsprechnummer*; BGHZ 37, 30, 37 = BGH GRUR 1962, 426 – *Selbstbedienungsgroßhandel*; unstr.

⁴ Vgl. BGHZ 8, 387, 393 = BGH GRUR 1953, 290 – *Fernsprechnummer*; BGHZ 232, 184, 195 = BGH GRUR 1957, 355 – *Spalttabletten*; BGH GRUR 1955, 411, 414 – *Zahl 55*; 1975, 555 – *Speiseeis*; 1960, 200, 201 – *Abitz II*; 1973, 203, 204 – *Badische Rundschau*.

Kenntnis dieser Tatumstände, läßt es jedoch genügen, wenn der Handelnde sich der Kenntnis bewußt verschließt. Andere (vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 128 mwN) verlangen nur, daß der Handelnde in aller Regel die Tatumstände kennt, welche die Sittenwidrigkeit begründen. Dem ist beizupflichten. Es kommt entscheidend darauf an, welche Handlung zu beurteilen ist. Ist die Handlung bereits ihrer objektiven Natur nach mit grundlegenden Wertungen der Rechts- oder Sittenordnung unvereinbar, kann es auch nicht auf die Kenntnis des Handelnden von den Tatsachen, welche die Sittenwidrigkeit begründen, ankommen (vgl. auch BGHZ 94, 272; *Emmerich*, UnlWb., § 17/2 a aa), maW die Gutgläubigkeit kann nicht die Sittenwidrigkeit entfallen lassen. In den übrigen Fällen ist dagegen Kenntnis bzw. leichtfertige Unkenntnis der Tatumstände erforderlich. – In der Praxis relativiert sich das Problem, was den Unterlassungsanspruch angeht. Denn der Handelnde wird die erforderliche Kenntnis durch die Abmahnung bzw. im Rechtsstreit erlangen und, falls er sich nicht unterwirft, wird regelmäßig der vorbeugende Unterlassungsanspruch (wegen Erstbegehungsgefahr) gegeben sein⁵. – Nur ein vorbeugender Unterlassungsanspruch kommt in Betracht, wenn die Verletzungshandlung ursprünglich durch einen Rechtfertigungsgrund (z. B. Wahrnehmung berechtigter Interessen) gedeckt war, dieser aber nachträglich weggefallen ist (Rdn. 83).

c) Die Wiederholungsgefahr. Die Wiederholungsgefahr ist nicht besondere Rechtsschutz-, sondern materielle Anspruchsvoraussetzung⁶. Es handelt sich hierbei um ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal, das inhaltlich dem Tatbestandsmerkmal der „Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen“ bei den Unterlassungsansprüchen des Bürgerlichen Rechts (vgl. §§ 12 S. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB) entspricht und nicht mit dem Merkmal der „Besorgnis“ der Nichterfüllung in § 259 ZPO zu verwechseln ist. Fehlt die Wiederholungsgefahr, ist sonach die Klage nicht als unzulässig, sondern als un begründet abzuweisen. Maßgebender Zeitpunkt ist die letzte Tatsachenverhandlung (vgl. OLG Hamburg WRP 1986, 560, 561).

Wiederholungsgefahr setzt zunächst voraus, daß eine Wiederholung des konkreten Wettbewerbsverstößes objektiv möglich ist. Es muß also vorstellbar sein, daß der gleiche Rechtsverstoß nochmals begangen wird. Dabei ist freilich keine völlige Übereinstimmung erforderlich. Es genügt, daß eine im wesentlichen oder im Kern gleichartige Verletzungshandlung möglich ist (vgl. BGH GRUR 1989, 445, 446 – *Professorenbezeichnung in der Arztwerbung*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 267; *Teplitzky* Kap. 6 Rdn. 14). Zweifelhaft kann dies sein, wenn sich der Wettbewerbsverstoß auf eine einmalige und nicht wiederholbare Situation bezieht. Teilweise (vgl. OLG Frankfurt WRP 1972, 476, 477) neigt man auch hier dazu, Wiederholungsgefahr zu bejahen (zutreffend hingegen BGH GRUR 1984, 214 – *Copy-Charge*). Dahinter mag das Bedürfnis stehen, den Verletzer zu verwarnen und ihm deutlich zu machen, daß seine Wettbewerbsmethoden unzulässig sind. Im Grunde wird damit Prävention hinsichtlich anderer denkbarer Wettbewerbsverstöße vergleichbarer Art betrieben, wofür an sich der vorbeugende Unterlassungsanspruch zur Verfügung steht. Richtigerweise wird man darauf abstellen müssen, ob eine gleichartige wettbewerbliche Auswirkung künftiger

⁵ Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 128 aE; *Teplitzky* Kap. 5 Rdn. 16; BGH GRUR 1960, 193, 196 – *Frachtenrückvergütung*; 1960, 200, 201 – *Abtitz II*; 1977, 614, 615 – *Gebäudefassade* m. Anm. Fezer; BGHZ 37, 30, 37 = BGH GRUR 1962, 426 – *Selbstbedienungsgroßhandel*.

⁶ Heute ganz hM; BGH GRUR 1973, 208, 209 –

Neues aus der Medizin; 1980, 241, 242 – *Rechtsschutzbedürfnis*; 1983, 127, 128 – *Vertragsstrafversprechen*; 1983, 186 – *Wiederholte Unterwerfung*; BayObLGZ 1980, 121, 123 f; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 262 ff; *Teplitzky* Kap. 6 Rdn. 7.

Handlungen möglich ist, mögen sie sich auch in ihrer äußeren Einkleidung und ihrem Anlaß von der früheren Handlung unterscheiden. Die Problematik schlägt sich nieder in der Formulierung des Unterlassungsantrags bzw. -urteils (vgl. BGH GRUR 1989, 445, 446 – *Professorenbezeichnung in der Arztwerbung* – mwN).

- 29** Wiederholungsgefahr setzt weiter voraus, daß eine Wiederholung objektiv zu befürchten ist. Dafür ist eine gewisse Wahrscheinlichkeit erforderlich. Eine nur theoretisch vorstellbare Möglichkeit oder die nur subjektive Befürchtung durch den Anspruchsteller reichen nicht aus (vgl. BGH GRUR 1957, 348 – *Klasen-Möbel; Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 262). Im Wettbewerbsrecht wird allerdings bei einem Handeln zu Wettbewerbszwecken eine Wiederholungsgefahr widerleglich vermutet⁷, und zwar nicht nur hinsichtlich genau identischer Verletzungshandlungen, sondern auch hinsichtlich „leicht abgewandelter, aber in ihrem Kern gleicher Handlungen“ (BGH GRUR 1989, 445, 446 – *Professorenbezeichnung in der Arztwerbung; Teplitzky* Kap. 51 Rdn. 15). Rechtfertigen läßt sich diese Vermutung nicht damit, daß ihr eine entsprechende objektive Wahrscheinlichkeit zugrunde läge. Insoweit wäre sie rechtsethisch und ökonomisch angreifbar. Es handelt sich vielmehr um eine Beweislastregel im Sinne einer Sphärentheorie. Die Möglichkeit weiterer Wettbewerbsverstöße hängt vor allem von der Willensrichtung und der unternehmerischen Entscheidung des Verletztes ab, die ein Außenstehender schwer beurteilen und noch weniger beeinflussen kann. Daher ist es gerechtfertigt, vom Verletzer den Nachweis zu verlangen, daß er entweder subjektiv außerstande oder nicht willens ist, den Wettbewerbsverstoß zu wiederholen. Regelmäßig geschieht dies durch Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Erklärung (Vertragsangebot oder -annahme), in der sich der Verletzer uneingeschränkt zur Unterlassung weiterer Verletzungen verpflichtet und gleichzeitig eine angemessene Vertragsstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung verspricht (sog. **strafbewehrte Unterwerfungserklärung**). Nicht unbedingt erforderlich ist, daß der Verletzer durch „Abmahnung“ hierzu aufgefordert wurde oder daß der Unterlassungsberechtigte die Erklärung annimmt (dazu näher Rdn. 50 ff). Die strafbewehrte Unterwerfungserklärung hat sich in der Praxis als einfaches und billiges Mittel zur Vermeidung oder Beilegung eines Unterlassungsprozesses bewährt (vgl. BGH GRUR 1980, 241 – *Rechtsschutzbedürfnis*).
- 30** Der Unterlassungsanspruch wegen Wiederholungsgefahr setzt voraus, daß auch die künftig zu besorgende Handlung rechtswidrig wäre, ist also ausgeschlossen, wenn (z. B. auf Grund Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse) dieselbe Handlung nunmehr rechtmäßig wäre. Im umgekehrten Fall, daß eine Handlung im Zeitpunkt ihrer Begehung rechtmäßig war, aber nunmehr nur noch rechtswidrig vorgenommen werden könnte, kommt allerdings ein vorbeugender Unterlassungsanspruch in Betracht⁸.
- 31** Die Wiederholungsgefahr muß von der Person ausgehen, die für den Rechtsverstoß verantwortlich ist. Haben Hilfspersonen des Gewerbetreibenden, für die er nach § 13

⁷ Vgl. nur BGH GRUR 1955, 342, 345 – *Holländische Obstbäume*; 1978, 192, 193 – *Hamburger Brauch*; 1979, 553, 554 – *Luxus-Ferienhäuser*; 1987, 640, 642 – *Wiederholte Unterwerfung II*; 1987, 724, 727 – *Grand Prix*; 1989, 445, 446 – *Professorenbezeichnung in der Arztwerbung; Teplitzky* Kap. 6 Rdn. 9; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 263; *Abrens*, S. 29 mwN; a. A. *Tack* WRP 1984, 455, 459 f.; der von einer unwider-

leglichen Vermutung ausgeht, aber das Rechtsschutzbedürfnis verneint, wenn der Verletzte dem Verletzten eine dem § 890 ZPO gleichwertige Sanktionsmöglichkeit gewährt; gegen ihn wiederum *Borck* WRP 1985, 311, 312.

⁸ Vgl. BGH GRUR 1957, 84, 86 – *Einbrandflaschen*; 1960, 500, 504 – *Plagiatsvorwurf*; 1962, 34, 35 – *Torsana*; 1986, 248, 251 – *Sporthosen; Teplitzky* Kap. 6 Rdn. 5.

Abs. 4 UWG verantwortlich ist, den Verstoß begangen, so ist zu unterscheiden: Soweit bei der handelnden Hilfsperson Wiederholungsgefahr besteht, muß sich dies auch der Gewerbetreibende zurechnen lassen. Doch schließt ein Wegfall der Wiederholungsgefahr in der Person des Handelnden (z. B. durch sein Ausscheiden aus dem Betrieb) nicht aus, daß beim Gewerbetreibenden eine Wiederholungsgefahr besteht, da er die fragliche Handlung künftig selbst vornehmen oder andere Angestellte oder Beauftragte einschalten kann (vgl. OLG Köln WRP 1972, 275, 276). Insoweit ist zu prüfen, ob nach dem bisherigen Verhalten des Gewerbetreibenden eine solche Gefahr besteht. Hierfür reicht es aus, wenn Indizien dafür vorliegen, daß er ein entsprechendes Handeln seiner anderen Hilfspersonen nicht effektiv unterbinden wird⁹. Zu verneinen ist Wiederholungsgefahr, wenn ein Zeitungsunternehmen ohne Auftrag versehentlich eine wettbewerbswidrige Anzeige nochmals veröffentlicht und sich dafür beim vorstellig werdenden Gewerbetreibenden entschuldigt (vgl. BGH GRUR 1990, 542, 543 – *Aufklärungspflicht des Unterwerfungsschuldners*). – Entsprechendes gilt bei einem Verstoß durch mehrere Tatbeteiligte (vgl. BGH GRUR 1976, 256, 259 – *Rechenscheibe*). – Die Gefahr, daß sonstige Dritte, wie z. B. Wettbewerber, den gleichen Rechtsverstoß begehen werden, genügt nicht. Allenfalls kann dies bei der Feststellung der Sittenwidrigkeit eine Rolle spielen unter dem Gesichtspunkt der Nachahmungsgefahr.

d) **Allgemeines zum Wegfall der Wiederholungsgefahr.** Mit dem Wegfall der Wiederholungsgefahr entfällt nach hM (vgl. BGH GRUR 1990, 534 – *Abruf-Coupon*; 1987, 640, 642 – *Wiederholte Unterwerfung II*; *Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 53) auch der Unterlassungsanspruch, nach a. A. (vgl. *Köhler* GRUR 1989, 804) wird er lediglich gehemmt (dazu näher Rdn. 35 und 66 ff). Allerdings sind an die Feststellung des Wegfalls, die im wesentlichen Tatfrage ist (BGH GRUR 1965, 198, 202 – *Küchenmaschine*), strenge Anforderungen zu stellen¹⁰. Da die Wiederholung in erster Linie vom Willen des Verletzers abhängt (vgl. *Teplitzky* GRUR 1983, 609, 610), können objektive Umstände für sich allein die Wiederholungsgefahr nur in Ausnahmefällen ausräumen. Als grundsätzlich nicht ausreichend werden angesehen: die Einstellung der Verletzungshandlung¹¹; die Aufgabe bzw. Veräußerung des Geschäftsbetriebs¹²; die Umstellung der Produktion bzw. des Vertriebs (BGH GRUR 1961, 356 – *Pressediens*; 1965, 198, 202 – *Küchenmaschine*). Maßgebend ist dabei die Erwägung, daß erstens eine Wiederaufnahme der betreffenden Geschäftstätigkeit nicht generell ausgeschlossen werden kann und zweitens bei einer Weigerung, eine gesicherte Unterwerfungserklärung abzugeben, eine Wiederholung auch nicht unwahrscheinlich erscheint (vgl. OLG Stuttgart WRP 1978, 479).

Nur wenn feststeht, daß eine Wiederholung objektiv unmöglich oder unwahrscheinlich ist, kann die Wiederholungsgefahr wegfallen (vgl. *Teplitzky* Kap. 7 Rdn. 6). Die Beweislast trägt dabei der Verletzer. Ein Wegfall der Wiederholungsgefahr kann in Betracht kommen: wenn der Verletzte stirbt und der Angriff nur gegen seine Person gerichtet war (vgl. BGH GRUR 1977, 114, 116 – *VUS*); wenn der Verletzte seinen

⁹ Vgl. BGH GRUR 1964, 263, 269 – *Unterkunde*; 1965, 155 – *Werbefahrer*; 1973, 208, 210 – *Neues aus der Medizin*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 264; *Teplitzky* Kap. 6 Rdn. 11.

¹⁰ BGH GRUR 1970, 558, 559 – *Sanatorium*; 1972, 558, 559 – *Teerspritzmaschinen*; 1982, 688, 691 – *Senioren-Paß*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 263; *Ahrens*, S. 34 mwN.

¹¹ BGH GRUR 1966, 92, 95 – *Bleistiftabsätze*; 1974,

225, 227 – *Lagerhinweiswerbung*; OLG Karlsruhe WRP 1977, 655, 656; *Ahrens*, S. 35 Fn. 98 mwN.

¹² BGH GRUR 1972, 550, 551 – *Speziessatz II*; 1977, 543, 547 – *Der 7. Sinn*; BGHZ 14, 163, 168 – *Constanze II*; OLG Frankfurt WRP 1975, 363, 365; OLG Karlsruhe GRUR 1979, 558, 560; OLG Celle WRP 1970, 180, 181; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 266; a. A. LG Wiesbaden WRP 1978, 580.

Betrieb endgültig einstellt und der Angriff sich nur gegen diesen Betrieb richtete (vgl. OLG Koblenz GRUR 1988, 43, 46 – *Weingut*); wenn der Verstoß bei einem einmaligen, in absehbarer Zeit sich nicht wiederholenden Anlaß erfolgte; wenn dem Verletzer kein oder nur leichtes Verschulden zur Last fiel und er schon vor dem Prozeß alles getan hat, um neue Verletzungen zu verhindern und dem Verletzten Genugtuung zu gewähren.¹³ Nicht ausreichend für die Ausräumung der Wiederholungsgefahr sind dagegen bloße Erklärungen oder Zugeständnisse des Verletzers, die auf eine bessere Einsicht oder einen Gesinnungswandel schließen lassen¹⁴. Sie sind als bloße „Lippenbekenntnisse“ zu werten, solange der Verletzer sich weigert, eine gesicherte Unterwerfungserklärung abzugeben. Umstritten ist freilich noch, ob das bloße vertragliche oder unverbindliche Versprechen künftiger Unterlassung dann ausreichen kann, wenn bestimmte Umstände wie etwa die Seriosität des Unternehmens, die Art des Wettbewerbsverstoßes, die Abgabe von Unterlassungsverpflichtungen durch Angestellte, einen künftigen Verstoß als unwahrscheinlich erscheinen lassen¹⁵. Da heute die Abgabe strafbewehrter Unterlassungsverpflichtungen allgemein üblich geworden ist und dementsprechend auch keinen diskriminierenden Charakter besitzt, kann sie auch allgemein zugemutet werden, zumal der Verletzer, wenn er sich vertragstreu verhält, dadurch nicht belastet wird. Würde man hier Ausnahmen zulassen, förderte dies nur Streit und Ungewißheit, ob im Einzelfall eine solche Ausnahme vorliegt (ebenso *Ahrens* S. 37). Die Seriosität usw. des Unternehmens kann daher nur bei Bemessung der Höhe der Vertragsstrafe eine Rolle spielen.

34 Als Grundsatz ist daher festzuhalten, daß die Wiederholungsgefahr nur durch Abgabe einer uneingeschränkten, bedingungslosen und strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung (sog. Unterwerfung) und nicht schon durch sonstige Erklärungen ausgeräumt wird (BGH GRUR 1976, 256, 259 – *Rechenscheibe*; 1987, 748, 749 – *Getarnte Werbung II*; 1988, 699, 700 – *qm-Preisangaben II*; sehr streng BGH GRUR 1990, 617, 624 – *Metro III*: „unerlässlich“; a. A. *Steines* NJW 1988, 1359). Nur sie bietet eine hinreichende Gewähr dafür, daß der Rechtsverstoß nicht wiederholt wird. Weitergehend wird sogar gefordert, daß der Verletzer sich wegen der Vertragsstrafe der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen (§ 794 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO) und darauf verzichten müsse, daß der Verletzte den Nachweis der Zuwiderhandlung in der Form des § 726 Abs. 1 ZPO führt (*Häsemeyer* ZHR 148 (1984) 367, 370).

35 Eine andere Frage ist es, ob die Abgabe der Unterwerfungserklärung die Wiederholungsgefahr endgültig beseitigt, so daß auch der Unterlassungsanspruch untergeht, oder ob man besser von einer vorläufigen Beseitigung der Wiederholungsgefahr spricht, die nur die Durchsetzung des Anspruchs hemmt. Darauf ist im Zusammenhang mit dem Problem des „Wiederauflebens“ der Wiederholungsgefahr einzugehen (Rdn. 68 ff). Trotz Abgabe einer gesicherten Unterwerfungserklärung kann im Einzelfall beim Vorliegen besonderer Umstände die Wiederholungsgefahr fortbestehen (vgl. BGH GRUR 1982, 313, 314 – *Rezeptsammlung für Apotheken*; OLG Köln WRP 1977, 357, 358). Hierfür trägt aber der Gläubiger die Beweislast.

¹³ Vgl. RGZ 84, 147; OLG Zweibrücken WRP 1979, 669, 670; KG WRP 1978, 720, 721.

¹⁴ *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 265; BGH GRUR 1970, 558, 559 – *Sanatorium*; OLG Hamburg WRP 1975, 360, 362; OLG Stuttgart WRP 1971, 183, 185; OLG Köln WRP 1983, 226, 229; a. A. noch RGZ 98, 267, 269.

¹⁵ Vgl. die umfangreichen Nachweise aus der Rspr. bei *Teplitzky* Kap. 7 Rdn. 8; *Ahrens* S. 36/37 und insbes. BGH GRUR 1974, 225, 227 – *Lager-Hinweiswerbung*; 1970, 558, 559 – *Sanatorium*; 1965, 198, 202 – *Küchenmaschine*; OLG Köln GRUR 1964, 560, 561.

e) Der Wegfall der Wiederholungsgefahr durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung. aa) **Förmliche und inhaltliche Anforderungen.** Soweit nicht aus zivilrechtlichen Gründen (vgl. § 780 BGB; aber auch §§ 350, 351 HGB; näheres bei Rdn. 91) eine Form vorgeschrieben ist, ist die Einhaltung einer bestimmten Form nicht notwendig. Maßgebend für den Wegfall der Wiederholungsgefahr sind allein Inhalt und Ernstlichkeit der Unterlassungsverpflichtungserklärung (BGH GRUR 1990, 530, 532 – *Unterwerfung durch Fernschreiben* – mwN). Grundsätzlich kann daher auch eine fernschriftliche (Telegramm; Telex; Telefax; Btx) Erklärung die Wiederholungsgefahr ausräumen (BGH aaO – *Unterwerfung durch Fernschreiben*; vgl. auch KG GRUR 1988, 567 – *Telex-Unterlassungsverpflichtung I*; KG WRP 1989, 18, 20). Das gleiche gilt für eine bloß (fern-)mündliche Erklärung. Allerdings ist zu bedenken, daß die Erklärung ihren Zweck nur erreichen kann, wenn der Gläubiger im Streitfall die Rechte aus der Erklärung ohne rechtliche Zweifelsgründe und Beweisschwierigkeiten durchsetzen kann. Bei bloß fernschriftlicher oder (fern-)mündlicher Erklärung können aber nachträglich Zweifel an der Vertretungsbefugnis des Erklärenden bzw. am Inhalt der Erklärung entstehen. Es muß daher mindestens die Bereitschaft des Schuldners hinzukommen, dem Gläubiger auf dessen Verlangen die Erklärung schriftlich zu bestätigen, um die Ernsthaftigkeit des Unterlassungswillens zu dokumentieren. Kommt der Schuldner einem solchen Verlangen nicht nach, so verliert die mündliche bzw. fernschriftliche Erklärung mangels ernsthafter Unterwerfungsbereitschaft ihre Wirkung (vgl. BGH aaO – *Unterwerfung durch Fernschreiben*). War die Erklärung ursprünglich ernsthaft gemeint, so lebt die Wiederholungsgefahr wieder auf (Rdn. 68 ff). Fordert der Gläubiger keine schriftliche Bestätigung, kann dies (unter dem Aspekt der Kollision) Zweifel auslösen, ob ein ernstlicher Unterwerfungswille vorgelegen hat. – Aus der Erklärung muß hervorgehen, daß der Schuldner sich im Wege der Vertragsannahme oder des Vertragsangebots zur **Unterlassung** des (konkret beanstandeten; vgl. BGH GRUR 1983, 781, 783 – *Buchclub-Vorspannangebot*) Wettbewerbsverstoßes und zur Zahlung einer angemessenen **Vertragsstrafe** für jeden Fall der Zuwiderhandlung verpflichtet. Nicht erforderlich ist dagegen, daß der Verletzer seinen gegenteiligen Rechtsstandpunkt aufgibt, sofern nur die Unterlassungsverpflichtung ernstlich gemeint ist (BGH GRUR 1972, 558, 559 – *Teerspritzmaschinen*; a. A. BGH GRUR 1965, 198, 202 – *Küchenmaschine*; vgl. auch *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 263, 268: *Tatfrage*). Die Erklärung muß eindeutig sein, um dem Empfänger eine klare Grundlage für die Feststellung eines etwaigen Verstoßes zu geben. Das zu unterlassende Verhalten muß also hinreichend bestimmt umschrieben sein. Maßgebend ist freilich nicht der Wortlaut, sondern der durch Auslegung zu ermittelnde Sinn. Da Wiederholungsgefahr nur hinsichtlich des begangenen Wettbewerbsverstoßes (aber auch hinsichtlich abgewandelter, im Kern freilich gleicher Wettbewerbsverstoße; vgl. BGH GRUR 1989, 445, 446 – *Professorenbezeichnung in der Arztwerbung*) besteht, muß das zu unterlassende Verhalten zumindest so eng umschrieben sein, daß darin das für den Unrechtsgehalt der konkreten Rechtsverletzung Charakteristische (der „Kern“) herausgearbeitet wird, während zufällige Begleitumstände außer Betracht bleiben können (vgl. KG WRP 1989, 18, 19). Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Formulierung des Unterlassungsantrages (dazu OLG Stuttgart WRP 1973, 608, 609; ausf. *Ahrens* S. 160 ff). Ist die Erklärung des Schuldners nicht hinreichend bestimmt oder bestimmbar im Hinblick auf die fragliche (konkrete) Verletzungsform, wird dadurch die Wiederholungsgefahr nicht ausgeräumt (vgl. KG GRUR 1990, 143, 144 – *Vertragsstrafeversprechen*), selbst wenn der Gläubiger das Versprechen angenommen hat (*Teplitzky* WRP 1990, 26). (Die Wirksamkeit des Unterlassungsvertrages wird davon grundsätzlich nicht berührt; vgl. KG aaO gegen OLG Frankfurt GRUR 1988, 563). Das gilt jedenfalls dann, wenn der

Schuldner das Unterlassen einer anderen („aliud“) als der begangenen Verletzungshandlung versprochen hat. Nicht mehr ganz zweifelsfrei ist es, wenn der Schuldner ein „Mehr“ an Unterlassen versprochen hat, als er eigentlich schuldete und die Verletzungshandlung in ihrer „konkreten Form“ ohne weiteres auch darunter subsumiert werden kann: es ist nicht recht einzusehen, warum der Gläubiger, nur weil der Schuldner, in der Regel auf sein Verlangen hin, freiwillig mehr als erforderlich versprochen hat, zusätzlich noch den gesetzlichen Unterlassungsanspruch haben soll.

- 37** Im übrigen muß die Unterwerfungserklärung so abgefaßt sein, daß kein Zweifel an ihrer Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit bestehen kann¹⁶. Sie muß auch Handlungen Dritter einbeziehen, für die der Schuldner nach § 13 Abs. 4 UWG haftet (vgl. OLG Stuttgart, Beschl. v. 21. 12. 79 – 2 U 156/79 WRP 1981, 512). Die Verpflichtung muß weiter **unbedingt**, also ohne jede Einschränkung abgegeben werden¹⁷. Der Verletzer kann sich daher z. B. nicht ohne Zustimmung des Gegners eine Aufbrauchs- oder Umstellungsfrist vorbehalten (*Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 29), sofern sie nicht als rechtlich zulässig anzusehen ist (dazu *Ahrens* S. 54 ff), d. h. vom Gericht auch gewährt würde. (Allerdings wird damit die Praktikabilität der Unterwerfungserklärung eingeschränkt. Das ist aber hinzunehmen, weil sich der Schuldner grundsätzlich nicht zu mehr verpflichten muß, als er kraft Gesetzes schuldet.) **Unschädlich** sind jedoch solche Bedingungen, die den Fortbestand der Verpflichtung von einer nachträglichen Klärung der Sach- oder Rechtslage abhängig machen, sofern sich daraus die Zulässigkeit des gerügten Verhaltens ergibt (Rdn. 107 ff). Allerdings muß auch diese Bedingung hinreichend deutlich beschrieben sein. Zu rechtfertigen ist diese Einschränkung daraus, daß der Gläubiger kein schutzwürdiges Interesse an der Unterlassung eines rechtmäßigen Wettbewerbsverhaltens haben kann und es sonst zu Wettbewerbsverzerrungen kommen könnte (*Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 6). (Beim Fehlen einer solchen Bedingung kann Wegfall der Geschäftsgrundlage bzw. ein Verstoß gegen Kartellrecht in Betracht kommen; Rdn. 101 ff). Die Unterlassungsverpflichtung kann daher z. B. unter der **auflösenden** Bedingung abgegeben werden, daß in einem anderen Verfahren (nämlich gegen den Hauptverletzer; vgl. BGH GRUR 1957, 342, 347 – *Uderberg*; 1964, 82, 86 – *Lesering*; 1973, 208, 209 – *Neues aus der Medizin*; 1986, 248, 251 – *Sporthosen*) die Rechtmäßigkeit des Verhaltens festgestellt wird. Unzureichend wäre dagegen die Abgabe einer Unterlassungsverpflichtung unter der **aufschiebenden** Bedingung, daß in einem anderen Verfahren die Rechtswidrigkeit festgestellt wird (*Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 273). Eine **Befristung** ist zulässig, soweit der Unterlassungsanspruch selbst zeitlich beschränkt ist (vgl. BGHZ 60, 168 = BGH GRUR 1973, 478 – *Moderneuheit*; *Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 7) oder eine entsprechende auflösende Bedingung zulässig wäre (vgl. weiter OLG München GRUR 1980, 1017, 1018 – *Contact-Linsen*; OLG Frankfurt WRP 1982, 34; *Ahrens* S. 47). – Die Unterwerfungserklärung muß dem Abmahnenden **zugegangen** sein. Die Beweislast hierfür trägt der Erklärende (KG WRP 1982, 467). Für den Beweis des Zugangs reicht der Nachweis der Absendung nicht aus (KG WRP 1990, 415, 417). Es empfiehlt sich daher die Übermittlung durch Boten bzw. Einschreiben mit Rückschein.

- 38** **bb) Angemessenheit der Vertragsstrafe.** Die Vertragsstrafe muß **angemessen** hoch sein. Richtschnur ist dabei der Zweck der Vertragsstrafe, künftige Wettbewerbsverstöße

¹⁶ Vgl. OLG Hamm WRP 1979, 662, 664 betr. fehlendes Datum, fehlenden Firmenstempel und fehlende Erläuterung der Vollmacht des Unterzeichners; LG Köln, Beschl. v. 19. 6. 1978 – 6 W 24/78, WRP 1982, 139 betr. Namen des Vertretenen.

¹⁷ Vgl. BGH GRUR 1955, 390; 1983, 127, 128 – *Vertragsstrafversprechen*; NJW 1982, 2311, 2312; GRUR 1987, 748, 749 – *Getarnte Werbung II*; *Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 5; eingehend *Pietzcker* GRUR 1973, 257.

zu verhindern. Allein auf diese Abschreckungswirkung kommt es an, nicht auch darauf, ob die Vertragsstrafe zugleich eine Schadensersatzfunktion haben kann. Denn dieser Gesichtspunkt hat mit dem Wegfall der Wiederholungsgefahr nichts zu tun (ebenso *Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 3; BGH GRUR 1987, 748, 750 – *Getarnte Werbung II*; zu Unrecht noch relativierend BGH GRUR 1983, 127, 128 – *Vertragsstrafeversprechen*: die Sicherung von Schadensersatzansprüchen stelle nur einen Nebenzweck dar, der dementsprechend weitgehend vernachlässigt werden könne, wenn die Unterlassungsverpflichtung gegenüber einem Verband abgegeben werde). Es spielt also keine Rolle, ob bei einem künftigen Wettbewerbsverstoß ein im Vergleich zur Vertragsstrafe sehr hoher oder ein sehr niedriger oder gar kein Schaden beim Gläubiger eintreten kann, es sei denn, die Schadenszufügung wäre gerade das erklärte Ziel des Verletzers (wie z. B. bei Maßnahmen des Vernichtungswettbewerbs).

Für die **Bemessung der Vertragsstrafe** gibt es keine festen Ober- oder Untergrenzen, vielmehr kommt es auf die **Umstände des Einzelfalls** an (BGH aaO). Freilich können dabei die in vergleichbaren Fällen von den Gerichten als angemessen betrachteten Summen einen gewissen Anhaltspunkt bieten, die in der Regel zwischen 2.000 DM und 5.000 DM schwanken.¹⁸ Ein allenfalls sehr begrenzter Informationswert ohne indizielle Wirkung kommt den in der Praxis üblichen bzw. vorgeschlagenen Beträgen zu (BGH aaO). Als **Bemessungskriterien** kommen in Betracht: die **Vermögensverhältnisse** in der Person bzw. im Unternehmen des Verletzers, bei einem Unternehmen also auch Größe, Umsatz, Ertrag und Kapitalausstattung (BGH aaO); das **Marktverhalten**, nämlich Art, Umfang und Häufigkeit des Wettbewerbsverstoßes, die Art und Weise seines Zustandekommens sowie das sonstige, auch nachträgliche Verhalten des Verletzers und die dabei zu Tage tretende Willensrichtung und Gesinnung des Verletzers; der **Wahrscheinlichkeitsgrad** künftiger Wettbewerbsverstoße im Hinblick auf die objektive Marktsituation (vgl. LG Berlin WRP 1975, 684, 685) und die Möglichkeit ihres Nachweises durch den Gläubiger; die **Erwartungen** des Verletzers bezüglich Marktanteilerweiterung und Gewinn bei einem künftigen Wettbewerbsverstoß; die **Eigenart des Unternehmens** im Hinblick auf Branchenzugehörigkeit, rechtliche Verfassung, Organisation und sonstiges Geschäftsgebaren („Seriosität“) (vgl. zum Ganzen noch *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 271; *Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 12; *Ahrens* WRP 1983, 1; *Nees* WRP 1983, 200, 201 f).

Bietet der Verletzer eine **zu niedrige Vertragsstrafe** an, so wird dadurch die Wiederholungsgefahr nicht ausgeräumt (KG WRP 1987, 322), auch dann nicht, wenn der Abmahnende ursprünglich nicht mehr gefordert hat (vgl. OLG Karlsruhe WRP 1985, 437, 439). Bietet der Verletzer eine **zu hohe Vertragsstrafe** an, soll sie als in angemessener Höhe gestellt gelten (so *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 275). Richtigerweise ist diesem Gesichtspunkt bei einer etwaigen Herabsetzung der Vertragsstrafe Rechnung zu tragen (dazu Rdn. 121 ff). – Fordert umgekehrt der Gegner eine zu hohe Vertragsstrafe, muß der Verletzer, um die Wiederholungsgefahr auszuräumen, eine angemessen hohe Vertragsstrafe anbieten (BGH GRUR 1983, 127, 128 – *Vertragsstrafeversprechen*). Erscheint diese dem Gegner als zu niedrig, so trifft ihn grundsätzlich eine Nachfaßpflicht (OLG Hamburg GRUR 1988, 929, 930 – *Höhe der Vertragsstrafe*). – Nicht erforderlich ist es, daß der Verletzer auch die Übernahme der Kosten des Gegners anbietet (OLG Koblenz GRUR 1979, 496, 500; OLG Hamm WRP 1982, 233; *Baumbach/Hefermehl*; Einl. UWG Rdn. 273; *Mes* GRUR 1978, 345, 348).

¹⁸ Vgl. z. B. OLG Stuttgart WRP 1981, 570; OLG Köln WRP 1985, 108, 110; OLG Hamm WRP 1985,

436, 437; OLG Karlsruhe WRP 1985, 437, 439 sowie die Nachw. bei *Ahrens* S. 49 Fn. 178.

- 41** Auf die Höhe der angemessenen Vertragsstrafe hat es keinen Einfluß, wer **Adressat der Unterwerfungserklärung** ist, insbesondere ob ihm ein Schaden aus einer Zuwiderhandlung droht. Eine Vertragsstrafe ist also nicht deshalb niedriger zu bemessen, weil Adressat ein **Verband** ist (*Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 15; im Grundsatz auch BGH GRUR 1983, 127, 128 – *Vertragsstrafeversprechen*).
- 42** Der Verletzer muß nicht notwendig eine von vornherein der Höhe nach festgesetzte Vertragsstrafe anbieten. Eine Beseitigung der Wiederholungsgefahr ist nämlich auch dann möglich, wenn die Vertragsstrafe der Höhe nach **unbestimmt** und ihre Festsetzung im Fall der Zuwiderhandlung dem **Gläubiger** überlassen ist (BGH GRUR 1985, 937, 938 – *Vertragsstrafe bis zu ... II*). Zulässig ist es auch, das Bestimmungsrecht des Gläubigers durch eine **Obergrenze** („Vertragsstrafe bis zu ...“) zu beschränken (BGH aaO). Doch ist dabei zu berücksichtigen, daß insoweit die Rechtsposition des Gläubigers verschlechtert wird, weil seine Festsetzung der Überprüfung und möglichen Korrektur durch das Gericht (§ 315 Abs. 3 BGB) unterliegt, der Gläubiger folglich zur Vermeidung von Prozeßrisiken möglicherweise einen niedrigeren Betrag festsetzt als er angemessen ist (BGH aaO). Die Rspr. (BGH aaO; GRUR 1985, 155, 157 – *Vertragsstrafe bis zu ... I*) trägt dem Rechnung durch eine angemessene Aufstockung der Obergrenze gegenüber einem von vornherein festgelegten Betrag. Der Umfang der Aufstockung soll von den Umständen des Einzelfalls abhängen, insbesondere davon, wie groß die Wiederholungsgefahr ist und ob und in welchem Umfang bei der Bildung der Obergrenze nach dem Willen des Verletzers oder der Parteien auch bereits schwerer als die begangene Verletzungshandlung wiegende Verstöße gegen die Unterlassungspflicht berücksichtigt sein sollten (BGH aaO). Als ungefähren Richtwert für eine solche Obergrenze nimmt die Rspr. (BGH aaO) das **Doppelte** der im jeweiligen Fall als „fester Betrag“ angemessen erscheinenden Vertragsstrafe an (ebenso *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG 275). – Die gleichen Erwägungen müssen folgerichtig gelten, wenn die Festsetzung der Vertragsstrafe einem **Dritten** überlassen ist.
- 43** Ob die Wiederholungsgefahr auch durch eine strafbewehrte Unterwerfung eines (möglicherweise) **zahlungsunfähigen** oder **zahlungsunwilligen** Verletzers ausgeräumt wird, ist zweifelhaft. Unproblematisch ist der Fall, daß der Verletzer ausreichende Sicherheiten (z. B. Bürgschaft) anbietet. Auch eine (vom Gegner zu beweisende) Zahlungsunwilligkeit sollte unbeachtlich sein, da immerhin eine gerichtliche Durchsetzung der Zahlung möglich ist. Zu erwägen wäre, diesen Umstand bei der Bemessung der Höhe der Strafe zu berücksichtigen. Bei möglicher oder sogar erwiesener Zahlungsunfähigkeit kann im Einzelfall die Ernstlichkeit des Unterwerfungswillens fehlen und damit die Wiederholungsgefahr fortbestehen. Doch ist dies nicht zwingend. Denn auch ein zahlungsunfähiger Verletzer kann bestrebt sein, seine Verbindlichkeiten nicht noch höher anwachsen zu lassen (vgl. zum Ganzen *Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 17).
- 44** cc) **Bestimmung der Zuwiderhandlung**. Die Vertragsstrafe braucht lediglich für den Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung versprochen zu werden, da dies dem dispositiven Recht entspricht (Rdn. 115). Ein ausdrücklicher Hinweis des Verletzers hierauf ist, sofern keine sonstigen Zweifel an der Ernstlichkeit der Unterwerfungserklärung bestehen, als bloße **Klarstellung** zu verstehen, nicht als Beweislastumkehr dahingehend, daß der Gegner das Verschulden zu beweisen habe¹⁹. Auf eine solche Beweislastumkehr bräuchte sich der Gegner nicht einzulassen (*Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 23). Ob der Verletzer die Haftung für Verschulden seiner **Erfüllungsgehilfen** (§ 278 BGB) ausschließen darf,

¹⁹ BGH GRUR 1982, 688, 691 – *Senioren-Paß*; 1985, 155, 157 – *Vertragsstrafe bis zu ... I*; *Baumbach/*

Hefermehl, Einl. UWG Rdn. 274; a. A. noch OLG Frankfurt WRP 1979, 656.

erscheint zweifelhaft. Einerseits ist zu bedenken, daß durch die Gehilfenhaftung eine uU weitergehende Haftung begründet werden kann als sie bei der Durchsetzung des titulierten gesetzlichen Unterlassungsanspruchs bestünde (nach hM keine Sanktion bei Gehilfenverschulden). Andererseits – und dies dürfte den Ausschlag geben – sind Zweifel an der Ernstlichkeit der Unterwerfung angebracht, wenn der Verletzer die Gehilfenhaftung ausgeschlossen haben möchte. Der Verletzer hat immerhin den Vorteil, daß er nicht mehr aus dem gesetzlichen Unterlassungsanspruch haftbar gemacht wird.

Die Vertragsstrafe muß für **jeden Fall der Zuwiderhandlung** versprochen werden **45** (vgl. auch § 890 ZPO). Maßgebend ist freilich nicht der gewählte Wortlaut, sondern der durch Auslegung zu ermittelnde Inhalt der Erklärung (vgl. BGH GRUR 1985, 937, 938 – *Vertragsstrafe bis zu ... I*). Der Verletzer braucht sich allerdings nicht auf einen vom Gegner geforderten Ausschluß des **Fortsetzungszusammenhangs** einzulassen (*Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 290; *Lachmann BB* 1982, 1634, 1637; *Teplitzky Kap. 8 Rdn. 28*). Zwar ist eine derartige Vereinbarung zulässig (vgl. OLG Köln WRP 1985, 108, 110; *Bandt WRP* 1982, 5), aber sie würde den Verletzer schlechter stellen als bei einer Beurteilung seines Verhaltens nach dispositivem Recht, weil insoweit eine Zusammenfassung mehrerer Einzelakte zu „einem Fall der Zuwiderhandlung“ möglich ist (Rdn. 116 ff). Der Verletzer hätte andernfalls auch uU mit einer unerträglichen Summierung von Vertragsstrafen zu rechnen und wäre auf die Möglichkeit einer Herabsetzung nach § 343 BGB bzw. § 242 BGB beschränkt. Zumutbar wäre ein Ausschluß des Fortsetzungszusammenhangs allenfalls dann, wenn ihm in Gestalt entsprechend niedrig angesetzter Einzelvertragsstrafen Rechnung getragen würde. Doch wäre wohl eine solche Regelung häufig nicht empfehlenswert. – Ist sonach zwar ein Ausschluß des Fortsetzungszusammenhangs dem Verletzer grundsätzlich nicht zumutbar, so ist andererseits die Höhe der Vertragsstrafe in Fällen mit möglicher Fortsetzungstat so hoch zu bemessen, daß sie auch eine wirksame Abschreckung vor fortgesetztem Handeln gewährleistet. Dem Problem des Fortsetzungszusammenhangs ist also bei der Bemessung der angemessenen Höhe der Vertragsstrafe Rechnung zu tragen (so auch *Teplitzky Kap. 8 Rdn. 28*).

dd) **Strafversprechen zugunsten eines Dritten**. Umstritten ist, ob sich der Gegner **46** mit einer Unterwerfungserklärung abfinden muß, die ein Strafversprechen zugunsten eines Dritten (z. B. einer gemeinnützigen Einrichtung) enthält.²⁰ Außer Betracht bleiben muß der Gesichtspunkt der Schadensersatzsicherung durch die Vertragsstrafe, da er mit der Wiederholungsgefahr nichts zu tun hat (so auch BGH GRUR 1987, 748, 750 – *Getarnte Werbung II*; a. A. *Heinz/Stilner WRP* 1976, 657; 1977, 248; hinsichtlich des Verletzten auch *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 276). Ein Verband muß sich also nicht deshalb mit einem Strafversprechen zugunsten eines Dritten begnügen, weil er selbst keinen Schaden zu befürchten hat.

Ausschlaggebend ist allein, ob das Strafversprechen zugunsten eines Dritten die **47** Wiederholungsgefahr in gleicher Weise ausräumen kann, wie ein Strafversprechen an den Gegner, ob also der Verletzer ernsthaft von weiteren Verletzungen abgehalten wird. Dies läßt sich nicht generell verneinen oder bejahen, vielmehr kommt es auf die

²⁰ Verneinend: OLG München WRP 1977, 510, 511; KG WRP 1977, 716; OLG Stuttgart GRUR 1978, 539, 540; OLG Hamburg WRP 1980, 274, 276; OLG Hamm WRP 1982, 105, 106; OLG Oldenburg GRUR 1983, 195, 196; LG Berlin WRP 1977, 515, 516; *Heinz/Stilner WRP* 1976, 657; 1977, 248;

Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG Rdn. 276; *Teplitzky Kap. 8 Rdn. 22*. Bejahend: OLG Frankfurt WRP 1976, 699, 700; *Kohlhaas WRP* 1977, 91; *Borck WRP* 1978, 7, 11; *Pastor, Wettbewerbsprozeß*, S. 141.

Umstände des Einzelfalls an. Von Bedeutung können hierbei vor allem sein: die Person und die Eigenschaften des Dritten; die Art seiner Beziehungen zum Schuldner; die Höhe und Durchsetzbarkeit der Vertragsstrafe; die Glaubwürdigkeit und das Ansehen des Schuldners (BGH GRUR 1987, 748, 750 – *Getarnte Werbung II*).

- 48** Im Regelfall wird freilich die Erklärung des Schuldners, er sei nur zu einem Vertragsstrafversprechen zugunsten eines Dritten bereit, die Wiederholungsgefahr nicht ausräumen (so auch *Jacobs* GRUR 1987, 750, 751; vgl. auch *Teplitzky* GRUR 1989, 461, 464). Denn an sich kann es dem Schuldner gleichgültig sein, wem er die Zahlung der Vertragsstrafe verspricht, weil er bei Ernstlichkeit seiner Erklärung die Entstehung einer Zahlungspflicht gerade vermeiden will (BGH aaO). Ferner besteht die Gefahr, daß der Dritte eine verwirkte Strafe nicht mit dem gleichen Nachdruck betreiben wird wie der Gläubiger (vgl. *Ahrens* S. 52). Daß nach § 335 der Versprechensempfänger auch die Leistung an den Dritten fordern kann, beweist wenig. Denn der Versprechensempfänger müßte das Prozeßrisiko tragen, ohne als Äquivalent die Strafzahlung zu erhalten. Außerdem wird die Zahlung an den Dritten „für einen guten Zweck“ dem Verletzer häufig weniger ausmachen (oder sogar erwünscht sein – Spendencharakter der Zahlung! vgl. OLG Stuttgart GRUR 1978, 539, 540 sowie BGH aaO) als die Zahlung an den Gegner, dessen Finanzkraft dadurch zum Nachteil des Verletzers gestärkt wird. Es kann daher wohl auch keine Rolle spielen, daß dem Dritten eine höhere Strafe versprochen wird als sie an sich angemessen wäre (dafür *Kohlhaas* WRP 1977, 91).
- 49** Anders verhält es sich, wenn ein schutzwürdiges Interesse des Gegners an der Zahlung an ihn selbst fehlt. Dies kann der Fall sein, wenn z. B. zwischen den Parteien eine entsprechende Übung des Strafversprechens zugunsten Dritter bestand oder wenn zu befürchten steht, daß der Gegner den Geldbetrag gezielt für wettbewerbswidrige Maßnahmen gegen den Verletzer verwendet.
- 50** ee) Nichtannahme der Unterwerfungserklärung. Der Gegner braucht die Unterwerfungserklärung nicht anzunehmen, wenn er dafür triftige Gründe hat. So, wenn sie nicht den dafür geltenden Anforderungen entspricht oder wenn die Vertragsstrafe voraussichtlich uneinbringlich ist oder der Verletzer ein notorischer Rechtsbrecher ist. In diesem Fall wird regelmäßig die Wiederholungsgefahr fortbestehen (vgl. *Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 32; *Ahrens* S. 47). Lehnt der Gegner dagegen die Unterwerfungserklärung ohne triftigen Grund ab und kommt somit auch kein Unterlassungsvertrag zustande, ist zweifelhaft, ob auch dann noch Wiederholungsgefahr besteht (dazu eingehend und grundlegend *Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 33 ff und GRUR 1983, 609).
- 51** Gegen einen Wegfall der Wiederholungsgefahr wird eingewandt, daß die nicht angenommene Unterwerfungserklärung keine Sanktionsmöglichkeit für den Gläubiger begründe und daher auch keine Abschreckungswirkung habe (vgl. *Lindacher* GRUR 1975, 413, 416; *Kugelberg* S. 40). Die neuere Rspr.²¹ nimmt einen Wegfall der Wiederholungsgefahr bei einer einseitigen, vom Gegner nicht angenommenen strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung unter der Voraussetzung an, daß die Erklärung

²¹ Vgl. BGH GRUR 1982, 688, 691 – *Senioren-Paß*; 1983, 127, 128 – *Vertragsstrafversprechen*; 1983, 186, 187 – *Wiederholte Unterwerfung*; 1984, 199 – *Copy-Charge*; 1984, 593, 595 – *adidas Sportartikel*; 1985, 155, 156 – *Vertragsstrafe bis zu ... I*; 1988, 459, 460 – *Teilzahlungsankündigung*; Urt. v. 31. 5. 1990 – I ZR 285/88 – *Vertragsstrafe ohne Obergrenze*; OLG Frankfurt WRP

1976, 478, 481; OLG Stuttgart WRP 1986, 177, 178. Ebenso jetzt *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 270, 271. – Die ältere Rspr. des BGH (vgl. BGH GRUR 1964, 82, 86 – *Lesering*; 1967, 362, 366 – *Spezialsalz I*) arbeitete noch mit Wegfall des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses. Ebenso noch OLG Hamm WRP 1985, 436, 437.

sich als Ausdruck eines ernsthaften Unterlassungswillens darstellt. Dazu soll es namentlich gehören, daß die versprochene Vertragsstrafe geeignet erscheint, den Versprechenden ernsthaft von Wiederholungen der Verletzungshandlung abzuhalten. Ob dies der Fall sei, müsse in umfassender Würdigung aller Umstände des Einzelfalls unter Anlegung strenger Maßstäbe geprüft werden.

Ergänzend wird man fordern müssen, daß der Verletzer seine Erklärung unwiderruflich und unbefristet iS der §§ 147, 148 BGB abgibt und trotz etwaiger Ablehnung (§ 146 BGB) aufrechterhält, damit sie der Gegner jederzeit noch nachträglich annehmen und damit den vertraglichen Unterlassungsanspruch und das Strafversprechen begründen kann (ähnlich *Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 47; offengelassen noch in BGH GRUR 1985, 937, 938 – *Vertragsstrafe bis zu ... II*). Dadurch läßt sich auch dem Einwand Rechnung tragen, mangels Sanktionsmöglichkeit sei die erforderliche Hemmschwelle beim Verletzer nicht gegeben und bestehe die Wiederholungsgefahr fort: der Verletzer muß stets damit rechnen, daß der Gläubiger doch die Erklärung annimmt, ohne daß es dafür des Zugangs bedürfte (§ 151 S. 1 BGB). Daß der Gläubiger auf diese Weise von der gerichtlichen Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs mit der Vollstreckungsmöglichkeit nach § 890 ZPO auf die Geltendmachung einer Vertragsstrafe abgedrängt wird, ist hinzunehmen. Es ist dies die Konsequenz daraus, daß mit dem Wegfall der Wiederholungsgefahr der Unterlassungsanspruch selbst entfällt (bzw. gehemmt wird, Rdn. 69). Dies gilt auch für den Fall, daß die Unterwerfungserklärung erst während des Unterlassungsprozesses abgegeben, aber nicht angenommen wird.²² Die Folge ist freilich, daß dem Unterlassungsgläubiger ein bereits bestehender vorläufiger Vollstreckungstitel aus der Hand geschlagen werden kann (vgl. *Ahrens* JZ 1988, 551, 552).

52

ff) **Unwirksamkeit des Unterwerfungsvertrages.** Ist der Unterwerfungsvertrag unwirksam, besitzt der Gläubiger auch keine Sanktionsmöglichkeit. Im Regelfall ist daher die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen. Zwingend ist dies, wenn der Verletzer die Unwirksamkeit des Vertrages kannte oder kennen mußte (z. B. bei Willens- oder Vertretungsmängeln, die erkennbar waren). Schwieriger zu beurteilen sind die Fälle, in denen der Verletzer davon ausging und ausgehen durfte, der Unterwerfungsvertrag sei wirksam zustandegekommen. Hierbei ist zu unterscheiden. Läßt sich im Wege der Auslegung oder Umdeutung ein fortbestehendes Angebot des Verletzers zum Abschluß eines Unterwerfungsvertrages annehmen, sind die Grundsätze über die Nichtannahme der Unterwerfungserklärung (Rdn. 50 ff) anzuwenden. Ist dies nicht möglich, muß Fortbestehen bzw. (nach hier vertretener Auffassung; Rdn. 66 ff) Wiederaufleben der Wiederholungsgefahr angenommen werden. Der Verletzer wird dadurch nicht unzumutbar belastet, weil er im Regelfall einer Verurteilung durch Abgabe einer neuerlichen Unterwerfungserklärung entgehen kann.

53

gg) **Drittwirkung der Unterwerfungserklärung und Unteilbarkeit der Wiederholungsgefahr.** Hat der Verletzer bereits eine Unterwerfungserklärung abgegeben, fragt es sich, ob ein Dritter noch zusätzlich die Abgabe einer solchen Erklärung ihm gegenüber verlangen kann. Bejaht man dies uneingeschränkt,²³ hätte dies zur Folge, daß der Verletzer bei einem weiteren Verstoß die Vertragsstrafe mehrfach zu entrichten

54

²² Vgl. BGH, Urt. v. 31.5.1990 – I ZR 285/88 – *Vertragsstrafe ohne Obergrenze*; *Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 31; a. A. aber *Ahrens* S. 46 und GRUR 1985, 15; ferner *Lindacher* GRUR 1975, 413, 418 für den Fall vorheriger vergeblicher Abmahnung und *Schimmelpfennig* GRUR 1974, 108 für den Fall des fortgeschrittenen Prozeßstadiums.

²³ Vgl. OLG München WRP 1980, 285, 286; OLG Koblenz WRP 1981, 479, 480 (nur für den Regelfall); *Krüger* GRUR 1984, 785; *Nirk/Kurtze* Rdn. 284; *Pastor*, Wettbewerbsprozeß S. 112.

hätte, vorbehaltlich einer möglichen Herabsetzung nach § 343 BGB oder § 242 BGB. Zu rechtfertigen wäre dies, wenn man auf die Schadensersatzsicherungsfunktion der Vertragsstrafe abstellen würde, da dann jeder Verletzte seinen (möglichen) Schaden ersetzt bekäme. Darauf kommt es jedoch nicht an. Denn unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Wiederholungsgefahr ist ausschließlich die Abschreckungsfunktion der gesicherten Unterwerfungserklärung zu berücksichtigen.

- 55** Die Frage ist also dahin zu stellen, ob bereits durch die erste Unterwerfungserklärung die Wiederholungsgefahr ausgeräumt wurde und noch ausgeräumt ist. Ist dies der Fall, bedarf es keiner weiteren Unterwerfungserklärung gegenüber Dritten. Denn die Wiederholungsgefahr kann nur einheitlich, nicht aber unterschiedlich im Verhältnis zu mehreren Gegnern bejaht oder verneint werden²⁴.
- 56** Ob ein Wegfall der Wiederholungsgefahr eingetreten ist, muß anhand der Umstände des Einzelfalls gewürdigt werden²⁵. Dabei sind allerdings nicht nur die Verhältnisse bei Abgabe der ersten Unterwerfungserklärung, sondern auch bei der neuerlichen Abmahnung, insbesondere das zwischenzeitliche Verhalten des Verletzers zu berücksichtigen. Das bedeutet kein Abgehen vom Unteilbarkeitsgrundsatz, wohl aber ist es denkbar, daß eine bereits weggefallene Wiederholungsgefahr nachträglich wieder auflebt bzw. Erstbegehungsgefahr eintritt (dazu näher Rdn. 66 ff).
- 57** Allerdings ist im Hinblick auf die Gefahr von Mißbräuchen (Scheingeschäft!) eine strenge Prüfung geboten, ob die erste abgegebene Unterwerfungserklärung ernstlich gemeint ist und der Schuldner davon ausgehen muß, daß der Gläubiger die (nur ihm zustehende) Sanktionsmöglichkeit auch tatsächlich ausschöpft (BGH GRUR 1987, 640, 641 – *Wiederholte Unterwerfung II*; 1989, 758, 759 – *Gruppenprofil*). Ist der Gläubiger ein Verband, kommt es also auch darauf an, ob und wie er sonstige Wettbewerbsverstöße verfolgt (vgl. OLG Hamburg WRP 1984, 622; OLG Koblenz WRP 1981, 479, 481). Für den Fall, daß der Verletzer von mehreren Abmahnungen überzogen wird, er aber nur eine Unterwerfungserklärung abgeben möchte, ist es ratsam, sich für den „seriösesten Gläubiger“ zu entscheiden (Vogt/Vogt NJW 1984, 2860, 2864; Borck WRP 1985, 311, 315). Denkbar erschiene es auch, daß der Schuldner mehrere Unterwerfungserklärungen mit entsprechend niedrigen Vertragsstrafversprechen abgibt, deren Summe für die Abschreckung ausreicht, etwa wenn die erste Unterwerfungserklärung wegen zu niedriger Vertragsstrafe als unzureichend angesehen wird (vgl. hierzu OLG Frankfurt WRP 1987, 255, 256 m. Anm. Traub 256, 257). Allerdings erscheint sehr zweifelhaft, ob dies als Bekundung eines ernstlichen Unterlassungswillens ausreicht. Der Schuldner könnte nämlich darauf spekulieren, daß nur ein Gläubiger den Verstoß verfolgt. Empfehlenswert ist die Abgabe einer weiteren, für sich gesehen ausreichenden Erklärung. – Zu berücksichtigen ist auch, ob die erste Unterwerfungserklärung angenommen oder als unzureichend zurückgewiesen wurde. Jedoch kann, wie gezeigt,

²⁴ BGH GRUR 1983, 186 – *Wiederholte Unterwerfung I*; 1987, 640, 641 – *Wiederholte Unterwerfung II*; Tack WRP 1984, 455; Teplitzky Kap. 8 Rdn. 48; a. A. Krüger GRUR 1984, 785, 787 ff; Ahrens WRP 1983, 1, 2; wohl auch Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG Rdn. 278 ff.

²⁵ So BGH GRUR 1960, 379, 381 – *Zentrale*; 1983, 186 – *Wiederholte Unterwerfung I* = WRP 1983, 264 m. Anm. Borck; 1987, 640, 641 – *Wiederholte Unterwerfung II* – m. Anm. Lehmpfuhl in GRUR 1987, 919; 1988, 313 – *Auto F. GmbH*; 1989, 758,

759 – *Gruppenprofil*; OLG Düsseldorf WRP 1984, 153, 155; OLG Hamburg GRUR 1984, 889, 890; OLG Karlsruhe WRP 1986, 563, 564; OLG Köln WRP 1986, 506 f; Teplitzky Kap. 8 Rdn. 48; ders. GRUR 1983, 609, 610; Nordemann 566; Kues WRP 1985, 196, 197; Borck WRP 1985, 311, 312; v. Gamm, UWG § 1 Rdn. 228, 298. – Daß es tatsächlich zu einem Wegfall der Wiederholungsgefahr in solchen Fällen kommt, soll angeblich selten vorkommen (vgl. Borck WRP 1985, 311, 318; von Ungern-Sternberg FS Klaka, 1987, S. 72, 86).

die Wiederholungsgefahr auch durch eine nicht angenommene Unterwerfungserklärung im Einzelfall ausgeräumt sein.

Im einzelnen kann eine Rolle spielen: **Person und Eigenschaften des Gläubigers** (BGH GRUR 1983, 186, 187 – *Wiederholte Unterwerfung I*; 1989, 758, 759 – *Gruppenprofil*), z. B. Seriosität des Verbandes (OLG Koblenz WRP 1981, 479, 481), aber auch des Schuldners; die rechtlichen, wirtschaftlichen und persönlichen **Beziehungen** zwischen beiden (vgl. *Borck* WRP 1985, 311, 313 mit Beispielen); die jeweilige **Ausgestaltung** der Unterwerfungserklärung, insbesondere wie eng oder weit das zu unterlassende Verhalten umschrieben ist (vgl. hierzu OLG Frankfurt WRP 1987, 255, 256), wie hoch die Vertragsstrafe angesetzt (auch hierzu OLG Frankfurt) und ob ihre Festsetzung dem Gläubiger oder einem Dritten überlassen ist. Daß die Unterwerfungserklärung **unaufgefordert** abgegeben wurde, spricht nicht schon gegen ihre Ernstlichkeit (vgl. *Borck* WRP 1985, 311, 315). Maßgebend ist vielmehr, **wem gegenüber** sie abgegeben wurde (so auch *Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 50; OLG Hamburg GRUR 1984, 676). UU kann dies sogar ein Indiz für die Ernstlichkeit sein. – Eine Rolle kann auch spielen, ob Vertragsstrafengläubiger und weiterer Abmahner in einem **Wettbewerbsverhältnis** zueinander stehen (vgl. LG München GRUR 1984, 832).

Weiter ist zu berücksichtigen, ob durch eine **Änderung der Verhältnisse** seit Abgabe der ersten Unterwerfungserklärung die zunächst entfallene Wiederholungsgefahr wieder aufgelebt ist, falls man (wie hier; Rdn. 66 ff) ein solches Wiederaufleben für möglich hält. Z. B. wenn zwischen Schuldner und Gläubiger zwischenzeitlich ein irgendwie gearteter Zusammenschluß erfolgt ist oder wenn sich die Gewinnchancen aus einer möglichen neuerlichen Verletzung so erhöht haben, daß die ursprünglich angemessene Vertragsstrafe nicht mehr ausreicht, um den Schuldner wirksam abzuschrecken oder wenn neuerliche Verstöße erfolgten (vgl. OLG Nürnberg GRUR 1983, 677, 678). (Zu berücksichtigen wäre allerdings auch der umgekehrte Fall, daß durch eine Änderung der Verhältnisse die ursprünglich noch in gewissem Umfang bestehende Wiederholungsgefahr ausgeräumt wird.)

Die **Darlegungs- und Beweislast** für die Beseitigung der Wiederholungsgefahr trifft den Schuldner (BGH GRUR 1987, 640, 641 – *Wiederholte Unterwerfung II*). Zur Erfüllung der Darlegungspflicht genügt im Regelfall die Vorlage der Erstabmahnung und der Unterwerfungserklärung (zu einem Sonderfall – Abgabe der Erklärung in der Revisionsinstanz – vgl. BGH GRUR 1989, 758, 759 – *Gruppenprofil*). Steht aufgrund der Würdigung aller Umstände fest, daß die Wiederholungsgefahr zum jetzigen Zeitpunkt nicht (vollständig) ausgeräumt ist, kann auch ein **Dritter** noch die Abgabe einer gesicherten Unterwerfungserklärung verlangen. Zu erwägen wäre allerdings, ob nicht bei ihrer **inhaltlichen Ausgestaltung** auf die erste Unterwerfungserklärung Rücksicht zu nehmen ist. Steht beispielsweise fest, daß die Wiederholungsgefahr nur deshalb nicht ausgeräumt ist, weil die Vertragsstrafe bei jetziger Würdigung als zu niedrig angesetzt erscheint (vgl. OLG Köln NJW-RR 1987, 1448), wäre denkbar – aber im Ergebnis wohl abzulehnen (Rdn. 57) – daß der Dritte sich mit einer Vertragsstrafe begnügen muß, welche den Differenzbetrag zur angemessenen Höhe abdeckt. Ist lediglich zweifelhaft, ob der erste Gläubiger eine verwirkte Strafe auch wirklich einfordert, könnte dem Rechnung getragen werden, indem dem zweiten Gläubiger lediglich das Recht eingeräumt wird, Zahlung der verwirkten Strafe an den ersten Gläubiger zu verlangen (vgl. § 335 BGB). Zwischen den beiden Extremen von Entbehrlichkeit oder Erforderlichkeit einer zweiten (oder weiteren) Unterwerfungserklärung können daher auch **Zwischenlösungen** entsprechend dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erwogen werden. Allerdings ist dann zu befürchten, daß dadurch Unsicherheiten

in die Praxis hineingetragen werden, die die Rspr. gerade vermeiden will. Insgesamt erscheint es daher gerechtfertigt, eine für sich gesehen ausreichende zweite Unterwerfungserklärung zu verlangen, wenn die erste nicht ausreicht.

- 61** hh) **Schweigen auf Zweitabmahnung.** Ein Sonderproblem entsteht, wenn der Schuldner auf die Abmahnung eines weiteren Unterlassungsberechtigten hin schweigt und erst im gerichtlichen Verfahren auf die bereits einem anderen gegenüber angegebene Unterwerfungserklärung hinweist (dazu *Kues* WRP 1985, 196). Hier ist zunächst zu fragen, ob das Schweigen als Indiz für eine fehlende Ernstlichkeit der Unterwerfungserklärung gewertet werden kann (vgl. *Lindacher* GRUR 1987, 55, 56). Der BGH (GRUR 1987, 640, 641 – *Wiederholte Unterwerfung II*) schließt dies aus, wenn das Schweigen den Umständen nach auf bloßer Nachlässigkeit beruht, läßt aber offen, wie im Falle hartnäckigen oder böswilligen Schweigens zu entscheiden wäre. Nun trifft es zwar zu, daß grundsätzlich auch aus dem nachträglichen Verhalten des Schuldners Rückschlüsse auf seine Willenshaltung bei Abgabe der Erklärung gezogen werden können. Doch gilt dies nur, wenn ohnehin Zweifel an der Ernstlichkeit der Erklärung bestehen. In einem solchen Falle mögen einmal ausnahmsweise die Gründe oder Motive des Schweigens zur Auslegung der Erklärung heranziehbar sein.
- 62** Steht aber fest, daß die Erklärung ernsthaft war, so wurde damit die **Wiederholungsgefahr** ausgeräumt. Die Frage kann dann nur noch lauten, ob die Wiederholungsgefahr durch das Schweigen des Schuldners auf die Zweitabmahnung wieder auflebt oder ob dadurch eine neue (Erst-)Begehungsgefahr begründet wird. Freilich reicht der bloße Anschein einer solchen Gefahr gegenüber dem Zweitabmahnenden nicht aus, weil das Bestehen der Gefahr objektiv zu beurteilen ist (so auch BGH aaO). Im Hinblick auf die Unteilbarkeit der Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr geht es auch nicht an, eine vom Schuldner auszuräumende Vermutung einer solchen Gefahr gegenüber dem Zweitabmahner aufzustellen (so aber OLG Frankfurt GRUR 1984, 669; KG GRUR 1986, 563). Aus dem bloßem Schweigen gegenüber dem Zweitabmahner folgt noch kein Wiederaufleben bzw. keine Entstehung einer Begehungsgefahr, mag es auch subjektiv im Verhältnis zum Zweitabmahner von Böswilligkeit oder Hartnäckigkeit getragen sein. Etwas anderes gilt dann, wenn sich aus dem sonstigen Verhalten des Schuldners ergibt, daß er sich von seiner ersten Erklärung lossagt. Die gleichen Grundsätze gelten sinngemäß, wenn der Verletzer der Erstabmahnung sachlich entgentritt und dann gegenüber dem Zweitabmahner sich unterwirft, ohne dies dem Erstabmahner mitzuteilen (vgl. OLG Frankfurt WRP 1985, 220, 222).
- 63** ii) **Aufklärungs- und Antwortpflichten des Abgemahnten.** Ist die Wiederholungsgefahr ausgeräumt und besteht auch keine neue Erstbegehungsgefahr, hatte der Gläubiger davon aber keine Kenntnis, als er die Klage einreichte bzw. den Verfügungsantrag stellte, ist dies für ihn mißlich: Klage bzw. Verfügungsantrag müssen kostenpflichtig abgewiesen werden. Diese Kostenbelastung erscheint unbillig, wenn der Rechtsstreit durch eine entsprechende Mitteilung des Schuldners ohne weiteres zu vermeiden gewesen wäre.²⁶ Man ist sich daher einig, daß die Kosten letztlich dem Schuldner zur Last fallen sollen. Der Vorschlag einer prozessualen Kostenüberbürdung (*Lindacher* GRUR 1987, 55, 56), nämlich § 93 ZPO analog anzuwenden, hat sich freilich nicht durchsetzen können.²⁷ Statt dessen gewährt die heute ganz hM²⁸ einen materiell-

²⁶ Zum Problem vgl. *Schulte* GRUR 1980, 470; *Ulrich* WRP 1985, 117; *Borck* WRP 1985, 311.

²⁷ Dagegen BGH GRUR 1987, 640, 641 – *Wiederholte Unterwerfung II*; *Kues* WRP 1985, 196, 197; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 548.

²⁸ BGH GRUR 1987, 54, 55 – *Aufklärungspflicht des Abgemahnten* – mN zum Streitstand; 1987,

640, 641 – *Wiederholte Unterwerfung II*; 1988, 716, 717 – *Aufklärungspflicht gegenüber Verbänden*; 1990, 381, 382 – *Antwortpflicht des Abgemahnten*; 1990, 542, 543 f – *Aufklärungspflicht des Unterwerfungsschuldners*; OLG Frankfurt WRP 1989, 391, 392; KG WRP 1989, 659, 660; *Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 50.

rechtlichen Kostenerstattungsanspruch. Grundlage dafür ist die Erkenntnis, daß die Verletzungshandlung ein gesetzliches Schuldverhältnis aus unerlaubter Handlung zwischen dem Verletzer und dem Anspruchsberechtigten begründet. Durch die Abmahnung konkretisiert sich dieses Schuldverhältnis zu einer „wettbewerbsrechtlichen Sonderbeziehung eigener Art“, die wegen der regelmäßig gegebenen Interessenüberschneidungen in besonderem Umfang durch Treu und Glauben bestimmt wird und Quelle von **Rechtspflichten**, insbesondere Informationspflichten, sein kann (vgl. BGH GRUR 1990, 381 – *Antwortpflicht des Abgemahnten* – mwN). Die Auferlegung solcher Informationspflichten ist unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen ein Gebot der Billigkeit, zumal dem Anspruchsberechtigten die Abmahnlast auferlegt ist (vgl. BGH aaO). Dem Schuldner ist zuzumuten, auf die Abmahnung zu reagieren, weil er damit rechnen muß, daß der Gläubiger in der Überzeugung vom Bestehen einer Wiederholungsgefahr gerichtliche Schritte einleitet, die zu einer vermeidbaren Kostenbelastung führen. Dies um so mehr, als ihm die Information keine großen Kosten verursachen wird. – Ein Rückgriff auf § 826 BGB (vgl. *Borck* WRP 1983, 264, 266; *Tack* WRP 1984, 455, 457) ist daneben entbehrlich, wenngleich natürlich nicht ausgeschlossen.

Zu den **Informationspflichten des Abgemahnten** gehören vor allem Aufklärungs- und Antwortpflichten gegenüber dem Abmahner, deren schuldhafte Verletzung einen Schadensersatzanspruch des Abmahners aus § 286 I BGB (bei nicht fristgerechter Erfüllung) oder aus positiver Forderungsverletzung (bei ungenügender Erfüllung) auslösen kann. Dieser Schadensersatzanspruch umfaßt insbesondere die durch das Verhalten des Abgemahnten ausgelösten **Rechtsverfolgungskosten** (BGH GRUR 1990, 381, 382 – *Antwortpflicht des Abgemahnten*). – Im einzelnen gilt folgendes:

(1) Geht dem Schuldner eine Abmahnung zu, so darf er darauf nicht schweigen, sondern muß innerhalb der gesetzten bzw. einer angemessenen Frist darauf antworten (BGH aaO – *Antwortpflicht des Abgemahnten*). Seine Antwort muß unzweideutig sein, nämlich die Abgabe einer ausreichend strafbewehrten Unterlassungserklärung oder deren Ablehnung enthalten (BGH aaO – *Antwortpflicht des Abgemahnten*).

(2) Hat der Schuldner auf eine Abmahnung hin bereits eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben und damit die Wiederholungsgefahr ausgeräumt, so darf er gegenüber der Abmahnung eines weiteren Gläubigers nicht schweigen. Vielmehr trifft ihn eine Aufklärungspflicht. Sie beschränkt sich nicht auf die bloße Mitteilung, daß bereits eine Unterwerfungserklärung gegenüber einem anderen Gläubiger abgegeben wurde. Die Aufklärung muß vielmehr so umfassend sein, daß sich der Abmahrende ein hinreichend genaues Bild machen kann, ob die Wiederholungsgefahr ausgeräumt ist oder nicht (vgl. dazu auch BGH GRUR 1989, 758 – *Gruppenprofil*). Dazu gehört insbesondere die Mitteilung, wem gegenüber die Erklärung abgegeben wurde und welchen Inhalt sie hat, sowie in welchen Beziehungen der Verletzer zum Gläubiger steht (vgl. *Kues* WRP 1985, 196, 199).

Die schadensersatzrechtliche Lösung hat den Vorzug, daß sich ein etwaiges **Mitverschulden** des Gegners (vgl. BGH GRUR 1990, 381, 382, sub III – *Antwortpflicht des Abgemahnten*) berücksichtigen läßt (z. B. wenn er aufgrund besonderer Umstände damit rechnen mußte, daß bereits eine Unterwerfungserklärung gegenüber einem anderen abgegeben worden war und er dem keine Beachtung schenkt). Auch kann es im Einzelfall bereits an der adäquaten **Kausalität** der unterlassenen Aufklärung für die Einleitung des Rechtsstreits fehlen (BGH aaO – *Antwortpflicht des Abgemahnten*), was jedoch der Verletzer zu beweisen hat (BGH GRUR 1988, 716, 717 – *Aufklärungs-*

pflicht gegenüber Verbänden). Eine Schadensersatzpflicht entfällt schließlich, wenn der Schuldner kein **Verschulden** an der Unterlassung der Mitteilung trifft.

- 66** jj) **Neuerliche und wiederauflebende Wiederholungsgefahr**. Begeht der Schuldner nach Abgabe der Unterwerfungserklärung einen neuerlichen Rechtsverstoß, begründet dies einen **neuen Unterlassungsanspruch** wegen Wiederholungsgefahr (OLG Koblenz WRP 1982, 202 LS). Denn die neuerliche Verletzung läßt wiederum Wiederholungsgefahr vermuten. Die Frage, ob der alte Unterlassungsanspruch durch Wiederaufleben der Wiederholungsgefahr fortbesteht (so offenbar *Emmerich*, § 17 Anm. 2 a bb) bzw. ob im Hinblick auf die neuerliche Verletzungshandlung die Wiederholungsgefahr durch Abgabe der Unterwerfungserklärung nur scheinbar weggefallen war (vgl. dazu *Borck* WRP 1978, 7, 9), erscheint so gesehen müßig (offengelassen daher vom KG WRP 1976, 376, 377), von der Frage der Verjährung dieses Anspruchs einmal abgesehen. Macht ein Unterlassungsberechtigter den neuen Unterlassungsanspruch geltend, kann der Schuldner die Vermutung der Wiederholungsgefahr nicht durch den Hinweis auf die früher abgegebene Unterwerfungserklärung entkräften. Denn der neuerliche Verstoß beweist gerade, daß diese Erklärung keine ausreichende Abschreckungswirkung besaß (vgl. LG Hanau WRP 1981, 673, 674). Der Unterlassungsberechtigte kann daher grundsätzlich den gesetzlichen Unterlassungsanspruch durchsetzen. Das Rechtsschutzbedürfnis fehlt nicht deshalb, weil er auch die Möglichkeit hat, aus der Unterwerfungserklärung vorzugehen und Zahlung der Vertragsstrafe zu verlangen (KG WRP 1976, 376, 377 gegen OLG Hamburg GRUR 1974, 108 f). Denn Vertragsstrafenanspruch und Unterlassungsanspruch sind nicht gleichwertig. Die Vollstreckung des Unterlassungsanspruchs nach § 890 ZPO bietet einen anderweitigen und im Grunde umfassenderen Rechtsschutz (vgl. BGH GRUR 1980, 241, 242 – *Rechtsschutzbedürfnis; Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 293).
- 67** Eine andere Frage ist es, ob der Verletzer die neue Wiederholungsgefahr durch eine **neuerliche Unterwerfungserklärung** ausräumen kann. Nach der Rspr. (BGH GRUR 1990, 534 – *Abruf-Coupon*) kann dies grundsätzlich nur durch eine weitere Unterwerfungserklärung mit einer gegenüber der ersten erheblich höheren Strafbewehrung geschehen. Die Vorfrage ist aber, ob eine strafbewehrte Unterwerfungserklärung überhaupt noch geeignet ist, die Wiederholungsgefahr auszuräumen. Das kann im Einzelfall zu verneinen sein, so etwa bei wiederholt vorsätzlichem Verstoß und fehlender Zahlungsfähigkeit des Verletzers. Maßgebend sind also die Umstände und die Art und Weise des neuerlichen Rechtsverstoßes (ähnlich *Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 59: leichtes Versehen oder Renitenz) und das Verhalten des Verletzers nach dem Verstoß (Abstreiten eines Verstoßes oder anstandsloses Entrichten der Vertragsstrafe; sofortiges Ergreifen von Maßnahmen, um einen neuerlichen Verstoß auszuschließen; Schadensersatzleistung). Erscheint eine neuerliche Unterwerfungserklärung grundsätzlich geeignet, um die neue Wiederholungsgefahr auszuschließen, muß aber bei der Bemessung der Höhe der Vertragsstrafe die Tatsache des neuerlichen Verstoßes angemessen berücksichtigt werden (vgl. den Fall BGH GRUR 1984, 72 – *Vertragsstrafe für versuchte Vertreterabwerbung*). Die Vertragsstrafe muß, um angemessen zu sein, jedenfalls erheblich höher liegen als die ursprünglich vereinbarte (BGH aaO – *Abruf-Coupon*). Allerdings ist das neuerliche Vertragsstrafeversprechen im Regelfall mangels abweichender Vereinbarung dahin auszulegen, daß es das erste ablöst. Andernfalls könnte – was so wohl nicht gewollt ist – der Gläubiger bei einer neuerlichen Verletzung zwei Vertragsstrafen verlangen. Im übrigen kann es erforderlich erscheinen, daß der Verletzer Sicherheit für künftige Vertragsstrafenansprüche leistet, wenn zu befürchten steht, daß eine Vertragsstrafe nicht entrichtet werden kann.

Die Frage des **Wiederauflebens** der Wiederholungsgefahr stellt sich dann, wenn der Schuldner zwar keinen neuerlichen Rechtsverstoß begeht, aber sonstige Umstände eintreten, die nunmehr einen neuerlichen Verstoß trotz der abgegebenen Unterwerfungserklärung als möglich erscheinen lassen. So beispielsweise, wenn infolge Änderung der Marktlage bei einem Verstoß Gewinnchancen bestehen, gegen die die Vertragsstrafe kein ausreichendes Gegengewicht mehr darstellt, oder wenn der Schuldner in Vermögensverfall gerät und ihn eine Vertragsstrafe deshalb nicht mehr schreckt, oder wenn sich nunmehr herausstellt, daß die Unterwerfungserklärung aus irgendeinem Grund unwirksam ist und der Schuldner sie daher nicht (mehr) zu respektieren braucht. **68**

Nach wohl hM erlischt der Unterlassungsanspruch **endgültig**, wenn die Wiederholungsgefahr einmal in Wegfall gerät (vgl. BGH GRUR 1987, 640, 642 – *Wiederholte Unterwerfung II*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 287; *Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 53; *Lindacher* GRUR 1987, 55; a.A. OLG Hamburg WRP 1986, 560, 561; *Emmerich* § 17 2 a bb). Allenfalls soll ein Unterlassungsanspruch wegen **Erstbegehungsgefahr** in Betracht kommen. Indessen wird in den genannten Fällen schwerlich eine Erstbegehungsgefahr anzuerkennen sein (vgl. näher *Köhler* GRUR 1989, 804, 807). Außerdem aber wird diese Sichtweise dem Tatbestandsmerkmal der Wiederholungsgefahr nicht gerecht, da es sich nicht auf die Vergangenheit, sondern auf die Zukunft bezieht. Es kommt darauf an, ob in dem für die Entscheidung maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung eine Wiederholungsgefahr besteht (vgl. *Köhler* GRUR 1989, 804, 805). Unerheblich ist es, ob sie auch und durchgehend in der Vergangenheit bestanden hat. (Nicht anders verhält es sich beim Einwand der Verwirkung: deren Voraussetzungen müssen im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen, der Schuldner kann sich also nicht darauf berufen, daß zwischenzeitlich einmal diese Voraussetzungen erfüllt waren; vgl. Rdn. 455 sowie *Teplitzky* Kap. 17 Rdn. 1). Daraus folgt zugleich, daß die Rechtskraft eines die Klage wegen Fehlens der Wiederholungsgefahr abweisenden Urteils einer Klage, die sich auf nunmehriges Vorliegen der Wiederholungsgefahr stützt, nicht entgegensteht. Materiellrechtlich bedeutet diese Einsicht, daß das Fehlen der Wiederholungsgefahr keine rechtsvernichtende, sondern nur eine **rechtshemmende Einwendung** begründet (vgl. *Köhler* GRUR 1989, 804, 805). **69**

Im Zusammenhang mit der **Mehrfachabmahnung** bedeutet dies: das Gericht hat nicht nur zu prüfen, ob durch eine zuvor gegenüber einem Dritten abgegebene Unterwerfungserklärung die Wiederholungsgefahr weggefallen ist, sondern darüber hinaus, ob sie durch zwischenzeitlich eingetretene Umstände wieder aufgelebt ist. Damit wird gleichzeitig der Grundsatz der **Unteilbarkeit** der Wiederholungsgefahr bestätigt und nicht etwa durchbrochen (wie offenbar *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 278 meinen). **70**

Läßt man ein Wiederaufleben der Wiederholungsgefahr gelten, bedeutet dies, daß der **ursprüngliche** Unterlassungsanspruch **fortbesteht**. Der Verletzer kann allerdings ggf. durch ein „**Nachbessern**“ bei der Unterwerfungserklärung die Wiederholungsgefahr wieder beseitigen bzw. hemmen. **71**

f) Der Wegfall der Wiederholungsgefahr aufgrund des **Ergehens vollstreckbarer Entscheidungen**. Hat der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel gegen den Verletzer erlangt, spielt im Verhältnis zu ihm das Problem des Wegfalls der Wiederholungsgefahr keine Rolle mehr. Wohl aber stellt sich dieses Problem im Verhältnis zu sonstigen Gläubigern, die vom Verletzer Abgabe einer strafbewehrten Unterwerfungserklärung begehren oder gleich gerichtlich gegen ihn vorgehen. **72**

- 73** Schon bei der rechtskräftigen Verurteilung im Hauptsacheverfahren ist strittig, ob dadurch die Wiederholungsgefahr entfällt. Nach einer Ansicht ist dies zu bejahen, weil die Möglichkeit der Vollstreckung nach § 890 ZPO geeignet sei, den Willen des Verletzers nachhaltig zu beeinflussen (vgl. OLG Karlsruhe WRP 1986, 563, 564; – sogar zur einstweiligen Verfügung). Die Gegenansicht verweist darauf, daß das Urteil gegen den Willen des Verletzers ergehe und die zwangsweise Befolgung durchgesetzter Unterlassungsansprüche den Erwartungen, die sich an eine freiwillige Unterwerfung in der Regel knüpfen, im allgemeinen nicht entsprechen (vgl. KG GRUR 1984, 155, 156 – *Rechtsschutzbedürfnis und Wiederholungsgefahr*; ebenso *Teplitzky* Kap. 7 Rdn. 12 und für den Regelfall *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 288). Ferner wird geltend gemacht, daß ein rechtskräftiges Urteil nur „inter partes“ und nicht „inter omnes“ wirken könne (*Traub* WRP 1987, 256, 257). – Richtigerweise wird man freilich – ebenso wie bei der Mehrfachabmahnung – auf die Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Person des Klägers und des Beklagten und ihre Beziehungen zueinander abstellen müssen (so wohl auch BGH GRUR 1960, 379, 381 – *Zentrale*; OLG München WRP 1976, 132). Es kommt darauf an, ob der Gläubiger auch ernstlich gewillt ist, die Vollstreckung zu betreiben. Daß eine rechtskräftige Verurteilung nicht automatisch zum Wegfall der Wiederholungsgefahr führen kann, wird deutlich, wenn man an den Fall der Kollusion von Kläger und Beklagtem zum Zwecke der Ausschaltung von Klagen Dritter denkt. Umgekehrt läßt sich aber auch nicht generell sagen, daß im Falle der unfreiwilligen Verurteilung der Verletzer weniger geneigt sei, sich künftig rechtstreu zu verhalten als bei freiwilliger Unterwerfung. Denn das Ausprozessieren durch den Beklagten – und die damit verbundene Aufrechterhaltung seines Rechtsstandpunktes – läßt allein noch nicht befürchten, daß er dem Urteil keine Folge leisten wird. Man denke nur an den Fall einer zweifelhaften und umstrittenen Rechtsfrage, die durch dieses Verfahren geklärt werden soll. – Ebenfalls auf die Einzelfallumstände ist abzustellen, wenn das Urteil ergangen, aber noch nicht rechtskräftig ist.
- 74** Ist gegen den Verletzer eine einstweilige Verfügung erwirkt worden, wird dadurch noch nicht die Wiederholungsgefahr beseitigt, weil weder der Verletzer zu erkennen gegeben hat, daß er sich in Zukunft rechtstreu verhalten werde, noch der Gläubiger eine endgültige Vollstreckungsmöglichkeit besitzt (a. A., aber wohl nicht haltbar, OLG Karlsruhe WRP 1986, 563). Andernfalls müßte eine gleichzeitig erhobene Hauptsacheklage als unbegründet abgewiesen werden (vgl. *Tack* WRP 1984, 455, 459). Zu Recht wird für den Wegfall der Wiederholungsgefahr gefordert, daß die einstweilige Verfügung durch den Verzicht des Verletzers auf Widerspruch nach § 925 ZPO, auf das Recht der Fristsetzung zur Klageerhebung nach § 926 ZPO und auf das Antragsrecht nach § 927 ZPO endgültig geworden ist (vgl. OLG Hamm GRUR 1984, 598 – *Mehrfache einstweilige Verfügung*; OLG Hamburg GRUR 1984, 889, 890 – *Anerkannte Unterlassungsverfügung*). Doch ist dies nur die Mindestvoraussetzung. Es ist dann – wie bei der Verurteilung – anhand der Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob tatsächlich die Wiederholungsgefahr weggefallen ist. Es kommt also insbesondere darauf an, ob die Anerkennungserklärung des Verletzers ernstlich gemeint ist und auch keine Zweifel an der Bereitschaft des Gläubigers bestehen, die Sanktionsmöglichkeit auszuschöpfen (OLG Hamburg aaO).

4. Der vorbeugende Unterlassungsanspruch

- 75** a) **Allgemeines.** Der vorbeugende Unterlassungsanspruch (wegen Erstbegehungsgefahr) ist gewohnheitsrechtlich anerkannt. Er wird gewährt nach dem Grundsatz:

Vorbeugen ist besser als Heilen. Der Bedrohte soll nicht zuwarten müssen, bis eine Rechtsverletzung und möglicherweise ein Schaden tatsächlich eintritt, zumal häufig ungewiß ist, ob sich die eingetretene Verletzung nachher wieder ausgleichen läßt. Der vorbeugende Unterlassungsanspruch hat den gleichen Anwendungsbereich wie der Verletzungsunterlassungsanspruch. Er stellt lediglich eine zeitliche Erweiterung des Rechtsschutzes dar, weil er schon bei drohender und nicht erst bei eingetretener Rechtsverletzung eingreift. Im übrigen deckt sich sein sachlicher Anwendungsbereich mit dem Verletzungsunterlassungsanspruch. Es ist also nicht erforderlich, daß bei einer Rechtsverletzung ein Schaden eintreten würde (*Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 256, 299; *Teplitzky* Kap. 9 Rdn. 7; a. A., aber vereinzelt geblieben, BGH GRUR 1958, 86 – *Ei-fein*). Etwas anderes gilt auch nicht für die Unterlassungsansprüche, die sich auf das allgemeine Deliktsrecht (§§ 823 ff BGB) stützen.

b) Die Erstbegehungsgefahr als Anspruchsvoraussetzung. aa) **Beschreibung und Feststellung.** Der vorbeugende Unterlassungsanspruch ist ein selbständiger Anspruch und nicht etwa ein noch nicht fälliger Verletzungsunterlassungsanspruch (BGH GRUR 1990, 687, 689 – *Anzeigenpreis II*; *Teplitzky* Kap. 9 Rdn. 3). Er setzt nur eine **Erstbegehungsgefahr** einer Rechtsverletzung voraus. Darunter ist die **drohende**, also nicht nur mögliche, sondern **unmittelbar bevorstehende Gefahr** einer Rechtsverletzung zu verstehen (vgl. BGH GRUR 1967, 433, 434 – *Schrankwand*; 1970, 465, 467 – *Prämixe*). Damit gleichbedeutend sind Ausdrucksweisen wie: in nicht allzu ferner Zukunft ernstlich drohende Störungsgefahr (BGH GRUR 1962, 34, 35 – *Torsana*), oder: ernsthafte Gefahr (BGHZ 2, 394, 395 – *Widia/Ardia* = GRUR 1952, 35) oder: greifbare Anhaltspunkte für Wettbewerbsverstöße in naher Zukunft (BGH GRUR 1990, 687, 688 – *Anzeigenpreis II*). Die Erstbegehungsgefahr ist (wie die Wiederholungsgefahr) eine materielle Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs. Ihre Feststellung ist im wesentlichen Tatfrage (vgl. BGH GRUR 1983, 186 – *Wiederholte Unterwerfung*; 1987, 45, 46 – *Sommerpreiswerbung*), bei der alle maßgeblichen Umstände zu berücksichtigen sind (BGH GRUR 1990, 687, 688 – *Anzeigenpreis II*). Es müssen Umstände vorliegen, die darauf schließen lassen, daß der Gegner eine **Verletzungsabsicht** hat und es nur noch von seiner Entschließung abhängt, ob es zur Verletzung kommt oder nicht. Ein Versuch im Sinne eines unmittelbaren Ansetzens zur Tat (vgl. § 22 StGB) ist nicht erforderlich. Allerdings muß sich die drohende Verletzungshandlung in tatsächlicher Sicht so konkret abzeichnen, daß eine zuverlässige Beurteilung möglich ist (vgl. BGH GRUR 1970, 305, 306 – *Löscafé*; 1955, 411 – *Zahl 55*; 1954, 174 – *Kunststofffiguren*). – Das Vorliegen einer Erstbegehungsgefahr ist anhand objektiver Kriterien zu ermitteln. Auf die Sichtweise des Anspruchstellers kommt es nicht an. Maßgebender Beurteilungszeitpunkt ist der Schluß der letzten Tatsachenverhandlung (BGH GRUR 1986, 248, 251 – *Sporthosen*). Liegt in diesem Zeitpunkt keine Erstbegehungsgefahr vor, so ist die Klage als unbegründet und nicht bloß als zur Zeit unbegründet abzuweisen (BGH GRUR 1990, 687, 689 – *Anzeigenpreis II*). Die Rechtskraft dieses Urteils steht allerdings einer neuerlichen Klage nicht entgegen, wenn sie sich auf später eingetretene Umstände stützt (BGH aaO; BGH GRUR 1963, 378, 381 – *Deutsche Zeitung*). Ist streitig, ob bis zu einem bestimmten Zeitpunkt Erstbegehungsgefahr bestanden hat, so ist dieser Zeitpunkt maßgebend (vgl. auch *Teplitzky* Kap. 10 Rdn. 4).

bb) **Darlegungs- und Beweislast.** Der Anspruchsteller muß alle Tatsachen darlegen und ggf. beweisen, aus denen sich die Erstbegehungsgefahr ergibt (OLG Hamburg WRP 1973, 165; *Baumgärtel/Ulrich*, Hdb der Beweislast, Bd. 3, § 1 UWG Rdn. 24).

cc) **Einzelfälle.** Die Erstbegehungsgefahr kann sich aus einer sog. **Berührung** ergeben. Sie besteht in der Behauptung, zur betreffenden Handlung berechtigt zu sein (vgl.

- BGH GRUR 1987, 125, 126 – *Berühmung*) und sie jederzeit und gegenüber jedermann vornehmen zu dürfen (vgl. *Teplitzky* Kap. 10 Rdn. 9). Ob und in welchem Umfang eine solche Berühmung vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln (vgl. BGH GRUR 1963, 218, 220 – *Mampe Halb und Halb II*). Der Umfang der Berühmung ist zugleich maßgebend für den Umfang des Unterlassungsanspruchs (Spiegelbildtheorie; vgl. BGH GRUR 1963, 218, 220 – *Mampe Halb und Halb II* – mit insoweit krit. Anm. *Heydt*). Berühmt sich der Anspruchsgegner einer eingeschränkten Handlungsbefugnis, etwa eines Handelns zu Abwehrzwecken, kann Begehungsgefahr nur vorliegen, wenn die behaupteten Voraussetzungen rechtmäßigen Handelns nicht vorliegen (vgl. auch *Teplitzky* Kap. 10 Rdn. 11). In der Regel ist schon aus der Behauptung eines Rechts zum Handeln auf die Absicht zu schließen, die Handlung auch tatsächlich vorzunehmen. Doch kommt es stets auf die Umstände des Einzelfalls an (vgl. BGH GRUR 1987, 45, 46 – *Sommerpreiswerbung*). Anders verhält es sich z. B., wenn der Gegner gleichzeitig erklärt, er werde diese Handlung nicht vornehmen und diese Erklärung durch die näheren Umstände (z. B. die konkrete Ausgestaltung des Geschäftsberiebs) gestützt wird (vgl. BGH GRUR 1968, 49, 50 – *Zentralschloßanlagen*).
- 79** Ob die Berühmung vor oder während des Prozesses erfolgt, spielt keine Rolle (vgl. BGH GRUR 1973, 203, 205 – *Badische Rundschau*; OLG Stuttgart WRP 1982, 115, 116). Häufig wird ein Unterlassungsanspruch nur deshalb zuerkannt, weil der Beklagte in seiner Verteidigung die Rechtmäßigkeit eines bestimmten Handelns behauptet (vgl. BGH GRUR 1963, 218, 220 – *Mampe Halb und Halb II*; OLG Frankfurt WRP 1978, 893, 895; OLG Stuttgart NJW-RR 1988, 1254 – *Preisknüller des Jahres*). Dies ist freilich nicht unbedenklich. Denn dabei wird unterstellt, daß der Beklagte einen uneingeschränkten Handlungswillen hat und nur eine Verurteilung ihn davon abbringen kann. Häufig wird es aber dem Beklagten nur darum gehen, eine zweifelhafte oder umstrittene Rechtsfrage zu klären, um nicht möglicherweise grundlos auf an sich zulässige Wettbewerbshandlungen verzichten zu müssen. Jedenfalls dann, wenn den Umständen nach feststeht, daß der Beklagte die Handlung während des Prozesses nicht und nach dem Prozeß nur im Falle ihrer festgestellten Rechtmäßigkeit vornehmen wird, muß die Klage abgewiesen werden, auch wenn sich der Rechtsstandpunkt des Beklagten als irrig erweist (so auch BGH GRUR 1987, 45, 46 f – *Sommerpreiswerbung*).
- 80** Weitergehend wird in der neueren Rspr. gefordert, daß der Beklagte eindeutig klarstellen muß, er wolle seine Rechtsauffassung nur im Prozeß durchsetzen, nicht aber in die Tat umsetzen (BGH GRUR 1987, 125, 126 f – *Berühmung*; 1988, 313 – *Auto F. GmbH*). In den Gründen sollte dann allerdings (entgegen BGH aaO – *Sommerpreiswerbung*) die Rechtswidrigkeit der umstrittenen Handlung festgestellt werden, damit die Parteien wissen, woran sie sind. Im Klageverfahren ist auch an eine Zwischenfeststellungsklage (§ 256 Abs. 2 ZPO) zu denken, um die Rechtswidrigkeit des Handelns vorab zu klären.
- 81** Die Erstbegehungsgefahr kann sich weiter aus Vorbereitungshandlungen ergeben. Denn schon im Hinblick auf die damit verbundenen Mühen und Kosten ist anzunehmen, daß der Gegner auch die Handlung selbst vornehmen will. Als solche Vorbereitungshandlungen sind angesehen worden:
- 82** (1) Im Hinblick auf die rechtswidrige Benutzung eines Warenzeichens die Anmeldung und Eintragung dieses Zeichens (vgl. BGHZ 93, 96 = BGH GRUR 1985, 550 – *DIMPLE*; 1970, 305 – *Löscafé*), sofern damit eine Benutzungsabsicht verbunden ist. Dies beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalls. Die Benutzungsabsicht kann fehlen, wenn eine Anmeldung für eine ganze Klasse von Waren erfolgt, obwohl nach

dem Zuschnitt des Geschäftsberiebs eine Benutzung nur für einzelne Waren in Betracht kommt (vgl. BGHZ 93, 96 = BGH GRUR 1985, 550, 553 – *DIMPLE*). Aus der internationalen Registrierung (IR-Marke) ergibt sich nicht zwangsläufig eine Benutzungsabsicht für alle Länder (offengelassen in BGH GRUR 1970, 305 – *Löscafé*). – Die Anmeldung einer verwechslungsfähigen Firma zum Handelsregister begründet dagegen nicht die Gefahr einer Verletzungshandlung, sondern stellt bereits eine solche dar (vgl. BGH GRUR 1957, 426, 427 – *Getränke-Industrie* – sowie die Nachweise bei § 16 Rdn. 311).

(2) Die Eintragung eines verwechslungsfähigen Filmtitels in das Spio-Titelregister (KG GRUR 1976, 253, 254 – *Ich hab mein Hos' in Heidelberg verloren*; vgl. aber auch BGH GRUR 1989, 760 – *Titelschutzanzeige*).

(3) Im Hinblick auf eine rechtswidrige Werbebehauptung die interne Anweisung des Unternehmers an seinen Handelsvertreter, diese Behauptung zu verwenden (BGH WRP 1971, 67).

(4) Im Hinblick auf einen rechtswidrigen Ausverkauf die Anmietung besonderer Räume und die Anzeige des Ausverkaufs bei der Industrie- und Handelskammer (KG WRP 1978, 886, 887).

(5) Die Ankündigung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens (BGH GRUR 1974, 477, 478 – *Hausagentur*).

(6) Im Hinblick auf einen Rabattverstoß das Anbieten eines Rabatts (OLG Zweibrücken GRUR 1985, 568 – *Kfz-Vermittlungsprovision*; OLG Frankfurt WRP 1983, 503, 504).

(7) Im Hinblick auf einen rechtswidrigen Eingriff in fremde Vertragsbestände das Sichteilenlassen einer Vollmacht zur Kündigung der Verträge nach eigenem Ermessen (vgl. BGH GRUR 1966, 509, 511 – *Assekuranz*).

(8) Im Hinblick auf die rechtswidrige Herstellung und Distribution von Waren die Werbung für diese Waren (BGHZ 2, 394, 395 = BGH GRUR 1952, 35 – *Widia/Ardia*; OLG Karlsruhe WRP 1982, 568).

(9) Im Hinblick auf eine rechtswidrige Zeitungsanzeige die Auftragserteilung (OLG Düsseldorf WRP 1982, 318).

Die Erstbegehungsgefahr kann sich aus einem ursprünglich rechtmäßigen, weil von einem Rechtfertigungsgrund gedeckten Handeln ergeben, wenn der Gegner trotz Wegfalls des früheren Rechtfertigungsgrundes weiterhin für sich das Recht zur Fortsetzung der fraglichen Handlung beansprucht (vgl. BGH GRUR 1957, 84, 86 – *Einbrandflaschen*; 1960, 500, 502 – *Plagiatsvorwurf*; 1962, 34, 35 – *Torsana*). Allerdings kann im Einzelfall die Art der Rechtsverteidigung oder des sonstigen Verhaltens eine Erstbegehungsgefahr ausschließen (*Teplitzky* Kap. 10 Rdn. 15). – Eine Erstbegehungsgefahr wird schließlich in den Fällen bejaht, in denen sich der Wettbewerbsverstoß zwar ohne Mitwirkung des Anspruchsgegners vollzieht, dieser aber verpflichtet und nach Kenntniserlangung vom Verstoß auch in der Lage ist, den Verstoß zu unterbinden (vgl. BGH GRUR 1986, 248, 251 – *Sporthosen* – zur Haftung des geschäftsführenden Gesellschafters für Wettbewerbsverstöße der Gesellschaft; OLG Hamburg WRP 1984, 701, 702 – zur Haftung des Gewerbetreibenden, der einem anderen Unternehmen seine Telefonnummer zur Verfügung stellt und davon profitiert, daß dieses Unternehmen wettbewerbswidrig wirbt). – Ein Verstoß gegen die alte, für nichtig erklärte PrAngVO vom 10. 5. 1973 (vgl. BGH GRUR 1985, 58 – *Mischverband II*) begründet keine Erstbegehungsgefahr hinsichtlich der neuen PrAngVO vom 14. 3. 1985 (BGH NJW-RR 1989, 101 – *Brillenpreise*). Eine bestimmte wettbewerbsrechtlich unzulässige Preisgestaltung (z. B. Preisunterbietung in Verdrängungsabsicht begründet noch nicht

83

die Erstbegehungsgefahr hinsichtlich anderer unzulässiger Preisgestaltungen, solange keine Anhaltspunkte vorliegen, welche Preise künftig festgesetzt werden, und solange nicht feststeht, daß diese Preise tatsächlich wettbewerbswidrig wären (vgl. BGH GRUR 1990, 687, 688 – *Anzeigenpreis II*).

- 84** dd) **Wegfall der Erstbegehungsgefahr.** Während die Wiederholungsgefahr bei begangener Rechtsverletzung grundsätzlich nur durch Abgabe einer gesicherten Unterwerfungserklärung ausgeräumt werden kann, soll dies für den Wegfall der Erstbegehungsgefahr nicht gelten. Denn der begangene Rechtsverstoß soll in sehr viel stärkerem Maße den Verdacht begründen, daß weitere Rechtsverletzungen bevorstehen als die bloße Andeutung oder Ankündigung einer Verletzungshandlung, wenn die zunächst geäußerten Absichten kurzfristig und glaubhaft fallengelassen werden (BGH GRUR 1970, 465, 467 – *Prämixe*). Für den Wegfall der Erstbegehungsgefahr kann es also z. B. genügen, wenn die Vorbereitungshandlung (z. B. Zeichenanmeldung) rückgängig gemacht wird, wenn die Berühmung, sei es aufgrund besserer Einsicht, sei es aus Furcht vor Sanktionen oder anderen Gründen, aufgegeben oder fallengelassen wird (BGH GRUR 1987, 125, 126 – *Berühmung*). Es genügt also ein *actus contrarius* (ebenso *Teplitzky* Kap. 10 Rdn. 19 mit Beispielen); nicht unbedingt ist die Abgabe einer gesicherten Unterwerfungserklärung erforderlich (a. A. OLG Stuttgart WRP 1982, 115, 116 für die Berühmung im Prozeß). Die Berühmung durch den Beklagten vor dem Prozeß wird freilich nicht schon dadurch beseitigt, daß sie in der späteren anwaltschaftlichen Einlassung nicht wiederholt wird (OLG Frankfurt WRP 1979, 468, 469). Insgesamt kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an (vgl. BGH GRUR 1970, 465, 467 – *Prämixe*; OLG Köln WRP 1978, 740, 741). Je größer die Erstbegehungsgefahr und je klarer die Rechtswidrigkeit der bevorstehenden Handlung ist, desto zweckmäßiger erscheint es, eine gesicherte Unterwerfungserklärung abzugeben, um einen Rechtsstreit mit ungewissem Ausgang zu vermeiden oder beizulegen. Auch ist zu bedenken, daß der Unterschied zwischen Wiederholungsgefahr und Erstbegehungsgefahr mehr quantitativer als qualitativer Natur ist, weil es häufig nur eine Frage des Zufalls ist, ob die Abmahnung dem Gegner noch im Stadium der Vorbereitung oder erst nach Vollendung der Verletzungshandlung zugeht. – Die Erstbegehungsgefahr kann schließlich auch dadurch ausgeräumt werden, daß der Gegner auf eine Aufhebung einer formell rechtskräftigen einstweiligen Verfügung nach § 927 ZPO verzichtet (BGH GRUR 1987, 125, 126 – *Berühmung*).
- 85** c) **Das Verhältnis zum Verletzungsunterlassungsanspruch.** Der Verletzungs- und der vorbeugende Unterlassungsanspruch können *nebeneinander* geltend gemacht werden, ohne daß dies im Klageantrag und in der Urteilsformel zum Ausdruck käme. So kann z. B. eine bestimmte Verletzungshandlung die Wiederholungsgefahr für gleichartige und gleichzeitig die Begehungsgefahr für ähnliche Verletzungshandlungen begründen (vgl. OLG Nürnberg WRP 1978, 475, 476; *Teplitzky* Kap. 10 Rdn. 16). Erweist sich im Prozeß die Behauptung einer Verletzungshandlung als *unbegründet*, ist immer noch zu prüfen, ob nicht, z. B. aufgrund einer Berühmung im Prozeß, eine Erstbegehungsgefahr vorliegt (vgl. BGH GRUR 1960, 126 – *Sternbild*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 299; *Teplitzky* Kap. 10 Rdn. 12). – Ist der Verletzungsunterlassungsanspruch *verjährt*, kann auf die Verletzungshandlung allein, also ohne besondere zusätzliche Umstände, weder die Wiederholungs- noch die Erstbegehungsgefahr gestützt werden. Andernfalls würden die Verjährungsvorschriften ausgehöhlt (vgl. BGH GRUR 1987, 125 – *Berühmung*; 1988, 313 – *Auto F. GmbH*; OLG Frankfurt WRP 1979, 469, 471). Durch eine Berühmung kann jedoch Erstbegehungsgefahr begründet werden (BGH aaO).

III. Der wettbewerbliche Unterlassungsvertrag

Literatur s. vor Rdn. 22

1. Begriff und Bedeutung

Die vertragliche Verpflichtung zur Unterlassung von Wettbewerb kann sich auf Wettbewerbshandlungen beziehen, die für sich gesehen zulässig wären, wie etwa das Wettbewerbsverbot für den Handlungsgehilfen für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses (§ 74 HGB). Sie kann sich aber auch auf Wettbewerbshandlungen beziehen, die jedenfalls nach Auffassung der Beteiligten für sich gesehen unzulässig sind, nämlich gegen das Wettbewerbsrecht verstoßen. Nur bei letzterer Gestaltung ist von einem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsvertrag zu sprechen. Er hat die Funktion, einen als bestehend vorausgesetzten gesetzlichen Unterlassungsanspruch aus dem Wettbewerbsrecht zu ersetzen oder zu verstärken. In der Praxis kommt diesem Unterlassungsvertrag große Bedeutung zu, weil er dazu beiträgt, einen Rechtsstreit zu vermeiden oder zu beenden. Der Gläubiger des vertraglichen Unterlassungsanspruchs wird überdies des Nachweises entoben, daß die im Vertrag bezeichnete Wettbewerbsbehandlung unzulässig ist, wobei andererseits die Unterlassungserklärung auch kein Zugeständnis hinsichtlich des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs darstellt (vgl. v. Gamm UWG § 1 Rdn. 224). Außerdem ist die Unterlassungsverpflichtung regelmäßige Grundlage eines Vertragsstrafversprechens für den Fall einer Zuwiderhandlung (vgl. Lindacher GRUR 1975, 413, 414 mwN). Bezweckt wird damit, den Gläubiger in einer dem gerichtlichen Unterlassungstitel vergleichbaren Weise zu schützen (vgl. BGH GRUR 1990, 530, 532 – *Unterwerfung durch Fernschreiben*; OLG Stuttgart WRP 1988, 129, 130; eingehend u. krit. Kugelberg S. 183 ff).

2. Zulässigkeit und Rechtsnatur

a) **Zulässigkeit.** Auf Grund der **Vertragsfreiheit** (§ 305 BGB) steht es den Beteiligten frei, eine vertragliche Unterlassungsverpflichtung (vgl. § 241 S. 2 BGB) zu begründen. Die Annahme, eine Unterlassungspflicht könne nur für solche Tätigkeiten begründet werden, zu denen der Schuldner an sich berechtigt wäre (vgl. *Jauernig-Vollkommer*, 5. Aufl., § 241 BGB Anm. 3 a bb; *BGB-RGRK – Alff*, 11. Aufl., § 241 BGB Rdn. 3), ist unzutreffend. Der Gläubiger kann, wie gezeigt, ein schutzwürdiges Interesse daran haben, daß der Schuldner sich auch vertraglich zu einer Unterlassung verpflichtet, zu der er an sich schon kraft Gesetzes angehalten ist (vgl. *Staud/J. Schmidt*, 12. Aufl., § 241 BGB Rdn. 92; *Medicus*, Schuldrecht I, 4. Aufl., § 1 I 4). Doch ist andererseits das Bestehen eines gesetzlichen Unterlassungsanspruchs nicht Voraussetzung für den Abschluß eines Unterlassungsvertrages (OLG Hamburg GRUR 1985, 153, 154 – *Kfz-Rabatt*).

Gläubiger eines vertraglichen Unterlassungsanspruchs kann auch ein **Verband** sein (vgl. BGH GRUR 1970, 558, 559 – *Sanatorium*). Das Bestehen einer Klagebefugnis nach § 13 UWG ist nicht erforderlich (OLG Frankfurt WRP 1980, 704; OLG Köln NJW-RR 1987, 360), die irrije Annahme vom Vorliegen einer solchen Klagebefugnis führt nicht zum Fehlen bzw. Wegfall der Geschäftsgrundlage (OLG Köln aaO).

b) **Rechtsnatur.** Die **Rechtsnatur** des Unterlassungsvertrages ist noch nicht abschließend geklärt (vgl. *Ahrens* S. 38 ff). Teilweise wird er als Vertrag *sui generis* bezeichnet, der Elemente eines Vergleichs oder Anerkenntnisses enthalte (vgl. *Petersen* GRUR 1978, 156, der auch den Charakter als **Dauerschuldverhältnis** hervorhebt; *Nirk/Kurtze* Rdn. 112; *Tetzner* GRUR 1981, 803, 806). Teilweise erblickt man darin ein **kausales Anerkenntnis** des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs mit dem Zweck, diesen An-

spruch der Ungewißheit oder dem Streit zu entziehen. Je nachdem, ob dieser Anspruch bestehe, wirke das Anerkenntnis deklaratorisch oder konstitutiv²⁹. Daneben wird die Auffassung vertreten, es handle sich um ein kausales Feststellungsgeschäft in Gestalt eines Vergleichs (*Kugelberg*, S. 78).

- 90** Richtigerweise ist anzusetzen am Grundsatz der **Vertragsfreiheit**. Die Parteien haben es in der Hand, selbst die **Zwecke** festzulegen, die sie mit einer Unterlassungsverpflichtung verfolgen wollen. Erst wenn diese Zwecke ermittelt sind, läßt sich fragen, welcher Vertragstypus am besten geeignet ist, sie zu verwirklichen (vgl. *Köhler*, FS von Gamm, 1990, 57, 58 ff). Da es sonach auf die Umstände des Einzelfalls ankommt, läßt sich die Unterlassungsverpflichtung nicht von vornherein einem bestimmten Vertragstypus zuordnen. Immerhin kann man danach fragen, welche Zwecke die Parteien üblicherweise verfolgen. Hierbei ist zweierlei zu bedenken: mit Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung soll ein gerichtliches Verfahren vermieden oder beigelegt werden; gleichzeitig bewirkt (und bezweckt) aber die Abgabe dieser Erklärung im Regelfall den Wegfall der Wiederholungsgefahr und damit einen Wegfall bzw. eine Hemmung des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs. Wenn dem aber so ist, läßt sich der Unterlassungsvertrag schwerlich als ein kausales, also den Rechtsgrund (*causa*) in sich tragendes Rechtsgeschäft, sei es kausales Schuldanerkenntnis, sei es Vergleich, deuten. Denn die Parteien können nicht den als bestehend vorausgesetzten gesetzlichen Unterlassungsanspruch verbindlich festlegen wollen, wenn sie gleichzeitig davon ausgehen (müssen), daß eben dieser Anspruch mit Abschluß des Vertrages wegfällt (*Lindacher* aaO sieht sich daher genötigt, den Wegfall der Wiederholungsgefahr als ausnahmsweise irrelevant zu bezeichnen). Abgesehen davon wird vielfach zwischen den Parteien das Bestehen eines gesetzlichen Unterlassungsanspruchs gar nicht zweifelhaft oder streitig sein, so daß gar kein Anlaß für eine Klarstellung vorliegt. Für den Regelfall entspricht den Zwecken der Parteien vielmehr die Annahme eines **abstrakten Schuldversprechens** oder **Schuldanerkenntnisses** (§§ 780, 781 BGB) am besten (vgl. *Köhler* aaO S. 64 ff). Denn es ermöglicht dem Gläubiger die Erleichterung der Rechtsverfolgung: er braucht sich bei der gerichtlichen Durchsetzung lediglich auf das Versprechen zu stützen, ohne den Schuldgrund, also das Bestehen eines gesetzlichen Unterlassungsanspruchs darlegen und beweisen zu müssen. Mit diesem sog. Klageerleichterungszweck (vgl. *Staud/Marburger*, 12. Aufl., Vorbem. 10 zu §§ 780, 782) lassen sich weitere Zwecke, ua die Beseitigung von Streit oder Ungewißheit durch **Feststellung** des Schuldverhältnisses, verbinden (*Staud/Marburger* aaO), falls dies im Einzelfall von den Parteien gewollt wird. Auch das Verhältnis zum gesetzlichen Unterlassungsanspruch läßt sich durch Annahme einer abstrakten Verpflichtung befriedigend klären. Auszugehen ist davon, daß im Regelfall, aber nicht zwingend, der gesetzliche Unterlassungsanspruch bereits mit **Abgabe** der strafbewehrten Unterwerfungserklärung untergeht (bzw. gehemmt wird; Rdn. 69). Andererseits darf der Schuldner der Aufforderung zur Abgabe einer strafbewehrten Unterwerfungserklärung entnehmen, der Gläubiger werde bei Abgabe der geforderten Erklärung den gesetzlichen Unterlassungsanspruch nicht mehr geltend machen. Dem Parteiwillen entspricht es daher in solchen Fällen am ehesten, eine **Schuldersetzung** anzunehmen (vgl. *Köhler*, FS v. Gamm, 1990, 57, 66). Damit wird man insbesondere dem Fall gerecht, daß die vom Gläubiger geforderte Vertragsstrafhöhe zu niedrig angesetzt ist, um die Wiederholungsgefahr auszuräumen. Hat sich aber der gesetzliche Unterlassungsanspruch durch Wegfall der Wiederholungsgefahr

²⁹ Vgl. *Lindacher* GRUR 1975, 413, 415; *Mes* GRUR 1978, 345; OLG Frankfurt GRUR 1986, 626; OLG

Köln GRUR 1984, 674 – *Unterlassungsvertrag*; krit. *Ahrens* S. 43.

kraft Gesetzes bereits erledigt, so ist dies unschädlich, weil dann jedenfalls der vertragliche Unterlassungsanspruch bleibt. – Die Selbständigkeit der vertraglichen Unterlassungsverpflichtung gegenüber der gesetzlichen zeigt sich insbesondere in der erweiterten Haftung für Hilfspersonen nach § 278 BGB (Rdn. 98).

Erblickt man im Unterlassungsvertrag ein abstraktes Schuldversprechen, hat dies zwei Konsequenzen: zum einen ist **schriftliche Erteilung** des Versprechens, also der Erklärung des Schuldners, erforderlich (§ 780 BGB), sofern es nicht im Wege des Vergleichs (§ 782 BGB) oder von einem **Vollkaufmann** (§§ 350, 351 HGB) abgegeben wird (a. A. *Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 4; wie hier wohl Ahrens S. 125); zum anderen unterliegt es der **Kondition** nach § 812 BGB, wenn der Rechtsgrund, also der von den Parteien verfolgte Zweck der Versprechensabgabe (vgl. *Staud/Marburger*, 12. Aufl., § 780 BGB Rdn. 23) nicht erreichbar ist. **91**

Ob der Unterlassungsvertrag darüber hinaus bereits die **Klagbarkeit** des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs beseitigt (dazu *Lindacher* aaO), erscheint zweifelhaft. Angesichts der materiell-rechtlichen Auswirkung des Unterlassungsvertrages auf diesen Anspruch (Rdn. 90) ist diese Konstruktion auch entbehrlich. **92**

3. Zustandekommen

Dem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsvertrag liegt regelmäßig eine Unterwerfungserklärung des Verletzers zugrunde. Die einseitige Unterwerfungserklärung begründet jedoch noch keinen Vertrag, da hierzu Angebot und Annahme erforderlich sind. Strittig ist, ob bereits die **Abmahnung** (zur Rechtsnatur und zur Zugangsbedürftigkeit *Kreft* Vor § 13 C Rdn. 68 ff, 74) eines wettbewerbswidrigen Verhaltens, in der die Abgabe einer Unterwerfungserklärung gefordert wird, ein Vertragsangebot darstellt (so *Petersen* GRUR 1978, 156; *Kreft* Vor § 13 C Rdn. 74) oder ob darin lediglich eine Aufforderung zur Angebotsabgabe (*invitatio ad offerendum*) enthalten ist.³⁰ Rechtlich sind an sich beide Gestaltungen möglich. Maßgebend ist der durch **Auslegung** zu ermittelnde objektive Erklärungswert der Abmahnung. Dabei ist auch die **Interessenslage** zu berücksichtigen. Typischerweise wird der Abmahnende daran interessiert sein, daß der Unterlassungsvertrag möglichst rasch zustandekommt, um die Ansprüche daraus zu erlangen. Dem entspricht es, bereits in dem Abmahnschreiben das Vertragsangebot zu erblicken, vorausgesetzt, daß es von einem Rechtsbindungswillen getragen ist, dem Verletzer zugeht und den Vertragsinhalt vollständig enthält. Dann kann der Verletzer durch bloße, ggf. fernschriftliche oder fernmündliche (sofern nicht ausnahmsweise Schriftform erforderlich ist, Rdn. 91) Einverständniserklärung den Vertrag zustandebringen (daß für den Wegfall der Wiederholungsgefahr eine schriftliche Bestätigung erforderlich ist, steht auf einem anderen Blatt; dazu Rdn. 36). – Die Gegenansicht, die stets von einem Vertragsangebot durch den Abgemahnten ausgeht, benötigt für den Vertragsschluß eine Annahmeerklärung durch den Abmahnenden. Das kann, auch wenn man mit der Möglichkeit einer stillschweigenden Annahme nach § 151 BGB arbeitet (vgl. OLG Hamburg GRUR 1988, 240; LG Freiburg WRP 1980, 719, 720; v. *Gamm* UWG § 1 Rdn. 224), Verzögerungen und Beweisschwierigkeiten im Gefolge haben. Denn die Annahme nach § 151 BGB setzt zwar keinen Zugang, wohl aber eine eindeutige Betätigung des Annahmewillens voraus (ganz hM; vgl. nur BGHZ 74, 352, 356). Zwischen Zugang der Erklärung des Abgemahnten und Betätigung des **93**

³⁰ So hM; vgl. LG Freiburg WRP 1980, 719, 720; offengelassen vom OLG Frankfurt GRUR 1986,

626 – *Unterlassungsvertrag*; zuletzt *Teplitzky* Kap. 12 Rdn. 1.

Annahmewillens kann aber ein – uU erheblicher – Zeitraum liegen. Außerdem aber trägt der Abmahnende die Beweislast für diese Willensbetätigung. Sofern daher keine Gründe ersichtlich sind, daß sich der Abmahnende die Entscheidung über das Zustandekommen des Vertrages vorbehalten will, ist bereits in der Abmahnung ein Vertragsangebot zu erblicken, vorausgesetzt, daß Bindungswille, Zugang und inhaltliche Vollständigkeit gegeben sind. Stimmen das Verlangen nach Abgabe der Unterwerfungserklärung und die Unterwerfungserklärung inhaltlich nicht überein, so gilt § 150 Abs. 2 BGB (vgl. OLG Hamm WRP 1978, 68, 69). Ist die Abweichung geringfügig, wie z. B. bei Hinzufügung einer auflösenden Bedingung für den Fall der gerichtlichen Billigung der Wettbewerbshandlung, und schweigt der Gegner hierauf, ist sein Schweigen im Einzelfall als Annahme zu werten.³¹ Reicht die Abweichung weiter, liegt offener oder versteckter Dissens vor (vgl. OLG Hamburg WRP 1980, 705, 706). Stellt die Abgabe der gewünschten Unterwerfungserklärung erst das Angebot dar, so kann zwar die Annahme nach § 151 BGB erfolgen, ohne daß es eines Zugangs bedürfte. Zur Ausräumung von Zweifeln, ob und wann es zum Vertragsschluß gekommen ist, empfiehlt sich jedoch eine schriftliche Bestätigung.

- 94 Eine andere Frage ist es, ob eine Unterwerfungserklärung **inhaltlich hinreichend bestimmt** ist (dazu Rdn. 95) und tatsächlich eine vertragliche Bindung begründet und nicht nur eine unverbindliche Absichtserklärung enthält. Dies ist durch **Auslegung** zu ermitteln (vgl. BGH GRUR 1957, 433, 434 – *Hubertus*). Es liegt im eigenen Interesse des Abmahnenden, durch eine zweifelsfreie Vorformulierung der Unterwerfungserklärung als Verpflichtungserklärung bzw. durch Bestehen auf einer insoweit eindeutigen Formulierung durch den Abgemahnten Unklarheiten zu vermeiden.

Die Unterlassungsvereinbarung kann auch während des Wettbewerbsprozesses geschlossen werden. Die Aufnahme in das Sitzungsprotokoll macht sie allerdings noch nicht zum Prozeßvergleich, sondern dient lediglich Beweis Zwecken (*Teplitzky* Kap. 12 Rdn. 4). Wird die Vereinbarung allerdings in einen Prozeßvergleich förmlich aufgenommen, ist damit zugleich ein Vollstreckungstitel (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) geschaffen.

4. Inhalt und Rechtsfolgen

- 95 a) **Inhalt der Unterlassungspflicht.** Der Unterlassungsvertrag ist nur **wirksam**, wenn die zu unterlassenden Handlungen **inhaltlich hinreichend bestimmt** sind. Dabei sind freilich zwei Fragenkreise zu unterscheiden:³² welche Anforderungen sind an die Bestimmtheit hinsichtlich der Ausräumung der Wiederholungsgefahr zu stellen und welche an die Wirksamkeit des Unterlassungsversprechens? Hinsichtlich der Wiederholungsgefahr gilt, daß die beanstandete Wettbewerbshandlung in ihrem „Kern“ gekennzeichnet sein muß, wobei Verallgemeinerungen zulässig sind, soweit dadurch das Charakteristische des Wettbewerbsverstoßes ausgedrückt wird. – Hinsichtlich der Wirksamkeit des Unterlassungsvertrages kommt es dagegen nicht darauf an, ob die Wiederholungsgefahr ausgeräumt wurde (vgl. *Teplitzky* WRP 1990, 26). Die Frage der Wirksamkeit beantwortet sich vielmehr nach bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen. Die Vertragsfreiheit läßt es zu, innerhalb der gesetzlichen Grenzen (insbesondere §§ 134,

³¹ OLG Köln WRP 1985, 175, 176; ebenso OLG Frankfurt GRUR 1986, 626, 627 – *Unterlassungsvertrag* – für die Berichtigung von Schreibversehen.

³² Zumindest mißverständlich insoweit OLG Frankfurt GRUR 1988, 563 – *Konkretisierung des Unter-*

lassungsversprechens; hiergegen zutreffend KG GRUR 1990, 143, 144 – *Vertragsstrafversprechen* = WRP 1990, 39, 41 und *Teplitzky* WRP 1990, 26; vgl. weiter OLG Koblenz WRP 1986, 694; OLG Karlsruhe WRP 1990, 51.

138 BGB; § 1 GWB) Unterlassungspflichten zu vereinbaren. Es steht deshalb grundsätzlich nichts im Wege, sich bei der Formulierung der Unterlassungspflicht an gesetzlich normierte Unterlassungspflichten anzulehnen. Entscheidend ist nur, daß sich, ggf. im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB), Inhalt und Umfang dieser Pflicht hinreichend konkret bestimmen lassen. Die Anforderungen an die Bestimmtheit brauchen insbesondere nicht so streng zu sein wie beim gesetzlichen Unterlassungstitel. Denn die vertragliche Unterlassungspflicht ist nicht unmittelbar Vollstreckungsgrundlage, sondern lediglich die Grundlage für eine nähere Prüfung des Inhalts und der möglichen Verletzung in einem gerichtlichen Verfahren.³³

Ist die gesetzliche Unterlassungspflicht bereits hinreichend konkret formuliert, mag es daher genügen, sich bei der Umschreibung der vertraglichen Unterlassungspflicht daran anzulehnen. Im übrigen kann zur (einschränkenden) Auslegung eines Unterlassungsversprechens insbesondere das Abmahnschreiben und der darin enthaltene Vorwurf herangezogen werden (vgl. KG GRUR 1990, 143, 144 – *Vertragsstrafeversprechen*).

Die Auslegung kann allerdings auch ergeben, daß lediglich deklaratorisch eine gesetzliche Unterlassungspflicht anerkannt und kein selbständiger vertraglicher Unterlassungsanspruch begründet werden soll (vgl. *Teplitzky* WRP 1990, 26, 27). Ein solches Anerkenntnis vermag ggf. die Verjährung des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs zu unterbrechen (§ 208 BGB).

Der Umfang der Unterlassungspflicht ist auch in räumlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht durch Auslegung zu ermitteln (vgl. OLG Hamburg GRUR Int. 1987, 105 – *IR/UV-Kombinationstrockner*; OLG München WRP 1985, 237; OLG Koblenz WRP 1985, 232). Die Unterlassungspflicht kann auch die Pflicht zum positiven Tun einschließen (vgl. OLG Köln GRUR 1986, 195; OLG Stuttgart WRP 1988, 129, 130). Der Unterlassungsanspruch entsteht zum vereinbarten Zeitpunkt, frühestens dem des Vertragsschlusses. Frühere, bereits vollendete Wettbewerbshandlungen können daher keine vertraglichen Sanktionen auslösen (vgl. OLG Stuttgart aaO; LG Freiburg WRP 1980, 719, 720). Jedoch können die Parteien vereinbaren, den Unterlassungsgläubiger so zu stellen, wie er stünde, wenn der Unterlassungsanspruch schon früher begründet worden wäre, z. B. im Hinblick auf Schadensersatz wegen früherer Wettbewerbshandlungen. (Mit der Klage kann der Unterlassungsanspruch nur für die Zukunft, nicht aber für die Vergangenheit oder Gegenwart geltend gemacht werden. Denn soweit er sich auf diese Zeit bezieht, ist er bereits erfüllt oder kann, sofern ihm zuwidergehandelt worden ist, nicht mehr erfüllt werden; BGH GRUR 1956, 238, 240 – *Westfalen-Zeitung*; offengelassen in BGH GRUR 1960, 307, 308 – *Bierbezugsvertrag*).

Ob eine bestimmte Wettbewerbshandlung gegen den Vertrag verstößt, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln.³⁴ **Beispiel:** Geht die Verpflichtung dahin, in einer Möbelwerbung keine Holzart anzugeben, wenn die Möbel tatsächlich nicht aus diesem Holz bestehen, so liegt kein Verstoß vor, wenn für Möbel mit einer holzartig aussehenden Kunststoffoberfläche geworben wird (OLG Koblenz WRP 1985, 232).

Die Tatsache der Strafbewehrung gebietet dabei noch keine restriktive Auslegung. Eine Zuwiderhandlung kann auch vorliegen, wenn zwar nicht dem Buchstaben, aber dem Sinn und Zweck des Vertrages entgegengehandelt wird. Es können insoweit die Grundsätze herangezogen werden, die zur Frage des Verstoßes gegen einen Unterlas-

96

³³ Vgl. *Teplitzky* WRP 1990, 26, 27; KG GRUR 1990, 143, 144 – *Vertragsstrafeversprechen*.

³⁴ Vgl. OLG Hamburg GRUR 1988, 240; OLG Stutt-

gart WRP 1988, 129, 130 sowie *Teplitzky* Kap. 12 Rdn. 11 unter Hinweis auf das vergleichbare Problem der „Titelauslegung“.

sungstitel entwickelt wurden, wobei eine großzügigere Handhabung möglich und geboten erscheint.³⁵ Erfasst werden insbesondere auch offensichtliche Umgehungshandlungen. Übereinstimmung braucht nur „im Kern“ vorzuliegen.³⁶ Sie beurteilt sich nach der wettbewerblichen Zielsetzung. Liegt keine solche Übereinstimmung vor (vgl. OLG Frankfurt GRUR 1984, 742 – *Teppich-Jubiläumsverkauf*), muß der Gläubiger auf eine Nachtragsunterlassungsvereinbarung hinwirken.

97 b) **Rechtsfolgen der Zuwiderhandlung.** Hat der Schuldner die Zuwiderhandlung zu vertreten (§ 276 BGB), kann er auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, sei es aus § 280 Abs. 1 BGB, sei es aus positiver Vertragsverletzung (vgl. KG WRP 1981, 148, 150), in Anspruch genommen werden. Das gleiche gilt für die Verwirkung einer Vertragsstrafe (vgl. nur BGH NJW 1972, 1893, 1894 f – *K-Rabatt-Sparmarken*).

98 Umstritten ist, ob der Schuldner auch ein Verschulden von **Erfüllungsgehilfen**³⁷ (§ 278 BGB) zu vertreten hat, da dadurch eine Besserstellung des Gläubigers gegenüber dem titulierten gesetzlichen Unterlassungsanspruch eintritt (keine Vollstreckung nach § 890 ZPO bei bloßem Gehilfenverschulden). Ausgangspunkt ist, daß mangels abweichender Vereinbarung (die gem. §§ 278 S. 2, 276 Abs. 2 BGB zulässig ist) der Schuldner für seine Erfüllungsgehilfen (z. B. Werbeagentur, Presseverlag, Anwalt, Mitarbeiter), einschließlich deren Erfüllungsgehilfen (BGH GRUR 1988, 561, 563 – *Verlagsverschulden*) einzustehen hat.³⁸ Dagegen läßt sich auch nicht einwenden, daß bei der Verhängung eines Ordnungsgeldes nach § 890 ZPO eigenes Verschulden des Schuldners erforderlich ist. Denn das Ordnungsgeld hat eine strafähnliche Funktion, während es hier nur um die Sanktion für die Verletzung einer vertraglichen Verpflichtung geht (vgl. BGH GRUR 1987, 648, 649 – *Anwalts-Eilbrief*). Ob eine abweichende Vereinbarung vorliegt, ist durch (ggf. ergänzende) Vertragsauslegung zu ermitteln (vgl. BGH GRUR 1988, 561, 562 – *Verlagsverschulden*). Aus dem bloßen Interesse des Schuldners, sich gegenüber der gesetzlichen Rechtslage nicht verschlechtern zu wollen, kann freilich noch nicht auf eine stillschweigende Abbedingung des § 278 BGB geschlossen werden (a. A. OLG Hamburg WRP 1973, 592, 593; OLG Karlsruhe GRUR 1985, 472 – *Verschulden des Erfüllungsgehilfen*; LG Berlin WRP 1977, 208, 210; vgl. auch *Lindacher* GRUR 1975, 413, 415). Denn umgekehrt ist dem Gläubiger daran gelegen, einen möglichst umfassenden und effizienten Schutz vor Zuwiderhandlungen zu erlangen (vgl. BGH GRUR 1985, 1065, 1066 – *Erfüllungsgehilfe* – betreffend Verstoß durch beauftragte Werbeagentur). Für eine abweichende Vereinbarung ist daher das Vorliegen einer ausdrücklichen Erklärung oder jedenfalls eindeutiger Anhaltspunkte erforderlich (BGH aaO – *Anwalts-Eilbrief*). Der Schuldner erleidet durch die Haftung für Erfüllungsgehilfen auch keine unzumutbaren Nachteile. Denn regelmäßig kann er, da der Erfüllungsgehilfe schuldhaft gehandelt haben muß, bei diesem Regress nehmen (z. B. aus pVV). Soweit eine Abbedingung des § 278 BGB auf Grund ausdrücklicher Erklärung oder besonderer Umstände des Einzelfalls in Betracht kommt, wird besonders zu prüfen

³⁵ Vgl. dazu OLG Köln WRP 1989, 334, 335; *Oppermann* WRP 1989, 713, 716; *Teplitzky* Kap. 57 Rdn. 13–16; ders. WRP 1990, 26, 28.

³⁶ Vgl. OLG Frankfurt GRUR 1988, 563 – *Konkretisierung des Unterlassungsversprechens*; LG Hamburg GRUR 1984, 831 – *Steuervorteil*.

³⁷ Erfüllungsgehilfe ist nach der Rspr. jeder, der nach den rein tatsächlichen Vorgängen des gegebenen Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird (vgl. BGH GRUR 1988,

561, 562 – *Verlagsverschulden* – mwN). Nicht entgegen steht, daß die Hilfsperson ein selbständiges Unternehmen ist oder weisungswidrig handelt (BGH aaO).

³⁸ Vgl. BGH GRUR 1985, 1065, 1066 – *Erfüllungsgehilfe*; 1987, 648, 649 – *Anwalts-Eilbrief*; 1988, 561, 562 – *Verlagsverschulden*; KG GRUR 1990, 143, 145 – *Vertragsstrafversprechen*; OLG Köln GRUR 1985, 148, 150; NJW-RR 1987, 360; OLG Hamburg GRUR 1985, 153, 154 – *Kfz-Rabatt*; OLG München WRP 1977, 359.

sein, welche Personengruppe davon erfaßt ist. Denn es ist schwerlich anzunehmen, daß auch der in § 13 Abs. 4 genannte Personenkreis, soweit er die Eigenschaft eines Erfüllungsgehilfen besitzt, ausgenommen sein soll. Sonst stünde der Gläubiger schlechter als beim gesetzlichen Unterlassungsanspruch. – Eine andere Frage ist, wieweit im Einzelfall die Erfüllungsgehilfeneigenschaft reicht (dazu – sehr weitgehend – BGH GRUR 1988, 561, 562 – *Verlagsverschulden*). Hier ist eine Beschränkung der Haftung auf solche Verstöße, die im Aufgabenkreis des Gehilfen liegen, angezeigt (OLG Stuttgart WRP 1982, 14). Allerdings ist die Haftung nicht davon abhängig, ob der Gehilfe die Unterlassungspflicht des Schuldners kennt (BGH aaO – *Verlagsverschulden*).

Ein **Vertretenmüssen** des Schuldners wird **vermutet** (§ 282 BGB). Er muß also dartun, daß weder ihn noch seine Erfüllungsgehilfen ein Verschulden trifft (ebenso *Teplitzky* Kap. 12 Rdn. 6). Eine abweichende Regelung der Beweislast ist zulässig, nicht aber schon darin zu erblicken, daß eine Vertragsstrafe „für jeden Fall schuldhafter Zuwiderhandlung“ versprochen wird (vgl. BGH GRUR 1982, 688, 691 – *Seniorenpaß*; OLG Hamburg GRUR 1980, 874 – *Hamburger Brauch I* – gegen OLG Frankfurt WRP 1979, 656), da die Erwähnung des Verschuldens nur deklaratorischen Charakter hat. (Für die Begründetheit einer Unterlassungsklage wegen Wiederholungsgefahr ist dagegen ein Vertretenmüssen des Schuldners nicht erforderlich; vgl. BGH GRUR 1956, 238, 239 – *Westfalenzeitung*; GRUR 1960, 307, 309 – *Bierbezugsvertrag*).

Der **Entlastungsbeweis** hinsichtlich des eigenen Verschuldens des Schuldners ist noch nicht dadurch geführt, daß er dardut und beweist, er habe den Verstoß nicht begangen. Er muß vielmehr auch alle ihm möglichen und zumutbaren Maßnahmen getroffen haben, daß es zu keinem Verstoß während der Vertragszeit kommt (vgl. OLG Düsseldorf WRP 1985, 30, 31; OLG Köln WRP 1983, 452; mittelbar auch BGH GRUR 1988, 561, 563 – *Verlagsverschulden*). Das schließt die Einwirkung auf Dritte (vgl. OLG Köln WRP 1981, 600) ebenso mit ein wie die Beseitigung von (uU vorvertraglichen; vgl. LG Freiburg WRP 1980, 719, 720) Ursachen, aus denen sich ohne weiteres Zutun ein wettbewerbswidriger Erfolg ergeben könnte (vgl. *Teplitzky* Kap. 12 Rdn. 6; LG Memmingen WRP 1983, 301, 302 m. Anm. *Lenkaitis*). Insgesamt ist ein **strenger Maßstab** anzulegen (vgl. OLG Hamburg WRP 1974, 686, 689; OLG Köln GRUR 1984, 674, 675 – *Unterlassungsvertrag*). Praktisch bedeutsam ist dies in den Fällen der Anweisung an eine Zeitung, eine beanstandete Werbeanzeige nicht oder nicht mehr in dieser Form herauszubringen. Hier genügt eine bloß mündliche Anweisung grundsätzlich nicht. Vielmehr muß der Verletzer Sorge tragen, daß die Druckunterlage nicht mehr, auch nicht versehentlich, verwendet werden kann. Liegt ein eigenes Verschulden des Schuldners vor, so erübrigt sich die Frage nach dem Verschulden des Erfüllungsgehilfen.³⁹ Eigenes Verschulden des Schuldners ist zu verneinen, wenn er einen wettbewerbsrechtlich erfahrenen Anwalt damit beauftragt, die gebotenen Schritte zu unternehmen (BGH GRUR 1987, 648, 649 – *Anwalts-Eilbrief*). Selbst wenn dem Schuldner oder seinem Erfüllungsgehilfen ein Sorgfaltsverstoß zur Last fällt, bleibt dieser außer Betracht, wenn die Verletzung auch bei Wahrung der erforderlichen Sorgfalt eingetreten wäre (BGH aaO – *Anwalts-Eilbrief*).

5. Kartellrechtliche Schranken

Unterlassungsverträge können im Einzelfall den Tatbestand des § 1 GWB (Probleme: **101** Unternehmenseigenschaft des Gläubigers; gemeinsamer Zweck; Spürbarkeit der Markt-

³⁹ Zum Verschulden des Verlags als Erfüllungsgehilfen vgl. BGH GRUR 1988, 561, 562 – *Verlagsverschulden*.

beeinflussung; dazu auch *Kroitzsch* WRP 1984, 117) oder der §§ 15, 20, 21 GWB erfüllen bzw. der Mißbrauchsaufsicht durch die Kartellbehörde nach §§ 18, 22 Abs. 5 GWB unterliegen. Allerdings ist anerkannt, daß das GWB keinen Wettbewerb schützen kann, der bereits auf Grund anderer Normen rechtswidrig und zu unterlassen ist.⁴⁰ Das GWB läßt also solche Unterlassungsverträge unberührt, denen eine nach UWG bestehende Unterlassungspflicht zugrundeliegt. Es greift dagegen ein, wenn dies nicht der Fall ist und die Parteien rechtsirrtümlich und ohne objektiv begründeten Anlaß (dazu Rdn. 102) davon ausgehen, das betreffende Verhalten sei rechtswidrig. Liegt nur ein teilweiser Verstoß gegen Kartellrecht vor, so gilt § 139 BGB bzw. § 6 Abs. 1 AGBG. In Erkenntnis vom Kartellrechtsverstoß geleistete Zahlungen können nach §§ 812 Abs. 1, 817 S. 1 BGB zurückverlangt werden, da insoweit § 817 S. 2 BGB nicht eingreift.

- 102** Im Einzelfall kann allerdings objektiv zweifelhaft sein, ob das fragliche Wettbewerbsverhalten gegen das UWG verstößt. Man spricht insoweit von den Grauzonen zwischen rechtmäßigem und rechtswidrigem Wettbewerbsverhalten (vgl. *Kellermann* WuW 1965, 560). Wollte man nur auf die Sicht der Parteien abstellen, liefe dies darauf hinaus, die Frage des zulässigen Wettbewerbs zur Disposition der Parteien zu stellen. Dies wäre aber mit dem öffentlichen Interesse am freien Wettbewerb unvereinbar. Die Rspr.⁴¹ verneint einen Kartellrechtsverstoß, wenn ein ernsthafter, objektiv begründeter Anlaß zur Bejahung des geltend gemachten Anspruchs besteht und die wettbewerbsbeschränkenden Abreden sich innerhalb der Grenzen dessen halten, was bei objektiver Beurteilung zweifelhaft sein kann⁴². Maßgebend soll sein, ob die Parteien mit einem Erfolg der Unterlassungsklage ernstlich rechnen konnten. Die Wirksamkeit der vertraglichen Unterlassungspflicht soll damit nicht von einer richterlichen Prüfung abhängig gemacht werden, ob an sich ein gesetzlicher Unterlassungsanspruch besteht. Begründet wird dies damit, es wäre in solchen Fällen des objektiven Zweifels nicht gerechtfertigt, den Beteiligten den Weg zu einer gütlichen Einigung von vornherein abzuschneiden und sie zu zwingen, einen Rechtsstreit durchzuführen. – Dem ist beizupflichten. Eine Unterlassungsverpflichtung ist in einem solchen Fall des objektiven Zweifels daher zunächst als kartellrechtlich unbedenklich anzusehen. Wenn jedoch, sei es im Rechtsstreit über die Wirksamkeit der Verpflichtung, sei es in einem anderen Verfahren, die zweifelhafte Rechtsfrage höchstrichterlich geklärt wird und das untersagte Verhalten danach als nach UWG zulässig anzusehen ist, kann die Unterlassungsverpflichtung kartellrechtlich nicht mehr hingenommen werden. Das private Interesse der Beteiligten an einer Aufrechterhaltung der Vereinbarung muß hier hinter dem öffentlichen Interesse am freien Wettbewerb zurücktreten. Es tritt, soweit der Tatbestand des § 1 GWB oder der §§ 15, 20, 21 GWB erfüllt ist, Unwirksamkeit *ex nunc* ein (weitergehend LG Berlin NJW 1984, 1564; Unwirksamkeit *ex tunc* für den Fall der Zugrundelegung einer nachträglich als nichtig erkannten Norm). Der Fall ist nicht anders zu beurteilen als eine nachträgliche Gesetzesänderung, die ein zunächst erlaubtes Verhalten kartellrechtlich verbietet (wie z. B. die Preisbindung der zweiten Hand).

- 103** Fraglich kann nur sein, welcher Zeitpunkt hierfür maßgebend sein soll: der des Erlasses der Entscheidung, der ihres Bekanntwerdens in der Öffentlichkeit oder der ihrer Kenntniserlangung durch die Parteien (hierfür LG Berlin NJW 1984, 1564;

⁴⁰ Vgl. BGHZ 36, 105, 111 = BGH GRUR 1962, 154 – *Export ohne WBS*; BGH GRUR 1987, 304, 305 – *Aktion Rabattverstoß*; OLG Hamburg GRUR 1985, 153, 154 – *Kfz-Rabatt; Immenga* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB, § 1 Rdn. 224.

⁴¹ Vgl. BGHZ 62, 146, 147; 65, 147, 151, 152 = BGH

GRUR 1976, 323 – *Thermalquelle*; 1983, 602, 603 – *Vertragsstraferrückzahlung*; LG Dortmund WRP 1977, 57.

⁴² Vgl. dazu *Jauernig* ZHR 141 (1977), 224; *K. Schmidt*, JuS 1978, 736; *Utescher* GRUR 1967, 326; *Klaka* GRUR 1983, 604.

offengelassen in BGH GRUR 1983, 602, 603 – *Vertragsstrafe Rückzahlung*)? Auf den Zeitpunkt des Erlasses kann es wohl nicht ankommen, weil mangels Kenntniserlangung ein Reagieren auf die Entscheidung noch nicht möglich ist und das Vertrauensschutzzininteresse der Parteien gewahrt bleiben muß. Allein auf die Kenntniserlangung durch die Parteien abzustellen, ist deshalb mißlich, weil dieser Zeitpunkt häufig nur schwer feststellbar sein wird. Richtiger erscheint es daher, auf die Kenntniserlangung durch die Parteien, spätestens aber auf das Bekanntwerden in der (Fach-)Öffentlichkeit abzustellen (vgl. Köhler, FS v. Gamm, 1990, S. 57, 75 f.). Denn erstens entspricht dies, wenn man die Parallele zur nachträglichen Gesetzesänderung zieht, der Bekanntmachung des Gesetzes. Zweitens aber muß von diesem Zeitpunkt an ein Eingreifen der Kartellbehörde zum Schutze des freien Wettbewerbs nach § 37 a Abs. 1 GWB (Untersagungsverfahren) möglich sein. Damit wäre es unvereinbar, wenn gleichwohl noch eine Pflicht zur Durchführung des Vertrages bestünde.

Eine andere Frage ist, ob und inwieweit in solchen Fällen Rückzahlung bereits entrichteter Vertragsstrafezahlungen verlangt werden kann, etwa nach § 812 Abs. 1 oder § 817 S. 1 BGB i. V. mit § 1 GWB. Nach der Rspr. (BGH GRUR 1983, 602, 603 – *Vertragsstrafe Rückzahlung*) sollen sich kartellrechtliche Bedenken gegen eine Unterlassungsverpflichtung auf die Geltendmachung und Bezahlung einer Vertragsstrafe erst nach Kenntniserlangung von der höchstrichterlichen Klarstellung auswirken können. Eine vorher bezahlte Vertragsstrafe könne daher nicht zurückgefordert werden. Dem ist aber nicht zuzustimmen. Wenn man bei der kartellrechtlichen Zulässigkeit einer Unterlassungsverpflichtung objektivierend verfährt und danach fragt, ob die Parteien ernstlich mit dem Erfolg einer entsprechenden Unterlassungsklage rechnen konnten (so stRspr.), muß man konsequenterweise auch bei der Klärung der kartellrechtlichen Zweifel so verfahren. Dann aber gilt, daß die Parteien bereits mit Bekanntwerden der Entscheidung in der (Fach-)Öffentlichkeit in eine Situation eintreten, in der sie ernstlich nicht mehr mit dem Erfolg einer Unterlassungsklage rechnen können. Im übrigen wäre es ungereimt, wenn einerseits die Kartellbehörde nach § 37 a Abs. 1 GWB die Geltendmachung einer Vertragsstrafe (als Akt der Durchführung des Vertrages) untersagen könnte, andererseits aber eine in Unkenntnis von der Rechtslage gezahlte Vertragsstrafe nicht zurückgefordert werden könnte. Die Rückforderung ist auch nicht deshalb treuwidrig (§ 242 BGB), weil der Schuldner subjektiv annahm, mit der Wettbewerbshandlung eine Pflichtverletzung zu begehen. Denn Verschulden setzt stets objektive Rechts- oder Pflichtwidrigkeit voraus. Allenfalls wäre zugunsten der Rspr. anzuführen, daß der Unterlassungsgläubiger im Vertrauen auf die Gültigkeit der Unterlassungsverpflichtung und ein vertragstreues Verhalten des Schuldners seinerseits Wettbewerbsmaßnahmen unterlassen hat, die ihn ggf. vor Schaden bewahrt hätten. Dieses Risiko muß er aber tragen, weil er vom Zeitpunkt des Bekanntwerdens der höchstrichterlichen Klarstellung die objektive Möglichkeit hatte, sein Verhalten entsprechend einzurichten.

104

6. Berufung auf Störung der Geschäftsgrundlage und sonstige Rechtsbehelfe

Bei Fehleinschätzung oder späterer Änderung der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung einer Handlung ist die Anwendung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage zu prüfen (vgl. BGH GRUR 1983, 602 – *Vertragsstrafe Rückzahlung*; LG Berlin NJW 1984, 1564). Doch setzen diese einen wirksamen Vertrag voraus, so daß sie bei festgestellter Nichtigkeit wegen Kartellrechtsverstößes, mag sie ex tunc oder ex nunc wirken, nicht eingreifen können.

105

- 106** a) **Gemeinschaftlicher Irrtum über die Rechtslage bei Vertragsschluß.** Hat der Gläubiger den Schuldner arglistig über die (eindeutige) Rechtslage getäuscht, kann dieser nach § 123 Abs. 1 BGB anfechten (vgl. OLG München WRP 1985, 237; OLG Köln NJW-RR 1987, 360). Bei Fahrlässigkeit des Gläubigers kommt eine Haftung nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo in Betracht mit der Folge, daß der Schuldner Aufhebung bzw. Anpassung des Vertrages verlangen kann. Irren dagegen beide Parteien über die Rechtslage, so fehlt dem Vertrag die **Geschäftsgrundlage** (Fall des gemeinschaftlichen Motivirrtums). Nach hM (vgl. *Palandt-Heinrichs*, 50. Aufl., § 242 BGB Rdn. 149) gilt auch hier, daß der Vertrag in erster Linie an die wahre Rechtslage anzupassen ist und nur, wenn dies unmöglich oder unzumutbar ist, eine Vertragsauflösung durch Kündigung oder Rücktritt in Betracht kommt. Doch ist auch zu erwägen, ob nicht in Analogie zu § 779 BGB der Vertrag als von Anfang an unwirksam anzusehen ist. Das Problem stellt sich bei der Beurteilung von Vertragsverstößen im Zeitraum der Irrtumsbefangenheit der Parteien: soll hierfür noch Vertragsstrafe oder Schadensersatz zu leisten sein (vgl. OLG Hamburg GRUR 1985, 474 – *Spielplatzgeräte*)? Man wird dies davon abhängig machen müssen, ob ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Einhaltung des Vertrages bis zu seiner förmlichen Beendigung besteht. Es kann z. B. vorliegen, wenn der Gläubiger als Wettbewerber im Vertrauen auf die Wirksamkeit des Vertrages auf entsprechende Abwehrdispositionen im Wettbewerb verzichtet hat. – Dies gilt freilich dann nicht, wenn der Unterlassungsvertrag wegen Kartellverstoßes nichtig war (Rdn. 101 ff).
- 107** b) **Spätere Änderung oder Klärung der Rechtslage.** Wegfall der Geschäftsgrundlage kommt in Betracht, wenn das fragliche Verhalten zur Zeit des Vertragsschlusses zwar unzulässig war, aber später eine Änderung der Rechtslage, sei es durch Gesetzes- oder durch Rechtsprechungsänderung, eintritt und das Verhalten nunmehr als zulässig zu beurteilen ist.⁴³ Dies gilt allerdings dann nicht, wenn der Unterlassungsvertrag aus kartellrechtlichen Gründen ex nunc unwirksam wird (dazu Rdn. 101 ff). Ist Kartellrechtswidrigkeit zu verneinen, so ist die hiernach gebotene Vertragsanpassung in der Weise vorzunehmen, daß der Gläubiger für die Zukunft die Unterlassung nicht mehr fordern kann. Dem Schuldner steht insoweit eine (rechtsvernichtende) Einwendung zu, zumindest ist ihm ein Recht zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund zuzugestehen. Dies bedeutet aber nicht, daß der Schuldner eine früher verwirkte und bezahlte Vertragsstrafe zurückfordern kann (BGH aaO – *Vertragsstraferrückzahlung*). Auch kann der Gläubiger noch Erfüllung von Schadensersatz- oder Vertragsstrafansprüchen wegen früherer Verstöße verlangen (a. A. OLG München GRUR 1984, 375; OLG Köln WRP 1984, 433; LG Berlin NJW 1984, 1564, 1565; *Nordemann* Rdn. 566 b; *Völp* GRUR 1984, 486). Denn es ist zu bedenken, daß der Gläubiger sein wettbewerbliches Abwehrverhalten noch nicht auf die neue Rechtslage einstellen konnte. Der Wegfall der Geschäftsgrundlage zeitigt also nur Wirkung ex nunc. Fraglich ist wiederum, ob bei einer Rechtsprechungsänderung auf das Bekanntwerden der fraglichen Entscheidung in der (Fach-)Öffentlichkeit (dafür *Klaka* GRUR 1983, 604) oder auf die Kenntniserlangung durch die Beteiligten (dafür BGH GRUR 1983, 602, 604 – *Vertragsstraferrückzahlung*) abzustellen ist. Richtigerweise ist hier (anders als beim Kartellverstoß) auf die Kenntniserlangung abzustellen, weil die Parteien bis zu diesem Zeitpunkt sich an den Vertrag gebunden fühlten.

⁴³ Vgl. BGH GRUR 1983, 602 – *Vertragsstraferrückzahlung*; OLG Köln WRP 1985, 175, 176; OLG

München BB 1984, 629, 630; *Sommerlad* NJW 1984, 1489, 1495; *Teplitzky* Kap. 20 Rdn. 25.

Problematisch ist dagegen die rechtliche Wirksamkeit solcher Unterlassungsverträge, die zu einer Zeit eingegangen wurden, in der die Rechtslage noch zweifelhaft war, etwa die Rechtsfrage in der instanzgerichtlichen Rspr. und/oder in der Literatur umstritten war und eine höchstrichterliche Klärung noch ausstand (vgl. dazu *Teplitzky* Kap. 20 Rdn. 25 ff.). Einigkeit sollte zumindest darüber bestehen, daß der Vertrag jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Klärung der Rechtslage durch Einschreiten des Gesetzgebers oder durch eine höchstrichterliche Entscheidung als wirksam anzusehen ist – mit den entsprechenden Konsequenzen für etwaige Schadensersatz- und Vertragsstrafansprüche. Fraglich ist nur, ob der Vertrag auch danach noch fortbestehen kann. Hier ist zu unterscheiden.

(1) Gingen die Parteien irrtümlich davon aus, die Rechtslage sei geklärt, während dies in Wahrheit nicht der Fall war, und tritt erst später eine Klärung, aber zugunsten des Schuldners, ein, so kann der Schuldner sich auf Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen, da die Fehlvorstellung die (subjektive) Geschäftsgrundlage bildete. Es spielt insoweit keine Rolle, ob der Unterlassungsvertrag auf einem einseitigen Nachgeben oder auf einem gegenseitigen Nachgeben (Vergleich) beruhte.

(2) Waren sich die Parteien der Zweifelhafteit der Rechtslage bewußt und sollte durch den Vertrag gerade ein Rechtsstreit vermieden werden, so ist ein Abrücken vom Vertrag jedenfalls nicht ohne weiteres gerechtfertigt. (Das Problem stellt sich freilich dann nicht, wenn auf Grund der geklärten Rechtslage der Vertrag nunmehr gegen Kartellrecht verstößt, da dann ohnehin Unwirksamkeit ex nunc gegeben ist; Rdn. 101 ff.) Hier wird zunächst im Wege **ergänzender Vertragsauslegung** zu fragen sein, ob die Parteien den Fortbestand der Unterlassungsverpflichtung auch für den Fall gewollt hätten, daß durch spätere Klärung der Rechtslage das fragliche Wettbewerbsverhalten als zulässig anzusehen ist. Das kann durchaus der Fall sein, so etwa wenn der Unterlassungsvertrag die Basis für weitreichende unternehmerische Dispositionen des Gläubigers bildet. Der Umstand allein, daß dem Unterlassungsvertrag ein gegenseitiges Nachgeben iS des § 779 BGB zugrundeliegt, dürfte (entgegen *Teplitzky* Kap. 20 Rdn. 27) noch keine ausschlaggebende Rolle spielen. Denn das vom Gläubiger erbrachte Opfer ist unter Umständen nur geringfügig, und die Grenze zur einseitigen Unterwerfung durch den Schuldner ist fließend. Vielmehr kommt es auf die konkreten Umstände an. Entscheidend sollte letztlich sein, ob der Gläubiger noch ein **schutzwürdiges Interesse** an der Aufrechterhaltung der Unterlassungsverpflichtung hat. Ist ein solches Interesse nicht gegeben, so ist, wenn schon nicht im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung Abhilfe zu erzielen ist, dem Schuldner jedenfalls nach § 242 BGB der Einwand des **Rechtsmißbrauchs** zuzubilligen (vgl. *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., § 242 BGB Rdn. 50 ff.). Zum gleichen Ergebnis führt es, wenn man annimmt, das Bestehen der Risikolage, nämlich die Möglichkeit des Unterliegens des Schuldners im Prozeß, bilde die Geschäftsgrundlage (so *Teplitzky* Kap. 20 Rdn. 27; ähnlich auch BGH aaO – *Vertragsstraferrückzahlung*). Abzulehnen ist dagegen die Auffassung, daß der Grundsatz der Vertragstreue allein es rechtfertige, die Unterlassungsverpflichtung aufrechtzuerhalten (so OLG Hamburg WRP 1975, 532, 533; *Klaka* GRUR 1983, 604).

Zulässig und der Rechtsklarheit förderlich ist es, in die Unterlassungsvereinbarung eine **auflösende Bedingung** (§ 158 Abs. 2 BGB) für den Fall aufzunehmen, daß die fragliche Wettbewerbshandlung von einem bestimmten Gericht, z. B. dem BGH, dem BVerfG oder dem EuGH, für zulässig erklärt wird (vgl. *Pietzcker* GRUR 1973, 257; *Külper* WRP 1974, 131; *Petersen* GRUR 1978, 156, 157; *Völp* GRUR 1984, 686, 690). Allerdings wirkt der Bedingungseintritt nicht zurück. Für eine an sich mögliche Rückbeziehungsvereinbarung (§ 159 BGB) ist der Schuldner beweispflichtig (vgl. OLG Köln GRUR 1985, 148, 149).

7. Das Verhältnis von vertraglichem und gesetzlichem Unterlassungsanspruch

- 110** Ein bestehender gesetzlicher Unterlassungsanspruch wird durch die Begründung eines vertraglichen Unterlassungsanspruchs insoweit beseitigt, als der Unterlassungsvertrag eine Schuldersetzung bezweckt (Rdn. 90). Dies gilt aber nur „inter partes“. Der gesetzliche Anspruch der sonstigen Gläubiger wird dadurch nicht berührt. Allerdings kann durch die Abgabe einer durch angemessene Vertragsstrafe gesicherten Unterwerfungserklärung die Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr ausgeschlossen sein, so daß damit der gesetzliche Anspruch aller Gläubiger untergeht bzw. gehemmt wird.⁴⁴ Verstößt der Schuldner gegen die vertragliche Unterlassungspflicht, so kann dieses Verhalten einen neuen gesetzlichen Unterlassungsanspruch wegen Wiederholungsgefahr begründen (vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 293 mwN). Daran ändert es nichts, daß der Schuldner im Falle eines von ihm zu vertretenden Verstoßes die Vertragsstrafe verwirkt (BGH GRUR 1980, 241, 242 – *Rechtsschutzbedürfnis*; OLG Köln GRUR 1988, 241 (Ls); *Teplitzky* Kap. 12 Rdn. 10).

IV. Das Vertragsstrafversprechen

1. Begriff und Funktionen der Vertragsstrafe

- 111** Die Unterlassungsverpflichtung enthält regelmäßig auch ein Vertragsstrafversprechen (Konventionalstrafe, Strafgedinge), nämlich das vertragliche Versprechen des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, für den Fall der Nichterfüllung oder nichtgehörigen Erfüllung der Verbindlichkeit eine Geldsumme an ihn oder an einen Dritten (§ 328 BGB) zu zahlen (§ 339 S. 1 BGB) oder eine andere Leistung zu erbringen (§ 342 S. 1 BGB). Die Verbindlichkeit kann auch in einem Unterlassen bestehen (§ 339 S. 2 BGB). Zweck der Vertragsstrafe ist es, auf den Schuldner Druck auszuüben, seiner Verbindlichkeit nachzukommen (*Sicherungsfunktion*), und dem Gläubiger einen Ausgleich für den Schaden aus der Pflichtverletzung zu verschaffen (*Schadensausgleichsfunktion*), den er nur schwer beweisen könnte oder der ein Nichtvermögensschaden ist (ganz hM, vgl. BGHZ 49, 84, 89; 63, 256, 259; 85, 312; BGH GRUR 1970, 558, 559 – *Sanatorium*; einschränkend *Lindacher*, *Phänomenologie* S. 57 ff). Außerdem kann ein Vertragsstrafversprechen die Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr eines Wettbewerbsverstoßes ausräumen und dadurch einen gesetzlichen Unterlassungsanspruch erlöschen lassen bzw. hemmen. Man kann insoweit von einer dritten Funktion der Vertragsstrafe sprechen (so *Teplitzky* Kap. 20 Rdn. 2).

2. Höhe der Vertragsstrafe

- 112** Die Höhe der Strafe richtet sich nach der Vereinbarung. Sie muß nicht von vornherein bestimmt sein; vielmehr kann ihre Festsetzung auch einer der Vertragsparteien überlassen sein (vgl. BGH GRUR 1978, 192, 193 – *Hamburger Brauch*; 1985, 155 – *Vertragsstrafe bis zu ... I*; *Lindacher* WRP 1975, 7). Die gegen ein Bestimmungsrecht des Gläubigers erhobenen Bedenken (vgl. *Larenz*, *Schuldrecht* I, 14. Aufl., § 24 II a: „Diktat“) bestehen jedenfalls dann nicht, wenn der Gläubiger die Festsetzung der angemessenen Vertragsstrafe im Einzelfall nach *billigem Ermessen* zu treffen hat und die *gerichtliche Überprüfung* nach § 315 Abs. 3 S. 2 BGB möglich ist. Es ist sinnvoll,

⁴⁴ Vgl. BGH GRUR 1983, 1986 – *Wiederholte Unterwerfung*; a. A. *Lindacher* GRUR 1975, 413, 415: die Unterlassungsverpflichtung sei bloß „kausales

Schuldanerkenntnis“ hinsichtlich des gesetzlichen Anspruchs und ausnahmsweise müsse ein Wegfall der Wiederholungsgefahr außer Betracht bleiben.

aber nicht notwendig, daß das Vertragsstrafversprechen die Bindung des Gläubigers an den Maßstab des „billigen Ermessens“ ausdrücklich vorsieht (vgl. die Auslegungregel des § 315 Abs. 1 BGB). Unzulässig ist es dagegen, die Festsetzung in das „freie Ermessen“ oder „freie Belieben“ des Gläubigers zu legen. Die Angabe eines Höchstbetrages („bis zu ...“) für die Festsetzung der Vertragsstrafe durch den Gläubiger ist möglich (vgl. BGH GRUR 1985, 155 – *Vertragsstrafe bis zu ... I*; OLG Karlsruhe WRP 1982, 595, 596), aber nicht notwendig (BGH, GRUR 1990, 1051, 1052 – *Vertragsstrafe ohne Obergrenze*). Ein der Höhe nach unbegrenztes Bestimmungsrecht bietet dem Gläubiger den Vorteil, auf die Schwere der neuerlich begangenen Verletzung adäquat reagieren zu können (vgl. BGH GRUR 1985, 155, 157 – *Vertragsstrafe bis zu ... I*) und ist somit ein besonders geeignetes Mittel zur Verhütung schwerwiegender oder folgenreicher Wiederholungen der Verletzungshandlung (BGH aaO – *Vertragsstrafe ohne Obergrenze*). – Die Festsetzung kann ferner einem Dritten (§§ 317 ff BGB) bzw. einem Schiedsgericht übertragen sein (vgl. BGH WM 1971, 165), nicht dagegen einem staatlichen Gericht innerhalb seines gesetzlichen Wirkungskreises (BGH GRUR 1978, 192, 193 – *Hamburger Brauch*; BAG NJW 1981, 1799; *MünchKomm/Söllner*, 2. Aufl., § 339 BGB Rdn. 3). Auch in diesen Fällen muß jedoch zum Schutze des Schuldners vor Mißbräuchen die Festsetzung der Höhe an das „billige Ermessen“ gebunden sein (vgl. § 319 BGB).

3. Unselbständiges und selbständiges Strafversprechen

Die Vertragsstrafe im Sinne der §§ 339 ff BGB bezieht sich nur auf das **unselbständige**, eine wirksame (arg. § 344 BGB) Haupt- oder Primärverpflichtung voraussetzende Strafversprechen. Diese Hauptverpflichtung kann auf Rechtsgeschäft oder Gesetz beruhen (vgl. *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., Vorbem. vor § 339 BGB Rdn. 2; *MünchKomm/Söllner*, 2. Aufl., § 339 BGB Rdn. 7). Sicherungsfähig ist daher nicht nur ein vertraglich begründeter Unterlassungsanspruch, sondern auch ein bestehender (und hinreichend genau bezeichneter) gesetzlicher Unterlassungsanspruch. Allerdings kann das Vertragsstrafversprechen die Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr des Wettbewerbsverstößes ausschließen und damit gerade zum Erlöschen bzw. zur Hemmung des zu sichernden Anspruches führen. Wegen der Akzessorietät des unselbständigen Strafversprechens würde damit auch das Strafversprechen selbst hinfällig. Im Zweifel ist daher nicht anzunehmen, daß die Parteien nur einen gesetzlichen Unterlassungsanspruch sichern und keinen vertraglichen Unterlassungsanspruch begründen wollen. **113**

Möglich ist allerdings auch, daß die Parteien ein **selbständiges** Strafversprechen **114** (vgl. BGHZ 82, 401; a. A. *Lindacher*, Phänomenologie S. 66 ff) begründen wollen. Hier wird die Strafe für den Fall versprochen, daß eine Handlung vorgenommen oder unterlassen wird, ohne daß der Gläubiger einen (vertraglichen oder gesetzlichen) Anspruch auf dieses Verhalten hat (vgl. § 343 Abs. 2 BGB). Wenn also die Parteien keinen vertraglichen Unterlassungsanspruch begründen wollen, ist im Zweifel daher auf ein selbständiges Strafversprechen zu schließen (vgl. *Tetzner* GRUR 1981, 803, 807). Der Schuldner verwirkt die Vertragsstrafe, wenn er die bezeichnete Handlung vornimmt oder unterläßt, ohne Rücksicht darauf, ob ein gesetzlicher Unterlassungsanspruch gegeben war. Voraussetzung ist nur, daß das Verhalten wettbewerbswidrig ist. Andernfalls kann das Vertragsstrafversprechen, weil zulässigen Wettbewerb beschränkend, nach § 138 BGB bzw. § 1 GWB nichtig sein bzw. es kann ihm die Geschäftsgrundlage fehlen.

4. Die Verwirkung der Vertragsstrafe

Nach § 339 S. 2 BGB tritt die Verwirkung (auch Verfall genannt) der Vertragsstrafe **115** mit der Zuwiderhandlung ein, wenn die Leistungspflicht in einem Unterlassen besteht.

a) **Vertretenmüssen der Zuwiderhandlung.** Obwohl § 339 S. 2 BGB bloß von der Zuwiderhandlung spricht und damit scheinbar auch ein nur objektiv rechtswidriger Pflichtverstoß ausreicht, ist heute anerkannt, daß auch insoweit der Verschuldensgrundsatz gilt.⁴⁵ Denn es besteht kein sachlicher Grund, den Schuldner eines Unterlassens schlechter zu stellen als den Schuldner eines Tuns. Der Schuldner haftet also nur bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit (§ 276 Abs. 1 S. 1 BGB). Allerdings braucht der Gläubiger nur die objektive Zuwiderhandlung zu beweisen (vgl. § 345 BGB), während der Schuldner sich exkulpieren muß (Rdn. 100). Zur Zurechnung des Verschuldens von Erfüllungsgehilfen iS des § 278 BGB vgl. Rdn. 98. Den Parteien steht es frei, von der gesetzlichen Regelung abzuweichen, sei es, das Verschuldenserfordernis zu relativieren (z. B. Haftung nur für Vorsatz oder keine Haftung für das Verschulden von Erfüllungsgehilfen), sei es, vom Erfordernis des Verschuldens überhaupt abzusehen („garantieähnliche Funktion“ der Vertragsstrafe; vgl. BGH NJW 1972, 1893; a. A. *Lindacher*, Phänomenologie S. 91 f). Die Vertragsstrafe wird allerdings nicht verwirkt, wenn der Gläubiger den Schuldner zur Zuwiderhandlung verleitet oder provoziert. Dazu rechnet jedoch ein Testkauf nicht, wenn sich der Testkäufer wie ein normaler Kunde verhält und den Verkäufer nicht mit ungewöhnlichen oder unlauteren Mitteln zum Verstoß drängt (vgl. BGHZ 43, 359 = BGH GRUR 1965, 612 – *Warnschild*; OLG Hamburg GRUR 1985, 153, 155 – *Kfz-Rabatt*). Dem Gläubiger, der trotz Verleitung zur Zuwiderhandlung die Vertragsstrafe verlangen würde, fiele Rechtsmißbrauch (*venire contra factum proprium*) zur Last (vgl. BGH NJW 1971, 1126; GRUR 1984, 72, 74 – *Vertragsstrafe für versuchte Vertreterabwerbung*; OLG Karlsruhe GRUR 1984, 75; *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., § 343 BGB Rdn. 5). Unerheblich ist dagegen, daß der Gläubiger die Zuwiderhandlung hätte unterbinden können. Denn dazu ist er nicht verpflichtet. Bei einem beiderseitigen Verstoß gegen ein wechselseitiges Strafversprechen wird die Strafe von beiden verwirkt. Dies gilt aber nicht für den, dessen Pflichtverletzung sich als Reaktion auf die Pflichtverletzung des anderen darstellt (vgl. BGH NJW 1971, 1126; *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., § 339 BGB Rdn. 3). Die Verwirkung setzt im übrigen, sofern nichts anderes vereinbart ist, nicht voraus, daß beim Gläubiger oder Begünstigten (§ 328 BGB) eine Schädigung oder Interessengefährdung eingetreten ist. Denn es ist das primäre Ziel der Vertragsstrafe, den Schuldner von einer Zuwiderhandlung gerade abzuhalten (BGH GRUR 1984, 72, 73 – *Vertragsstrafe für versuchte Vertreterabwerbung*; a. A. *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., § 343 BGB Rdn. 5).

- 116** b) **Einmalige und mehrfache Zuwiderhandlung.** Die Parteien können frei vereinbaren, ob die Vertragsstrafe erst bei mehrmaliger oder schon bei einmaliger Zuwiderhandlung verwirkt sein soll (vgl. *Teplitzky* Kap. 20 Rdn. 12). Üblicherweise wird in Anlehnung an den Wortlaut des § 890 Abs. 1 S. 1 ZPO die Strafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung versprochen. Die Parteien können dabei im einzelnen festlegen, wann ein solcher Fall der Zuwiderhandlung vorliegt. Sie können auch eine Anwendung der Grundsätze über den **Fortsetzungszusammenhang** ausschließen. In der Regel geschieht dies aber nicht, so daß durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln ist, ob und ggf. wieviele Einzelakte zusammen einen Fall der Zuwiderhandlung ausmachen und wann eine Mehrzahl von Zuwiderhandlungen anzunehmen ist (vgl. OLG Hamburg GRUR 1987, 561 – *Chelat-Therapie*). Für die Auslegung gelten folgende Grundsätze (vgl. BGHZ 33, 163 = BGH GRUR 1961, 307 – *Krankenwagen II*; BGH GRUR

⁴⁵ Vgl. BGH NJW 1972, 1893 – *K-Rabatt-Sparmarken*; GRUR 1982, 688, 691 – *Seniorenpaß*; 1985, 1065 – *Erfüllungsgehilfe*; 1987, 648, 649 – *An-*

walts-Eilbrief; *Larenz*, Schuldrecht I § 24 II a mwN; anders noch BGH LM § 407 BGB Nr. 3.

1984, 72 – *Vertragsstrafe für versuchte Vertreterabwerbung*): Es ist zu fragen, was unter Berücksichtigung der gesamten Sachlage und der besonderen Umstände des Falles die Willensrichtung der Parteien war und, wenn sich dieser Wille nicht feststellen läßt, was die Parteien vernünftiger- und redlicherweise vereinbart hätten (ergänzende Vertragsauslegung). Insbesondere ist zu fragen, ob und welche Vorstellung von möglichen Zuwiderhandlungen die Parteien bei Festsetzung der Höhe der Strafe hatten, welche Schadensrisiken beim Gläubiger auf dem Spiel standen und welche Verkehrsanschauungen bestehen, etwa im Hinblick auf das Ausmaß und die Dauer von bestimmten Wettbewerbshandlungen, die als eine „Aktion“ angesehen werden. Im Zweifel entspricht es nicht dem Parteiwillen, den Begriff der „einmaligen“ Zuwiderhandlung so engherzig zu fassen, daß im Einzelfall eine unsinnige Vielzahl von Vertragsverstößen dabei herauskommt und dementsprechend eine unerträglich hohe Vertragsstrafe zu entrichten wäre. Das rechtstechnische Mittel, um mehrere Einzelakte zu einer Zuwiderhandlung zusammenzufassen, ist der Begriff der „natürlichen Handlungseinheit“. Sie ist z. B. zu bejahen bei einer Postwurfsendung an eine Vielzahl von Empfängern. Ein Indiz hierfür ist die Gleichartigkeit der Einzelakte und ihr zeitlicher und räumlicher Zusammenhang.

Eine noch weitergehende Zusammenfassung von Einzelhandlungen ermöglicht der Begriff der Fortsetzungstat („Fortsetzungszusammenhang“), wobei das Vorliegen eines Gesamtvorsatzes nicht erforderlich ist, vielmehr auch Fahrlässigkeit miteinbezogen werden kann. So wurde z. B. Fortsetzungszusammenhang bejaht bei fortgesetzten Versuchen, ein und denselben Vertreter abzuwerben (vgl. BGH GRUR 1984, 72, 74 – *Vertragsstrafe für versuchte Vertreterabwerbung*), bei vier aufeinander folgenden Zeitungsanzeigen (vgl. OLG Hamburg GRUR 1987, 561, 562 – *Chelat-Therapie*; weiter OLG Hamm WRP 1983, 452 und BGH WRP 1981, 138). Gegen einen Fortsetzungszusammenhang kann es sprechen, wenn die einzelnen Akte zu jeweils neuen und zusätzlichen Schäden oder Gefahren für den Gläubiger führen können, wie z. B., wenn die Abwerbungsversuche sich nicht auf einen Vertreter beschränken, sondern auf weitere Vertreter erstrecken (vgl. BGH GRUR 1984, 72, 74 – *Vertragsstrafe für versuchte Vertreterabwerbung*); weiter die neuerliche Entschlußfassung, wie sie durch die Zustellung einer Straffestsetzungsentscheidung beim Schuldner (vgl. OLG Hamburg WRP 1977, 34, 35) erforderlich wird und wohl auch schon durch die Schuldneranhörung nach § 891 ZPO, nicht aber schon durch das außergerichtliche Verlangen nach Zahlung der Vertragsstrafe, wenn die Parteien unterschiedliche Rechtsstandpunkte vertreten (OLG Hamburg GRUR 1987, 561, 562 – *Chelat-Therapie*). Im Zweifel ist bei einer echten Fortsetzungstat nur eine Handlung anzunehmen (*Teplitzky* Kap. 8 Rdn. 27; Kap. 20 Rdn. 17; str., a. A. *Körner*, WRP 1982, 75, 78). Das Entscheidende ist freilich, ob im Einzelfall Fortsetzungszusammenhang anzunehmen ist. Hier läßt sich sagen, daß um so eher eine Mehrzahl von Zuwiderhandlungen anzunehmen ist, je gravierender die einzelnen Akte sind und je stärker sie in die Interessen des Gläubigers eingreifen.

Beispiel: Bei Versendung von Werbeprospekten an eine unbestimmte Vielzahl von Personen spricht mehr für eine natürliche Handlungseinheit, bei Versendung jeweils individuell ausgearbeiteter Angebote an einen ausgewählten Personenkreis dagegen mehr für einen mehrfachen Vertragsverstoß. Allerdings steht es den Parteien frei, die Anwendung der Grundsätze über den Fortsetzungszusammenhang auszuschließen (OLG Köln WRP 1985, 108, 109 f.). Soweit danach eine übermäßig hohe Vertragsstrafe⁴⁶

⁴⁶ Vgl. BGH aaO – *Vertragsstrafe für versuchte Vertreterabwerbung*: 4 × 50.000, – nicht zu hoch.

anfallen würde, ist eine Herabsetzung nach § 343 BGB oder – bei Vollkaufleuten – nach § 242 BGB möglich und geboten (OLG Köln aaO). Bei ganz geringfügigen Zuwiderhandlungen kann im übrigen die Geltendmachung der Vertragsstrafe rechtsmißbräuchlich und damit unzulässig sein.

- 118** c) **Haftung mehrerer Verpflichteter.** Haben mehrere Schuldner gemeinschaftlich ein strafbewehrtes Unterlassungsversprechen abgegeben, so haften sie grundsätzlich nicht als Gesamtschuldner, ihre Verpflichtungen stehen vielmehr selbständig nebeneinander (vgl. *Teplitzky* Kap. 20 Rdn. 18). Dies bedeutet, daß bei einer Zuwiderhandlung durch einen Schuldner die übrigen Schuldner die Vertragsstrafe nicht verwirken. Auch haben die übrigen Schuldner nicht für die Bezahlung der durch den anderen verwirkten Vertragsstrafe einzustehen. – Allerdings sind abweichende Vereinbarungen möglich. Zum einen kann vorgesehen sein, daß jeder Schuldner für das Verschulden des anderen (mit-)einstehen solle. Dies bedeutet, daß die übrigen Schuldner für die Zahlung der vom anderen verwirkten Strafe mithaften, wobei Bürgschaft, Garantie oder Gesamtschuld in Betracht kommen. – Zum anderen ist denkbar, daß auch bei einer von mehreren (oder allen) Schuldnern zu vertretenden Zuwiderhandlung die Vertragsstrafe nur einmal zu entrichten ist. Eine solche Vereinbarung kann auch den Umständen zu entnehmen sein. So etwa, wenn der eine Unterlassungsverpflichtete nur das Organ oder der Erfüllungsgehilfe des anderen ist und die Zuwiderhandlung von ihm ausgeht. Oder etwa, wenn mehrere die Zuwiderhandlung durch eine gemeinschaftliche Handlung begehen. Denn letztlich, vom Erfolg her gesehen, liegt nur eine Zuwiderhandlung vor, so daß es berechtigt ist, auch die Vertragsstrafe nur einmal zuzusprechen. Allerdings wird bei solchen Gestaltungen gleichzeitig eine gesamtschuldnerische Haftung für die Bezahlung der Strafe als gewollt anzunehmen sein.
- 119** d) **Abtretung und Übergang von Ansprüchen.** Wird der Unterlassungsanspruch abgetreten, z. B. im Rahmen eines Unternehmensverkaufs (vgl. OLG Koblenz GRUR 1988, 43, 46 – *Weingut*; *Teplitzky* Kap. 15 Rdn. 1), so geht nach § 401 BGB analog das Vertragsstrafeversprechen wegen seiner Akzessorietät mit über (vgl. *MünchKomm/Söllner*, 2. Aufl., § 339 BGB Rdn. 6), sofern nichts anderes vereinbart ist. Dagegen ist ein automatischer Übergang des Anspruchs auf Zahlung einer bereits verwirkten Vertragsstrafe zu verneinen. Es ist eine Frage der Auslegung im Einzelfall, ob ein solcher Anspruch mitabzutreten ist oder nicht. Das (unselbständige) Vertragsstrafeversprechen kann nicht isoliert vom Unterlassungsanspruch abgetreten werden (vgl. BGH NJW 1990, 832; *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., Vorbem. vor § 339 BGB Rdn. 2), wohl dagegen der Anspruch auf Zahlung der verwirkten Strafe.

5. Einwendungen gegen das Vertragsstrafeversprechen

- 120** Das (unselbständige) Vertragsstrafeversprechen hängt in seinem Bestand von dem gesicherten Unterlassungsanspruch ab. Ist dieser Anspruch nicht wirksam entstanden (z. B. wegen Verstoßes gegen §§ 134, 138 BGB oder wegen Anfechtung oder mangels inhaltlicher Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit) oder nachträglich untergegangen (z. B. durch Aufhebung, Kündigung, Wegfall der Geschäftsgrundlage, gesetzliches Verbot; Rdn. 105 ff), so besteht auch keine Verpflichtung aus dem Strafeversprechen. Darauf, ob die Parteien die Unwirksamkeit des Unterlassungsversprechens gekannt haben, kommt es nach § 344 BGB nicht an. – Besteht der zu sichernde Unterlassungsanspruch, kann das Vertragsstrafeversprechen aus einem anderen Grund unwirksam sein. In Betracht kommt insbesondere Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Allerdings soll die unverhältnismäßige Höhe der versprochenen Strafe die Sittenwidrigkeit noch nicht begrün-

den, weil insoweit § 343 BGB eingreift (vgl. BGH LM § 343 BGB Nr. 1 b; *MünchKomm/Söllner*, 2. Aufl., § 343 BGB Rdn. 9; zum Ganzen *Lindacher*, Phänomenologie S. 100 ff). Bei Vollkaufleuten (§§ 348, 351 HGB) besteht diese Sperrwirkung zwar nicht, so daß § 138 BGB grundsätzlich eingreifen könnte. Indessen muß diese strengere Haftung des Vollkaufmanns, der sich auf eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe einläßt, im Regelfall hingenommen werden (vgl. BGHZ 3, 193 = BGH GRUR 1952, 141, 142 – *Tauchpumpe*). Sittenwidrigkeit kann nur in krassen Ausnahmefällen angenommen werden. Die Sittenwidrigkeit kann sich jedoch aus anderen Gesichtspunkten, wie etwa Ausnutzung wirtschaftlicher Macht oder Existenzgefährdung des Schuldners, ergeben (vgl. *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., § 343 BGB Rdn. 3 mwN). Eine kurz bemessene Fristsetzung im Abmahnschreiben ist üblich und begründet noch keine Sittenwidrigkeit (vgl. OLG Frankfurt WRP 1980, 704). Ob bei (ausnahmsweiser) Nichtigkeit des Vertragsstrafversprechens auch das zugrundeliegende Unterlassungsversprechen von der Nichtigkeit erfaßt wird, beurteilt sich nach § 139 BGB. – Zum Einwand des Rechtsmißbrauchs bei Geltendmachung einer an sich verwirkten Strafe Rdn. 123.

6. Die Herabsetzung der Vertragsstrafe

a) **Herabsetzung bei nachträglich festgelegter Strafe.** Ist die Festsetzung der Strafe. **121**
einer Vertragspartei oder einem Dritten übertragen, ist im Regelfall bereits eine Herabsetzung nach §§ 315 Abs. 3, 319 Abs. 1 BGB möglich. Dies ist von Bedeutung in den Fällen, in denen § 343 BGB nicht anwendbar ist.

b) **Herabsetzung nach § 343 BGB.** Ist die verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, **122**
kann auf Antrag des Schuldners die Vertragsstrafe durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden (§ 343 Abs. 1 S. 1 BGB). Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen (§ 343 Abs. 1 S. 2 BGB). Die gleichen Erwägungen sind bei der Frage anzustellen, ob die Strafe „unverhältnismäßig hoch“ ist (vgl. *MünchKomm/Söllner*, 2. Aufl., § 343 BGB Rdn. 17). Es kommen dabei u. a. in Betracht: die wirtschaftliche Lage der Parteien; die Höhe des möglichen oder eingetretenen Schadens; die Schwierigkeit des Schadensnachweises; der Verschuldensgrad (vgl. OLG München WRP 1980, 283, 284; Vorsatz); der Vorteil, den der Schuldner aus der Zuwiderhandlung ziehen könnte (vgl. OLG Köln WRP 1985, 108, 110); die Gefahr weiterer Zuwiderhandlungen (vgl. hierzu BGH GRUR 1984, 72, 74 – *Vertragsstrafe für versuchte Vertreterwerbung*; auch *Lindacher*, Phänomenologie S. 107 ff). – § 343 Abs. 1 BGB ist nicht abdingbar (BGHZ 5, 133, 136), jedoch ist eine Herabsetzung nach Entrichtung der Strafe ausgeschlossen (§ 343 Abs. 1 S. 3 BGB). Auch ein nach Verwirkung der Strafe erklärter Verzicht auf die Herabsetzung ist wirksam (*Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., § 343 BGB Rdn. 2).

c) **Herabsetzung bei Vollkaufleuten.** § 343 BGB gilt nicht für Vertragsstrafversprechen **123**
die Vollkaufleute im Betriebe ihres Handelsgewerbes abgeben (§§ 348, 351 HGB); ebensowenig für ihnen gleichstehende Personen, wie z. B. den Geschäftsführer und Alleingesellschafter einer GmbH (vgl. BGHZ 5, 133). Maßgebender Zeitpunkt für das Vorliegen der Vollkaufmannseigenschaft ist die Abgabe des Versprechens (BGHZ 5, 133, 136; BGH NJW 1954, 998). – Gleichwohl ist dieser Personenkreis nicht völlig schutzlos. In Ausnahmefällen kann bereits das Vertragsstrafversprechen selbst gegen § 138 BGB verstoßen (Rdn. 120). Im übrigen kann eine Ermäßigung der verwirkten Strafe nach § 242 BGB in Betracht kommen (vgl. *MünchKomm/Söllner*, 2. Aufl., § 343 Rdn. 4), etwa dann, wenn ein (nicht ohne weiteres zu bejahendes; vgl. BGH GRUR

1984, 72, 74 – *Vertragsstrafe für versuchte Vertreterabwerbung*) besonders krasses Mißverhältnis zwischen verwirkter Strafe und Bedeutung der Zuwiderhandlung für die Interessen des Gläubigers besteht. Insbesondere kann auch ein Wegfall oder eine Änderung der Geschäftsgrundlage des Strafversprechens zu berücksichtigen sein (vgl. BGH NJW 1954, 998; GRUR 1984, 72, 74 – *Vertragsstrafe für versuchte Vertreterabwerbung*; OLG Karlsruhe BB 1967, 1181), etwa wenn der Gläubiger zwischenzeitlich seinen Geschäftsbetrieb eingestellt oder umgestellt hat, sofern nicht in solchen Fällen die Unterlassungsverpflichtung ohnehin gegenstandslos wird.

7. Das Verhältnis zum Ordnungsgeld nach § 890 ZPO

- 124** Verletzt der Schuldner seine Unterlassungspflicht, ist der Gläubiger nicht darauf beschränkt, die Vertragsstrafe geltend zu machen. Er kann vielmehr auch im Wege der Unterlassungsklage oder der einstweiligen Verfügung gegen den Schuldner vorgehen (BGH GRUR 1980, 241, 242 – *Rechtsschutzbedürfnis*; OLG Köln GRUR 1988, 241 (Ls); LG Nürnberg WRP 1983, 234; *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., Vorbem. v § 339 BGB Rdn. 11). Die Möglichkeit, ein Ordnungsmittelverfahren nach § 890 ZPO in Gang zu setzen, berührt allerdings den Anspruch auf die Entrichtung der Vertragsstrafe nicht (BGHZ 3, 193 = BGH GRUR 1952, 141, 142 – *Tauchpumpe*; *Teplitzky* Kap. 20 Rdn. 22). Strittig ist jedoch, ob das Verfahren nach § 890 ZPO noch in Gang gesetzt oder weiter betrieben werden kann, wenn der Gläubiger die Vertragsstrafe gerichtlich geltend gemacht bzw. der Schuldner sie schon entrichtet hat. Teilweise wird hierfür das Rechtsschutzbedürfnis verneint und der Gläubiger auf ein Wahlrecht zwischen beiden Verfahren verwiesen⁴⁷. Richtigerweise wird man jedoch das gleichzeitige Verfahren nach § 890 ZPO für zulässig erachten müssen⁴⁸, weil Vertragsstrafe und Ordnungsgeld in ihren Funktionen und Auswirkungen nicht voll übereinstimmen (vgl. BGH GRUR 1987, 648, 649 – *Anwalts-Eilbrief*): das Ordnungsgeld stellt eine strafähnliche Sanktion für die Übertretung eines gerichtlichen Verbots dar, während die Vertragsstrafe eine schuldrechtlich vereinbarte Leistung zur Sicherung der Vertragserfüllung und zur Schadenspauschalierung ist. Doch kann bei der Festsetzung des Ordnungsgeldes die Entrichtung bzw. Verurteilung zur Zahlung der Vertragsstrafe berücksichtigt werden, um Härten zu vermeiden (vgl. OLG Düsseldorf WRP 1970, 71, 72). Im Einzelfall kann auch die Auslegung des strafbewehrten Unterlassungsversprechens ergeben, daß eine Rechtsverfolgung nach § 890 ZPO ausgeschlossen sein soll (vgl. *MünchKomm/Söllner*, 2. Aufl., Vor § 339 BGB Rdn. 21; OLG Hamm NJW 1967, 58).

Zweiter Abschnitt. Der Beseitigungsanspruch

I. Allgemeines

Literatur

Assmann/Kübler, Testhaftung und Testwerbung, ZHR 142 (1978), 413; *Baur*, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 BGB AcP 160 (1961), 465; *Böhm*, Pflichtwidriges Unterlassen als Zuwiderhandlung gegen ein gerichtliches Verbot, WRP 1973, 72; *Brehm*, Die Vollstreckung der Beseitigungspflicht nach § 890 ZPO, ZZZ 89 (1976), 178; *Erdsieck*, Wahrnehmung berechtigter Interessen ein Rechtfertigungsgrund?, JZ 1969, 311; *ders.*, Unvollkommenheiten des zivilrechtlichen Ehren-

⁴⁷ Vgl. OLG Hamm GRUR 1985, 82; OLG Köln NJW 1969, 756; *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., Vorbem. v § 339 BGB Rdn. 11; *MünchKomm/Söllner*, 2. Aufl., Vor § 339 BGB Rdn. 21.

⁴⁸ Vgl. OLG Saarbrücken NJW 1980, 461; OLG Köln GRUR 1986, 688; OLG Köln NJW-RR 1987, 360; *Teplitzky* Kap. 20 Rdn. 22; *Pastor*, Wettbewerbsprozeß S. 139 f.

schutzes, NJW 1966, 1365; *Gloy*, Hdb. WettbewerbsR, § 21 III; *Helle*, Die Begrenzung des zivilrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit und der Ehre gegenüber Äußerungen in rechtlich geordneten Verfahren, GRUR 1982, 207; *Henckel*, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974), 145; *Henning-Bodewig*, Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Werbeagenturen, GRUR 1981, 164; *Hoffmann*, Beweislast und Rechtfertigung bei ehrverletzenden Behauptungen im politischen Bereich, NJW 1966, 1200; *Jauernig*, Einstweilige Verfügung gegen ein Bezugsverbot?, NJW 1973, 1671; *Johannes*, Zum Widerruf ehrenrühriger Behauptungen, JZ 1964, 317; *Klaka*, Ehrverletzende Äußerungen in Zivilprozessen, GRUR 1973, 515; *Leipold*, Wirksamer Ehrenschatz durch gerichtliche Feststellung von Tatsachen, ZZP 84 (1971), 150; *Lindacher*, Unterlassungs- u. Beseitigungsanspruch, GRUR 1985, 423; *Mertens*, Zum Inhalt des Beseitigungsanspruchs aus § 1004 BGB, NJW 1974, 1783; *Moll*, Beseitigungsanspruch und Rückruf im gewerblichen Rechtsschutz, FS Klaka, 1987, 16; *Pärm*, Tatsachenmitteilung und Tatsachenbehauptung – Zur Naturalrestitution beim Rechtsschutz der Persönlichkeit – NJW 1979, 2544; *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 1972; *Rehbinder*, Beweislast für die Unwahrheit der Behauptung und Umfang des Widerrufsanspruches beim privatrechtlichen Ehrenschatz, JZ 1963, 314; *Ritter*, Zum Widerruf einer Tatsachenbehauptung, ZZP 84 (1971), 163; *Säcker*, Der Widerruf ehrkränkender Behauptungen, MDR 1970, 893; *Schlosser*, Zur Beweislast im System des zivilrechtlichen Ehrenschatzes, JZ 1963, 309; *Schmidt*, Wahrnehmung berechtigter Interessen ein Rechtfertigungsgrund?, JZ 1970, 8; *Schnur*, Das Verhältnis von Widerruf einer Behauptung und Bekanntmachung der Gerichtsentscheidung als Mittel zur Rufwiederherstellung, GRUR 1978, 225, 473; *ders.*, Zum „uneingeschränkten“ und „eingeschränkten“ Widerruf von Behauptungen, GRUR 1979, 139; *Schricker*, Berichtigende Werbung, GRUR Int. 1975, 191; *Schwerdtner*, Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz, JuS 1978, 289; *Stoll*, Freiheit der Meinungsäußerung und Schutz der Persönlichkeit in der neueren Rechtsprechung zur zivilrechtlichen Haftung, JURA 1979, 576; *Teplitzky*, Das Verhältnis des objektiven Beseitigungsanspruchs zum Unterlassungsanspruch im Wettbewerbsrecht, WRP 1984, 368; *Uhlitz*, Politischer Kampf und Ehrenschatz, NJW 1967, 129; *Walchshöfer*, Ehrverletzende Äußerungen in Schriftsätzen, MDR 1975, 11; *Walter*, Ehrenschatz gegenüber Parteivorbringen im Zivilprozeß, JZ 1986, 614; *Wenzel*, Tatsachenbehauptungen und Meinungsäußerungen, NJW 1968, 2353; *Wronka*, Veröffentlichungsbefugnis von Urteilen, WRP 1975, 644.

1. Funktion und Rechtsgrundlage

Der wettbewerbsrechtliche Beseitigungsanspruch dient der Beseitigung eines durch einen Wettbewerbsverstoß eingetretenen Zustandes fortdauernder Störungen. Er ist im Wettbewerbsrecht, von den Spezialregelungen des § 23 Abs. 2 UWG, des § 14 a Abs. 1, 3 GeschmMG, der §§ 25 b, 30 WZG, der §§ 98, 99 UrhG, § 140 PartG, § 24 a GebrMG, § 9 Abs. 2 HalbleiterschutzG und § 37 a SortenschutzG abgesehen, nicht ausdrücklich normiert, aber als Ergänzung und Weiterführung zum wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch mittlerweile gewohnheitsrechtlich anerkannt⁴⁹. Einer Analogie zu § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB bedarf es daher nicht mehr⁵⁰; sie wäre, etwa im Hinblick auf die unterschiedlichen Verjährungsfristen im Bürgerlichen Recht (§ 852 BGB) und im Wettbewerbsrecht (§ 21 UWG), auch nicht sachgemäß (vgl. BGH GRUR 1974, 99, 101 – *Brünova*).

125

2. Abgrenzung zum Schadensersatzanspruch

Der Beseitigungsanspruch dient ausschließlich der Abwehr zukünftiger Störungen, ist also vom Zweck her zukunftsorientiert⁵¹. Der verschuldensabhängige Schadensersatz-

126

⁴⁹ Vgl. *Teplitzky* Kap. 22 Rdn. 11: „unmittelbar den wettbewerbsrechtlichen Verbotsnormen entnommen“.

⁵⁰ Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 307; anders noch die ältere Rspr., vgl. BGH GRUR 1954 163, 165 – *Bierlieferungsverträge*; 1954 337, 342 –

Radschutz; 1960 563, 567 – *Sektwerbung*; w. Nachw. bei *Abrens* 63.

⁵¹ Vgl. *Abrens*, S. 58; *Teplitzky* Kap. 22 Rdn. 3; a. A. *Jauernig* NJW 1973 1671, 1672: „wirkt in die Vergangenheit“.

satzanspruch bezweckt dagegen den Ausgleich eines entstandenen Schadens durch Naturalrestitution (§§ 249, 250 BGB) und, wo diese nicht möglich oder nicht genügend ist, durch Geldkompensation des Vermögensschadens (§§ 251, 252 BGB). Er umfaßt in Gestalt der vom Schuldner vorzunehmenden Naturalrestitution (§ 249 S. 1 BGB) den Beseitigungsanspruch,⁵² reicht aber weiter als dieser. Denn Naturalrestitution kann auch dann verlangt werden, wenn von der Beeinträchtigung keine Störungen ausgehen können. Außerdem kann der Gläubiger in den Fällen der §§ 249 S. 2, 250, 251, 252 BGB Geldersatz verlangen.

3. Abgrenzung zum Unterlassungsanspruch

127

Beiden Ansprüchen ist gemeinsam, daß sie der Abwehr künftiger Störungen dienen und kein Verschulden voraussetzen. Daher lassen sie sich unter dem Oberbegriff des „Abwehranspruchs“ zusammenfassen (vgl. BGH GRUR 1974, 99, 101 – *Brünova*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl UWG Rdn. 249). Das eigentliche Abgrenzungsproblem stellt sich beim Inhalt des Anspruchs⁵³. Denn der Unterlassungsanspruch umfaßt im Einzelfall auch eine Pflicht des Schuldners zum Tätigwerden (Rdn. 10), wie sie der Beseitigungsanspruch zum Inhalt hat. Der Unterlassungsanspruch kann insoweit auch die Funktion des Beseitigungsanspruchs übernehmen. Daher wird auch gesagt, der Unterlassungsanspruch umfasse den Beseitigungsanspruch oder schließe ihn ein.⁵⁴ Dies darf indessen nicht bedeuten, daß der Unterlassungsanspruch den Beseitigungsanspruch als selbständige Anspruchsgrundlage verdrängen würde. Beide Ansprüche stehen vielmehr **selbständig nebeneinander**.⁵⁵ Dies selbst dann, wenn sie inhaltlich auf das gleiche Ergebnis gerichtet sind, weil die Nichtbeseitigung gleichbedeutend mit der Fortsetzung der Verletzungshandlung ist (z. B. Nichtbeseitigung einer wettbewerbswidrigen Hausfassade; vgl. BGH GRUR 1977, 614, 616 – *Gebäudefassade* sowie BGH GRUR 1958, 30, 31 – *Außenleuchte*; 1964, 686, 689 – *Glockenpackung II*). Insoweit laufen beide Ansprüche parallel (*Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 307; *Teplitzky* Kap. 22 Rdn. 5). Der Verletzte kann sie im Prozeß nebeneinander geltend machen: mit dem einen verlangt er ein Unterlassen, mit dem anderen ein positives Tun. Den unterschiedlichen Begehren ist sowohl im Klageantrag als auch in der Urteilsformel Rechnung zu tragen, womit freilich keine Streitwertverdoppelung verbunden ist (vgl. *Teplitzky* Kap. 25 Rdn. 5). Für den titulierten **Unterlassungsanspruch** steht nur die **Vollstreckung** nach § 890 ZPO zur Verfügung,⁵⁶ nicht daneben wahlweise auch die nach § 887 ZPO.⁵⁷ Umgekehrt kann der titulierte Beseitigungsanspruch nur nach §§ 887 f ZPO, nicht auch nach § 890 ZPO vollstreckt werden.⁵⁸ Beide Vollstreckungsarten haben ihre Vor-

⁵² Vgl. *Teplitzky* Rdn. 22 Kap. 1; früher hatte die Rspr. daher den Beseitigungsanspruch nur unter den Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs gewährt (vgl. RGZ 77, 219).

⁵³ Dazu eingehend *Teplitzky* WRP 1984, 365; *Lindacher* GRUR 1985, 430.

⁵⁴ Vgl. RGZ 148, 114, 123 – *Gummi-Waren*; BGH GRUR 1958, 30, 31 – *Außenleuchte*; 1962, 315 – *Deutsche Miederwoche*; 1977, 614, 616 – *Gebäudefassade*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 207. – Nach § 15 österr. UWG „umfaßt“ der Unterlassungsanspruch auch das Beseitigungsrecht. Dazu OGH ÖBl 1976, 27 und *Koppensteiner*, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., 1987, 273 („Klarstellung“).

⁵⁵ So auch *Jauernig* NJW 1973, 1671, 1673; v. *Gamm*

UWG § 1 300; *Teplitzky* Kap. 22 5; wohl auch *Baumbach/Hefermehl*, Einl UWG Rdn. 307.

⁵⁶ So auch *Teplitzky* Kap. 22 Rdn. 5; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., (1990) Rdn. 1093; *Jauernig* NJW 1973, 1671, 1672 f; *Pastor*, Unterlassungsvollstreckung, S. 180 ff; *Böhm* WRP 1973, 72; BGH NJW 1982, 410; OLG Stuttgart BB 1973, 14; OLG Düsseldorf WRP 1969, 384; OLG Hamburg WRP 1973, 276.

⁵⁷ A. A. *Brehm* ZZP 89, 178, 188 ff; *Thomas-Putzo*, 15. Aufl., ZPO, § 890 Anm. 1 b; *Lindacher* GRUR 1985, 423, 426; *Staud/Gursky*, 12. Aufl., § 1004 BGB 177; OLG Hamm OLGZ 74, 62, 63; OLG München GRUR 1972, 502.

⁵⁸ Vgl. *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht Rdn. 1067 mwN.

und Nachteile. Der Verletzte tut daher gut daran, beide Ansprüche nebeneinander einzuklagen. Im einzelnen ist zu bedenken, daß die Vollstreckung nach § 890 ZPO ein Verschulden des Schuldners bei der Nichterfüllung der Unterlassungspflicht voraussetzt, die Vollstreckung nach § 887 ZPO dagegen kein Verschulden bei der Nichterfüllung der Beseitigungspflicht verlangt. Bleibt der Schuldner zunächst untätig und wird die Vollstreckung nach § 887 ZPO betrieben, so muß diese eingestellt werden, wenn nunmehr der Schuldner seiner Pflicht nachkommt. Dagegen kann eine verwirkte Strafe dennoch verhängt und vollstreckt werden (vgl. *Jauernig* NJW 1973, 1671, 1673). Die Vollstreckung nach § 887 ZPO kann im Einzelfall schwierig oder zeitraubend sein, so daß das Vorgehen nach § 890 ZPO erfolgversprechender ist. Umgekehrt mag die Vollstreckung nach § 890 ZPO im Einzelfall wirkungslos sein, etwa wenn der Schuldner zahlungsunfähig oder unbeugsam ist, so daß dem Gläubiger nur das Vorgehen nach § 887 ZPO weiterhilft. Die Selbständigkeit beider Ansprüche äußert sich prozessual auch darin, daß die Streitgegenstände verschieden sind und somit der Geltendmachung des einen Anspruchs nicht die Rechtshängigkeit bzw. die rechtskräftige Entscheidung über den anderen Anspruch entgegengesetzt werden kann.⁵⁹ Allenfalls kann im Einzelfall für die Geltendmachung eines Anspruchs das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen sein, wenn der andere Anspruch bereits titulierte vorliegt und seine Durchsetzung zweifelsfrei erscheint (vgl. *Teplitzky* WRP 1984, 365, 368). Die Verjährung des einen Anspruchs wird durch die Einklagung des anderen Anspruchs nicht unterbrochen (vgl. BGH GRUR 1974, 99, 101 – *Brünova*). Das Problem stellt sich freilich nicht in dem Fall, daß das Untätigbleiben eine Fortsetzung der Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht darstellt (vgl. *Lindacher* GRUR 1985, 423, 429).

Unterlassungsanspruch und Beseitigungsanspruch können funktionsgleich wirken, doch verhält es sich nicht notwendig so. Es gibt auch Fälle, in denen die Erfüllung des einen Anspruchs nicht gleichzeitig zur Erfüllung des anderen Anspruchs führt. So kann auch nach Beseitigung eines störenden Zustandes noch Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsfahr bestehen. Beispiel: Beseitigung eines Firmenschildes räumt nicht notwendig die Gefahr anderer Firmenrechtsverletzungen aus (nach *Teplitzky* Kap. 22 Rdn. 5 Fn. 15). Umgekehrt erfüllt ein Schuldner, der bestimmte Verletzungshandlungen unterläßt, dadurch noch nicht den Beseitigungsanspruch. Beispiel: Unterlassen des Vertriebs wettbewerbswidrig hergestellter Ware, deren Vernichtung mit dem Beseitigungsanspruch verlangt werden kann.

128

II. Die Voraussetzungen des Beseitigungsanspruchs

1. Herbeiführung eines fortdauernden Störungszustandes

Der Schuldner (Störer) oder ein Dritter, für dessen Handeln er einzustehen hat, muß durch sein Unterlassen (Tun oder pflichtwidriges Unterlassen) einen Zustand fortdauernder Störungen herbeigeführt haben oder (als Zustandsstörer) dafür verantwortlich sein. Gleichbedeutend ist die Ausdrucksweise, daß eine Verletzungshandlung sich als Quelle fortlaufender, neuer Störungen erweist (vgl. RGZ 163, 210; *Emmerich* § 17/3 a). Die von dem Zustand ausgehenden Störungen müssen rechtswidrig sein. Daß das Verhalten des Schuldners ursprünglich rechtmäßig, weil von einem Rechtfertigungsgrund gedeckt, war (z. B. Wahrnehmung berechtigter Interessen), ist unerheblich, wenn

129

⁵⁹ Vgl. *Emmerich*, § 17/3 a; *Teplitzky* Kap. 22 Rdn. 7; einschränkend *Lindacher* GRUR 1985, 423, 427: Identität des Streitgegenstandes, wenn Untätigblei-

ben eine Fortsetzung der Zuwiderhandlung bedeutet; aus der Rspr. vgl. BGH GRUR 1974, 99, 101 – *Brünova*.

dieser Rechtfertigungsgrund später weggefallen ist (vgl. BGH GRUR 1958, 448, 449 – *Blanko-Verordnungen*; 1960, 500, 502 – *Plagiatsvorwurf*). Anders als beim Unterlassungsanspruch ist eine Wiederholungsgefahr nicht erforderlich (vgl. *Ahrens*, S. 64). An ihre Stelle tritt der fortdauernde Störungszustand. Maßgebend ist dabei der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung.

- 130** Für den Beseitigungsanspruch soll, anders als beim (vorbeugenden) Unterlassungsanspruch, eine konkrete Verletzungshandlung notwendige Voraussetzung sein (vgl. *Teplitzky* WRP 1984, 365, 366). Dies erscheint überdenkenswert. Man denke nur an Vorbereitungshandlungen zu einer Verletzung, wie z. B. die Herstellung von Klischees für eine wettbewerbswidrige Werbung. Wenn den Umständen nach die Gefahr der Herbeiführung eines wettbewerbswidrigen Zustandes droht, sollte man daher nicht nur einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch, sondern auch einen erweiterten Beseitigungsanspruch anerkennen, um den vorbeugenden Rechtsschutz vor Wettbewerbsstörungen effektiv zu machen (vgl. auch *Lindacher* GRUR 1985, 423, 424). Voraussetzung ist allerdings, daß nach Lage der Dinge die Geltendmachung des vorbeugenden Unterlassungsanspruchs als der mildere Rechtsbehelf nicht ausreicht, um die Störungsgefahr auszuschalten. Der Gläubiger könnte demnach ggf. die Vernichtung der Klischees verlangen, um zu verhindern, daß die wettbewerbswidrige Werbung zustandekommt (vgl. auch *Teplitzky* Kap. 25 Rdn. 8, der allerdings diesen Anspruch nur geben will, wenn das Klischee bereits zur Verwendung wettbewerbswidrigen Werbematerials verwendet wurde).

2. Verschuldensunabhängigkeit

- 131** Den Schuldner braucht weder an der Herbeiführung noch an der Fortwirkung des Störungszustandes ein Verschulden zu treffen (allg. M.; vgl. *Teplitzky* Kap. 22 Rdn. 15).

3. Fehlen einer Duldungspflicht

- 132** Der Beseitigungsanspruch ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger zur Duldung des Zustandes verpflichtet ist (Rechtsgedanke des § 1004 Abs. 2 BGB; vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 311). Eine solche Duldungspflicht kann sich aus besonderen Rechtsvorschriften oder aus der Einwilligung des Gläubigers ergeben (vgl. *Baumbach/Hefermehl* aaO). Aus einer längeren Duldung ist aber noch nicht auf eine Einwilligung zu schließen (BGH VersR 1964, 1070). Andererseits braucht der Einwilligung kein wirksamer Vertrag zugrundezuliegen (RGZ 133, 296). – Ist der Eingriff an sich schon rechtmäßig, scheidet der Beseitigungsanspruch von vornherein aus.

III. Die Konkretisierung des Beseitigungsanspruchs

1. Die Inhaltsbestimmung

- 133** Die Anerkennung eines Beseitigungsanspruchs sagt noch nichts darüber aus, wie der störende Zustand beseitigt werden soll. Im Bürgerlichen Recht wird es grundsätzlich dem Schuldner überlassen, auf welche Art und Weise er seiner Beseitigungspflicht nachkommt (vgl. *Staud/Gursky*, 12. Aufl., § 1004 BGB Rdn. 102 mwN), es sei denn, daß nur eine Maßnahme in Betracht kommt (vgl. BGHZ 67, 252, 254; BGH NJW 1984, 1242, 1243). Im Wettbewerbsrecht gibt man dagegen dem Gläubiger einen Anspruch auf eine inhaltlich bestimmte Beseitigungsmaßnahme (vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 313; *Ahrens* S. 65; *Teplitzky* GRUR 1989, 461, 464, sub II m.

Hinweis auf unveröffentlichte Rspr.). Begründet wird dies mit dem Erfordernis der Bestimmtheit des Klageantrags (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO), ferner mit der Erwägung, daß andernfalls der Streit um das Wie der Beseitigung mißlicher Weise vom Erkenntnis in das Vollstreckungsverfahren verlagert werde, und schließlich damit, daß sich die Notwendigkeit einer bestimmten Beseitigungsmaßnahme meist eindeutig aufdränge und ihre Anordnung den Schuldner in Wettbewerbssachen nicht unzumutbar belaste. Hiergegen wird eingewandt, der Gläubiger könne kein schutzwürdiges Interesse an einer bestimmten Beseitigungsmaßnahme haben, und dem Schuldner dürfe billigerweise nicht eine bestimmte Handlungsweise aufgezwungen werden, wo auch eine andere Maßnahme zum gewünschten Erfolg führen könne (*Teplitzky* Kap. 24 Rdn. 4). Ein sachgerechtes Ergebnis läßt sich durch einen Kompromiß erzielen (vgl. *Teplitzky* Kap. 24 Rdn. 8): Ist nur eine Beseitigungsmaßnahme denkbar (z. B. Registerlöschung, Widerruf, Rückruf; vgl. *v. Gamm* UWG § 1 Rdn. 302), muß sie im Klageantrag und in der Urteilsformel aufgeführt werden; sind mehrere gleichwertige Beseitigungsmaßnahmen möglich (z. B. Schwärzung bestimmter Druckstellen oder Vernichtung der Druckschrift; vgl. BGH GRUR 1954, 337, 338 – *Radschutz*), sind sie dem Schuldner im Wege des Alternativ- oder des Haupt- und Hilfsantrags konkret anzugeben; eine nähere Bestimmung der Beseitigungsmaßnahmen kann nur da unterbleiben, wo sie im Einzelfall nicht möglich oder nicht zumutbar ist.

2. Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der Beseitigungsmaßnahme

Nur solche Beseitigungsmaßnahmen sind geschuldet, die geeignet und erforderlich (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit!) sind, die Störung zu beseitigen, und auch dem Schuldner zumutbar sind. Dies erfordert eine sorgfältige **Interessenabwägung** im Einzelfall (vgl. BGH GRUR 1957, 278, 279 – *Evidur*; 1970, 254, 256 – *Remington*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 312). So kann beispielsweise dem Schuldner eine angemessene Beseitigungsfrist eingeräumt werden, wenn eine sofortige Beseitigung unter Abwägung der Interessen von Schuldner und Gläubiger nicht geboten erscheint (vgl. BGH GRUR 1960, 563, 567 – *Sektwerbung*; 1977, 614, 616 – *Gebäudefassade*; *Ahrens* S. 65 Fn. 46). Enthält ein Werbeprospekt unzulässige Angaben, kann es genügen, daß die entsprechenden Passagen durch Schwärzen oder Streichen unkenntlich gemacht werden oder daß eine Seite herausgenommen wird (vgl. BGH GRUR 1957, 278, 279 – *Evidur*; *Teplitzky* Kap. 25 Rdn. 9). Enthält eine Firmenbezeichnung einen unzulässigen Bestandteil, kann nur dessen Löschung verlangt werden (BGH GRUR 1981, 60, 64 – *Sitex* m. Anm. *Schulze zur Wiesche*).

IV. Die Einteilung der Störungszustände und Beseitigungsmaßnahmen

Die möglichen Störungszustände und Beseitigungsmaßnahmen entziehen sich im Hinblick auf die Vielfalt und Wandelbarkeit wirtschaftlichen Geschehens einer scharfen begrifflichen Erfassung. Möglich erscheint aber eine typologische Unterscheidung nach verschiedenen Gesichtspunkten (vgl. die Vorschläge von *Ahrens* S. 58 ff; *Lindacher* GRUR 1985, 423 ff; *Teplitzky* Kap. 24 Rdn. 9 ff). Als grundsätzliche Unterscheidung bietet sich an die Frage nach der Beseitigung von Störungsursachen und von Störungswirkungen, zumal sich dadurch auch dogmatisch und praktisch wichtige Streitfragen besser einordnen lassen.

1. Die Beseitigung von Störungsursachen

Hierbei geht es darum, einen Zustand zu beseitigen, der eine Quelle fortlaufend sich erneuernder Störungen ist oder werden kann. Dementsprechend ist zu unterscheiden zwischen akuten (unmittelbar wirkenden) und latenten Störungszuständen.

- 137** a) Akute Störungszustände. aa) Von Sachen ausgehende Störungen. Der akute Störungszustand kann seine Grundlage in einer Sache haben. Man spricht hier auch von „unmittelbar störenden körperlichen Zuständen“. Beispiele hierfür sind: Anbringen eines Ladenschildes mit einer unzulässigen Firma (vgl. OLG Düsseldorf GRUR 1970, 376 – *Möbellager*) oder Etablissementbezeichnung (vgl. OLG Koblenz MDR 1965, 51 – *Zum Treppchen*); Verzierung einer Gebäudefassade mit einem unzulässigen Dekor (vgl. BGH GRUR 1977, 614 – *Gebäudefassade*); Anbringen eines Werbeplakats mit unzulässigem Inhalt (vgl. OLG München GRUR 1972, 502); Versendung von wettbewerbswidrigem Material an Händler (vgl. BGH GRUR 1974, 666 – *Reparaturversicherung*). – Die Konkretisierung des Beseitigungsanspruchs bereitet in diesen Fällen kaum Schwierigkeiten. In Betracht kommen Vernichtung, Unkenntlichmachung, Entfernung oder Rückruf. Die hM gibt einen Anspruch auf Rückruf nur, wenn der Versender noch die Verfügungsgewalt über das versandte Material hat, weil in die Rechte unbeteiligter Dritter nicht eingegriffen werden dürfe.⁶⁰ Dies ist zu eng (zweifelnd auch OLG Stuttgart, WRP 1988, 129, 130), weil unberücksichtigt bleibt, daß der Versender auch einen schuldrechtlichen (z. B. aus § 242 BGB folgenden) Anspruch auf Rückgabe gegen den Empfänger haben kann (vgl. *Moll FS Klaka* (1987) 16, 19). Auch kann beim Fehlen eines Rückgabeanspruchs eine Störungsbeseitigung noch in der Weise möglich sein, daß der Versender den Empfänger zur freiwilligen Rückgabe, Vernichtung oder Nichtverwendung auffordert.⁶¹

Die Besonderheit dieser Fälle besteht darin, daß sich Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch inhaltlich decken, weil ein Untätigbleiben mit der Fortsetzung der Verletzungshandlung gleichbedeutend wäre (vgl. BGH GRUR 1958, 30 – *Außenleuchte*). Daß im Einzelfall der Unterlassungsanspruch mangels Wiederholungsgefahr entfällt, berührt aber den Beseitigungsanspruch nicht (BGH aaO).

- 138** bb) Von Äußerungen ausgehende Störungen. Eine Störungsquelle können auch wettbewerbswidrige Äußerungen des Schuldners sein, die sich nicht in dem störenden Zustand einer Sache niederschlagen. Man spricht hier auch von „unkörperlichen Störungen“ (vgl. *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 1 ff). Beispiele hierfür sind: ehrverletzende Behauptungen⁶²; irreführende Werbeangaben⁶³; unzulässige Abmahnungen⁶⁴. – Die Konkretisierung des Beseitigungsanspruchs bereitet in solchen Fällen naturgemäß größere Schwierigkeiten. Die Zielrichtung geht dahin, daß die betreffende Äußerung rückgängig gemacht wird, so daß sie nicht mehr weiter wirken kann. Bei Äußerungen rechtsgeschäftlicher Natur geschieht dies in den dafür vorgesehenen zivilrechtlichen Formen (z. B. Widerruf, Anfechtung, Rücktritt, Kündigung, Aufhebungsvertrag bzw. Abschluß eines neuen Vertrages). Aus dem Beseitigungsanspruch (und nicht bloß aus dem Schadensersatzanspruch) kann sich somit auch ein **Kontrahierungszwang** ergeben,

⁶⁰ Vgl. BGH GRUR 1974, 666, 669 – *Reparaturversicherung*; *Baumbach/Hefermebl*, Einl. UWG Rdn. 312; v. *Gamm* UWG § 1 Rdn. 304; *Ahrens* S. 61 Fn. 28.

⁶¹ Vgl. BGH GRUR 1958, 402, 405 – *Lili Marleen*; 1974, 666, 669 – *Reparaturversicherung*; *Moll aaO* S. 22 ff.

⁶² Vgl. BGHZ 69, 181 = BGH GRUR 1977, 745 – *Heimstättengemeinschaft*; 1982, 633 – *Geschäftsführer*; 1983, 379 – *Geldmafiosi*; 1984, 823 – *Charterfluggesellschaften*; BGHZ 68, 331 – *Abgeordnetenbestechung*.

⁶³ Vgl. BGH GRUR 1958, 30, 31 – *Außenleuchte*; 1962, 315, 318 – *Deutsche Miederwoche*; *Schricker* GRUR Int. 1975, 191.

⁶⁴ Soweit sie den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB oder des § 1 UWG erfüllen. So bei Schutzrechtsverwarnungen (vgl. z. B. BGH GRUR 1979, 332, 333 – *Brombeerleuchte*), dagegen grundsätzlich nicht bei der Abmahnung allgemeiner Wettbewerbsverstöße mit Ausnahme der echten Abnehmerabmahnungen (vgl. OLG Frankfurt GRUR 1975, 492, 494; *Ahrens* S. 147 Fn. 129; *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 1).

wenn die Störung nicht anders zu beseitigen ist.⁶⁵ Bei Äußerungen tatsächlicher Natur kommt regelmäßig der sog. Widerruf in Betracht. Auf den **Widerrufsanspruch** als die wichtigste Erscheinungsform des Beseitigungsanspruchs ist gesondert einzugehen (Rdn. 148 ff).

cc) **Von Tätigkeiten ausgehende Störungen.** Die Störung kann auch im wettbewerbswidrigen Einsatz der Arbeitskraft einer Person begründet sein, etwa im Falle der sittenwidrigen Abwerbung eines Beschäftigten. Zur Störungsbeseitigung kommt hier auch ein vorübergehendes Beschäftigungsverbot (vgl. BGH GRUR 1961, 482, 483 – *Spritzgußmaschine*; 1971, 358, 359 – *Textilspitzen*; 1976, 305, 307 – *Baummaschinen*) oder das Verbot sonstiger Nutzbarmachung der Tätigkeit eines Abgeworbenen (vgl. *Ahrens S. 82*) in Betracht. **139**

b) **Latente Störungszustände.** aa) **Von Sachen ausgehende Störungen.** Der latente Störungszustand kann seine Grundlage in einer Sache haben. Latent ist die Störung, wenn sie jederzeit und ohne weiteres akut werden kann. Beispiele hierfür sind: rechtswidrige Kennzeichnungen von Waren oder Herstellung von Werbeträgern mit unzulässigen Angaben,⁶⁶ soweit sie noch nicht in den Verkehr gebracht sind (sonst akute Störung). **140**

Ein Beseitigungsanspruch ist auch in diesem Stadium bereits zu gewähren, weil andernfalls nicht oder nur schwer zu beseitigende Beeinträchtigungen entstehen können. Der Gesetzgeber hat dem für bestimmte Bereiche Rechnung getragen (vgl. § 30 Abs. 1 S. 1 WZG: Beseitigung von widerrechtlichen Kennzeichnungen oder, falls dies nicht möglich ist, Unbrauchbarmachung der Gegenstände; vgl. weiter §§ 14 a Abs. 1 GeschmMG und 14 a Abs. 3 GeschmMG iV mit §§ 98 ff UrhG). Im Verfügungsverfahren kommt als Sicherungsmaßnahme die Sequestration in Betracht (vgl. KG WRP 1984, 325). Eine relevante latente Störung ist ganz allgemein schon dann anzunehmen, wenn **Vorbereitungshandlungen** für die Herbeiführung einer Störung getroffen werden, wie z. B. die Herstellung eines Klischees für einen wettbewerbswidrigen Werbeprospekt. Es wäre unter dem Aspekt eines effektiven Wettbewerbsschutzes nicht zu vertreten, wollte man dem Gegner Rechtsschutz erst dann gewähren, wenn der Werbeprospekt hergestellt ist (vgl. Rdn. 30). Denn unter Umständen läßt sich dann die Verteilung gar nicht mehr erfolgreich verhindern.⁶⁷ – Für den Inhalt des Beseitigungsanspruchs gilt, daß Unkenntlichmachung oder Vernichtung des entsprechenden Materials bzw. Herausgabe zu diesem Zweck an den Verletzten begehrt werden kann. Ist wettbewerbswidriges Werbematerial bereits an Vertriebsunternehmen weitergegeben worden, kommt ein Rückruf in Betracht (dazu näher Rdn. 137).

bb) **Von Registereinträgen ausgehende Störungen.** Ist ein unzulässiges Zeichen in **141** das dafür vorgesehene Register eingetragen worden, bedeutet dies richtiger Auffassung nach noch keine akute, sondern nur eine latente Störung (vgl. *Lindacher* GRUR 1985, 423, 424; a. A. *Teplitzky* Kap. 25 Rdn. 1), weil darin noch keine Benutzung im geschäftlichen Verkehr liegt. Anders wird man bei der Eintragung einer unzulässigen Firma in das Handelsregister entscheiden müssen (vgl. BGH GRUR 1957, 426, 427 –

⁶⁵ Vgl. *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 35 ff; zur vergleichbaren Rechtslage im Kartellrecht vgl. *Möschel*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Rdn. 667 mwN sowie BGHZ 29, 344, 351 ff = BGH GRUR 1959, 340 – *Sanifa*.

⁶⁶ Vgl. aus der Rspr. OLG Hamburg GRUR 1955, 253, 254; WRP 1962, 369, 371; OLG Frankfurt GRUR 1976, 663, 665 – *Teppichbremse*.

⁶⁷ Anders *Teplitzky* Kap. 25 Rdn. 8, der einen Beseitigungsanspruch nur geben will, wenn mit dem Klischee bereits mehrfach wettbewerbswidriges Werbematerial hergestellt worden war. – Wie hier wohl *Lindacher* GRUR 1985, 423, 424.

Getränke Industrie). Der Meinungsstreit hat freilich keine praktische Auswirkung auf die Zuerkennung eines Beseitigungsanspruchs. Er ist gerichtet auf die **Veranlassung der Löschung** (Vollstreckung nach § 888 ZPO) oder – allein zweckmäßig – auf **Einwilligung in die Löschung** (§ 894 ZPO).⁶⁸ Ist Verwechslungsgefahr nur bei einem Teil des Tätigkeitsbereichs des Verletzten gegeben, muß sich der Verletzte in der Regel mit einem entsprechend begrenzten Unterlassungsanspruch zufrieden geben (vgl. OLG Düsseldorf WRP 1981, 217; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 312), weil hier die Löschung eine unverhältnismäßige und damit nicht erforderliche Maßnahme wäre. – Der Registereintragung gleichzuerachten ist z. B. die Eintragung einer Telefonnummer im **Telefonbuch**. Dementsprechend kann, falls es erforderlich ist, die Rückgabe der Fernsprechnummer an die Bundespost verlangt werden (Fall „4711“; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 312; vgl. auch BGH GRUR 1990, 711 – *Telefonnummer 4711*).

2. Die Beseitigung von Störungswirkungen

- 142** a) **Zur Abgrenzung von Störungsursache und Störungswirkung.** Mit der Beseitigung der Störungsursache wird zugleich die Gefahr weiterer Störungswirkungen ausgeräumt, nicht ohne weiteres werden dagegen die bis dahin eingetretenen Störungswirkungen beseitigt. Das Problem ist aus dem Sachenrecht bekannt. Beispiel: Durch ein Leck im Öltank fließt Öl auf das Nachbargrundstück. Mit Abdichtung des Lecks wird zwar verhindert, daß weiteres Öl fließt. Doch bleibt die bis dahin eingetretene Verunreinigung des Nachbargrundstücks bestehen. – Das Problem tritt aber auch im Wettbewerbsrecht auf. Beispiel: Von einem Werbeplakat geht eine irreführende Werbung aus. Mit der Beseitigung des Plakats wird zwar verhindert, daß eine weitere Irreführung des Verkehrs eintritt. Doch kann die bis dahin eingetretene Irreführung fortbestehen. Verbraucher können unter dem Einfluß der früheren Werbung auch künftige Kaufentscheidungen treffen.
- 143** b) **Zur Abgrenzung von Beseitigung und Schadensersatz.** Die Abgrenzung zwischen Beseitigung und Schadensersatz bzw. zwischen Beeinträchtigung und Schaden ist vor allem bei § 1004 BGB diskutiert worden.⁶⁹ Die Auffassung, § 1004 BGB gebe nur einen Anspruch auf Aufgabe der Einwirkungsbehandlung, nicht aber auf Beseitigung der nachteiligen Folgen des Eingriffs in fremdes Eigentum (so *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, passim; *Staud/Gursky*, 12. Aufl., § 1004 Rdn. 98), hat sich nicht durchsetzen können (vgl. *Palandt/Bassenge*, 50. Aufl., § 1004 BGB Rdn. 1; *Jauernig*, 5. Aufl., § 1004 Anm. 7 a). Sie würde den Anwendungsbereich des § 1004 BGB unangemessen einengen. Auch die Rspr. (vgl. BGHZ 1, 57, 64; 19, 126, 129; 40, 18; RGZ 127, 29, 35) geht von einem weiteren Begriff der Beeinträchtigung aus. Erst recht läßt sich die enge Auffassung nicht auf das Wettbewerbsrecht übertragen, da es widerstreitende Interessen nicht durch Zuweisung absoluter Rechte, sondern durch Aufstellung von Verhaltenspflichten abgrenzt (vgl. *Abrens* S. 63). Richtigerweise wird man nach der Zielsetzung des Begehrens unterscheiden müssen: Beseitigung kann insoweit verlangt werden, als die Gefahr eines weiteren Schadens droht; ein bereits eingetretener Schaden

⁶⁸ Vgl. BGH GRUR 1955, 487, 488 – *Alpha-Sterilisator*; 1974, 162, 164 – *Etirex*; 1981, 60, 64 – *Sitex*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 312 mwN; *Teplitzky* Kap. 25 Rdn. 4; *Emmerich* UnlWb., § 17/3 a; *Lindacher* GRUR 1985, 423, 424; *Nirk/Kurtze* Rdn. 363.

⁶⁹ Vgl. *Baur* AcP 160, 1960, 465, 487; *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch (1972); *Staud/Gursky*, 12. Aufl., § 1004 Rdn. 96 ff; *MünchKomm/Medicus*, 2. Aufl., § 1004 Rdn. 59 ff; *Jauernig*, 5. Aufl., § 1004 Anm. 7 a; jeweils mwN.

kann nur über einen (verschuldensabhängigen) Schadensersatzanspruch ausgeglichen werden. Der Beseitigungsanspruch dient der Schadensvorbeugung, nicht aber dem Schadensausgleich. Beispiel: Der Nachbar kann verlangen, daß nicht nur das Leck im Öltank abgedichtet wird (bzw. andere Beseitigungsmaßnahmen getroffen werden), sondern daß auch das verunreinigte Erdreich abgetragen wird; sind durch das Öl Pflanzen zerstört worden, kann Ersatz hierfür nur über den Schadensersatzanspruch begehrt werden (vgl. auch BGHZ 49, 343, 349 f). – Entsprechendes hat für das Wettbewerbsrecht zu gelten.

c) **Einzelfälle.** aa) **Beseitigung von wettbewerbswidrig hergestellten Gegenständen.** 144 Sind Gegenstände, wie z. B. Maschinen oder Waren, unter Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Normen hergestellt worden (z. B. durch Verletzung von Betriebsgeheimnissen, Plänen, Entwürfen oder Schutzrechten), so wirkt der Wettbewerbsverstoß in ihnen gewissermaßen fort, unabhängig davon, ob die eigentliche Störungsquelle verstopft wurde (z. B. die Konstruktionspläne zurückgegeben wurden). Hier ist dem Betroffenen, falls erforderlich, ein Anspruch auf Vernichtung bzw. Unbrauchbarmachung zuzugestehen.⁷⁰ Denn aus der Verwendung bzw. dem Vertrieb dieser Gegenstände könnte dem Betroffenen ein Schaden erwachsen.

bb) **Berichtigende Werbung.** Ist eine wettbewerbswidrige Werbung in das Bewußtsein der umworbenen Personen eingedrungen, wird dem Interesse des Betroffenen noch nicht durch Beseitigung des Werbeträgers (z. B. Plakate, Tafeln, Kataloge und Prospekte) genügt. Hier kann, falls im Einzelfall erforderlich, eine „berichtigende Werbung“ (eingehend *Schricker* GRUR Int 1975, 191; *Ahrens* S. 69; beide mit rechtsvergleichenden Nachweisen) verlangt werden. Sie hat die Funktion eines „Widerrufs“ und soll bei den umworbenen Personen die unrichtigen Vorstellungen beseitigen. Beispiel: Wurde von einem Versandhaus ein Katalog versandt, der irreführende Angaben enthält, kommt zwar ein Rückruf nicht mehr in Betracht, weil sich der Katalog nicht mehr in der Verfügungsgewalt des Versandhauses befindet; wohl aber kann dem Versandhaus angesonnen werden, eine Berichtigungsmittelteilung an die Adressaten zu versenden.

In der Sache geht es hier um die Beseitigung einer sog. „Marktverwirrung“. Daß 146 sie mittels des Schadensersatzanspruches durchgesetzt werden kann, schließt einen entsprechenden objektiven Beseitigungsanspruch nicht aus (ebenso *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 39 ff). Entscheidend ist der Gesichtspunkt, daß die Beseitigung der Marktverwirrung der **Vorbeugung** eines (weiteren) Schadenseintritts bei den Mitbewerbern dient. Ferner ist zu berücksichtigen, daß in solchen Fällen ein Unterlassungsanspruch häufig ins Leere geht, weil eine Wiederholung der Maßnahme ohnehin nicht beabsichtigt ist, und ein Schadensersatzanspruch mangels Bezifferbarkeit des Schadens nichts einbringt.

Der Anspruch auf berichtigende Werbung ist unabhängig davon zu geben, ob die 147 Störung von Sachen (Tafeln, Prospekten, Plakaten) oder von Äußerungen (Radio-, Fernseh-, Telefonwerbung usw.) ausging. Wegen der Vielfalt der möglichen „Gegenmaßnahmen“ zur Aufklärung der angesprochenen Verkehrskreise (z. B. Versendung von Berichtigungsmittelteilungen; Zeitungsanzeigen; mündliche Mitteilung; Plakataktionen) kommt der Konkretisierung des Beseitigungsanspruchs hier besondere Bedeutung zu. Bei der Prüfung der Erforderlichkeit wird auch zu berücksichtigen sein, wie tief der Eindruck der Werbung war (vgl. auch RG DR 1940, 2176; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 315: Eindruck einer Werbung sei meist kurzlebig; sehr zw.). Hier kommt

⁷⁰ So auch *Teplitzky* Kap. 25 Rdn. 11; v. *Gamm* UWG § 19 Rdn. 3.

es ganz auf die Umstände des Einzelfalls, insbesondere Art, Intensität und Dauer der Werbung und Bedeutung der Werbeaussage für den Kaufentschluß an. – Zur Kostentragung bei der berichtigenden Werbung vgl. Rdn. 193 ff.

V. Der Widerrufsanspruch

1. Funktion und Rechtsnatur

148 Der Widerrufsanspruch ist eine Unterart des Beseitigungsanspruchs (vgl. *Schricker* GRUR Int. 1975, 191, 195). Er dient insbesondere der Abwehr ruf- oder kreditschädigender Äußerungen. Darüber hinaus läßt sich der Widerrufsanspruch ganz allgemein zur Abwehr wettbewerbswidriger Behauptungen, insbesondere irreführender Werbeaussagen, dienstbar machen (vgl. BGH GRUR 1958, 30, 31 – *Außenleuchte*; 1962, 315, 318 – *Deutsche Miederwoche*; *Schricker* aaO mwN). Insoweit bestimmt sich die Klagebefugnis nach § 13 UWG (BGH GRUR 1962, 315, 316 – *Deutsche Miederwoche*), so daß auch Verbände den Widerrufsanspruch geltend machen können.

149 Der Widerrufsanspruch kann sich sowohl aus dem Wettbewerbsrecht (insbes. §§ 1, 3, 14 UWG) als auch aus dem Bürgerlichen Recht (insbes. § 823 Abs. 1 – Allgemeines Persönlichkeitsrecht, § 823 Abs. 2 iV mit § 186 StGB, § 824 und § 826, jeweils iV mit § 1004 analog) ergeben. Als Beseitigungsanspruch setzt er kein Verschulden des Verletzers voraus (allg. M. seit RGZ 148, 114, 123; vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 314). Erst recht kann der Widerruf im Rahmen des verschuldensabhängigen Schadensersatzanspruchs, nämlich als Naturalherstellung nach § 249 S. 1 BGB (vgl. BGH GRUR 1959, 143 – *Blindenseife*) verlangt werden. Der Widerrufsanspruch ist vermögensrechtlicher Natur, wenn wirtschaftliche Belange des Verletzten auf dem Spiel stehen, wie dies stets bei wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten der Fall ist. Er ist nicht vermögensrechtlicher Natur, wenn nur das persönliche Ansehen oder die soziale Geltung des Verletzten betroffen ist (vgl. BGHZ 89, 198, 200 = BGH GRUR 1984, 301 – *Aktionärsversammlung*; BGH NJW 1983, 2572; *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 5).

2. Voraussetzungen

150 a) Äußerung gegenüber einem Dritten. Die rufschädigende Äußerung muß gegenüber einem Dritten erfolgt sein. Eine Äußerung gegenüber dem Verletzten genügt nicht (BGHZ 89, 198, 200 – *Aktionärsversammlung* = GRUR 1984, 301; BGH NJW 1989, 774), weil dadurch noch keine Rufschädigung eintreten kann. Teilt der Verletzte sie Dritten ohne Notwendigkeit mit, handelt er auf eigenes Risiko (vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 294 mwN).

151 b) Äußerung einer Tatsache. Nach heute unumstrittener Auffassung muß die Äußerung in einer Tatsachenbehauptung bestehen.⁷¹ Denn nur Tatsachen seien im Beweise wege auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfbar. Ein Widerruf von Werturteilen als bloß subjektiven Meinungsäußerungen komme nicht in Betracht, weil sonst das Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 Abs. 1 GG) unerträglich gefährdet würde.⁷² Allerdings soll gegen ehrverletzende Werturteile grundsätzlich die Unterlassungsklage möglich

⁷¹ Vgl. BGH GRUR 1969, 368, 370 – *Unternehmensberater*; 1978, 258, 259 – *Schriftsachverständiger*; 1982, 631, 632 – *Klinikdirektoren*; 1982, 633, 635 – *Geschäftsführer*; BGH NJW 1989, 774; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 315; *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 8.

⁷² BGH GRUR 1978, 258, 259 – *Schriftsachverständiger*; 1982, 631, 632 – *Klinikdirektoren*; 1988, 402, 403 – *Mit Verlogenheit zum Geld*; BGH NJW 1989, 774.

sein.⁷³ – Zur Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Werturteil gibt es eine reiche Rspr.⁷⁴ Die Abgrenzung ist unumgänglich, wenn die jeweilige Norm, aus der der Widerrufsanspruch hergeleitet wird, an eine Tatsachenbehauptung anknüpft (vgl. §§ 824 BGB, 14 UWG). Ob eine Äußerung Werturteil oder Tatsachenbehauptung ist, soll sich nicht allein nach dem Wortlaut und der äußeren Form der Erklärung, sondern auch nach ihrem Inhalt, so wie sie in ihrem Gesamtzusammenhang von den angesprochenen Verkehrskreisen verstanden wird, richten.⁷⁵ Es kommt darauf an, ob die Erklärung gegenüber dem Adressaten Wahrheitsgehalt in Anspruch nimmt bzw. als beweisbar erscheint.

Ob man wirklich jeglichen Anspruch auf **Widerruf eines Werturteils** wegen der Unmöglichkeit des Wahrheitsbeweises ablehnen soll, erscheint **überdenkenswert** (vgl. *Schneider* MDR 1978, 613). Denn auch der Beweis der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache ist zumeist nicht naturwissenschaftlich exakt zu führen, sondern erfordert eine Beweiswürdigung, die ihrerseits eine subjektive Wertung darstellt. Auch ist der Zivilprozeß zur Wahrheitsfindung nur bedingt geeignet (Verhandlungsmaxime!). Die Abgrenzung von Tatsachenbehauptung und Werturteil ist im Einzelfall schwierig, zweifelhaft und erscheint manchmal spitzfindig. So soll die Behauptung, wer in einem bestimmten Geschäft kaufe, sei töricht, eine Tatsachenbehauptung sein (RG MuW XV, 563), die Feststellung eines Schriftsachverständigen, ein bestimmtes Schriftstück rühre von einer bestimmten Person her, soll dagegen ein Werturteil sein.⁷⁶ Geht es darum, den Substanzgehalt einer Äußerung festzustellen, begibt man sich unvermeidlich in den Bereich der subjektiven Wertung. Häufig werden auch Tatsachenbehauptung und Werturteil untrennbar verbunden sein, so daß mit dem Widerruf der Tatsachenbehauptung auch ein Widerruf des Werturteils erklärt wird. Im übrigen impliziert jede Tatsachenbehauptung zugleich eine subjektive Meinungsäußerung, nämlich zumindest die, die betreffende Tatsache oder die betreffende Auswahl von Tatsachen (dazu BGHZ 31, 308 = BGH GRUR 1960, 449 – *Alte Herren*) sei mitteilenswert im Hinblick auf die Meinungsbildung Dritter. Umgekehrt knüpft jedes Werturteil, ausgesprochen oder unausgesprochen, immer an bestimmte Tatsachen an. Ein Werturteil, dessen Tatsachenhintergrund für den Adressaten nicht mehr klar erkennbar (also „substanzarm“ iS der Rspr.) ist, kann in seiner Wirkung noch gefährlicher als eine bloße Tatsachenbehauptung sein, weil sich daran beim Adressaten unkontrollierbare Tatsachenvorstellungen knüpfen können. Nicht zu unrecht erklären *Baumbach/Hefermehl* (§ 14 UWG Rdn. 4): „Ob man aber sagt, X hat den Y betrogen, oder X ist ein Betrüger, ist dasselbe; höchstens wirkt die zweite Fassung schlimmer, weil sie allgemeiner ist.“ Man sollte daher den Widerrufsanspruch nicht generell vom Vorliegen einer **Tatsachenbehauptung** abhängig machen. Damit wäre auch kein unerträglicher Eingriff in das Recht der freien Meinungsäußerung verbunden. Denn dieses Grundrecht findet seine Schranken u. a. in den allgemeinen Gesetzen und in dem Recht der persönlichen Ehre (Art. 5 Abs. 2 GG; dazu BVerfGE 61, 1,8). Richtigerweise sollte die Entscheidung von einer **Interessenabwägung** abhängig gemacht werden. Bei der reinen Tatsachenbehauptung fällt sie leicht, da an der Mitteilung unwahrer Tatsachen kein schutzwürdiges Interesse bestehen kann; bei Werturteilen fällt sie schwer, weil insoweit das Recht an

152

⁷³ BGH aaO – *Klinikdirektoren* – und aaO – *Mit Verlogenheit zum Geld*.

⁷⁴ Vgl. BGH aaO – *Mit Verlogenheit zum Geld* – mwN.

⁷⁵ Vgl. BGH GRUR 1972, 435, 439 – *Grundstücksgesellschaft*; 1980, 309, 310 – *Straßen- und Auto-*

lobby; 1988, 402, 403 – *Mit Verlogenheit zum Geld*.

⁷⁶ BGH GRUR 1978, 258, 259 – *Schriftsachverständiger*; kritisch *Pärn* NJW 1979, 2544, 2548; *Schneider* MDR 1978, 613; *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 8 Rn. 8.

der freien Meinungsäußerung angemessen zu berücksichtigen ist. Diese Abwägungsproblematik sollte aber kein entscheidender Hinderungsgrund sein, zumal sie sich auch bei der für zulässig erachteten Unterlassungsklage stellt. Jedenfalls soweit das Werturteil „zu Zwecken des Wettbewerbs“ abgegeben wird, sollte ein Widerrufsanspruch zur Wiederherstellung der geschäftlichen Ehre des Verletzten nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein. Damit wäre auch kein unerträglicher Meinungs- oder Gesinnungszwang verbunden. Denn, was für die Tatsachenbehauptung gilt, daß nämlich kein öffentliches Bekenntnis des Verletzers notwendig ist, er sei von der Unwahrheit seiner Behauptung überzeugt (BVerfGE 28, 1, 9 ff; BGHZ 68, 331, 337 = BGH GRUR 1977, 674 – *Abgeordnetenbestechung*), würde auch für die Unrichtigkeit eines Werturteils gelten. Gerade für den Widerruf eines Werturteils hätte die Aussage des BVerfG (aaO) ihre eigentliche Bedeutung: daß nämlich dem Verletzer nicht angesonnen wird, seine Überzeugung zu ändern. Der Widerruf soll nur dazu dienen, die Folgen der Äußerung zu beseitigen, und braucht dazu nur die Achtung vor dem Recht zu bekunden. Der Widerruf könnte sich freilich nicht auf ihrer Natur nach höchstpersönliche Werturteile beziehen, sondern nur auf **objektivierbare und konsensfähige Werturteile**, wie z. B. die Behauptung, eine bestimmte Handlung sei „illegal“. ⁷⁷ Zum größtmöglichen Schutz der Meinungsfreiheit wären auch Einschränkungen des Widerrufs denkbar. Beispiel: Erweist sich die Behauptung, eine bestimmte Handlung sei „illegal“, nach höchstgerichtlicher Klärung als unrichtig oder unvertretbar, wäre ein Widerruf des Inhalts denkbar, daß die Behauptung nach gerichtlicher Klärung nicht mehr aufrechterhalten werde. Aus der Rspr. vgl. OLG München als Vorinstanz zu BGHZ 65, 325 = BGH GRUR 1976, 268 – *Warentest II*: Verurteilung zur Erklärung, daß die veröffentlichte Bewertung nicht aufrechterhalten werde (dazu ablehnend BGH aaO S. 336/337).

- 153** c) **Unwahrheit der Behauptung.** Ein uneingeschränkter Widerruf einer Äußerung setzt voraus, daß die Unwahrheit der Behauptung feststeht. ⁷⁸ Dies soll sich nach dem Sinn der Äußerung beurteilen, den der Verkehr ihr beimißt. Maßgebend soll dabei der Gesamteindruck sein. ⁷⁹ Steht dagegen die Wahrheit der Behauptung fest, kommt ein Widerrufsanspruch auch dann nicht in Betracht, wenn sie geschäftsschädigend ist, ⁸⁰ wogegen ein Schadensersatzanspruch nach § 1 UWG oder §§ 823 ff BGB nicht ausgeschlossen ist (BGH GRUR 1959, 143, 145 – *Blindenseife*). – Dazwischen stehen die Fälle, in denen sich weder die Wahrheit noch die Unwahrheit der Behauptung erweisen läßt. Hier kann jedenfalls kein uneingeschränkter Widerruf verlangt werden. Denn niemand soll gezwungen werden, etwas als unwahr zu bezeichnen, was möglicherweise wahr ist ⁸¹. Im übrigen ist nach der Rspr. zu unterscheiden: Steht zwar die Unwahrheit der Behauptung nicht positiv fest, ergibt aber die Beweisaufnahme für einen objektiven Beurteiler keine ernstlichen Anhaltspunkte für die Richtigkeit der Behauptung, kann allenfalls ein eingeschränkter Widerruf begehrt werden. Etwa dahingehend, daß die Behauptung nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht aufrechterhalten werden könne. ⁸² Hat allerdings der Kläger ernsthafte Anhaltspunkte für die Wahrheit der

⁷⁷ Vgl. BGH GRUR 1982, 631, 632 – *Klinikdirektoren*; vgl. hierzu auch *Wenzel* NJW 1968, 2353, der auf die Überschreitung des Beurteilungsspielraums abstellt, was auf das Gleiche hinausläuft.

⁷⁸ Vgl. BGHZ 37, 187, 189 = BGH GRUR 1962, 662 – *Eheversprechen*; 69, 181, 182 = BGH GRUR 1977, 745 – *Heimstättengemeinschaft*.

⁷⁹ Vgl. BGH GRUR 1954, 333, 335 – *Molkereizeitung*; 1959, 143, 144 – *Blindenseife*.

⁸⁰ Vgl. BGH GRUR 1959, 143, 144 – *Blindenseife*;

1970, 254, 256 – *Remington*; *Burhenne* MDR 1956, 515; *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 8.

⁸¹ BGHZ 37, 187, 190 = BGH GRUR 1962, 652 – *Eheversprechen* – unter Hinweis auf Art. 1 und 2 GG; BGHZ 65, 325, 337 = BGH GRUR 1976, 268 – *Warentest II*; 69, 181, 183 = BGH GRUR 1977, 745 – *Heimstättengemeinschaft*.

⁸² BGHZ 37, 187, 190 = BGH GRUR 1962, 652 – *Eheversprechen*; weitergehend BAG NJW 1979, 2532 u. dazu *Strauch* NJW 1980, 358.

Behauptung nicht ausgeräumt, ist es also durchaus möglich, daß die Behauptung wahr ist, kann er auch keinen eingeschränkten Widerruf verlangen (so BGHZ 69, 181, 183 = BGH GRUR 1977, 745 – *Heimstättengemeinschaft* – mit eingehender Begründung und unter Ablehnung einer verbreiteten Gegenansicht im Schrifttum⁸³). Diese Rspr. wird weithin auch vom Schrifttum gebilligt⁸⁴.

d) Fortbestehen eines rechtswidrigen Störungszustandes. Aus der unwahren bzw. unrichtigen Äußerung muß sich ein dauernder Zustand ergeben, der sich für den Verletzten als eine ständig neu fließende und fortwirkende Quelle der Schädigung und Ehrverletzung darstellt (st. Rspr.; vgl. BGH GRUR 1959, 143, 144 – *Blindenseife*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 315). Bei wettbewerbswidrigen Äußerungen kommt es freilich nicht auf die Gefahren für den Verletzten an, sondern auf den Fortbestand der wettbewerbsrechtlich relevanten Störung (vgl. *Schricker* GRUR Int. 1975, 191, 195). Die Beendigung des Störungszustandes kann sich zum einen daraus ergeben, daß die Äußerung bei den Adressaten geistig nicht mehr fortlebt. Dies hängt auch vom Zeitablauf, von der Art und Schwere des Vorwurfs sowie der Art und dem Umfang seiner Verbreitung und den Eigenschaften der angesprochenen Personen ab (vgl. BGH GRUR 1962, 315, 319 – *Deutsche Miederwoche*; 1970, 254, 256 – *Remington*). Von besonderer Bedeutung ist dies bei Werbebehauptungen, die sich häufig nur oberflächlich einprägen und nach einigen Jahren im allgemeinen vergessen sein werden. Eine Beendigung des Störungszustandes kann sich aber auch daraus ergeben, daß durch andere Umstände, etwa durch Aufklärung von dritter Seite, die Unwahrheit der Behauptung zweifelsfrei für alle Beteiligten feststeht. Schließlich soll sich eine Beendigung auch daraus ergeben können, daß die Äußerung dem Verletzten wegen Veränderung der Verhältnisse nichts mehr anhaben kann (vgl. BGH GRUR 1969, 368 – *Unternehmensberater*: Behauptung betreffend einen Beratervertrag, der zwischenzeitlich beendet worden war). Doch ist in solchen Fällen Zurückhaltung mit der Annahme einer Störungsbeendigung geboten, soweit die Äußerung auf fachliche oder charakterliche Mängel des Verletzten hinweist. – Ein Widerruf nach Beendigung des Störungszustandes kann nicht verlangt werden, weil er auf eine Entschuldigung oder Ehrenerklärung hinausläufe (BGH aaO – *Unternehmensberater*; BGHZ 89, 198 = NJW 1984, 1104, 1105 – *Aktionärsversammlung*).

154

Der Störungszustand muß im Zeitpunkt des Widerrufsverlangens rechtswidrig sein. Doch kann der Verletzer nicht einwenden, er habe die Äußerung in Wahrnehmung berechtigter Interessen getan und ihm habe daher ein Rechtfertigungsgrund zur Seite gestanden, wenn sich nachträglich die Unwahrheit der Behauptung herausstellt (BGH GRUR 1958, 448, 449 – *Blanko-Verordnungen*; 1960, 500, 502 – *Plagiatsvorwurf*). Denn damit entfällt auch die Rechtfertigung und der Störungszustand wird rechtswidrig.

155

3. Privilegierte Äußerungen

a) Privilegierung verfahrensbezogener Äußerungen. aa) Allgemeines. Eine verfahrensbezogene, also zur Vorbereitung oder innerhalb eines gerichtlichen oder behördlichen Verfahrens getane Äußerung, sei es Tatsachenbehauptung oder Werturteil, kann

156

⁸³ Vgl. *Rehbinder* JZ 1963, 314; *Schlosser* JZ 1963, 309; *Johannes* JZ 1964, 317; *Hoffmann* NJW 1966, 1200; *Erdsiek* NJW 1966, 1386; ders. JZ 1969, 311; *Ublitz* NJW 1967, 137; *Schmidt* JZ 1970, 11; *Klaka* GRUR 1969, 370; *Säcker* MDR 1970, 893.

⁸⁴ Vgl. *Palandt/Thomas*, 50. Aufl., Einf. vor § 823 Rdn. 27; *Staud/Schäfer*, 12. Aufl., § 823 BGB 284; *Jauernig/Teichmann*, 5. Aufl., § 823 BGB 5 d aa; *Baumbach/Hefermehl*, 16. Aufl., Einl. UWG 317; *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 19.

grundsätzlich nicht Gegenstand eines Unterlassungs- oder Widerrufsanspruchs sein.⁸⁵ Dies gilt nicht nur für die Äußerungen von Parteien und ihren Vertretern, sondern auch für die sonstigen Verfahrensbeteiligten, wie etwa Zeugen oder Sachverständige. Es kommt nicht darauf an, ob die Äußerung durch den Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen gedeckt ist. Die Privilegierung verfahrensbezogener Äußerungen durch den Verfahrenszweck, mag man sie als ungeschriebenes negatives Tatbestandsmerkmal oder als Rechtfertigungsgrund begreifen, ergibt sich aus dem Vorrang des öffentlichen Interesses an einer sachgerechten gegenwärtigen oder zukünftigen Verfahrensdurchführung vor dem Interesse des in seiner Persönlichkeit oder seiner Ehre Verletzten. Die Rspr. begründet dies damit, daß der von einem Abwehrensanspruch ausgehende Rechtszwang einen unzulässigen Übergriff in ein anderes Verfahren darstellen würde und nicht als geeignetes Mittel zur Beseitigung oder Verhinderung eines Störungszustandes angesehen werden könne.⁸⁶ Im übrigen könne die Richtigkeit der Äußerung in diesem Verfahren überprüft werden (vgl. BGH JZ 1988, 304, 305 m. Anm. *Walter*), zumal auch der Betroffene die Möglichkeit habe, seine Darstellung der Sachlage vorzubringen (vgl. BGH NJW 1986, 2502, 2503). Bei wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen wäre überdies fraglich, ob die Äußerung zu Wettbewerbszwecken erfolgt sei. – Die Rspr. verneint bei verfahrensbezogenen Äußerungen zutreffend nicht nur den materiellen Abwehrensanspruch, sondern bereits das Rechtsschutzbedürfnis für eine Abwehrklage.⁸⁷

157 bb) **Einzelfragen.** (1) **Rechtsslage nach Verfahrensbeendigung.** Nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob der Abwehrensanspruch und das Rechtsschutzbedürfnis endgültig oder nur für die Dauer des künftigen bzw. schwebenden Verfahrens⁸⁸ ausgeschlossen ist. Für einen endgültigen Ausschluß spricht, daß andernfalls der Verfahrensbeteiligte gehindert sein könnte, sich so umfassend und rückhaltlos zu äußern, wie dies für eine wirksame Rechtswahrung bzw. Rechtsfindung aus seiner Sicht erforderlich erscheint, und daß damit wiederum der Verfahrenszweck gefährdet wäre. Auch macht es einen sachlichen Unterschied, ob eine Äußerung verfahrensbezogen ist oder nicht. Denn im ersteren Fall wird die Äußerung gerade einer streitentscheidenden Instanz zur sachlichen Würdigung unterbreitet und soll in diesem Verfahren ihre Erledigung finden. Eine verfahrensbezogene Äußerung hat außerdem nicht die gleiche Außenwirkung wie eine im privaten oder geschäftlichen Verkehr getane Äußerung. Jedenfalls gilt dies für Äußerungen im Rahmen zivilrechtlicher Streitigkeiten. Außerdem steht der Betroffene der Äußerung nicht schutzlos gegenüber, weil er auf sie sachlich eingehen kann. Erweist sich die Äußerung bereits im Verfahren als unwahr, wird man in der Regel schon das Fortdauern einer Störung verneinen müssen, so daß schon aus diesem Grunde ein Widerrufsanspruch ausscheidet. Im übrigen wird man aber, ohne Rücksicht darauf,

⁸⁵ Vgl. BGH NJW 1962, 243 = JZ 1962, 486, 487 m. Anm. *Weitnauer*; GRUR 1965, 381, 385 – *Weinbrand*; NJW 1965, 1803; GRUR 1969, 236, 237 – *Ostflüchtlinge*; GRUR 1971, 175, 176 – *Steuerhinterziehung*; NJW 1971, 1749; GRUR 1973, 550, 551 – *halbseiden*; GRUR 1977, 745, 747 – *Heimstättengemeinschaft*, insoweit nicht in BGHZ 69, 181; GRUR 1984, 301, 304 – *Aktionärsversammlung*, insoweit nicht in BGHZ 89, 198; GRUR 1987, 568, 569 – *Gegenangriff*; OLG Koblenz GRUR 1990, 67, 68 – *Aufsichtsratsmitglied*. Aus der Lit. vgl. *Klaka* GRUR 1973, 515; *Walchshöfer* MDR 1975, 11; *Helle* GRUR 1982, 207; *Walter*

JZ 1986, 614. – Zur Abgrenzung gegenüber Äußerungen in einer öffentlichen Anhörung von Parlamenten vgl. BGH GRUR 1981, 619 – *Abgeordnetenprivileg*.

⁸⁶ Vgl. BGH GRUR 1969, 236, 237 – *Ostflüchtlinge*; 1971, 175, 176 – *Steuerhinterziehung*; 1987, 568, 569 – *Gegenangriff*.

⁸⁷ Vgl. BGH aaO; außerdem: *Baumgärtel*, FS Schima (1969) 41, 54 f; *Helle* GRUR 1982, 207, 211 ff; *Teplitzky* Kap. 4 Rdn. 16.

⁸⁸ So wohl die Rspr.; vgl. BGHZ 69, 181 = BGH GRUR 1977, 745, 747 – *Heimstättengemeinschaft*; NJW 1986, 2502, 2503.

ob und wie die streitentscheidende Instanz die Äußerung geprüft und gewürdigt hat, die Privilegierung fort dauern lassen müssen. Für den Ausschluß eines Unterlassungsanspruchs läßt sich zusätzlich anführen, daß eine Wiederholungsgefahr mangels rechtswidriger Verletzungshandlung nicht zu vermuten ist und folglich dafür bzw. für eine Erstbegehungsgefahr besondere Umstände vorliegen müßten (vgl. *Klaka* GRUR 1973, 515, 517; *Teplitzky* Kap. 4 Rdn. 17). – Nicht ausgeschlossen ist dagegen ein Geldersatzanspruch wegen schwerwiegender Persönlichkeitsverletzung (BGH NJW 1986, 2502, 2503).

(2) **Offensichtlich unwahre Äußerungen.** Ebenfalls noch nicht abschließend geklärt **158** ist die Behandlung offensichtlich und damit vorsätzlich oder zumindest leichtfertig abgegebener unwahrer Äußerungen (vgl. BGH NJW 1986, 2502, 2503). Teilweise wird hier ein Abwehranspruch zugebilligt (*Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 320; wohl auch *Teplitzky* Kap. 4 Rdn. 15), teilweise unter Hinweis auf die Unsicherheit der Abgrenzung abgelehnt (*MünchKomm/Schwerdtner*, 2. Aufl., § 12 Rdn. 358). Richtigerweise muß hier ein Rechtsschutzbedürfnis für den Zeitraum des schwebenden Verfahrens verneint, ein materiellrechtlicher Abwehranspruch dagegen bejaht werden. Denn bei offensichtlich unwahren Äußerungen kommt es dem Verletzer nicht so sehr darauf an, die Äußerung der streitentscheidenden Instanz zur sachlichen Würdigung zu unterbreiten, als vielmehr dem Betroffenen Abbruch zu tun. Die Berufung des Verletzers auf die verfahrensrechtliche Privilegierung seiner Äußerung wäre in diesem Falle rechtsmißbräuchlich.

(3) **Fehlen eines inneren Zusammenhangs.** In gleicher Weise zu entscheiden sind **159** die Fälle, in denen die ehrverletzende Äußerung offensichtlich in keinem inneren Zusammenhang mit dem Verfahren steht, in dem sie getan wurde (vgl. dazu BGH GRUR 1971, 175, 176 – *Steuerrückziehung*; 1973, 550, 551 – *halbseiden*; OLG Düsseldorf GRUR 1972, 480, 481 – *Sprengstoffe*).

(4) **Verletzung verfahrensunbeteiligter Dritter.** Schwierigkeiten bereitet der Fall, **160** daß die Äußerung einen am Verfahren unbeteiligten Dritten betrifft. So etwa, wenn der Beklagte sich damit verteidigt, auch ein Dritter würde die beanstandete Wettbewerbsbehandlung vornehmen. Hier ist zu bedenken, daß der Dritte zur Aufklärung des Vorwurfs in dem betreffenden Verfahren nichts beitragen kann und auch keinen Einfluß auf eine solche Klärung hat. Das Verfahren bietet ihm also keinen ausreichenden Rechtsschutz, so daß eine eigene Abwehrklage überflüssig würde (zum Problem vgl. BGH DB 1973, 818; GRUR 1981, 616 – *Abgeordnetenprivileg*; NJW 1986, 2502, 2503). Dies spricht dafür, dem Dritten grundsätzlich einen Abwehranspruch zu gewähren, allerdings – um nicht das schwebende oder künftige Verfahren zu beeinträchtigen – das Rechtsschutzbedürfnis für die Dauer dieses Verfahrens zu verneinen. Andererseits kann bereits die Gefahr, später mit einem (verschuldensunabhängigen) Abwehranspruch überzogen zu werden, einen Verfahrensbeteiligten davon abhalten, sich so umfassend und rückhaltlos zu äußern, wie es eine wirksame Rechtsverfolgung oder -verteidigung erfordern würde. Hinzukommt, daß auch bei einer von Verfahrensbeteiligten treffenden Äußerung keine Gewähr einer Nachprüfung in diesem Verfahren besteht, etwa wenn die Äußerung als entscheidungsunerheblich angesehen wird und daß ferner – wie oben dargelegt – die Verfahrensbezogenheit eine Äußerung auch sachlich in einem anderen Licht erscheinen läßt. Man wird daher den Gesichtspunkt des fehlenden Rechtsschutzes zurückstellen und auch insoweit eine Privilegierung anerkennen müssen. Immerhin hat der Dritte, der die Äußerung nicht auf sich beruhen lassen möchte, die Möglichkeit, den Verletzer aufzufordern, sich über ein Festhalten

an der Äußerung zu erklären. Beharrt der Verletzer auf seiner – nunmehr außerhalb des Verfahrens stehenden – Äußerung, ist der Weg für eine Abwehrklage frei.

- 161** b) **Privilegierung interner Äußerungen.** Das schutzwürdige Interesse an einem Widerruf entfällt noch nicht deshalb, weil die Äußerung nicht in der Öffentlichkeit, sondern nur in einem kleinen Kreis oder gar „unter vier Augen“ getan wurde. Solche Äußerungen können im Gegenteil das Ansehen des Betroffenen sogar stärker beeinträchtigen als eine öffentliche Äußerung, weil er von letzterer schneller Kenntnis erlangen und ihr entgegentreten kann (BGH NJW 1984, 1104, 1105). Andererseits gebietet es der Schutz der Persönlichkeit, dem Menschen einen Freiraum zuzugestehen, in dem eine offene und rückhaltlose Aussprache möglich ist, ohne gerichtliche Verfolgung befürchten zu müssen (BGH aaO). Aus diesem Grund wird man solche Äußerungen privilegieren müssen, die im engsten Familienkreis (vgl. aber BGHZ 69, 181 = BGH NJW 1977, 1681, 1682) oder gegenüber solchen Personen fallen, bei denen die Vertraulichkeit institutionell (z. B. Anwalt, Steuerberater, Arzt, Psychologe, Geistlicher) oder aufgrund besonderer Umstände (z. B. Verlobnis, enge Freundschaft) gesichert erscheint. Nicht genügt es freilich, daß die Mitteilung einem beliebigen Dritten gegenüber „unter dem Siegel strengster Verschwiegenheit“ erfolgt.
- 162** Vom Ehrenschutz **ausgenommen** sind Verletzte nicht jedoch deshalb, weil sie zu dem engsten Familienkreis des Verletzers gehören oder in sonstigen engen Beziehungen zueinander stehen (BGHZ 69, 181 = BGH GRUR 1977, 745, 746 – *Heimstätten-gemeinschaft*).

4. Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit des Widerrufs

- 163** a) **Geeignetheit.** Der Widerruf muß geeignet sein, die fortdauernde Ansehensminderung zu beseitigen oder doch zu mildern, die der Verletzte bei solchen Personen zu befürchten hat, welche von der Behauptung erfahren haben oder erfahren können⁸⁹. Das ist nicht der Fall, wenn der Widerruf infolge veränderter Umstände beim Verletzer, etwa Persönlichkeitsveränderung durch Krankheit oder Verlust der Glaubwürdigkeit, von der Umwelt nicht mehr ernst genommen würde. Ferner, wenn die Überzeugung von der Wahrheit der Behauptung bei den Adressaten so tief verwurzelt ist, daß ihre Änderung durch einen Widerruf nicht bewirkt werden kann. Hierfür genügt es freilich nicht, daß sich die Adressaten die Äußerung zu eigen gemacht und möglicherweise auch selbst weiterverbreitet haben (BGHZ 89, 198 = BGH NJW 1984, 1104, 1105). – Ungeeignet ist der Widerruf weiter, wenn er zwar die Störung beseitigen kann, aber dafür ein unrichtiges oder entstelltes Bild vom Sachverhalt bei den Adressaten hervorrufen kann, sei es zum Nachteil des Widerrufenden,⁹⁰ zum Nachteil Dritter oder des Widerrufsberechtigten. – Nach der Rspr. (BGHZ 69, 181 = BGH NJW 1977, 1681, 1682) ist der Widerruf schließlich dann ungeeignet, wenn der Verletzte seine Ansehensminderung selbst verursacht hat und die unrichtige Äußerung daneben kaum noch ins Gewicht fällt. Denn hier könne die vorhandene Ansehensminderung durch einen Widerruf kaum abgeschwächt werden. Freilich ist hier Vorsicht geboten, weil die Gefahr der Diskriminierung besteht.
- 164** b) **Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit.** Der Widerruf als das Eingeständnis der Unwahrheit einer Äußerung ist notwendig mit einer Demütigung verbunden. Ob

⁸⁹ BGH GRUR 1970, 254, 256 – *Remington*; BGHZ 69, 181 = BGH GRUR 1977, 745 – *Heimstätten-gemeinschaft*; BGHZ 89, 198 = NJW 1984, 1104 – *Aktionärsversammlung*.

⁹⁰ Vgl. BGH GRUR 1957, 561, 564 – *REI-Chemie*; 1966, 272, 274 – *Arztstreiber*; 1979, 804, 805 – *Falschmeldung*; Teplitzky Kap. 26 Rdn. 13.

ein Zwang zur Selbstbeichtigung im Hinblick auf die Art. 1 und 2 GG verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist, erscheint zweifelhaft (vgl. dazu BVerfGE 28, 1, 9 ff; BGH NJW 1977, 1288). Auch sind, wie schon das RG betont hat, mit der Zulassung der Widerrufsklage „Gefahren der Prozeßsucht, der Rechthaberei und übertriebenen Empfindlichkeit“ sowie Rückwirkungen auf die Freiheit der Meinungsäußerung und die Gefahr der weitgehenden Aushöhlung des Schutzes des § 193 StGB verbunden (RGZ 163, 210, 215; auch BGH GRUR 1970, 254, 257 – *Remington*). Wenn überhaupt, wird man daher den Widerrufsanspruch nur mit größter Zurückhaltung zuerkennen können. Die Rspr. will den Widerruf als Rechtsbehelf nur dort eingesetzt wissen, wo dem Interesse des Betroffenen auf anderen Wegen nicht hinreichend entsprochen werden kann (BGHZ 66, 182, 189 = BGH GRUR 1976, 651 – *Der Fall Bittenbinder*). Sie versucht, zumindest eine unnötige und vermeidbare Demütigung des Verletzers zu verhindern. Sie verlangt daher eine sorgfältige Abwägung der beiderseitigen Interessen dahingehend, ob ein Widerruf im Einzelfall erforderlich und dem Verletzer zumutbar ist (vgl. BGH GRUR 1966, 272, 274 – *Arztschreiber*; 1987, 189, 190 – *Veröffentlichungsbefugnis beim Ehrenschtz*) oder ob nicht eine weniger einschneidende Maßnahme der Störungsabwehr ausreicht.⁹¹ Die Möglichkeit oder sogar Durchsetzung einer presserechtlichen Gegendarstellung macht den Widerruf freilich noch nicht entbehrlich (vgl. BGHZ 66, 182 = BGH GRUR 1976, 651 – *Der Fall Bittenbinder*). – Dagegen soll ein Widerruf entbehrlich sein, wenn der Verletzer rechtskräftig zur Unterlassung der Behauptung verurteilt ist und der Verletzte das Urteil den Adressaten der Behauptung unschwer zur Kenntnis bringen kann (vgl. BGH GRUR 1966, 272, 274 – *Arztschreiber*). Bei Presseangriffen soll der Widerruf im allgemeinen entbehrlich sein, wenn dem Verletzten die Befugnis zur Veröffentlichung des Unterlassungsurteils zugesprochen wurde (BGH aaO). – Bei der Interessenabwägung sind folgende Gesichtspunkte von Bedeutung:

(1) **Art und Schwere des zu Unrecht erhobenen Vorwurfs.** Der Vorwurf etwa des Betruges (RGZ 163, 210), des geistigen Diebstahls (BGH GRUR 1960, 500 – *Plagiatsvorwurf*), der Unredlichkeit im Betrieb (BGH LM Nr. 45 zu § 1004 BGB) und der Unterschlagung (BGH GRUR 1957, 93, 95) wiegt naturgemäß schwerer als beispielsweise der Vorwurf des Verstoßes gegen die Preisbindung (BGH GRUR 1970, 254, 256 – *Remington*). 165

(2) **Erheblichkeit des fortwirkenden Störungszustandes,** die ihrerseits wiederum von der Art und Schwere des Vorwurfs und der Rufschädigungsempfindlichkeit der Branche bzw. des Personenkreises, denen der Verletzte angehört (vgl. *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 11), aber auch von der Art und Weise seiner Verbreitung und der verstrichenen Zeit abhängt. Bei nur geringfügigen Nachwirkungen wird der Widerrufsanspruch in der Regel schon deshalb ausscheiden, weil die für den Verletzer entstehenden Nachteile in einem Mißverhältnis zu den Vorteilen des Widerrufs für den Verletzten stehen werden (vgl. BGH GRUR 1962, 315, 319 – *Deutsche Niederwoche*). Daß die Verletzung ursprünglich einschneidend war, spielt insoweit keine Rolle (a. A. *Bußmann* GRUR 1962, 319, 320). 166

(3) **Gleichzeitige Verletzung von Allgemeininteressen** (*Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 11 unter Hinweis auf BGH GRUR 1972, 550, 552 – *Spezialsatz II*) oder von Interessen 167

⁹¹ Vgl. BGH GRUR 1957, 278, 279 – *Evidur*; 1962, 315, 319 – *Deutsche Niederwoche*; 1970, 254, 256 – *Remington*.

einer bestimmten Branche oder Personengruppe, der der Verletzte angehört, vorausgesetzt, die Störung wirkt noch fort.

- 168** (4) **Verschulden des Verletzers.** Obwohl der Widerrufsanspruch kein Verschulden voraussetzt, kann doch von Bedeutung sein, ob und in welchem Grad der Verletzer schuldhaft gehandelt hat (*Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 12; wohl auch BGH GRUR 1957, 278, 279 (sub IV) – *Evidur*).
- 169** (5) **Art der Anspruchsberechtigung.** Nach der Rspr. kann nicht nur der Verletzte, sondern auch jeder nach § 13 Abs. 2 UWG Anspruchsberechtigte den Widerrufsanspruch geltend machen (BGH GRUR 1962, 315, 319 – *Deutsche Miederwoche*). Richtigerweise wird man es der persönlichen Entscheidung des Verletzten überlassen müssen, ob er auf einem Widerruf besteht, zumal der Widerruf eine zweischneidige Waffe ist. Andere Anspruchsberechtigte sollten daher den Widerrufsanspruch grundsätzlich nur bei Einverständnis des Verletzten oder bei gleichzeitiger Beeinträchtigung der Interessen der Allgemeinheit, der Branche oder des Verbandes geltend machen dürfen.

5. Die Arten des Widerrufs

- 170** a) **Uneingeschränkter Widerruf.** Er besteht in der Erklärung, daß die aufgestellte Behauptung unwahr bzw. unrichtig ist, geht also auf Rücknahme der Behauptung. Voraussetzung dafür ist die Feststellung der Unwahrheit der Behauptung (BGHZ 37, 187 = BGH GRUR 1962, 652 – *Eheversprechen*; a. A. z. B. *Ritter* ZZP 84 (1971) 163, 165 f; bloße Distanzierung von der Behauptung ausreichend; *Schnur* GRUR 1979, 139, 142: Rücknahme der Behauptung nach Klärung des Sachverhalts).
- 171** b) **Eingeschränkter Widerruf.** Ist ein uneingeschränkter Widerruf nicht erforderlich oder zumutbar, kommt ein eingeschränkter (abgeschwächter) Widerruf in Betracht. Er ist nicht auf das Eingeständnis, die Unwahrheit gesagt zu haben, gerichtet, sondern auf **Richtigstellung**, sei es in Form des Nichtaufrechterhaltens oder in der Form des Abrückens von einer Behauptung. Hierher gehören folgende Fallgruppen:
- 172** aa) **Mögliche Wahrheit der Behauptung.** Steht die Unwahrheit der Behauptung nicht beweiskräftig fest, ist also je nach **Beweislastverteilung**⁹² bei der einzelnen Anspruchsnorm die Unwahrheit vom beweisbelasteten Verletzten nicht bewiesen oder vom beweisbelasteten Verletzer nicht mit Sicherheit ausgeschlossen, kann jedenfalls kein uneingeschränkter Widerruf verlangt werden (vgl. Rdn. 170; ferner *Schnur* GRUR 1979, 139; *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 18). Die Rspr. läßt aber auch den eingeschränkten Widerrufsanspruch nur zu, wenn bei objektiver Beurteilung ernstliche Anhaltspunkte für die Wahrheit des Vorwurfs fehlen⁹³. Sei es dagegen nach Sachlage durchaus möglich, daß die Behauptung zutreffend sei, komme auch ein eingeschränkter Widerruf nicht

⁹² Die Beweislast ist für jeden Anspruch selbständig zu prüfen (vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 319). Beim Anspruch aus § 14 UWG trifft die Beweislast den Verletzer (vgl. nur *Baumbach/Hefermehl*, § 14 UWG Rdn. 27), anders beim Anspruch aus § 15 UWG iV § 823 Abs. 2 BGB (*Baumbach/Hefermehl* § 15 UWG Rdn. 3). Beim Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB, aus § 824 BGB und aus § 826 BGB, jeweils iV mit § 1004 BGB analog, sowie beim Anspruch aus §§ 1 und 3 UWG trifft die Beweislast den Verletzten, anders wiederum

beim Anspruch aus §§ 823 Abs. 2 BGB, 186 StGB iV mit § 1004 BGB (BGB GRUR 1962, 34, 35 – *Torsana*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 319).

⁹³ BGHZ 37, 187, 190 = BGH GRUR 1962, 552 – *Eheversprechen*; 65, 325, 337 = BGH GRUR 1976, 268 – *Warentest II*; 69, 181, 183 = BGH GRUR 1977, 745 – *Heimstättengemeinschaft*; BGH NJW 1966, 647, 649; MDR 1970, 579; VersR 1974, 1080, 1081.

in Betracht (vgl. Rdn. 153). Denn auch dieser würde als nunmehriges Eingeständnis der Unrichtigkeit der früheren Behauptung gewertet und vom Verletzer würde damit verlangt, möglicherweise gegen eigenes Wissen und eigene Überzeugung eine Behauptung aufzugeben (BGHZ 69, 181, 184 = BGH GRUR 1977, 745 – *Heimstättengemeinschaft*). Dieses Bedenken lasse sich auch nicht durch den Zusatz ausräumen, daß die Behauptung nicht mehr aufrecht erhalten werde, weil sie nicht beweisbar sei. Denn eine solche Erklärung könne zum einen als neuer Angriff mißverstanden werden, zum anderen aber auch die Aussage enthalten, der Widerrufende müsse nunmehr die Unwahrheit einräumen (BGH aaO – *Heimstättengemeinschaft*). Die Zurückhaltung, mit der die Rspr. einen Widerrufsanspruch gewährt, ist auf Kritik gestoßen: es würden dabei zuwenig die Interessen des Verletzten beachtet (so *Nordemann* GRUR 1977, 748), der zudem genötigt werden könnte, Daten aus seinem privaten oder geschäftlichen Bereich zu offenbaren, um Rechtsschutz zu erlangen (so *Schwerdtner* JuS 1978, 289, 299). Der richtige Weg sollte jedoch nicht in einer Erleichterung des Widerrufsverlangens gesucht werden. Vielmehr sollte nach anderen Möglichkeiten der Störungsbeseitigung Ausschau gehalten werden, etwa der Einräumung der Befugnis an den Verletzten, auf Kosten des Verletzers eine Richtigstellung zu veröffentlichen (vgl. BGH NJW 1972, 431, 433; *Pärn* NJW 1979, 2544).

bb) Nachträgliche Unrichtigkeit oder Rechtswidrigkeit der Behauptung. Eine ursprünglich zutreffende Behauptung kann durch Veränderung der Umstände unrichtig werden. Hier ist, wenn schon nicht ein eingeschränkter Widerruf, so doch eine ergänzende Mitteilung zur Störungsbeseitigung geschuldet.⁹⁴ Auch kann der Rechtfertigungsgrund der „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ infolge des Nachweises der Unwahrheit der behaupteten Tatsache wegfallen. In solchen Fällen kommt nur ein eingeschränkter Widerruf dahingehend, daß die Behauptung nicht aufrecht erhalten werde, in Betracht⁹⁵. 173

cc) Teilweise Unwahrheit einer Behauptung. Werden bei einer Berichterstattung einzelne Tatsachen aus dem Zusammenhang gerissen, so daß dem Adressaten eine Teilwahrheit und dementsprechend eine Teilunwahrheit vermittelt wird, kann zwar nicht Widerruf schlechthin, wohl aber Richtigstellung als „minus“ verlangt werden⁹⁶. 174

dd) Weitergabe einer unwahren Behauptung. Wer die unwahre Tatsachenbehauptung nicht selbst aufgestellt, sondern nur verbreitet oder ihre Verbreitung zugelassen hat, ist nicht zu einem eigentlichen Widerruf, sondern nur zu einem Abrücken von der Äußerung des Dritten verpflichtet. Dies gilt etwa für den Verleger einer Zeitschrift bzw. für eine Fernseh- bzw. Rundfunkanstalt sowie für den verantwortlichen Redakteur⁹⁷. Ein uneingeschränkter Widerruf kann nur verlangt werden, wenn sich der Verbreiter mit der Äußerung des Dritten identifiziert hat (BGH aaO – *Der Fall Bittenbinder*). Bei einer Verbreitung im Fernsehen ist dies regelmäßig nicht der Fall, weil (und soweit) es nur als „Markt“ der Meinungen dient. Dagegen ist eine uneingeschränkte Zurechnung anzunehmen, wenn ein Gewerbetreibender eine Pressebericht mit unwahren Angaben für seine eigene Werbung verwendet (vgl. BGH GRUR 1966, 175

⁹⁴ Vgl. BGH GRUR 1970, 254, 257 – *Remington*; auch 1958, 30, 31 – *Außenleuchte* sowie BGH NJW 1972, 431.

⁹⁵ Vgl. BGH GRUR 1958, 448, 449 – *Blanko-Verordnungen*; 1960, 500, 503 – *Plagiatsvorwurf*; 1970, 254, 256 – *Remington*; *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 18.

⁹⁶ BGHZ 31, 308, 318 = BGH GRUR 1960, 449 – *Alte Herren*; BGH NJW 1961, 1913; GRUR 1976,

651 – *Der Fall Bittenbinder*, insoweit in BGHZ 66, 182 nicht abgedruckt; BGH GRUR 1982, 631, 633 – *Klinikdirektoren*.

⁹⁷ Vgl. BGHZ 3, 270, 275 ff = BGH GRUR 1952, 410 – *Constanze I*; 14, 163, 174 = BGH GRUR 1955, 97 – *Constanze II*; 66, 182, 189 = BGH GRUR 1976, 651 – *Der Fall Bittenbinder*.

92, 94 – *Bleistiftabsätze*). Ist eine unwahre Werbeangabe im Auftrag eines Gewerbetreibenden von einer Werbeagentur verbreitet worden, kann von dieser ebenfalls Richtigstellung verlangt werden (a. A. *Henning-Bodewig* GRUR 1981, 164, 167), sofern nicht – wie in der Regel – die Öffentlichkeit die Behauptung ausschließlich dem Gewerbetreibenden zurechnet.

- 176** ee) **Einstehenmüssen für fremde Behauptungen.** Ein Sonderproblem ergibt sich, wenn die unrichtige Behauptung von einer Hilfsperson des Geschäftsherrn im Rahmen des ihr übertragenen Aufgabenkreises aufgestellt wurde und der Geschäftsherr dafür nach §§ 278, 831 BGB bzw. § 13 Abs. 4 UWG einzustehen hat (vgl. *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 12). Soweit für die Adressaten der Eindruck entsteht oder entstehen kann, der Geschäftsherr habe diese Äußerung veranlaßt oder identifiziere sich damit, ist ein Abrücken von der fremden Äußerung erforderlich und auch zumutbar, unabhängig vom Bestehen eines Widerrufsanspruchs gegen die Hilfsperson. – Diese Grundsätze gelten auch für die Beauftragung von Werbeagenturen, wenn diese unwahre Werbeangaben verbreiten (dazu *Henning-Bodewig* GRUR 1981, 164, 167).

6. Die Durchführung und Durchsetzung des Widerrufs

- 177** a) **Die Durchführung.** aa) **Adressaten.** Der Widerruf muß, soweit dies zur Störungsbeseitigung erforderlich ist, gegenüber den Empfängern der verletzenden Äußerung erfolgen. Diese Personen bzw. Personenkreise müssen ggf. im Klageantrag und im Urteil angegeben werden (vgl. BGH GRUR 1966, 272, 273 – *Arztstreiber*; *Ahrens* S. 68 mwN).
- 178** bb) **Inhalt und Form.** Für Inhalt und Form des Widerrufs sind ebenfalls die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu beachten, also eine Interessenabwägung vorzunehmen (vgl. BGH GRUR 1968, 262, 265 – *Fälschung*; *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 13). So ist z. B. zu berücksichtigen, ob der Verletzer die Unwahrheit seiner Behauptung kannte oder nicht. Stets ist zu fragen, wie der Widerruf von den Adressaten aufgefaßt wird oder werden kann, da es sich um einen „besonders empfindlichen Aussagegehalt“ (BGHZ 69, 181, 184 = BGH GRUR 1977, 745 – *Heimstättengemeinschaft*) handelt. Insbesondere muß ein zu weitgehender oder irreführender Erklärungsinhalt vermieden werden (vgl. BGH GRUR 1966, 272, 274 – *Arztstreiber*; 1968, 262, 265 – *Fälschung*; 1979, 804, 805 – *Falschmeldung*). Mit dem Widerruf braucht keine Entschuldigung oder Ehrenerklärung verbunden werden, ebenso wenig die Kundgabe eines Überzeugungswandels. Vielmehr darf der Widerrufspflichtige zum Ausdruck bringen, daß er den Widerruf aus Anlaß oder in Erfüllung eines gegen ihn ergangenen rechtskräftigen Urteils abgebe (BVerfGE 28, 1, 9 f; BGHZ 68, 331, 337 = BGH GRUR 1977, 674 – *Abgeordnetenbestechung*; BGHZ 69, 181, 184 = BGH GRUR 1977, 745 – *Heimstättengemeinschaft*). Nicht darf er dagegen die Wirkung des Widerrufs abschwächen, indem er ihm Zweifel an der Richtigkeit der Verurteilung hinzufügt oder gar öffentlich erklärt, er halte seine Behauptung gleichwohl für wahr (BGHZ 68, 331, 338 = BGH GRUR 1977, 674 – *Abgeordnetenbestechung*). – Bei der Fassung der Widerrufserklärung ist auf die Besonderheiten des Einzelfalls Rücksicht zu nehmen. Hat z. B. ein Gewerbetreibender gegenüber Pressevertretern unrichtige Werbeangaben gemacht und sind diese aufgrund eines Eigenberichts einer Zeitung an die Öffentlichkeit gelangt, so hat er dafür zwar einzustehen (vgl. BGHZ 46, 305 = BGH GRUR 1967, 362, 365 – *Spezialsalz I* – zum Unterlassungsanspruch), doch muß dem in geeigneter Weise Rechnung getragen werden (vgl. BGH GRUR 1962, 315, 318 – *Deutsche Miederwoche*). Dies insbesondere dann, wenn die

Information im Pressebericht ungenau wiedergegeben oder verallgemeinert wird (vgl. BGH aaO – *Spezialsatz I*, aber auch BGHZ 50, 1 = BGH GRUR 1968, 645, 647 – *Pelzversand*).

Was die Form des Widerrufs angeht, wird vielfach die Abgabe einer eigenhändig unterzeichneten Erklärung verlangt. Entscheidend muß aber sein, was zur Störungsbeseitigung erforderlich und zumutbar ist. Im Regelfall wird danach der Widerruf in der gleichen Weise wie die verletzende Äußerung erfolgen müssen (Kongruenz der Erklärungsmittel). Bei schriftlichen Äußerungen also grundsätzlich durch schriftlichen Widerruf an derselben Stelle, in derselben Schriftart (wichtig bei Presseveröffentlichungen oder Aushang; dazu BAG NJW 1979, 2532; vgl. auch BGH GRUR 1969, 555, 558 – *Cellulitis*) und gegenüber den gleichen Empfängern (wichtig bei Rundschreiben). Bei mündlichen Äußerungen (z. B. auf einer Versammlung) durch mündlichen Widerruf gegenüber den Empfängern, soweit möglich, etwa auf der nächsten Versammlung (vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 321). – Ist aber auf diese Weise eine effiziente Störungsbeseitigung nicht möglich (z. B. bei Einstellung einer Zeitschrift, in der die Äußerung verbreitet wurde), muß nach gleichwertigen Ersatzformen Ausschau gehalten werden (z. B. Veröffentlichung in einer Zeitschrift mit vergleichbarem Leserkreis oder schriftlicher Widerruf, wenn mündlicher nicht (mehr) möglich). – Inhalt und Form müssen im Klageantrag und im Urteil konkretisiert werden (vgl. OLG Hamburg, Urt. v. 26. 2. 1987 – 3 U 58/86, zit. bei *Teplitzky* GRUR 1989, 461, 464).

cc) **Zeitpunkt.** Der Zeitpunkt des Widerrufs bestimmt sich ebenfalls nach dem, was zur Störungsbeseitigung erforderlich und zumutbar ist. Grundsätzlich muß der Widerruf unverzüglich erfolgen, um das Entstehen möglicherweise irreparabler Nachteile zu verhindern. Bei einer Presseveröffentlichung wird regelmäßig der Widerruf zum nächstmöglichen Erscheinungstermin zu erfolgen haben. – Auch der Zeitpunkt des Widerrufs ist in Klageantrag und Urteil anzugeben. **180**

b) **Die Durchsetzung des Widerrufs.** aa) **Auskunftsanspruch.** Hat der Verletzte schuldlos keine Kenntnis von den Personen, gegenüber denen die unrichtige Behauptung aufgestellt wurde und gegenüber denen der Widerruf zu erklären ist (z. B. die Empfänger eines Rundschreibens), kann der Verletzte entsprechende Auskunft zur Vorbereitung seines Widerrufsanspruchs nach § 242 BGB verlangen (so wohl auch BGH GRUR 1970, 254, 257 – *Remington*). **181**

bb) **Einstweilige Verfügung.** Der Widerrufsanspruch kann grundsätzlich nicht im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden, um nicht das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens vorwegzunehmen.⁹⁸ Ausnahmen werden für den Fall zugelassen, daß andernfalls ein wirksamer Ehrenschatz zu spät käme (vgl. OLG Hamburg AfP 1971, 35; OLG Köln AfP 1972, 331; *Gloy Hdb* § 22/6) oder daß es sich um einen rein wirtschaftlichen Vorgang handelt und der Widerruf ohne weiteres wieder rückgängig gemacht werden kann (vgl. OLG Stuttgart WRP 1989, 202, 204). Allerdings soll bei der Formulierung des Widerrufs der Vorläufigkeit der Entscheidung Rechnung getragen werden, etwa mit den Worten „vorerst“ oder „bis zur endgültigen Entscheidung“. In der Regel wird es jedoch zur vorläufigen Neutralisierung der Störung ausreichen, wenn dem Verletzer im Wege der einstweiligen Verfügung aufgegeben wird, seine Behauptung nicht weiter zu verbreiten. **182**

⁹⁸ HM; vgl. *Teplitzky* Kap. 54 Rdn. 11; *Ahrens* S. 257 (N. 6) mwN.

- 183** cc) Vollstreckung nach § 888 ZPO oder § 894 ZPO? Die hM⁹⁹ verlangt eine eigene (höchstpersönliche) Erklärung des Verletzers und läßt entsprechend die Vollstreckung nach § 888 ZPO zu. Demgegenüber fordert eine vordringende Meinung die entsprechende Anwendung des § 894 ZPO¹⁰⁰. In BGHZ 68, 331, 336 = BGH GRUR 1977, 674 – *Abgeordnetenbestechung* – ist die Frage offengelassen. Für eine Anwendung des § 888 ZPO wird geltend gemacht, daß bei einer verständigen Gestaltung des Widerrufs die Vollstreckung keine unzumutbare Belastung bedeute und daß von einem eigenen Widerruf eine stärkere Beseitigungswirkung ausgehe (so insbes. *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 16). Gerade letzteres wird indessen mit guten Gründen aufgrund der tatsächlich gemachten Erfahrungen bestritten (vgl. *Rötelmann* NJW 1971, 1636, 1639; *Schwerdtner* JuS 1978, 289, 298; *Leipold* ZZP 84 (1971), 150 ff). Auch wirft eine Anwendung des § 888 ZPO Probleme hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit und des Schadensersatzes nach § 717 ZPO auf (OLG Frankfurt NJW 1982, 113; vgl. aber *Ritter* ZZP 84 (1971), 163, 177). Schließlich hilft die Vollstreckung nach § 888 ZPO nicht, wenn der Widerrufspflichtige verstirbt oder seinem Widerruf infolge Änderung der Verhältnisse (z. B. geistiger Verfall; Verlust der Glaubwürdigkeit) keine Überzeugungskraft mehr zukommt. Andererseits ist auch eine entsprechende Anwendung des § 894 ZPO nicht bedenkenfrei. Denn mit Rechtskraft des Urteils ist die Störung noch nicht beseitigt. Dazu bedarf es vielmehr der Bekanntgabe des Urteils an die Adressaten der verletzenden Äußerung. Dem läßt sich zwar durch Zuerkennung einer Bekanntmachungsbefugnis (dazu näher Rdn. 189 ff) Rechnung tragen (vgl. BGH VersR 1984, 88, 89; GRUR 1987, 189, 190 – *Veröffentlichungsbefugnis beim Ehrenschtutz*). Doch ist insoweit wieder zu bedenken, daß eine Urteilsbekanntmachung auf Kosten des Verletzers im Einzelfall diesen stärker belasten kann als ein persönlicher Widerruf (vgl. BGH GRUR 1962, 315, 318 – *Deutsche Miederwoche*).
- 184** Sachgerecht erscheint daher eine vermittelnde Lösung. Danach bestimmt sich zwar grundsätzlich die Vollstreckung nach § 894 ZPO. Gleichzeitig ist jedoch dem Verletzten die Bekanntmachungsbefugnis für den Fall einzuräumen, daß der Widerruf nicht binnen einer bestimmten Frist erfolgt.¹⁰¹ Der Verletzer kann dann die Urteilsbekanntmachung durch den persönlichen Widerruf abwenden, wenn ihm dies das kleinere Übel zu sein scheint. Daß Urteilsbekanntmachung und Widerruf im allgemeinen gleichermaßen zur Störungsbeseitigung geeignet sind, ist auch in der Rspr. anerkannt (vgl. BGH GRUR 1966, 272, 274 – *Arztsschreiber*; 1987, 189, 190 – *Veröffentlichungsbefugnis beim Ehrenschtutz*).

7. Sonstige Möglichkeiten der Störungsbeseitigung

- 185** a) Klage auf Feststellung der Unwahrheit bzw. Rechtswidrigkeit? Ein Widerruf hat unvermeidlich demütigenden Charakter und kann daher in seiner Wirkung über die bloße Störungsbeseitigung hinausgehen. Daher wird nach schweizerischem Vorbild zur Verschlichung des Ehrenschatzes teils de lege ferenda (vgl. *Helle* NJW 1963, 129,

⁹⁹ Vgl. BGHZ 1, 182, 194; BGHZ 37, 187, 190 – *Eheversprechen*; BGH NJW 1961, 1913, 1914; BVerfGE 28, 1, 10; OLG Saarbrücken Jur Büro 1987, 937; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 321; *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 16; *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- u. Konkursrecht, 17. Aufl., § 27 III 1; *Thomas/Putzo*, 15. Aufl., § 894 ZPO Anm. 2 b; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., Rdn. 1077.

¹⁰⁰ OLG Frankfurt JZ 1974, 62 m. Anm. *Leipold*; NJW 1982, 113; *Helle* NJW 1963, 129; *Rötelmann* NJW 1971, 1636, 1639.

¹⁰¹ Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 321; *Schnur* GRUR 1978, 225 ff, 473 sowie *Schricker* GRUR Int. 1975, 191, 200.

131), teils de lege lata¹⁰² vorgeschlagen, eine Klage auf Feststellung der Unwahrheit oder Nichterweislichkeit oder Rechtswidrigkeit einer Tatsachenbehauptung zuzulassen. Der BGH hat dies in einer Grundsatzentscheidung (BGHZ 68, 331, 336 ff – *Abgeordnetenbestechung* = GRUR 1977, 674 m. Anm. *Hoth*) abgelehnt und daran auch später festgehalten (BGH GRUR 1987, 189, 190 – *Veröffentlichungsbefugnis beim Ehrenschutz*). Dagegen spreche die eindeutige Fassung des § 256 ZPO. Auch würden die Vorzüge einer solchen Feststellungsklage im Hinblick auf die dem Widerrufspflichtigen offenstehenden Erleichterungen, nämlich die Möglichkeit des Hinweises auf die Befolgung eines rechtskräftigen Urteils, nicht durchschlagend erscheinen. – Auch das Bedürfnis für eine Feststellungsklage ist zu verneinen, gleichgültig ob man – wie hier – eine Vollstreckung des Widerrufsurteils nach § 894 ZPO, verbunden mit der durch Widerruf abwendbaren Bekanntmachungsbefugnis, oder eine Vollstreckung nach § 888 ZPO für zulässig erachtet. (Auch der nach § 888 ZPO zu vollstreckende Titel enthält die (implizite) Feststellung der Unwahrheit).

b) **Recht auf Gegendarstellung.** aa) **Anspruchsvoraussetzungen.** Die Gegendarstellung ist ein Rechtsbehelf gegen Tatsachenbehauptungen, die in Presse, Rundfunk und Fernsehen aufgestellt werden, und zwar unabhängig davon, ob sie wahr oder unwahr sind. Sie ist das Korrelat zur Presse- und Rundfunkfreiheit und dient dem Interesse der Öffentlichkeit und der Medien selbst an sachlich richtiger Information, vor allem aber dem Schutz des Persönlichkeitsrechts des Betroffenen. Er soll die Möglichkeit der Selbstverteidigung haben, indem er an gleicher Stelle, mit derselben Publizität und vor demselben Forum seine Sachverhaltsdarstellung bringen kann (vgl. BVerfG NJW 1983, 1179; BGHZ 66, 182, 195 = BGH GRUR 1976, 651 – *Der Fall Bittenbinder* mwN). Der Betroffene (zum Begriff *Löffler/Ricker*, Handbuch des Presserechts, 2. A., Kap. 24 Rdn. 2 ff) hat danach gegen den verantwortlichen Redakteur und den Verleger einen klagbaren Anspruch auf kostenlosen Abdruck einer Gegendarstellung. Sie muß die beanstandeten Stellen bezeichnen, sich auf tatsächliche Angaben beschränken und vom Einsender unterzeichnet sein. Der Abdruck muß unverzüglich, in demselben Teil des Druckwerks, schriftgleich und unverändert erfolgen. Redaktionelle Stellungnahmen sind nicht ausgeschlossen, müssen sich aber auf tatsächliche Angaben beschränken (dazu *Löffler/Ricker* aaO 8 ff). Für Rundfunk und Fernsehen gelten entsprechende Regelungen (vgl. BGH aaO 193 f). – Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn er nicht unverzüglich gegenüber dem Medium geltend gemacht wurde, ferner wenn ein berechtigtes Interesse an der Gegendarstellung fehlt (z. B. bei bereits erfolgter Richtigstellung oder bei offenkundiger Unwahrheit der Gegendarstellung), schließlich wenn die Gegendarstellung unangemessen umfangreich ist. Die Einzelheiten sind in den jeweiligen Presse- und Rundfunkgesetzen der Länder, teils unterschiedlich, geregelt.

bb) **Anspruchsdurchsetzung.** Für die Anspruchsdurchsetzung ist der Zivilrechtsweg (a. A. für den Rundfunk *Bettermann* NJW 1977, 513) gegeben. Für den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung muß die Dringlichkeit nicht glaubhaft gemacht werden. Zur Frage, ob das Gericht berechtigt ist, Änderungen an der Gegendarstellung vorzunehmen, vgl. *Löffler/Ricker* aaO 12. – Die Zwangsvollstreckung erfolgt nach § 888 ZPO.

cc) **Verhältnis zum Widerrufsanspruch.** Der Widerrufsanspruch ist – schon wegen seiner unterschiedlichen tatbestandlichen Voraussetzungen – neben dem Gegendarstel-

¹⁰² Vgl. OLG Hamburg MDR 1975, 56; LG Konstanz NJW 1976, 2353; *Leipold* ZJP 84 (1971) 150; *ders.*, JZ 1974, 63; *ders.* FS Hubmann (1985) 271; *Rötzel-*

mann NJW 1971, 1636, 1638; *Stoll* Jura 1979, 586; *Jauernig* Zivilprozessrecht (21. A.) § 34 II: erwägenswert.

lungsanspruch durchsetzbar. Eine bereits erfolgte Gegendarstellung macht einen Widerruf in der Regel nicht entbehrlich, weil ihr notwendigerweise geringere Überzeugungskraft innewohnt (ähnlich *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 20). – Allerdings kann der Verzicht auf eine unschwer durchsetzbare Gegendarstellung einen Verstoß gegen die Schadensminderungspflicht darstellen (vgl. BGHZ 66, 182, 193 ff = BGH GRUR 1977, 651 – *Der Fall Bittenbinder*; BGH GRUR 1979, 421, 423 – *Exdirektor*).

- 189** c) Veröffentlichungsanspruch. aa) Voraussetzungen. Bei Unterlassungsklagen aus UWG kann das Gericht nach § 23 Abs. 2 UWG der obsiegenden Partei die Befugnis zur Veröffentlichung des verfügenden Teils des Urteils auf Kosten der unterliegenden Partei zusprechen (vgl. dazu *Wronka* WRP 1975, 644). Diese Regelung ist jedoch nicht als abschließende zu verstehen. Ihr Grundgedanke, die bereits eingetretenen und noch andauernden schädlichen Folgen der Verletzung zu beseitigen (BGH GRUR 1966, 272, 274 – *Arztstreiber*) und weiteren Schaden zu verhindern, rechtfertigt eine weitergehende Zuerkennung einer Veröffentlichungsbefugnis und zwar sowohl innerhalb wie außerhalb des Wettbewerbsrechts (vgl. BGH GRUR 1987, 189, 190 – *Veröffentlichungsbefugnis beim Ehrenschtz*). Anknüpfungspunkt ist das Bestehen eines Beseitigungs-, Löschungs- oder Schadensersatzanspruchs. Aus diesem Anspruch und zu seiner Konkretisierung kann sich ein Veröffentlichungsanspruch ergeben, soweit die Veröffentlichung geeignet und erforderlich erscheint, eine eingetretene Störung zu beseitigen und weitere Schäden zu verhindern.¹⁰³ Der Anspruch ist – insoweit weitergehend als § 23 Abs. 2 UWG – nicht auf die Veröffentlichung rechtskräftiger Urteile aus Unterlassungsklagen beschränkt, sondern kommt auch bei Beseitigungs-, Widerrufs-, Löschungs- und Schadensersatzurteilen in Betracht (vgl. *Ahrens*, S. 79 f). Die Veröffentlichung ist auch nicht auf die Urteilsformel beschränkt (vgl. *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 21). Sie kommt ferner auch bei nicht rechtskräftigen Urteilen, bei einstweiligen Verfügungen und bei Erledigung der Hauptsache in Betracht (vgl. *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 24 ff), schließlich auch bei strafbewehrten Unterlassungspflichten (vgl. BGH GRUR 1967, 362, 366 – *Speziatsalz I*; 1987, 189 – *Veröffentlichungsbefugnis beim Ehrenschtz*). – Besonders sorgfältig ist allerdings zu prüfen, ob im Einzelfall die Zuerkennung der Bekanntmachungsbefugnis zur Störungsbeseitigung bzw. Schadensverhinderung geeignet und erforderlich ist. Der Verletzte, der ohne richterliche Ermächtigung die Bekanntmachung vornimmt, handelt insoweit auf eigene Gefahr. Er setzt sich dem Risiko wettbewerbsrechtlicher und deliktischer Haftung aus (vgl. *Ahrens*, S. 80; *Baumbach/Hefermehl*, § 23 UWG Rdn. 1). Die Bekanntmachung darf nicht lediglich dem Zweck dienen, dem Verletzten Genugtuung zu geben (BGH GRUR 1987, 189, 190 – *Veröffentlichungsbefugnis beim Ehrenschtz*). Bei der gebotenen Interessenabwägung sind zu berücksichtigen: die Vorteile für den Verletzten und die Nachteile für den Verletzer (vgl. BGH GRUR 1966, 92, 95 – *Bleistiftsätze*); das Aufklärungsinteresse der Öffentlichkeit, aber auch die Gefahr ihrer Verwirrung; Umfang und Schwere der Verletzung; Zeitablauf (vgl. *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 29 mwN).

- 190** Art und Umfang der Bekanntmachung hängen von der Verletzungshandlung ab. Es ist diejenige Bekanntmachung zuzulassen, die erforderlich und geeignet ist, die Adressaten der Äußerung gezielt zu erreichen. Bei einer Veröffentlichung der Äußerung in den Medien ist also grundsätzlich die Bekanntmachung in demselben Medium zuzulassen.

¹⁰³ Vgl. BGH GRUR 1956, 558, 563 – *Regensburger Karmelitengeist*; BGHZ 23, 100 = GRUR 1957, 231, 237 – *Taeschner-Pertussin*; GRUR 1966, 272, 274 – *Arztstreiber*; BGHZ 46, 305 = 1967, 362,

367 – *Speziatsalz I*; *Ahrens*, S. 79; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 316, 321; *Schricker* GRUR Int. 1975, 191, 193/194.

Bei privaten Äußerungen (mündlich, brieflich, Rundschreiben, Aushang usw.) ist eine Bekanntmachung im entsprechend begrenzten Adressatenkreis durch adäquate Formen der Bekanntmachung zuzugestehen. Dem Verletzten steht ggf. ein Auskunftsanspruch zu, um Kenntnis von den Adressaten der Äußerung zu erlangen (vgl. BGH GRUR 1970, 254, 257 – *Remington*). – Die Kosten der Bekanntmachung fallen dem Verletzer zur Last (vgl. Rdn. 193 ff).

bb) Verhältnis zum Widerrufsanspruch. Ist dem Verletzten die Befugnis zugesprochen, ein gerichtliches Unterlassungsgebot oder eine strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung öffentlich bekanntzumachen, kann daneben ein öffentlicher Widerruf nur bei Vorliegen besonderer Gründe verlangt werden (vgl. BGH GRUR 1966, 272, 276 – *Arztstreiber*). Denn im Regelfall ist die Wirkung einer solchen Bekanntmachung stark einem öffentlichen Widerruf angenähert (vgl. BGH GRUR 1987, 189, 190 – *Veröffentlichungsbefugnis beim Ehrenschrift*). Auch kann im allgemeinen (aber Interessenabwägung) der Widerruf nur als letzter Rechtsbehelf begehrt werden. Daraus folgt zugleich, daß im allgemeinen der Bekanntmachungsbefugnis der Vorzug vor der Widerrufsverurteilung zu geben ist (vgl. BGHZ 46, 305 = BGH GRUR 1967, 362, 366 – *Spezielsatz I*; v. *Gamm* UWG § 1 Rdn. 307). Doch kommt es stets darauf an, welche Maßnahme bei gleichem Wirkungsgrad für den Verletzer weniger einschneidend ist. Im Einzelfall kann dies auch der Widerruf sein (vgl. BGH GRUR 1962, 315, 318 – *Deutsche Miederwoche*; *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 30), z. B. wenn die Bekanntmachung eine größere Resonanz hätte. – Ist ein Widerruf unerlässlich, stellt sich die Frage, ob zusätzlich die Bekanntmachung des Widerrufsurteils zugesprochen werden kann. Richtigerweise ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dem Verletzten die Bekanntmachungsbefugnis für den Fall des nicht fristgerechten Widerrufs zuzusprechen. Insofern spielt es auch keine Rolle, ob man Vollstreckung des Widerrufs nach § 888 ZPO oder nach § 894 ZPO bejaht. Denn eine Vollstreckung nach § 888 ZPO kann sich so lange hinziehen, daß dem Verletzten damit nicht mehr gedient ist. Gerade im Interesse einer effizienten Störungsbeseitigung ist daher die Zuerkennung einer Bekanntmachungsbefugnis unerlässlich.

d) Berichtigung durch den Verletzten. Gegendarstellung und Bekanntmachungsbefugnis sind Rechtsbehelfe, die der Störungsbeseitigung durch den Verletzten selbst dienen. Darüberhinaus kommt aber auch die **Berichtigung** der Äußerung durch den Verletzten in Betracht, beispielsweise durch **Anzeigenaktionen** (vgl. BGHZ 66, 182 = BGH GRUR 1976, 651 – *Der Fall Bittenbinder*; BGHZ 70, 39 = BGH GRUR 1978, 187 – *Alkoholtest*; BGH GRUR 1979, 804 – *Falschmeldung*; 1986, 330, 332 – *Warentest III*; 1990, 1012, 1015 – *Pressehaftung*) oder **Rundschreiben** (vgl. BGH GRUR 1970, 254 – *Remington*). Dabei sind zwei Fragen zu trennen. Zum einen, ob die Berichtigung ihrerseits zulässig ist, also nicht gegen Wettbewerbs- oder Deliktsrecht verstößt, wobei allerdings unter dem Gesichtspunkt der Abwehr die Grenzen weiter gezogen sein können. Zum anderen, ob der Verletzte die Kosten der Berichtigung ersetzt verlangen kann. Dazu Rdn. 193 ff.

VI. Kostenerstattung und Geldentschädigung beim Beseitigungsanspruch

1. Die Kostenregelung

Die Kosten der Beseitigung hat der Störer zu tragen. Das versteht sich von selbst, wenn der Störer die Beseitigung vornimmt. Kommt es zur Zwangsvollstreckung durch Ersatzvornahme nach § 887 ZPO, sind die anfallenden Kosten Zwangsvollstreckungskosten im Sinne des § 788 ZPO. Umstritten ist dagegen, ob und unter welchen

Voraussetzungen der Verletzte für eigene Beseitigungsmaßnahmen Kostenerstattung verlangen kann.

- 194** a) **Anspruchsgrundlagen.** Als Anspruchsgrundlagen werden diskutiert: §§ 683, 670 BGB (Geschäftsführung ohne Auftrag); §§ 812, 818 Abs. 2 BGB (Ersparnisbereicherung)¹⁰⁴ und eine analoge Anwendung des § 249 S. 2 BGB.¹⁰⁵ Beim Vorliegen eines Schadensersatzanspruches soll eine Kostenerstattung entweder nach § 249 S. 2 BGB oder unter dem Aspekt des Folgeschadens in Betracht kommen (vgl. BGHZ 70, 39, 43 = BGH GRUR 1978, 187 – *Alkoholtest*; BGH GRUR 1979, 804, 805 – *Falschmeldung*). Befindet sich der Störer mit der Beseitigung in Verzug (§§ 284, 285 BGB), soll auch ein Erstattungsanspruch nach § 286 BGB möglich sein (vgl. BGH GRUR 1962, 261, 262 – *Öl regiert die Welt*; *Ahrens* S. 84). – Gegen eine Anwendung der §§ 683, 670 BGB ist nichts einzuwenden, jedoch ist stets zu fragen, ob deren Voraussetzungen erfüllt sind. Nicht stets wird die Störungsbeseitigung durch den Verletzten auch dem Interesse und dem Willen des Verletzers entsprechen (vgl. *Dörner* JuS 1978, 666, 669; *Staud/Gursky*, 12. Aufl., § 1004 BGB Rdn. 111), auch ist § 681 S. 1 BGB (Pflicht, die Entschließung des Geschäftsherrn abzuwarten) zu beachten. Sind die Voraussetzungen der GoA nicht erfüllt, besteht zwar nach § 684 S. 1 BGB an sich ein Bereicherungsanspruch. Doch kann ein solcher Anspruch nicht ohne weiteres zugebilligt werden, zumal dadurch § 887 ZPO unterlaufen würde (vgl. *Staud/Gursky* aaO). Dem Störer darf nicht die Möglichkeit genommen werden, die Störungsbeseitigung selbst und uU schonender und kostengünstiger als der Verletzte vorzunehmen. Die Anwendung der Verzugsregeln hilft deshalb nicht weiter, weil der Verzug allein noch kein Selbsthilferecht gewährt.
- 195** Eine sachgerechte Problemlösung läßt sich durch eine analoge Anwendung des § 250 BGB auf den Beseitigungsanspruch erzielen. Der Verletzte kann demnach dem Störer eine angemessene Frist zur Störungsbeseitigung setzen, damit eine Ablehnungsandrohung verbinden, und nach Fristablauf Geldersatz verlangen. Die Fristsetzung ist, wie zu § 250 BGB anerkannt (vgl. nur *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., § 250 BGB Rdn. 2), entbehrlich, wenn die Beseitigung ernstlich und endgültig verweigert wird oder dem Verletzten ein Abwarten nicht zumutbar ist. – Hat der Störer die Beseitigung lediglich zu dulden, braucht er grundsätzlich nicht für die Beseitigungskosten aufzukommen (*Ahrens* S. 84), sofern nichts anderes angeordnet ist (z. B. im Zusammenhang mit der Zuerkennung der Bekanntmachungsbefugnis).
- 196** b) **Anspruchsumfang.** Gleichgültig auf welche Rechtsgrundlage der Kostenerstattungsanspruch gestützt wird, stets ist nur eine Erstattung der **erforderlichen** Kosten geschuldet (allg. M.; vgl. nur BGHZ 66, 182, 192 = BGH GRUR 1976, 651 – *Der Fall Bittenbinder*; BGH GRUR 1979, 804, 805 – *Falschmeldung*). Dies bedeutet nicht, daß der Verletzte in der Verwendung über den Geldbetrag frei wäre, wie dies zu § 249 S. 2 BGB überwiegend angenommen wird (vgl. BGH NJW 1985, 2414; aber auch BGHZ 97, 18) und allenfalls beim Schadensersatzanspruch gelten kann. Vielmehr wird der Ersatz der tatsächlich gemachten Aufwendungen auf den Betrag beschränkt, der objektiv erforderlich war. Dies wiederum beurteilt sich aus der Sicht eines vernünftigen, wirtschaftlich denkenden Menschen (BGH aaO – *Falschmeldung*). Dabei sind die

¹⁰⁴ BGH NJW 1968, 1327, 1328; BGHZ 60, 235 (dazu *Picker* JuS 1974, 357); 66, 182, 191 = BGH GRUR 1976, 651 – *Der Fall Bittenbinder*; BGH GRUR 1979, 804, 805 – *Falschmeldung*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 313; *Palandt/Bassenge*, 50. Aufl., § 1004 Rdn. 24; *Hohloch*, Die negatori-

schen Ansprüche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht (1986) S. 186 ff.

¹⁰⁵ Vgl. *Gursky* NJW 1971, 782, 787; *Ahrens*, S. 84; ablehnend aber *Staud/Gursky*, 12. Aufl., § 1004 Rdn. 111; *MünchKomm/Medicus*, 2. Aufl., § 1004 Rdn. 75.

besonderen Umstände des Falles, aber auch der Zeitpunkt der Maßnahme und das hiernach Mögliche und Zumutbare zu berücksichtigen (BGH aaO – *Falschmeldung*). Nicht alles, was zweckmäßig erscheint, ist deshalb auch schon erforderlich.

Ist der Angriff in einem **Massenmedium** erfolgt, ist stets sorgfältig zu prüfen, ob und inwieweit die Möglichkeit einer Gegendarstellung eine Berichtigung bzw. berichtigende Werbung entbehrlich macht. Anders als bei der Verletzung der persönlichen Ehre (dazu BGHZ 66, 182, 193 = BGH GRUR 1976, 651 – *Der Fall Bittenbinder*) neigt die Rspr. bei der Verletzung der Geschäftsehre durch Beeinträchtigung des Rufs einer Ware eher dazu, eine Gegendarstellung als nicht ausreichend anzusehen, vielmehr eine berichtigende Werbung zuzulassen (vgl. BGHZ 70, 39, 43 = BGH GRUR 1978, 187 – *Alkoholtest*; BGH GRUR 1979, 804, 805 – *Falschmeldung*; vgl. auch BGH GRUR 1990, 1012, 1015 – *Pressehaftung*; zur Kritik: *Assmann/Kübler* ZHR 142 (1972) 413). Begründet wird dies mit der Erwartung der Verbraucher, daß der Hersteller über seine Ware durch Werbeanzeigen informiert. Allerdings muß sich eine solche Werbeanzeige grundsätzlich auf eine Berichtigung oder Ergänzung der vorangegangenen unrichtigen Tatsachenbehauptung beschränken und somit einen Zusammenhang mit ihr aufweisen. Andernfalls fehlt es schon an der Eignung zur Störungsbeseitigung. Eine darüberhinaus gehende „positive“ Werbung kann ausnahmsweise dann erforderlich sein, wenn anders der negative Eindruck nicht zu beseitigen ist (BGHZ 70, 39, 43 = BGH GRUR 1978, 187 – *Alkoholtest*). 197

2. Geldentschädigung bei unmöglicher oder unzumutbarer Beseitigung?

Ist die Beseitigung unmöglich, z. B. wenn die Gebäudefassade mit dem wettbewerbswidrigen Dekor aus baurechtlichen Gründen nicht verändert werden darf, besteht auch kein Beseitigungsanspruch (vgl. BGH NJW 1974, 1552, 1554). Es kommt insoweit auch keine Geldentschädigung nach § 251 Abs. 1 BGB analog in Betracht (vgl. *Palandt/Bassenge*, 50. Aufl., § 1004 BGB Rdn. 23). Ist die Beseitigung zwar möglich, aber nur mit einem unverhältnismäßigen und damit **unzumutbaren Aufwand** (vgl. § 633 Abs. 2 S. 3 BGB als allgemeinen Rechtsgedanken), scheidet der Beseitigungsanspruch ebenfalls aus. Verbreitet wird allerdings eine **analoge Anwendung des § 251 Abs. 2 S. 1 BGB** befürwortet.¹⁰⁶ Dies liefe indessen auf einen vollen Ausgleich des Vermögensschadens des Betroffenen hinaus, der nur unter den Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches begehrt werden kann, und ist daher abzulehnen.¹⁰⁷ Immerhin ist an einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf **angemessenen Ausgleich** in Analogie zu §§ 906 Abs. 2 S. 2, 912 Abs. 2, 917 Abs. 2 BGB, 14 BImSchG zu denken (vgl. BGHZ 90, 255; *Picker* aaO S. 66 ff; *Staud/Gursky* aaO), und zwar nicht nur bei der unzumutbaren, sondern auch bei der unmöglichen Beseitigung. Voraussetzung hierfür wäre freilich, daß beim Betroffenen eine meßbare Beeinträchtigung durch die fortdauernde Störung eintritt und der Störer davon einen wirtschaftlichen Vorteil hat. – Das Problem stellt sich freilich dann nicht, wenn der Verletzte zugleich einen Schadensersatzanspruch hat. 198

Dritter Abschnitt. Schuldner und Gläubiger des Abwehranspruchs

Literatur

Basten, Zur Haftung der Beteiligten bei einer wettbewerbswidrigen Gemeinschaftswerbung, WRP 1981, 1; *Borck*, Zum Anspruch auf Unterlassung unlauteren Wettbewerbs, WRP 1966, 1;

¹⁰⁶ Vgl. BGHZ 62, 388, 391; BGH WM 1979, 783, 784; 1974, 572, 573; *Palandt/Bassenge*, 50. Aufl., § 1004 Rdn. 23; *MünchKomm/Gursky*, 2. Aufl., § 251 Rdn. 14.

¹⁰⁷ So auch *Staud/Gursky*, 12. Aufl., § 1004 Rdn. 108; *MünchKomm/Medicus*, 2. Aufl., § 1004 Rdn. 67; *Picker* AcP 176 (1976) 1, 52 ff.

Brehm, Nachfolge in dingliche Unterlassungspflichten? JZ 1972, 225; *Fricke*, Verbraucherschutz – Klagerechte des Verbrauchers und der Verbraucherverbände aus UWG und BGB, GRUR 1976, 680; *Fritze*, Grenzen der Haftung des Warenherstellers für Wettbewerbsverstöße selbständiger Händler, GRUR 1973, 352; *von Gamm*, Persönlichkeits- und Ehrverletzungen durch Massenmedien, 1969; *ders.*, Treuhänderschaft bei vertikalen Preis- und Vertriebsbindungen, NJW 1962, 273; *ders.*, Neuere Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht, WM Beilage 4/1984, 2; *Hadding*, Die Klagebefugnis der Mitbewerber und Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG im System des Zivilprozessrechts, JZ 1970, 305; *Hefermehl*, Entwicklungen im Recht gegen unlauteren Wettbewerb, FS Fischer, 1979, 197; *Heinze*, Rechtsnachfolge in Unterlassen, 1974; *Henckel*, Einziehungsermächtigung und Inkassoession, FS Larenz, 1973, 643; *Henning-Bodeuwig*, Leitbildwerbung – haftet der „Star“ für Wettbewerbsverstöße?, GRUR 1982, 202; *dies.*, Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Werbeagenturen, GRUR 1981, 164; *dies.*, Die wettbewerbsrechtliche Haftung von Massenmedien, GRUR 1981, 867; *Hirtz*, Die Bedeutung des Wettbewerbsverhältnisses für die Anwendung des UWG, GRUR 1988, 173; *Klaka*, Persönliche Haftung des gesetzlichen Vertreters für die im Geschäftsbetrieb der Gesellschaft begangenen Wettbewerbsverstöße und Verletzungen von Immaterialgüterrechten, GRUR 1988, 729; *Knöpfle*, Zum Erfordernis eines Wettbewerbsverhältnisses bei der Anwendung des UWG, Ufita 93 (1982), 25; *Lehmann*, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht, 1906; *Lindacher*, Grundfragen des Wettbewerbsrechts, BB 1975, 1311; *ders.*, Zur Wettbewerbsrechtlichen Unterlassungshaftung der Presse im Anzeigengeschäft, WRP 1987, 585; *Löhr*, Zur Haftung der Presse für irreführende Werbung, WRP 1974, 524; *Maier*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers für Wettbewerbsverstöße im Unternehmen, WRP 1986, 71; *Picker*, Beseitigungsrecht, nachbarliches Selbsthilferecht und Verjährung von Ansprüchen aus eingetragenen Rechten, JuS 1974, 357; *Rüssmann*, Einziehungsermächtigung und Klagebefugnis, AcP 172 (1972), 520; *Sack*, Der wettbewerbsrechtliche Schutz gegen den Gebrauch des Namens verstorbener Persönlichkeiten zu Wettbewerbszwecken, WRP 1982, 615; *ders.*, Der Schutzzweck des UWG und die Klagebefugnis des „unmittelbar Verletzten“, FS von Gamm (1990) S. 161; *Schricker*, Entwicklungstendenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR 1974, 579; *ders.*, Grenzen des Verbraucherschutzes, GRUR 1975, 349; *Tilmann*, Kostenhaftung und Gebührenberechnung bei Unterlassungsklagen gegen Streitgenossen im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1986, 691; *ders.*, Persönlichkeitsschutz und Massenmedien, NJW 1979, 513.

199 I. Der Schuldner

Der Abwehranspruch (Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch) richtet sich gegen denjenigen, der durch sein eigenes Verhalten den anspruchsbegründenden Tatbestand verwirklicht hat („Störer“) oder für das entsprechende Verhalten eines Dritten einzustehen hat.

1. Die Haftung des Störers

- 200** a) Allgemeines. Der Abwehranspruch setzt kein Verschulden voraus. Die auf schuldhaftes Handeln zugeschnittenen Unterscheidungen des allgemeinen Deliktsrechts zwischen Täter, Anstifter und Gehilfen, zwischen unmittelbarem und mittelbarem Täter und zwischen Mittäter und Nebentäter sind daher nicht, jedenfalls nicht „im technischen Sinn“ anwendbar.¹⁰⁸ An ihre Stelle¹⁰⁹ tritt der Begriff des Störers. Der

¹⁰⁸ Vgl. BGH GRUR 1957, 352, 353 – *Pertussin II*; 1977, 114, 115 – *VUS*; LG Hamburg WRP 1974, 355, 356. Nach *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 303 sind die Begriffe der Täterschaft und Teilnahme beim Abwehranspruch „unbrauchbar“, nach *Teplitzky* Kap. 14 Rdn. 9, der sie aber gleichwohl verwendet (Kap. 14 Rdn. 2, 3), „weitgehend

bedeutungslos“. – Anders noch BGH GRUR 1956, 179, 180 – *Ettaler Klosterliqueur*; 1964, 88, 89 – *Verona-Gerät*.

¹⁰⁹ Nach *v. Gamm* UWG § 1 Rdn. 282 ff sind die Begriffe der Täterschaft und Teilnahme sowie des Störers nebeneinander anwendbar.

Begriff ist weit auszulegen (BGH GRUR 1990, 463, 464 – *Firmenrufnummer*), um Rechtsverletzungen in allen Stadien ihrer Verwirklichung wirksam bekämpfen zu können. Nicht notwendig ist, daß der Störer selbst zu Wettbewerbszwecken handelt bzw. eine eigene Wettbewerbsförderungabsicht hat; Voraussetzung einer Inanspruchnahme als Störer ist lediglich, daß der Zustand, an dessen Schaffung oder Erhaltung der Betreffende mitgewirkt hat, selbst wettbewerbswidrig ist (vgl. BGH GRUR 1990, 373, 374 – *Schönheits-Chirurgie*). Die persönliche Haftung des Störers wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß er in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter einer juristischen Person des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts gehandelt hat (vgl. BGH GRUR 1964, 88, 89 – *Verona-Gerät*; 1985, 1063, 1064 – *Landesinnungsmeister*; 1986, 248, 250 f – *Sporthosen*). Üblicherweise wird dabei zwischen dem Handlungs- und dem Zustandsstörer unterschieden, mögen auch die Übergänge fließend sein.

aa) **Handlungsstörer** ist grundsätzlich jeder, der eine Störung willentlich vorgenommen oder veranlaßt (vgl. BGH GRUR 1989, 225, 226 – *Handzettel-Wurfsendung*) hat oder dessen Verhalten eine Störung befürchten läßt.¹¹⁰ Adäquate Verursachung genügt, Verschulden ist nicht erforderlich. Unbeachtlich ist, ob der Störer die Verletzung aus eigenem Antrieb oder auf Veranlassung eines Dritten ausführt oder auszuführen beabsichtigt (BGH GRUR 1957, 352, 353 – *Pertussin II*). Sind an einer Störung mehrere Personen beteiligt, kommt es für das Bestehen eines Abwehrenspruchs grundsätzlich nicht auf Art und Umfang des Tatbeitrags oder auf das Interesse des einzelnen Beteiligten an der Verwirklichung der Störung an (BGH GRUR 1990, 373, 374 – *Schönheits-Chirurgie*). Störer ist auch, wer die unzulässige Wettbewerbshandlung eines aus eigenem Antrieb und selbstverantwortlich handelnden Dritten – sei es auch gutgläubig und ohne eigene Wettbewerbsförderungabsicht – durch die sachlichen und persönlichen Mittel seines Betriebs ermöglicht, unterstützt oder ausnutzt, aber die rechtliche Möglichkeit hat, den Dritten an der Störungshandlung zu hindern¹¹¹. Störer ist weiter, wer das wettbewerbswidrige Handeln eines anderen für sich ausnutzt (*Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 303). Störer ist ferner auch der Gewerbetreibende, der Vorkehrungen gegen die Irreführung von Kunden durch ungeschultes und daher selbst nicht wettbewerbswidrig handelndes Personal unterläßt (Gesichtspunkt des Organisationsmangels; vgl. BGH GRUR 1969, 51, 52 – *Glassteine*). Daher spielt es auch keine Rolle, ob er sonst als Täter oder Teilnehmer anzusehen wäre (BGH GRUR 1977, 114, 115 – *VUS*). Art und Umfang des Tatbeitrags bei mehreren Beteiligten sind nur hinsichtlich des konkreten Inhalts des Unterlassungs- bzw. Beseitigungsgebots von Bedeutung.¹¹² Wer als bloßer Mitwirkender auf Unterlassung in Anspruch genommen wird, kann die Wiederholungsgefahr uU bereits durch eine auflösend bedingte Unterlassungsverpflichtungserklärung beseitigen, nämlich für den Fall, daß sich die Handlungsweise des Hauptstörers als rechtmäßig erweisen sollte.¹¹³

201

¹¹⁰ Vgl. RGZ 134, 231, 234; 159, 125, 136; BGH GRUR 1957, 352, 353 – *Pertussin II*; 1977, 114, 115 – *VUS*; 1986, 683 – *Ostkontakte*; 1988, 829, 830 – *Verkaufsfahrten II*.

¹¹¹ BGHZ 14, 163, 164 – *Constanze II*; BGH GRUR 1957, 352, 353 – *Pertussin II*; 1976, 256, 258 – *Rechenscheibe*; 1988, 829, 830 – *Verkaufsfahrten II* mwN: Einstandspflicht des Busunternehmers für Handlungen des Verkaufsveranstalters; 1990, 373, 374 – *Schönheits-Chirurgie*: Einstandspflicht des Verlegers für Wettbewerbsverstoß eines Arztes bei Veröffentlichung eines Presseberichts; 1990, 463, 464 – *Firmenrufnummer*; OLG Karlsruhe WRP 1984, 706, 707; LG Gießen WRP 1972, 443, 444.

¹¹² Vgl. BGH GRUR 1956, 179, 180 – *Ettaler Klosterliqueur*; 1957, 352, 353 – *Pertussin II*; 1977, 114, 115 – *VUS*; auch BGH GRUR 1988, 829, 830 – *Verkaufsfahrten II*; LG Hamburg WRP 1974, 355, 356.

¹¹³ Vgl. BGH GRUR 1957, 352, 353 – *Pertussin II*; (Spediteur im Verhältnis zum Zeichenverletzer); 1957, 342, 348 – *Uderberg* (Händler im Verhältnis zum Hersteller); 1973, 208, 210 – *Neues aus der Medizin* (Werbeagentur im Verhältnis zum Auftraggeber); *Teplitzky* Kap. 14 Rdn. 9.

202 bb) Zustandsstörer ist, wer eine Störung andauern läßt, die von einer in seinem Verantwortungsbereich liegenden Sache oder Anlage ausgeht.¹¹⁴ Die Verantwortung trägt, vergleichbar der Haltereigenschaft im Bereich der Gefährdungshaftung, derjenige, der an der Sache oder Anlage ein eigenes Interesse hat und die Entscheidungsbefugnis besitzt. Der Störer haftet allerdings nur, wenn er die Störung überhaupt beseitigen kann (vgl. BGH NJW 1982, 440), wie sich aus dem Rechtsgedanken des § 275 BGB ergibt. Dieser bürgerlich-rechtliche Begriff des Zustandsstörers läßt sich auch auf das Wettbewerbsrecht übertragen. Eine Zustandshaftung ist anzunehmen, wenn Werbematerialien oder versandtes Werbematerial ohne Zutun des Gewerbetreibenden unrichtig und damit wettbewerbswidrig werden. So z. B. wenn mit dem Zusatz „größtes Haus am Platze“ geworben wird, dies aber durch Wachstum eines Konkurrenten nicht mehr zutrifft. Das gleiche gilt, wenn ein Zustand erst durch Wegfall eines Rechtfertigungsgrundes eine rechtswidrige Störung bewirkt. Eine Rolle spielt die Zustandshaftung auch bei der Unternehmensveräußerung. Der Nachfolger haftet als Zustandsstörer z. B. für die von seinem Vorgänger angebrachten wettbewerbswidrigen Werbehinweise (vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 303). Die Haftung des Vorgängers auf Beseitigung erlischt, wenn er dazu aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr in der Lage ist. Das Fortbestehen seiner Unterlassungspflicht hängt vom Wegfall der Wiederholungsgefahr ab.

203 cc) Haftung für untergeordnete Tatbeiträge? Ob auch für untergeordnete Tatbeiträge gehaftet wird, ist noch nicht abschließend geklärt. Teils wird erwogen, das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen, wenn der oder die Hauptbeteiligten bereits in Anspruch genommen wurden oder ohne Schwierigkeiten in Anspruch zu nehmen sind und außerdem ein solches Vorgehen ohne weiteres ausreichen würde, Beeinträchtigungen seitens untergeordneter Beteiligter wirksam zu verhindern.¹¹⁵ Teils meint man, hier handle es sich um keine Frage des Rechtsschutzbedürfnisses, sondern des materiellen Rechts (vgl. BGH GRUR 1973, 208, 209 – *Neues aus der Medizin*; 1976, 256, 257 – *Rechenscheibe*). Entschieden wurde die Frage bislang nicht, weil jeweils die Unterordnung des Tatbeitrages verneint worden war. – Im Regelfall wird eine Beschränkung der Haftung auf den „maßgeblichen“ oder „eentlichen“ Störer aus zwei Gründen zu verneinen sein. Einmal, weil die Abgrenzung nach dem Gewicht des Tatbeitrages zweifelhaft sein kann und dem Verletzten nicht zuzumuten ist, dieses Abgrenzungsrisiko zu tragen (so wohl auch BGH aaO – *Rechenscheibe*). Zum anderen, weil eine wirksame Rechtsdurchsetzung auch davon abhängen kann, untergeordnete Tatbeteiligte durch ein Unterlassungsurteil zu binden. Denn es ist nicht ausgeschlossen, daß sich der Hauptbeteiligte an eine gerichtliche Verurteilung nicht hält, ohne daß dies im Zeitpunkt der Entscheidung bereits erkennbar wäre.

Einen Sonderfall bilden jene Tatbeteiligte, die bei ihrer Tätigkeit keinen eigenen Entscheidungsspielraum besitzen, sondern weisungsgebunden sind, wie insbesondere Arbeiter und Angestellte, die rein mechanische Tätigkeiten verrichten. Im Wettbewerbsrecht¹¹⁶ gehen die Bestrebungen dahin, eine gerichtliche Inanspruchnahme zu verhin-

¹¹⁴ Zu den im einzelnen divergierenden Aussichten im Bürgerlichen Recht vgl. BGHZ 90, 255, 266; BGH NJW 1985, 1773, 1774; *Staud/Gursky*, 12. Aufl., § 1004 Rdn. 74 ff; *Jauernig*, 5. Aufl., § 1004 Anm. 6 b; *Baur*, Sachenrecht, 13. Aufl., § 12 III 2; *Schwab*, Sachenrecht, 21. Aufl., § 46 I; *Heinze* S. 65 ff, 108 ff. – Aus dem Wettbewerbsrecht vgl. BGH GRUR 1957, 84, 86 – *Einbrandflaschen*; 1960, 500, 502 – *Plagiatsvorwurf*; 1962, 34, 35 – *Torsana*; *Teplitzky* Kap. 14 Rdn. 6.

¹¹⁵ Vgl. BGH GRUR 1957, 352, 353/354 – *Pertussin II*; 1977, 114, 115 – *VUS*; *Palandt/Thomas*, 50. Aufl., Einf. v. § 823 Rdn. 19.

¹¹⁶ Im Bürgerlichen Recht ist die Frage lebhaft umstritten; vgl. die Nachw. bei *Staud/Gursky*, 12. Aufl., § 1004 Rdn. 87. – Aus der Rspr. vgl. BGH DB 1979, 544.

dern. Teils versucht man die Ursächlichkeit des Tatbeitrages zu verneinen, weil kein eigener Wille entfaltet werde (so OLG Nürnberg WRP 1981, 166, 167), teils werden Billigkeitsgründe herangezogen.¹¹⁷ Der richtige Anknüpfungspunkt dürfte sein, bei weisungsgebundener Tätigkeit die Störerhaftung zu verneinen, weil sie Entscheidungsfreiheit voraussetzt.

b) Einzelfälle. aa) **Presse und Medien.** Der Abwehranspruch gegenüber in der Presse verbreiteten rechtswidrigen Äußerungen richtet sich – unabhängig von der straf- und presserechtlichen Verantwortlichkeit – nicht nur gegen den Urheber der Äußerung, sondern grundsätzlich gegen alle Personen, die an ihrer Verbreitung beteiligt sind. Dazu gehören der Verleger (BGHZ 14, 163, 164 – *Constanze II*; BGH GRUR 1990, 373, 374 – *Schönheits-Chirurgie*: Verlagshaftung nur verneint wegen mangelnder Rechtswidrigkeit des Arztverhaltens), selbst wenn er sich von der Äußerung distanziert (vgl. BGH GRUR 1986, 683 – *Ostkontakte*), ferner der Hersteller (vgl. BGHZ 11, 286, 297; BGH GRUR 1966, 338, 339 – *Drogisten-Illustrierte*; 1967, 665, 666 – *Fernsehprogramm*) und der Herausgeber (vgl. BGH GRUR 1980, 259 – *Wahlkampf-Illustrierte*), der Schriftsteller bzw. verantwortliche Redakteur (vgl. BGH NJW 1977, 626, 627 – *Editorial*) und sonstige Verlagsmitarbeiter, im Einzelfall auch der kaufmännische Geschäftsführer (BGH GRUR 1980, 242, 245 – *Denkzettel-Aktion*), Vertriebsorgane wie Grossisten, Importeure und Buchhändler (vgl. BGH GRUR 1977, 114, 116 – *VUS*). Sogar eine Verantwortlichkeit des Bibliothekars wird erwogen (vgl. *Wenzel* NJW 1974, 603, 604; offengelassen in BGH aaO – *VUS*). Grund für die weite Auslegung des Störerbegriffs ist die Notwendigkeit, die Verbreitung einer unzulässigen Äußerung auch dann noch unterbinden zu können, wenn Autor und Verleger sich darauf berufen, sie könnten auf den Vertrieb oder die Verbreitung keinen Einfluß mehr nehmen. – Erkennt ein Unternehmer, daß bei geplanten und von ihm initiierten Presseveröffentlichungen über sein Unternehmen falsche Vorstellungen der Berichterstatte bestehen, muß er ihnen unverzüglich entgegenreten. Andernfalls muß er sich die unwahren Äußerungen als eigene zurechnen lassen (vgl. OLG Celle GRUR 1980, 803). Zur Frage der Haftung des Interviewten vgl. BGH GRUR 1987, 241, 243 – *Arztinterview*. – Bei der Veröffentlichung wettbewerbswidriger Anzeigen in der Presse trifft Verleger und Redakteur grundsätzlich nur eine auf offenkundige Verstöße beschränkte Grobprüfungspflicht¹¹⁸, unter besonderen Umständen jedoch auch eine verschärfte Prüfungspflicht (eingehend *Lindacher* WRP 1987, 585 mwN). – Bei sonstigen Medien kommen als Störer in Betracht: die Sendeanstalt¹¹⁹; der Sendeleiter (BGH GRUR 1963, 277, 278 – *Maris*); der Chefkomentator (BGH GRUR 1967, 205 – *Vor unserer eigenen Tür*); der Filmproduzent und Filmverleiher (BGHZ 26, 52, 67/68 – *Sherlock Holmes*).

bb) **Werbung.** Begeht eine Werbeagentur bei der Gestaltung und Durchführung ihrer Werbung Wettbewerbsverstöße, so hat sie selbst dafür einzustehen (BGH GRUR 1973, 208, 209 – *Neues aus der Medizin*; *Bülow* BB 1975, 538; *Henning-Bodewig*

204

205

¹¹⁷ Vgl. *Reimer/Pastor* S. 144: „wirtschaftlicher Unsinn“; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 303: „unhaltbare Ergebnisse“, wenn „neben einer Großfirma deren Tausende von Arbeitern haften“ – die dort für die Gegenauffassung zitierte Entscheidung RGZ 104, 376, 380 gibt zu der Frage nichts her, weil sie nur die Haftung eines beauftragten Unternehmers behandelt; *Teplitzky* Kap. 14 Rdn. 11: Beschränkungen der Störerhaftung führen jedenfalls in Extremfällen zu billigeren Ergebnissen.

¹¹⁸ Vgl. BGH WRP 1973, 19, 20. – *Badische Rundschau*; OLG Düsseldorf GRUR 1982, 622, 626; OLG Hamm GRUR 1984, 538; OLG Frankfurt GRUR 1985, 71; KG WRP 1987, 108, 110.

¹¹⁹ Vgl. BGHZ 66, 182, 187 f. – *Der Fall Bittenbinder*; BGH GRUR 1963, 277, 278 – *Maris*; 1967, 205 – *Vor unserer eigenen Tür*.

GRUR 1981, 164), auch wenn zugleich der Auftraggeber nach § 13 Abs. 4 UWG haftet¹²⁰. Das gleiche gilt für eine Einkaufsgenossenschaft, die für die angeschlossenen Einzelhändler eine Werbung vorbereitet (BGH GRUR 1964, 71 – *Personifizierte Kaffeekanne*). Auch der Filmstar oder Sportler, der sich für eine Leitbildwerbung zur Verfügung stellt, haftet persönlich (vgl. *Henning-Bodewig* GRUR 1982, 202). Eine Bank haftet für Wettbewerbsverstöße eines Buchverlages, wenn es diesem seine Postanschrift in der Weise zur Verfügung stellt, daß diese Anschrift als Anschrift des Verlags aufgeführt wird und Werbeantwortkarten an die Bank zu senden sind, wo sie sortiert und an den Verlag weitergeleitet werden (BGH GRUR 1976, 256, 257 – *Rechen-scheibe*). Desgleichen haftet derjenige, der es zuläßt, daß unter seiner Adresse, Telefon- und Telexnummer geschäftliche Kontakte aufgrund unwahrer Werbung geknüpft werden können (OLG Karlsruhe WRP 1984, 706, 707). Überläßt ein Hersteller den Zwischenhändlern Werbematerial, bei dem mit der Weitergabe und damit gleichzeitig einer Irreführung der Endverbraucher zu rechnen ist, haftet er auch selbst.¹²¹ Der Händler haftet nicht für Werbeaktionen des Herstellers, wenn er daran nicht beteiligt war und sie auch nicht für sich ausgenutzt hat (OLG Hamburg WRP 1984, 622, 623). Der Busunternehmer haftet für Wettbewerbsverstöße des Verkaufsveranstalters, wenn er bei Planung und Durchführung der Verkaufsfahrt mitwirkt (BGH GRUR 1988, 829, 830 – *Verkaufsfahrten II*).

206 cc) Wettbewerbswidrige Produktion. Verletzt ein Hersteller fremde Schutzrechte oder betreibt er eine unzulässige Nachahmung, so haften nicht nur er selbst, sondern auch der Händler, aber auch der Spediteur oder Frachtführer.¹²²

207 dd) Hersteller- und Großhändlerhaftung für wettbewerbswidriges Händlerverhalten. Fördert oder ermöglicht ein Hersteller durch die Art und Weise seiner Warenabgabe an die Händler oder sonstige Gewerbetreibende, daß diese Wettbewerbsverstöße gegenüber den Endverbrauchern begehen, so haftet grundsätzlich auch der Hersteller als Störer.¹²³ So z. B. wenn er es unterläßt, auf die betriebliche Herkunft seiner Ware hinzuweisen und damit es den Händlern ermöglicht, Kunden diese Ware zu unterschieben (BGH GRUR 1970, 510, 512 – *Fußstützen* – m. Anm. *Storch*). Der Hersteller haftet freilich nur dann, wenn er damit rechnen mußte, daß sein Verhalten eine bestimmte Handlungsweise der Händler zur Folge haben würde.¹²⁴ Andernfalls würde seine Verantwortlichkeit für die von ihm unabhängigen Händler überdehnt. – Zur Frage, inwieweit ein Großhändler für Rabattverstöße eines Einzelhändlers einzustehen hat, vgl. BGH GRUR 1964, 88, 89 – *Verona-Gerät*.

2. Einstandspflicht für das Handeln Dritter

208 a) Einstandspflicht juristischer Personen für das Handeln ihrer Organe. Nach §§ 31, 89 BGB haben juristische Personen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts für den Schaden einzustehen, den ihre Organe in Ausführung ihres Amtes durch eine zum

¹²⁰ Vgl. BGH GRUR 1989, 225 – *Handzettel-Wurfsendung* sowie OLG Frankfurt NJW 1988, 1854, 1855 zur bürgerlichen Haftung des Auftraggebers einer Werbefirma, die in unzulässiger Weise Werbematerial verteilt.

¹²¹ Vgl. BGH GRUR 1974, 666, 669 – *Reparaturversicherung*; 1983, 256 – *Sauerteig*; *Teplitzky* Kap. 14 Rdn. 7.

¹²² Vgl. BGH GRUR 1957, 352, 354 – *Pertussin II*; dort auch zur Prüfungspflicht des Spediteurs.

¹²³ Vgl. BGH GRUR 1956, 179, 180 – *Ettaler Klosterliqueur*; 1958, 86, 88 – *Ei-fein*; 1961, 545, 547 – *Plastic-Folien*; 1962, 537, 543 – *Radkappe*; 1968, 200 – *Acrylglas*; 1970, 510, 512 – *Fußstützen*; OLG Stuttgart WRP 1970, 227, 228. – Zum ganzen vgl. *Fritze* GRUR 1973, 352.

¹²⁴ Vgl. BGH GRUR 1973, 370, 371 – *Tabac*; a. A. *Fritze* GRUR 1973, 352, 354: Zurechnung nach Adäquanz- und Billigkeitsgesichtspunkten.

Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügen. Dies gilt entsprechend für Personenhandelsgesellschaften, für den nichtrechtsfähigen Verein, für die Konkursmasse hinsichtlich der Handlungen des Konkursverwalters (vgl. nur *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl. § 31 Rdn. 3) und – entgegen der bisherigen Rspr. (vgl. BGH NJW 1975, 534) – wohl auch für die BGB-Gesellschaft (vgl. hierzu KG Ur. v. 22. 06. 1984 – 5 U 2475/84). Die gleichen Grundsätze haben für den **Abwehrensanspruch** zu gelten. Die persönliche Haftung der Organe bleibt davon unberührt (vgl. BGH GRUR 1964, 88, 89 – *Verona-Gerät*; 1985, 1063, 1064 – *Landesinnungsmeister*; 1986, 248, 250 f – *Sporthosen*). Bei der **Vorgesellschaft** einer Einmann-GmbH haften neben der Vorgesellschaft auch deren Geschäftsführer und – als wirtschaftlicher Träger des Unternehmens – auch der von der Geschäftsführung ausgeschlossene Alleingesellschafter (OLG Frankfurt GRUR 1985, 455 – *Störerhaftung bei Vor-GmbH*).

b) **Einstandspflicht gesetzlicher Vertreter des Betriebsinhabers für das Handeln von Betriebsangehörigen.** Die Einstandspflicht der gesetzlichen Vertreter von Kapitalgesellschaften und der vertretungs- und geschäftsführungsberechtigten Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften ist unstrittig, soweit sie selbst Störereigenschaft haben, also entweder selbst den Wettbewerbsverstoß begangen haben oder doch von ihm Kenntnis hatten und ihn verhindern konnten.¹²⁵ Hatte der gesetzliche Vertreter dagegen weder an dem Wettbewerbsverstoß durch sonstige Betriebsangehörige teilgenommen noch von ihm gewußt, so hat er dafür auch nicht persönlich einzustehen (BGH GRUR 1986, 248, 251 – *Sporthosen* – unter Hinweis auf die sonst drohende hohe Risikobelastung des gesetzlichen Vertreters). Fahrlässige Unkenntnis des gesetzlichen Vertreters vom Wettbewerbsverstoß im Betrieb schadet demnach nicht (a. A. OLG Nürnberg GRUR 1983, 595; *Maier* WRP 1986, 71, 73), doch wird eine Abmahnung bzw. Klagezustellung ohnehin die erforderliche Kenntnis schaffen. Nimmt er schuldhaft von der Abmahnung oder Klagezustellung keine Kenntnis, haftet er aus dem Gesichtspunkt des Organisationsmangels (vgl. *Klaka* GRUR 1988, 729, 731 f). – Die gleichen Grundsätze sind anzuwenden auf den gesetzlichen Vertreter eines nicht (voll) geschäftsfähigen Betriebsinhabers, soweit er selbst die Geschäfte führt; desgleichen auf den Konkursverwalter, der das Unternehmen fortführt.

c) **Einstandspflicht des Bevollmächtigten des Betriebsinhabers für das Handeln von Betriebsangehörigen.** Hat der Betriebsinhaber einen Dritten (z. B. der Erbe den Testamentsvollstrecker; vgl. BGHZ 35, 13) bevollmächtigt, den Betrieb in seinem Namen zu führen, so haftet der Bevollmächtigte in gleicher Weise wie ein gesetzlicher Vertreter für das Handeln von Betriebsangehörigen. – Bei **treuhänderischer** Betriebsführung (ebenfalls bei der Testamentsvollstreckung möglich; BGH aaO) haftet der Treuhänder als Betriebsinhaber nach § 13 Abs. 4 UWG, weil er das Unternehmen in eigenem Namen und unter eigener Verantwortung führt. Eine zusätzliche Haftung des Treugebers kommt nur in Betracht, soweit er zu konkreten Weisungen gegenüber dem Treuhänder befugt ist.

d) **Einstandspflicht des Betriebsinhabers für das Handeln seiner Angestellten und Beauftragten.** Werden bestimmte Wettbewerbsverstöße in einem geschäftlichen Betrieb von einem Angestellten oder Beauftragten begangen, so ist nach § 13 Abs. 4 UWG

¹²⁵ Vgl. RG GRUR 1929, 354, 356 – *Kruschensalz*; 1935, 99, 101 – *Viskoselösung*; 1936, 1084, 1088 – *Standard-Lampen*; BGH GRUR 1957, 342, 347 – *Uderberg*; 1959, 428, 429 – *Michaelismesse*; 1964, 88, 89 – *Verona-Gerät*; 1975, 652, 653 – *Flamm-*

kaschierverfahren; 1986, 248, 250 – *Sporthosen*; OLG Karlsruhe WRP 1975, 109, 112; OLG Hamm GRUR 1980, 732, 733 – *Kadett 80*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 304; *Schönherr*, ÖBl. 1979, 33.

(früher § 13 Abs. 3 UWG) der Unterlassungsanspruch (einschließlich des Beseitigungsanspruchs) auch gegen den Betriebsinhaber begründet. Näheres hierzu bei § 13 Rdn. 140 ff § 13 Abs. 4 UWG gilt unmittelbar für Wettbewerbsverstöße nach den §§ 1, 3, 4, 6 bis 6e, 7, 8, 12 UWG und kraft Verweisung in § 14 Abs. 3, 16 Abs. 4 UWG, 12 S. 2 RabattG und § 2 Abs. 1 S. 2 ZugabeVO auch für die dort geregelten Wettbewerbsverstöße. – Ist in der Person des Angestellten oder Beauftragten aus subjektiven Gründen der Tatbestand des Wettbewerbsverstößes nicht erfüllt, kommt gleichwohl eine Haftung des Betriebsinhabers, etwa unter dem Gesichtspunkt des Organisationsmangels, in Betracht (vgl. BGH GRUR 1969, 51, 52 – *Glassteine*).

- 212** e) Zur Anwendbarkeit der §§ 278, 831 BGB. Durch § 13 Abs. 4 UWG wird die Anwendbarkeit der §§ 278, 831 BGB weitgehend entbehrlich. In Betracht kommen jedoch die Fälle, in denen entweder der Wettbewerbsverstöß nicht im Geltungsbereich des § 13 Abs. 4 UWG liegt oder aber der Wettbewerbsverstöß außerhalb eines geschäftlichen Betriebes begangen ist. Zu beachten ist, daß § 278 BGB nur innerhalb eines bestehenden vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnisses anwendbar ist und schuldhaft pflichtwidriges Handeln des Erfüllungsgehilfen voraussetzt. Bloß rechtswidriges Handeln, wie es an sich für den Abwehrensanspruch genügt, reicht insoweit nicht aus. Der Zugriff aus § 831 BGB auf den Geschäftsherrn wegen einer objektiv rechtswidrigen Verletzungshandlung seines Verrichtungsgehilfen ist nur möglich, wenn der Geschäftsherr sich nicht exkulpieren kann.

II. Die Haftung mehrerer Schuldner

1. Zur Haftung beim Unterlassungsanspruch

- 213** Sind mehrere an einem Wettbewerbsverstöß beteiligt, so können sie gleichzeitig oder nacheinander auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Art und Umfang ihres Tatbeitrages sind nur insoweit von Bedeutung, als sich danach der konkrete Inhalt des Klagebegehrens zu richten hat (vgl. BGH GRUR 1957, 352, 353 – *Pertussin II*; 1977, 114, 115 – *VUS*). Wer für die Störung durch einen Dritten persönlich einzustehen hat, wie etwa der Betriebsinhaber im Falle des Handelns von Angestellten und Beauftragten, haftet allerdings im gleichen Umfang wie der Dritte, schuldet also nicht bloß eine Einwirkung auf den Dritten (vgl. *Teplitzky* Kap. 14 Rdn. 19).
- 214** Zwischen mehreren Unterlassungsschuldnern besteht allerdings kein Gesamtschuldverhältnis iS der §§ 421 ff BGB: zum einen fehlt es beim gesetzlichen Unterlassungsanspruch bereits am Merkmal der „Leistung“; zum anderen, und dies gilt auch für den vertraglichen Unterlassungsanspruch, fehlt es am Erfordernis der wechselseitigen Tilgung.¹²⁶ Das gilt auch in den Fällen, in denen ein Beteiligter durch sein Unterlassen eine weitere Verletzung durch einen anderen Beteiligten ausschließt (z. B. Patentverletzer stellt Vertrieb ein und nimmt dadurch dem Händler die Möglichkeit zu weiteren Verstößen). Auch in den Fällen der Dritthaftung (z. B. juristische Personen in bezug auf gesetzlichen Vertreter) gilt nichts anderes (a. A. *Tilmann* GRUR 1986, 691, 695 ff). Daß beim Unterlassen eines Geschäftsführers einer GmbH diese „automatisch“ mitunterläßt, begründet (entgegen *Tilmann* aaO) noch keine wechselseitige Tilgung. Denn ist die GmbH neben dem Geschäftsführer zur Unterlassung eines bestimmten Wettbewerbsverstößes verurteilt worden, so genügt es nicht, daß nur der Geschäftsfüh-

¹²⁶ Vgl. OLG Koblenz WRP 1985, 45; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 303; *Reimer/Pastor* S. 166 f; *Teplitzky* Kap. 14 Rdn. 27.

rer unterläßt, sondern es müssen auch die übrigen Betriebsangehörigen unterlassen. Dies ist insbesondere bei einer vertraglichen Unterlassungsverpflichtung von Bedeutung, damit die GmbH ihrer Pflicht nachkommt.

Haben sich mehrere, z. B. in einer Unterwerfungserklärung, als Gesamtschuldner zur Unterlassung verpflichtet, begründet dies keine Gesamtschuld im Hinblick auf das Unterlassen (so richtig *Teplitzky* Kap. 14 Rdn. 29). Wohl aber kann sich im Wege der Auslegung ergeben, daß jeder Beteiligte auch auf das Unterlassen der übrigen hinzuwirken hat und/oder daß im Hinblick auf einen etwaigen Vertragsstrafen- oder Schadensersatzanspruch eine gesamtschuldnerische Haftung bestehen soll. **215**

2. Zur Haftung beim Beseitigungsanspruch

Beim Beseitigungsanspruch kann im Einzelfall durchaus eine gesamtschuldnerische Haftung in Betracht kommen. Nämlich dann, wenn jeder Haftende in der Lage ist, die gesamte Störung zu beseitigen. Im übrigen gilt das zum Unterlassungsanspruch Gesagte. **216**

III. Der Schuldnerwechsel

1. Schuldübernahme und Schuldbeitritt

Eine gesetzliche Unterlassungspflicht kann von einem Dritten nicht nach §§ 414, 415 BGB mit befreiender Wirkung für den Schuldner übernommen werden. Denn die Voraussetzungen der Unterlassungspflicht, Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr, sind an die Person des Schuldners gebunden. Eine Identitätswahrung der Schuld bei Übernahme durch einen Dritten ist daher nicht möglich (vgl. *Teplitzky* Kap. 15 Rdn. 7). – Wohl aber ist es möglich (ggf. Umdeutung, § 140 BGB), daß ein Dritter sich vertraglich zur entsprechenden Unterlassung verpflichtet und der Gläubiger auf den gesetzlichen Anspruch verzichtet (vgl. *Teplitzky* aaO). – Bei der gesetzlichen Beseitigungspflicht hängt dementsprechend die Zulässigkeit einer Schuldübernahme davon ab, ob die Beseitigung nur durch den Schuldner höchstpersönlich erfolgen kann, wie etwa der Widerruf, oder auch durch einen Dritten, wie etwa der Rückruf von Werbematerial durch den Unternehmensnachfolger. – Für den Schuldbeitritt gelten die gleichen Grundsätze wie zur Schuldübernahme. **217**

Eine vertragliche Unterlassungs- oder Beseitigungspflicht kann von einem Dritten im Wege der Schuldübernahme (z. B. bei Geschäftsübernahme) oder des Schuldbeitritts (z. B. bei Eintritt als Gesellschafter in das Unternehmen des Schuldners) übernommen werden, sofern die Verpflichtung keinen höchstpersönlichen Charakter besitzt. Andernfalls ist nur eine selbständige Begründung der Schuld, ggf. verbunden mit einem Verzicht, möglich. Ein Schuldbeitritt begründet allerdings, was die Unterlassungspflicht angeht, keine Gesamtschuld iS der §§ 421 ff BGB. Denn jeder der mehreren Schuldner muß selbst unterlassen, keiner „erfüllt“ durch sein Unterlassen die Schuld des anderen. In der Sache liegen daher mehrere selbständige Verpflichtungen vor (vgl. auch *Palandt/Heinrichs*, BGB, 50. Aufl., Überblick vor § 420 Rdn. 11). Denkbar ist allerdings, daß jeder (oder einzelne) der Unterlassungsschuldner die Einwirkung auf den anderen und/oder Haftung für Zuwiderhandlungen des anderen mitübernimmt (Auslegung!). Dies ist im Hinblick auf etwaige Beseitigungs-, Vertragsstrafen- oder Schadensersatzpflichten von Interesse (vgl. Rdn. 215). **218**

2. Gesamtrechtsnachfolge und Unternehmensnachfolge

- 219** Findet beim Schuldner des Abwehrenspruchs eine **Gesamtrechtsnachfolge** (Erbfall, Verschmelzung, nicht dagegen bloße Rechtsformumwandlung¹²⁷) statt, stellt sich die Frage, ob auch der Nachfolger in die Haftung eintritt. Hier ist zu unterscheiden. Ist die Pflicht nach ihrem Entstehungsgrund oder ihrem Inhalt höchstpersönlicher Natur, wie in der Regel beim Unterlassungsanspruch und beim Widerrufsanspruch der Fall, so erlischt sie mit Wegfall des Schuldners. Der Nachfolger haftet nur in den Fällen der Zustandsstörung bzw. in den Fällen, in denen er wie sein Vorgänger für das Verhalten Dritter (vgl. § 13 Abs. 4 UWG) verantwortlich ist.
- 220** Findet eine **rechtsgeschäftliche Unternehmensnachfolge** statt, haftet der frühere Inhaber grundsätzlich weiter auf Unterlassung, sofern nicht ausnahmsweise die Wiederholungsgefahr entfällt, und auf Beseitigung, sofern sie ihm rechtlich und tatsächlich noch möglich ist. Der neue Inhaber haftet dagegen nur, soweit er selbst den Tatbestand des Unterlassungsanspruchs und des Beseitigungsanspruchs erfüllt, also entweder Handlungsstörer oder Zustandsstörer oder Verantwortlicher für das Verhalten Dritter (§ 13 Abs. 4 UWG) wird. Wird also in einem Unternehmen unter Verletzung fremder Schutzrechte produziert und erfolgt ein Inhaberwechsel, so haftet der Nachfolger auf Unterlassung nur, soweit er selbst eine (drohende) Verletzung begeht, also die Produktion fortsetzt, auf Beseitigung (z. B. Vernichtung der produzierten Waren) nur, soweit er Zustandsstörer ist (vgl. RGZ 153, 210 und – krit. – *Brehm* JZ 1972, 225, 229).

IV. Der Gläubiger

- 221** Gläubiger des wettbewerbsrechtlichen Abwehrenspruchs ist in erster Linie der Verletzte. Bei bestimmten Wettbewerbsverstößen (§§ 1–12 UWG) können darüber hinaus auch Mitbewerber und bestimmte Verbände den Anspruch geltend machen (§ 13 Abs. 2 und 3 UWG). Gläubiger eines vertraglichen Unterlassungsanspruchs kann aufgrund der Vertragsfreiheit jedermann sein.

1. Der Verletzte als Gläubiger

- 222** a) **Allgemeines.** Soweit Abwehrensprüche wegen der Verletzung bestimmter subjektiver Rechte oder Rechtspositionen gewährt werden, stehen sie dem verletzten Rechtsinhaber zu. In bestimmten Normen, wie etwa § 24 Abs. 1 WZG, § 15 Abs. 3 GebrMG, § 14 Abs. 1 S. 2 UWG, wird ausdrücklich der Verletzte als Gläubiger des Abwehrenspruchs genannt.

Schwierigkeiten bereiten demgegenüber die in den §§ 1 bis 13 Abs. 1 UWG aufgeführten Unterlassungsansprüche. Denn aus diesen Normen geht nur hervor, wer zur Unterlassung verpflichtet ist, nicht aber, wer den Anspruch geltend machen kann. Ein Teil der Lehre (*Borck* WRP 1966, 1, 2/3; *Hadding* JZ 1970, 305, 311) will aus dogmatischen, gesetzessystematischen und geschichtlichen Erwägungen heraus den Kreis der Unterlassungsberechtigten auf die in § 13 Abs. 2 und 3 aufgeführten Mitbewerber, Verbände und Kammern beschränkt wissen und nicht zusätzlich noch dem Verletzten den Anspruch gewähren. Die hM¹²⁸ lehnt diese Beschränkung ab. Ihr

¹²⁷ In den Fällen bloßer Rechtsformumwandlung (z. B. GmbH in AG) findet kein Wechsel des Rechtssubjekts statt; es ist daher z. B. keine Titelum-schreibung erforderlich, vgl. *Heinze* S. 215 ff.

¹²⁸ Vgl. BGH GRUR 1960, 144, 146 – *Bambi*; 1966,

445, 446 – *Glutamal*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 300; v. *Gamm* UWG § 1 Rdn. 280; *Teplitzky* Kap. 13 Rdn. 2; *Nirk/Kurtze* Rdn. 46, 49; *Sack* WRP 1982, 615, 620 und 623.

ist beizupflichten. Es mag zwar in der Tat so sein, daß der Gesetzgeber wegen der Schwierigkeit, in den Fällen der §§ 1 ff UWG das verletzte Recht oder Rechtsgut zu erfassen, auf eine nähere Bestimmung des Gläubigers verzichtete (vgl. *Hadding* aaO S. 310 Fn. 40). Die Notwendigkeit, den Verletzten zu ermitteln, ergibt sich aber jedenfalls bei dem gleichzeitig, wenn auch nur unter der Voraussetzung des Verschuldens, gegebenen Schadensersatzanspruch; ferner dann, wenn die Rechtswidrigkeit des Handelns durch Umstände in der Person des Verletzten (z. B. Einwilligung oder Abwehrprovokation) ausgeschlossen ist. Man kann sich der Fragestellung daher nicht entziehen (vgl. auch § 13 Rdn. 13 ff).

b) **Der Begriff des Verletzten.** Eine andere Frage ist, wie der Verletzte in den Fällen der §§ 1 bis 12 UWG zu bestimmen ist. Vielfach wird gesagt, es sei der vom Wettbewerbsverstoß „unmittelbar Betroffene“ (vgl. z. B. *Teplitzky* Kap. 13 Rdn. 3). Dies bedarf allerdings der Präzisierung. Richtigerweise ist am Schutzzweck der Norm anzuknüpfen: es kommt darauf an, wen das Gesetz vor einem bestimmten Wettbewerbsverstoß schützen will. 223

aa) **Endverbraucher als Anspruchsberechtigte?** Die erste Frage dabei ist, ob nur Gewerbetreibende oder auch **Endverbraucher** geschützt sind. Sie wird zwar vornehmlich zum Schadensersatz diskutiert (vgl. § 13 a Rdn. 87), ist aber auch zum Abwehranspruch zu erörtern. Für eine Einbeziehung der Endverbraucher¹²⁹ könnten zwei Gründe sprechen. Zum einen, daß nach heutigem Verständnis das Wettbewerbsrecht auch den Schutz der Interessen der Allgemeinheit, insbesondere der Endverbraucher bezweckt; zum anderen, daß in § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG Verbraucherverbände als Unterlassungsberechtigte genannt sind. Indessen ist dem Gedanken des Verbraucherschutzes in erster Linie durch die Auslegung und Konkretisierung der wettbewerbsrechtlichen Verhaltensnormen Rechnung zu tragen; nicht notwendig bedarf es dazu auch einer Anspruchsberechtigung des einzelnen Endverbrauchers. Soweit eine tiefgreifende Beeinträchtigung des Endverbrauchers, etwa durch belästigende Werbung, erfolgt, können ihm bürgerlich-rechtliche Abwehransprüche, insbesondere aus dem Gesichtspunkt der Eigentums- bzw. Besitzstörung oder der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, zustehen (vgl. OLG Frankfurt NJW 1988, 1854). Über die Grenzen des Bürgerlichen Rechts hinaus Endverbrauchern den wettbewerbsrechtlichen Abwehranspruch zuzugestehen, erscheint deshalb fragwürdig, weil sich kaum feststellen läßt, ob und inwieweit der einzelne Verbraucher durch unlautere Wettbewerbsmaßnahmen in seiner Freiheit der Kaufentscheidung fühlbar beeinträchtigt wird. Auch ist zu bedenken, daß derjenige, der sich gegen unlautere Wettbewerbsmaßnahmen mit einem Abwehranspruch zur Wehr setzen möchte, kaum von der Werbemaßnahme beeinflusst wird. Weiter ist eine Inflationierung der Anspruchsberechtigung zu befürchten. Letztlich würde damit auch die Gefahr querulatorischer Klagen gefördert. Der Endverbraucher mag sich, wenn er einen Wettbewerbsverstoß zu seinen Lasten annimmt, an einen Verbraucherverband iS des § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG wenden, der dann seinerseits gegen den Gewerbetreibenden vorgehen kann. Die Entstehungsgeschichte des § 13 a (Rücktrittsrecht des Verbrauchers) indiziert ebenfalls, daß der Gesetzgeber dem Endverbraucher keine weitergehenden Rechte eingeräumt wissen will. Im Ergebnis ist daher ein wettbewerbsrechtlicher Abwehranspruch des Endverbrauchers abzulehnen.¹³⁰ 224

¹²⁹ Dafür z. B. *Fricke* GRUR 1976, 680, 683; wohl auch *Lindacher* BB 1975, 1311, 1312; vgl. auch Art. 10 Abs. 1 Schw UWG.

¹³⁰ Ebenso *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 300; *Rittner*, Einführung in das Wettbewerbs- und Kartellrecht, 2. Aufl., S. 101.

- 225** bb) **Gewerbetreibende als Anspruchsberechtigte.** Nicht jeder Gewerbetreibende, der derselben Branche angehört, also Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher Art vertreibt (vgl. § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG) oder nachfragt, ist schon deshalb als Verletzter anzusehen. Umgekehrt muß der Verletzte nicht notwendig derselben Branche angehören wie der Verletzer.¹³¹ Anspruchsberechtigt ist ein Gewerbetreibender auch nicht schon aus dem Grund, daß ihm als Folge des Wettbewerbsverstößes irgendein Schaden erwächst oder droht. Andernfalls käme man zu einer unüberschaubaren Zahl möglicher Anspruchsberechtigter. Man denke an den Fall, daß ein Unternehmer infolge wettbewerbswidrigen Handelns eines Mitbewerbers in finanzielle Bedrängnis zu geraten droht und damit auch die Gefahr von Ausfällen für seine Gläubiger besteht. Es würde zu weit führen, auch die Gläubiger als Verletzte anzusehen und ihnen den Abwehrensanspruch zuzubilligen. Die Bestimmung des Verletzten kann daher nicht **allein anhand der Kausalität** erfolgen. Vielmehr bedarf es, entsprechend dem Gedanken der Haftungsbegrenzung aus dem Schutzzweck der Norm, einer Eingrenzung. An die (drohende) Beeinträchtigung bestimmter Rechte oder Rechtsgüter anzuknüpfen¹³², ist in den Fällen der §§ 1 bis 12 UWG freilich wenig hilfreich. Denn letztlich geht es, wenn man nicht ganz allgemein das Vermögen (einschließlich des künftigen Vermögenserwerbs) als geschütztes Rechtsgut ansehen will, immer um das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und damit zusammenhängende Rechte, wie etwa Warenzeichen oder Firma. Man benötigt daher zusätzliche Eingrenzungsmerkmale.
- 226** Die ganz hM knüpft dabei an das sog. **Wettbewerbsverhältnis** an: zwischen Verletzer und Verletztem müsse ein konkretes Wettbewerbsverhältnis bestehen.¹³³ Allerdings geht man hierbei sehr weit und fordert weder Zugehörigkeit zur gleichen Branche noch zur gleichen Wirtschaftsstufe, läßt es vielmehr genügen, daß eine gegenseitige Behinderung im Absatz eintritt bzw. daß sich der Verletzer durch seine Handlung im konkreten Fall in irgendeiner Weise in Wettbewerb zum Betroffenen stellt. Von anderen wird dagegen das Erfordernis des Wettbewerbsverhältnisses verworfen.¹³⁴ In der Tat kann – soll der Begriff des Wettbewerbsverhältnisses nicht überdehnt und damit inhaltsleer werden – von einer Wettbewerbsbeziehung zwischen zwei oder mehreren Unternehmen dann nicht mehr die Rede sein, wenn sie sich nicht an denselben Kreis von Marktpartnern (Kunden, Lieferanten, Kreditgeber usw.) wenden, also kein Abwandern oder Fernbleiben von Marktpartnern zum wettbewerbswidrig handelnden Mitbewerber zu befürchten ist. So beispielsweise in den Fällen der Verwässerung einer berühmten Marke durch einen völlig Branchenfremden. Oder aber in den Fällen des Aufrufs eines Fachhändlers an seine „Kollegen“, einen bestimmten Lieferanten vorübergehend zu boykottieren, um von ihm bessere Konditionen zu erzielen. Die Notwendigkeit aber, auch hier einen Schutz zu gewähren, legt es nahe, nach anderen Kriterien Ausschau zu halten. Zweckmäßigerweise wird man zwei Fallgruppen unterscheiden müssen:

¹³¹ Vgl. BGH GRUR 1966, 445, 446 – *Glutamal; Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 223; *Teplitzky* Kap. 13 Rdn. 3.

¹³² Vgl. *Teplitzky* Kap. 13 Rdn. 2: „Verletzter ist derjenige, in dessen Rechte die Verletzungshandlung eingreift oder eingegriffen hat.“

¹³³ Vgl. BGHZ 18, 175, 182 – *Werbeidee*; BGH GRUR 1957, 342, 347 – *Uderberg*; 1964, 389, 391 – *Fußbekleidung*; 1967, 138, 141 – *Streckenwerbung*; 1972, 553 – *Statt Blumen ONKO-Kaffee*; 1982, 431, 433 – *Point*; 1983, 582, 583 – *Tonband-*

gerät; BGHZ 86, 90, 96 – *Rolls Royce*; 93, 96, 97 – *DIMPLE*; v. Gamm WM 1984, 2, 5; *Hirtz* GRUR 1988, 173, 177; *Schricker* GRUR 1974, 579, 581 und 1975, 349, 352; *Teplitzky* Kap. 13 Rdn. 4; wN bei *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 218, 228.

¹³⁴ Vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 245; *Hefermehl*, FS Fischer, 1979, 197, 213; *Knöpfe* Ufita 93 (1982), 25; *Lindacher* BB 1975, 1311, 1313 ff; *Sack* WRP 1982, 615, 625; *ders.*, FS von Gamm (1990) S. 161.

(1) **Marktbezogene Wettbewerbsverstöße.** Darunter sind solche Verstöße zu verstehen, die sich nicht gezielt gegen bestimmte Unternehmen oder Branchen richten, sondern lediglich den eigenen Wettbewerb fördern sollen.¹³⁵ So z. B. bei Verstößen gegen die PreisangabenVO oder das LadenschlG, soweit sie den Tatbestand des § 1 UWG erfüllen. Insoweit sind alle aktuellen (und ggf. auch potentiellen) **Mitbewerber auf demselben relevanten Markt als Verletzte** anzusehen. Die Abgrenzung des relevanten Marktes hat dabei, wie im Kartellrecht, unter sachlichen, räumlichen und zeitlichen Aspekten zu erfolgen. Bei Anbietermärkten kommt es auf die Austauschbarkeit der Ware oder gewerblichen Leistung aus der Sicht verständiger Nachfrager an; bei Nachfragermärkten auf die Möglichkeit der Angebotsumstellung. **227**

(2) **Unternehmens- und branchenbezogene Wettbewerbsverstöße.** Darunter sind solche Verstöße zu verstehen, die sich ihrem Inhalt oder ihrer Zielrichtung nach gegen bestimmte Unternehmen oder Branchen richten (z. B. „Statt Blumen ONKO-Kaffee“ richtet sich gegen Blumenfachhändler), sich auf sie „beziehen“. Soweit die betreffenden Unternehmen oder Branchenangehörigen in ihrer wettbewerblichen Entfaltung und damit in ihren Marktchancen beeinträchtigt werden (können), sind sie als Verletzte (Bedrohte) anzusehen. Nicht erforderlich ist, daß ein Überwechseln von Marktpartnern erfolgt oder zu befürchten ist. Bei der Ausbeutung des Rufes eines fremden Produkts, wie etwa im Tchibo/Rolux-Fall (BGH GRUR 1985, 876 – *Tchibo/Rolux*), kommt es also nicht darauf an, ob der Ausbeuter potentielle Kunden des Produktherstellers zu sich herüberziehen kann. Es genügt, daß die Förderung des eigenen Wettbewerbs nach Inhalt oder Zweck der Maßnahme unmittelbar die Beeinträchtigung der fremden Wettbewerbsfähigkeit zur Folge hat oder haben kann. **228**

c) **Fehlen eines Verletzten.** Ein Wettbewerbsverstoß (und damit eine Anspruchsberechtigung nach § 13 Abs. 2 und 3 UWG) ist nicht schon deshalb zu verneinen, weil im konkreten Fall kein Gewerbetreibender verletzt ist. Beispiel: irreführende Werbung eines Unternehmers, der auf dem relevanten Markt keinen Wettbewerber hat und somit Monopolist ist. An der Unterbindung solcher Wettbewerbsverstöße besteht aus Gründen des Verbraucherschutzes und wegen der Gefahr einer Verwilderung der Wettbewerbssitten ein Allgemeininteresse (ebenso *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 229). **229**

2. Branchenangehörige als Gläubiger (§ 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG)

Vgl. hierzu § 13 Rdn. 27 ff

230

3. Verbände und Kammern als Gläubiger (§ 13 Abs. 2 Nrn. 2, 3, 4 UWG)

Vgl. hierzu § 13 Rdn. 48 ff

231

V. Mehrheit von Gläubigern

Steht das verletzte Recht mehreren gemeinsam zu, beurteilt sich nach der Art der jeweiligen Rechtsgemeinschaft, ob der Abwehrensanspruch von jedem allein oder nur von allen gemeinschaftlich geltend gemacht werden kann. Im Falle der Bruchteilsgemeinschaft (§ 741 BGB) gilt § 1011 BGB entsprechend, d. h. jeder Teilhaber kann den **232**

¹³⁵ Es geht also nicht um das Problem der marktbezogenen Unlauterkeit.

Abwehranspruch geltend machen. Im Falle der Gesamthandsgemeinschaft steht der Anspruch der Gesamthand zu (Ausnahme: § 2039 BGB für die Erbengemeinschaft).

- 233** Der Anspruch des oder der Verletzten steht selbständig neben Ansprüchen der Branchenangehörigen (§ 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG) und der Verbände und Kammern (§ 13 Abs. 2 Nrn. 2, 3, 4 UWG). Das Risiko einer mehrfachen Inanspruchnahme des Verletzers (dazu BGH GRUR 1960, 379 – *Zentrale* – m. Anm. *Harmsen*) wird dadurch gemindert, daß z. B. durch Abgabe einer gesicherten Unterlassungsverpflichtungserklärung die Wiederholungsgefahr entfallen kann und damit alle gegebenen Unterlassungsansprüche hinfällig werden (vgl. Rdn. 34 ff; grundsätzlich a. A. *Hadding* JZ 1970, 305: Mitbewerber und Verbände haben lediglich Prozeßführungsbefugnis; Rechtsschutzbedürfnis entfällt, wenn andere Berechtigte ihre Klagebefugnis schon ausgeübt haben).

VI. Der Gläubigerwechsel

1. Die Abtretung

- 234** a) **Gesetzlicher Abwehranspruch.** Nach einer Meinung¹³⁶ kann der gesetzliche Abwehranspruch nicht für sich allein abgetreten, sondern nur zusammen mit dem geschützten Recht oder Rechtsgut übertragen werden. Voraussetzung sei insoweit die Übertragbarkeit der geschützten Rechtsposition, wie sie etwa beim Eigentum, beim Patentrecht und beim eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, nicht aber bei höchstpersönlichen Rechten, wie etwa dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht, gegeben sei. Zur Begründung für die Unzulässigkeit einer isolierten Abtretung des Abwehranspruchs wird auf § 399 1. Alt. BGB verwiesen. Die Schutzgewährung durch den Abwehranspruch sei an den Inhaber der Rechtsposition gebunden. Spalte man Rechtsposition und Abwehranspruch auf, wäre der Rechtsinhaber schutzlos. Dies aber widerspräche dem Zweck des Anspruchs (vgl. BAG NJW 1985, 85, 87). – Nach einer zweiten Meinung (vgl. Picker JuS 1974, 357, 359) kann der Abwehranspruch überhaupt nicht, also auch nicht zusammen mit dem geschützten Recht, übertragen werden, entsteht vielmehr *originär* in der Person des jeweiligen Rechtsinhabers. – Nach einer dritten Auffassung¹³⁷ ist der Abwehranspruch mit dem geschützten Recht untrennbar verbunden. Daraus ergebe sich, daß er mit der Übertragung des geschützten Rechts ohne weiteres, also ohne Abtretung, auf den neuen Rechtsinhaber übergehe (Anspruchsidentität). Es beginne daher auch keine neue Verjährungsfrist zu laufen. Eine schuldrechtliche Gestattung der Störung wirke grundsätzlich nicht gegen den Rechtsnachfolger, sofern dieser die Duldungspflicht nicht übernommen habe. Dieser Auffassung ist zu folgen. Allerdings ist jeweils zu prüfen, ob dann noch die Anspruchsvoraussetzungen vorliegen, etwa die Wiederholungsgefahr. Letztere kann beispielsweise entfallen, wenn die Verletzung ersichtlich nur gegen den früheren Inhaber des veräußerten Gewerbebetriebs eingerichtet war (vgl. den Fall OLG Koblenz GRUR 1988, 43 – *Weingut*).
- 235** Steht der Abwehranspruch kraft gesetzlicher Regelung (§ 13 Abs. 2 UWG) auch solchen Personen oder Verbänden zu, die **nicht unmittelbar Verletzte** sind, stellt sich

¹³⁶ Vgl. RGZ 148, 146, 147; BGH GRUR 1983, 379, 381 – *Geldmafiosi* – Anm. *Jacobs*; BAG NJW 1985, 85, 87; OLG Koblenz GRUR 1988, 43, 46 – *Weingut*; *Teplitzky* Kap. 15 Rdn. 2, 3; *Münch-Komm/Roth*, 2. Aufl., § 399 Rdn. 18. – Vgl. auch

OLG Köln WRP 1987, 55: Unterlassungsanspruch sei unabtretbar, da höchstpersönlicher Anspruch des verletzten Wettbewerbers.

¹³⁷ Vgl. BGHZ 60, 235, 240; *Larenz SchuldR* I, § 34 II 3; *Staud/Gursky*, 12. Aufl., § 1004 Rdn. 65.

insoweit die Aufspaltungsproblematik nicht. Die Abtretbarkeit ist jedoch auch hier zu verneinen, weil sie dem Gesetzeszweck widerspräche, nämlich die Geltendmachung des Anspruchs auf bestimmte Personengruppen und Verbände zu beschränken.

b) **Vertraglicher Abwehranspruch.** Ein vertraglicher Abwehranspruch, insbesondere ein vertraglicher Unterlassungsanspruch, kann selbständig abgetreten werden. Bei einem vertraglichen Beseitigungsanspruch darf dies freilich nicht zu einer Änderung des Inhalts der Leistung führen, weil sonst § 399 1. Alt. BGB eingriffe. **236**

2. Die Einziehungsermächtigung

Sie besteht in der Ermächtigung eines Dritten durch den Gläubiger, dessen Forderung im eigenen Namen geltend zu machen. Sie ist gewohnheitsrechtlich anerkannt, so daß die – umstrittene – Rechtfertigung aus § 185 Abs. 1 BGB entbehrlich ist (vgl. *Jauernig/Stürner*, 5. Aufl., § 398 BGB Anm. 8). Beim gesetzlichen Abwehranspruch ist sie nur zulässig, soweit das zugrundeliegende geschützte Recht übertragbar ist, also nicht bei höchstpersönlichen Rechten (vgl. BGH GRUR 1983, 379, 381 – *Geldmafiosi*). Nur der verletzte Rechtsinhaber kann sie erteilen, nicht dagegen sonstige Anspruchsberechtigte nach § 13 Abs. 2 UWG, da andernfalls das insoweit bestehende Abtretungsverbot unterlaufen würde. – Zur gerichtlichen Geltendmachung des fremden Anspruchs im eigenen Namen (gewillkürte Prozeßstandschaft) verlangt die Rspr.¹³⁸ ein **eigenes rechtsschutzwürdiges Interesse** des Ermächtigten, während in der Literatur¹³⁹ diese Einschränkung vielfach abgelehnt wird. Ein solches rechtsschutzwürdiges Interesse bejaht die Rspr.¹⁴⁰ bei Verbänden, deren satzungsmäßiger Zweck der Schutz der geschäftlichen Interessen ihrer Mitglieder ist. Sie könnten Abwehransprüche einzelner Mitglieder dann im eigenen Namen geltend machen, wenn die Verletzung über deren Belange hinaus die geschäftlichen Interessen aller Mitglieder berühre. Faktisch bedeutet dies, daß die Zulässigkeit der Verbandsklage bei Wettbewerbsverstößen auch auf bürgerlich-rechtliche Abwehransprüche erstreckt wird (*Jacobs GRUR 1983, 382*). Ein eigenes rechtsschutzwürdiges Interesse liegt weiter vor bei Lizenznehmern des verletzten Rechts (vgl. BGH GRUR 1961, 628, 629 – *Umberto Rosso*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 301). Auch ein wirtschaftliches Interesse kann genügen, wie es etwa beim Vertragshändler eines ausländischen Herstellers vorliegen kann, wenn die Rufschädigung der Herstellerware auch auf ihn durchschlägt (vgl. BGH GRUR 1978, 364, 366 – *Golfrasenmäher*).

Treuhandunternehmen, die von Herstellerunternehmen mit der Wahrung von Preis- oder Vertriebsbindungen betraut sind, können gesetzliche Ansprüche nicht im Wege der gewillkürten Prozeßstandschaft geltend machen, da es insoweit an einem eigenen Interesse an der Durchsetzung des Anspruchs fehlt¹⁴¹. **238**

3. Pfändung und Verpfändung

Der gesetzliche Abwehranspruch kann für sich allein weder gepfändet noch verpfändet werden, da er für sich allein auch nicht abgetreten werden kann. Ist das zugrundelie-

¹³⁸ Vgl. BGH GRUR 1956, 279, 280 – *Olivin*; 1960, 240 – *Süßbier*; 1961, 635, 636 f – *Stahlrohrstuhl*; 1981, 658, 660 – *Preisvergleich*; 1983, 379, 381/82 – *Geldmafiosi*; OLG Köln WRP 1987, 55.

¹³⁹ Vgl. *Larenz*, Schuldrecht I, § 34 V c; *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I, § 37 I 5 c; *Rüssmann AcP* 172 (1972) 520; *Henckel FS Larenz*, 1973, 643; *Stathopoulos*, Die Einziehungsermächtigung, 1968, S. 125 ff.

¹⁴⁰ Vgl. BGH GRUR 1983, 379, 381 – *Geldmafiosi* – mwN. – Die Ermächtigung darf allerdings nicht gegen das RBERG verstoßen, da sie andernfalls nach § 134 BGB nichtig ist (vgl. OLG Köln WRP 1985, 659; 1987, 55).

¹⁴¹ Vgl. OLG Hamburg NJW 1963, 2128; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 301; *v. Gamm NJW* 1962, 273, 274.

gende geschützte Recht pfändbar und verpfändbar, wie etwa ein Patentrecht, nicht aber das Recht am Unternehmen (vgl. *Teplitzky* Kap. 15 Rdn. 5), soll eine gleichzeitige Pfändung und Verpfändung des Abwehranspruchs möglich sein. Richtigerweise ergeben sich aber die Abwehrbefugnisse des Pfandgläubigers am geschützten Recht bereits aus § 1227 BGB (ggf. analog) iV mit § 1004 BGB bzw. anderen Abwehrbefugnissen.

- 240** Die Pfändung und Verpfändung des vertraglichen Abwehranspruchs ist zwar nicht begrifflich ausgeschlossen, aber in der Regel ohne Wert für den Pfandgläubiger. Sinnvoll ist allein die Pfändung bzw. Verpfändung der aus einem Verstoß gegen die Vertragspflicht resultierenden Schadensersatz- und Vertragsstrafansprüche.

4. Gesamtrechtsnachfolge und Unternehmensnachfolge

- 241** Findet beim Gläubiger des Abwehranspruchs eine Gesamtrechtsnachfolge (Erbfall, Verschmelzung) statt, rückt mit dem Wegfall des alten Gläubigers der Nachfolger in die Gläubigerstellung ein. Voraussetzung ist jedoch, daß in seiner Person (noch) die Voraussetzung eines wettbewerblichen Abwehranspruchs vorliegt. War also der Gläubiger ein verletzter Gewerbetreibender, geht der Unterlassungsanspruch auf seinen Nachfolger nur über, wenn dieser seinerseits den Gewerbebetrieb fortführt. Die Pflicht erlischt, soweit die Verletzung nur gegen den alten Gläubiger persönlich gerichtet war, weil insoweit keine Wiederholungsgefahr anzunehmen ist (vgl. OLG Koblenz GRUR 1988, 43, 46 – *Weingut*).
- 242** Im Falle einer rechtsgeschäftlichen Unternehmensnachfolge gelten die gleichen Grundsätze. Ob man eine Abtretung des Abwehranspruchs für erforderlich hält oder nicht (vgl. Rdn. 234), ist nur von dogmatischem Interesse, zumal man bei der Unternehmensübertragung ohne weiteres eine stillschweigende Mitübertragung des Abwehranspruchs bejahen kann.

Vierter Abschnitt. Der Schadensersatzanspruch

I. Allgemeines

Literatur

Borck, Zum Anspruch auf Schadensersatz aus unlauterem Wettbewerb, WRP 1986, 1; *Canaris*, Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, FS Larenz, 1983, 27, 68; *v. Falckenstein*, Verbraucherverbandsklage, Schädigungen der Konsumenten und UWG-Novelle, WRP 1978, 502, 507; *Fezer*, Teilhabe und Verantwortung, 1986. *Friedrich*, Die rechtliche Struktur des Wettbewerbsverhältnisses im Sinne des UWG, WRP 1976, 439, 442; *Loewenheim*, Möglichkeiten der dreifachen Berechnung des Schadens im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, ZHR 135 (1971) 97, 122; *Motsch*, Schadensersatz als Erziehungsmittel, JZ 1984, 211; *Pietzner*, Auskunft, Rechnungslegung und Schadensersatz bei wettbewerbswidrigen Eingriffen in fremde Firmenrechte, GRUR 1972, 151, 154; *Quiring*, Zur Haftung wegen unbegründeter Verwarnungen, WRP 1983, 317, 323; *Teplitzky*, Die Durchsetzung des Schadensersatzzahlungsanspruchs im Wettbewerbsrecht, GRUR 1987, 215, 216; *Ulmer*, Die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft – gesicherter Bestand des Gesellschaftsrechts oder methodischer Irrweg?, FS Flume II, 1978, 301, 309; *Zeuner*, Zur Rechtskraftwirkung des Unterlassungsurteils für den nachfolgenden Schadensersatzprozeß, JuS 1966, 147.

1. Rechtliche Funktion und wirtschaftliche Bedeutung

- 243** Die Besinnung auf Zwecke und Aufgaben des wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruchs ermöglicht die Klärung von Streit- und Zweifelsfragen. Es lassen sich drei rechtliche Funktionen unterscheiden:

(1) Im Hinblick auf den Verletzten die **Ausgleichsfunktion**: er soll für den erlittenen Schaden nach Maßgabe der §§ 249 ff BGB vollen Ausgleich bekommen;

(2) im Hinblick auf den Verletzer die **Präventions- und Sanktionsfunktion**: dem Verletzer soll für Wettbewerbsverstöße eine Sanktion auferlegt werden, gleichzeitig soll er dadurch von solchen Verstößen abgeschreckt werden;

(3) im Hinblick auf das Allgemeininteresse am Wettbewerb die **Wettbewerbssicherungsfunktion**: Verhaltenssteuerung und Schadensausgleich tragen zum Schutz des Wettbewerbs und zur Wiederherstellung der Chancengleichheit bei.

Schwieriger ist das **Verhältnis dieser Funktionen zueinander** zu bestimmen. Teilweise 244 sieht man sie unabhängig voneinander. So soll die Präventions- und Sanktionsfunktion (allg. dazu *Motsch* JZ 1984, 211) die über die Ausgleichsfunktion hinausgehende dreifache Schadensberechnung bei bestimmten Verletzungen rechtfertigen (vgl. *Loewenheim* ZHR 135 (1971) 97, 122; *Pietzner* GRUR 1972, 151, 154). Teilweise erblickt man in der Präventions- und Sanktionsfunktion nur ein willkommenes Nebenprodukt der Ausgleichsfunktion (vgl. *Larenz* SchuldR I § 27 I). Richtigerweise ist davon auszugehen, daß nicht nur dem Schadensersatzanspruch, sondern auch den anderen wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen und insbesondere dem Vertragsstrafeversprechen bei der Unterlassungsverpflichtung eine Präventions- und Sanktionsfunktion zukommt. Es verhält sich daher so, daß diese Funktion beim Schadensersatzanspruch durch die Anordnung des Schadensausgleichs verwirklicht werden soll. Ausgangspunkt ist also: **Prävention und Sanktion durch Schadensausgleich**. Dies schließt nicht aus, daß um der Prävention und Sanktion (und der Wettbewerbssicherung) willen Schadensersatz auch insoweit zuerkannt werden darf, als ein exakter Schadensausgleich aufgrund tatsächlicher Schwierigkeiten nicht möglich oder nicht durchführbar ist. Doch darf man die Anbindung an die Ausgleichsfunktion nicht ohne zwingenden Grund aufgeben, will man nicht das Feld des Schadensersatzrechts verlassen.

Die **wirtschaftliche Bedeutung** des Schadensersatzanspruchs ist im Vergleich zum 245 Abwehranspruch gering. Das hat vier Gründe: der Kreis der Unterlassungsberechtigten ist größer als der der Schadensersatzberechtigten (vgl. § 13 Abs. 2 UWG); der Schadensersatzanspruch setzt grundsätzlich Verschulden voraus; der Schaden des Verletzten läßt sich häufig nur schwer beweisen und beziffern; der Schaden ist häufig auf eine Vielzahl von Mitbewerbern verteilt und dementsprechend nicht so hoch, daß seine Geltendmachung lohnt. Bezifferte Schadensersatzansprüche werden daher nur selten geltend gemacht (vgl. v. *Falckenstein* WRP 1978, 502, 507). Dagegen werden häufig Unterlassungsklagen verbunden mit Schadensersatzfeststellungsklagen. Dadurch kann auf den Beklagten Druck ausgeübt werden, den Rechtsstreit durch Vergleich zu beenden, etwa durch Anerkennung des Unterlassungsanspruchs unter Übernahme der Kosten gegen Verzicht auf den Schadensersatzanspruch (vgl. *Borck* WRP 1986, 1, 3). Für die Feststellung einer Schadensersatzpflicht genügt nach der Rspr. die bloße Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts, einer hohen Wahrscheinlichkeit bedarf es nicht.¹⁴² – Ein wirtschaftliches Äquivalent für den Schadensersatzanspruch stellt die Vertragsstrafe dar, wie sie regelmäßig in einer Unterlassungsverpflichtungserklärung versprochen wird. Ein Schadensnachweis ist dabei nicht erforderlich (vgl. auch §§ 340 Abs. 2, 341 Abs. 2 BGB).

¹⁴² Vgl. BGH GRUR 1954, 457 – *Irus/Urus*; 1961, 241, 243 – *Socsil*; 1974, 735, 736 – *Pharmamedan*; 1984, 741, 742 – *PATENTED*.

- 246** Bestrebungen, die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen, insbesondere durch großzügigere Handhabung von § 287 ZPO, zu erleichtern (vgl. *Teplitzky* Kap. 28 Rdn. 2 und GRUR 1987, 215), sind auch im Hinblick auf die Präventions- und Sanktionsfunktion zu begrüßen. Denn der Unterlassungsanspruch wirkt nur für die Zukunft, und mancher Verletzer mag darauf spekulieren, bis zur Unterbindung der Verletzung die Früchte seines Handelns ernten zu können.

2. Rechtsgrundlagen

- 247** a) **Gesetzliche Schadensersatzansprüche.** Im UWG gewähren unmittelbar einen Schadensersatzanspruch die §§ 1, 14, 16 Abs. 2 und 19 UWG. Sonstige Verhaltensnormen des UWG (§§ 3, 6 bis 6 e, 7, 8, 12 UWG) stellen zwar Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar,¹⁴³ jedoch ist der Schadensersatzanspruch speziell in § 13 Abs. 6 UWG geregelt, so daß insoweit ein Rückgriff auf § 823 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist (vgl. BGH GRUR 1975, 150, 151 – *Prüfzeichen*; *Canaris* FS Larenz, 1983, 27, 68; aber auch *Borck* WRP 1986, 1, 2). Dies gilt jedenfalls für Ersatzansprüche von Mitbewerbern, wohl aber auch für Endverbraucher.¹⁴⁴ Aus dem sonstigen Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes kommen hinzu: § 2 Abs. 2 ZugabeVO; §§ 1, 12 RabG i. V. mit § 823 Abs. 2 BGB (BGH WRP 1963, 306, 307 – *Blaupunkt*); §§ 24 Abs. 2, 25 Abs. 2 WZG; § 139 Abs. 2 S. 1 PatG (eingeschränkt durch § 139 Abs. 2 S. 2 PatG) sowie § 33 Abs. 1 PatG (Entschädigungsanspruch¹⁴⁵).
- 248** Wettbewerbliche Verletzungshandlungen können auch die Tatbestände **bürgerlich-rechtlicher Schadensersatznormen** erfüllen, nämlich § 823 Abs. 1 (Eigentum und sonstige Rechte, wie das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Namens- und Firmenrecht), § 824 und § 826 BGB. Das Konkurrenzproblem stellt sich vor allem im Hinblick auf die unterschiedlichen Verjährungsregelungen (vgl. § 21 UWG einerseits, § 852 BGB andererseits). Nach der Rspr. schließen die wettbewerbsrechtlichen Regelungen Schadensersatzansprüche aus dem bürgerlichen Recht nicht schlechthin wegen Spezialität aus, wenn ein Handeln zu Wettbewerbszwecken vorliegt (BGH GRUR 1984, 820, 822 – *Intermarkt II*). Vielmehr ist zu prüfen, ob die jeweilige Teilfrage im Wettbewerbsrecht eine abschließende Regelung, auch im Hinblick auf die Verjährung, gefunden hat (BGH aaO). So ist bei einer Namens- oder Firmenrechtsverletzung § 823 Abs. 1 BGB neben § 16 UWG anwendbar (BGH aaO). Auch § 826 BGB wird durch die Normen des Wettbewerbsrechts nicht verdrängt.¹⁴⁶ Ebensowenig § 824 BGB durch § 14, 15 UWG Rdn. 29). Dagegen tritt § 823 Abs. 1 BGB betreffend das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zurück, soweit das Handeln den Tatbestand einer wettbewerbsrechtlichen Norm erfüllt, und kommt allenfalls zur Ausfüllung von Lücken in Betracht.¹⁴⁷

¹⁴³ Vgl. BGH GRUR 1955, 351, 357 – *GEMA*; 1959, 31, 34 – *Feuerzeug*; 1964, 218, 219 – *Düngekalkhandel*; BGHZ 41, 314, 317 – *Lavamat*; *Ahrens* S. 85; offengelassen in BGH (6. Senat) GRUR 1975, 150.

¹⁴⁴ Ablehnend zur Frage eines Verbraucherschutzes über § 823 Abs. 2 BGB; BGH GRUR 1975, 150 – *Prüfzeichen*. Dagegen krit. *Sack* NJW 1975, 1303 und *Schricker* GRUR 1975, 111. Näheres bei § 13 a Rdn. 81.

¹⁴⁵ Dazu näher *Bernhardt/Krafer*, Lehrbuch des

Patentrechts, 4. Aufl. § 37 mwN; aus der Rspr. BGHZ 64, 101 – *Bäckerhefe*.

¹⁴⁶ Vgl. BGH GRUR 1964, 218, 220 – *Düngekalkhandel*; 1974, 99, 100 – *Brünova*; 1977, 539, 541 – *Prozeßrechner*.

¹⁴⁷ Vgl. BGHZ 36, 252, 257 – *Gründerbildnis* = GRUR 1962, 310; BGH GRUR 1965, 690, 694 – *Facharzt*; 1972, 189, 191 – *Wandsteckdose II*; *Teplitzky* Kap. 29 Rdn. 6; *Baumbach/Hefermehl*, Allg. Rdn. 130. – Zum Verhältnis von § 823 Abs. 1 BGB zu § 824 BGB vgl. BGH NJW 1980, 881, 882.

b) **Vertragliche Schadensersatzansprüche.** Sind wettbewerbsliche Handlungs- oder 249
Unterlassungspflichten durch Vertrag übernommen worden, kann eine schuldhaft
Verletzung dieser Pflichten Schadensersatzansprüche nach den allgemeinen Regeln
über die Leistungsstörungen (Unmöglichkeit, Verzug und positive Vertragsverletzung)
auslösen. Hauptanwendungsfall ist die Verletzung einer mit Vertragsstrafe gesicherten
Unterlassungsverpflichtung. Hier kann die verwirkte Vertragsstrafe als Mindestbetrag
des Schadens verlangt werden (§ 340 Abs. 2 S. 1 BGB), doch ist die Geltendmachung
eines weiteren Schadens nicht ausgeschlossen (§ 340 Abs. 2 S. 2 BGB). Für die Verjäh-
rung gilt die allgemeine Regelung des § 195 BGB (30 Jahre), selbst wenn gesetzliche
Ansprüche daneben gegeben sind.

c) **Prozessuale Ansprüche.** Schadensersatzansprüche können sich aus den verfahrensrechtlichen 250
Vorschriften der §§ 302 Abs. 4 S. 2, 717 Abs. 2, 945 ZPO ergeben.¹⁴⁸
Es handelt sich hier um eine Art Risiko- oder Gefährdungshaftung, die kein Verschulden
voraussetzt (vgl. BGH NJW 1985, 128; BGHZ 83, 190, 196). Inhalt und Umfang des
Schadensersatzanspruchs bestimmen sich nach den §§ 249 ff BGB (vgl. BGH NJW
1978, 163; BGHZ 85, 110, 112 f), die Verjährung nach § 852 BGB (BGH NJW 1957,
1926).

d) **Aufopferungsansprüche.** Ein Aufopferungsanspruch wird für das Wettbewerbsrecht 251
abgelehnt, wenn (und weil) es allein um den Widerstreit privater Interessen geht
(BGHZ 25, 369, 380 = BGH GRUR 1958, 233 – *Whipp*: Zeichenentwertung durch
eine berühmte Marke). Das fehlende Allgemeininteresse kann freilich nicht den Aus-
schlag geben (vgl. BGHZ 85, 375, 385 zum nachbarrechtlichen Aufopferungsanspruch).
Vielmehr ergibt sich aus dem Wettbewerbsprinzip, daß der Verlust erworbener Positio-
nen entschädigungslos hinzunehmen ist, wenn er auf rechtmäßigem Wettbewerbshandeln
anderer beruht.

3. Haftung für Dritte

Das UWG kennt keine besonderen Normen der Schadenshaftung für das Handeln 252
Dritter. § 13 Abs. 4 UWG bezieht sich ausdrücklich nur auf den Unterlassungsanspruch,
einschließlich des Beseitigungsanspruchs (vgl. BGH GRUR 1980, 116, 117 – *Textil-
drucke*). Dies gilt auch für den Schadensersatzanspruch aus § 14 Abs. 1 S. 1 UWG; die
Verweisung in § 14 Abs. 3 UWG auf § 13 Abs. 4 UWG bezieht sich nur auf den
Unterlassungsanspruch (BGH aaO). Es kommen daher die allgemeinen Vorschriften
des bürgerlichen Rechts zur Anwendung.

a) **Haftung nach § 31 BGB.** Nach § 31 BGB ist ein Verein für den Schaden verant- 253
wortlich, den ein verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung
der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende
Handlung einem Dritten zufügt. Die Vorschrift gilt entsprechend für sonstige juristische
Personen, für den nichtrechtsfähigen Verein, für OHG und KG sowie für die Konkurs-
masse betreffend Handlungen des Konkursverwalters. Die entsprechende Anwendung
auf die BGB-Gesellschaft ist umstritten (vgl. BGH NJW 1975, 533, 534: verneinend;
Ulmer FS Flume II, 1978, 301, 309: bejahend). – Im Rechtssinne handelt es sich bei
§ 31 BGB nicht um eine Haftung für fremdes Verschulden, vielmehr wird der Organisa-
tion das Handeln des Organs als eigenes zugerechnet. Als verfassungsmäßig berufener

¹⁴⁸ Dazu *Pecher* Die Schadensersatzansprüche aus ungerechtfertigter Vollstreckung, 1967; *Häsemeyer* Schadenshaftung im Zivilrechtsstreit, 1979, 81 ff,

103 ff. – Aus der Rspr. vgl. z. B. BGH GRUR 1979, 869 – *Oberarmschwimringe*.

Vertreter ist anzusehen, wem durch die allgemeine Betriebsregelung und Handhabung bedeutsame wesensmäßige Funktionen der Organisation zur selbständigen, eigenverantwortlichen Erfüllung zugewiesen sind (vgl. BGH NJW 1972, 334). Ist für derartige Aufgaben kein Organ bestellt worden, besteht eine Haftung für **Organisationsmängel** (vgl. BGH GRUR 1965, 495, 496 – *Wie uns die Anderen sehen*; 1980, 1099, 1104 – *Medizin-Syndikat II*, betreffend die Pflicht von Herausgeber und Verleger zur Prüfung von Ehrverletzungen durch Publikationen). Beispiele für verfassungsmäßig berufene Vertreter sind: Filialleiter (vgl. BGH NJW 1984, 921, 922); Leiter der Rechtsabteilung (vgl. BGHZ 24, 213). In **Ausführung der zustehenden Verrichtung** ist eine Handlung begangen, wenn ein sachlicher Zusammenhang mit dem Aufgabenkreis besteht, mag dabei auch eine vorsätzliche Kompetenzüberschreitung vorliegen (vgl. BGH NJW 1980, 115). Eine Exkulpation wie bei § 831 BGB ist nicht möglich. Die Haftung der Organisation aus § 31 BGB schließt die persönliche Haftung des Handelnden nicht aus.

- 254** b) **Haftung nach § 831 BGB.** Nach § 831 Abs. 1 S. 1 BGB haftet der Geschäftsherr auf Ersatz des Schadens, den sein **Verrichtungsgehilfe** in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Zu einer Verrichtung bestellt und damit Verrichtungsgehilfe ist, wem eine Tätigkeit übertragen wurde, bei der er **weisungsgebunden** ist. Maßgebend hierfür ist, ob der Geschäftsherr die Tätigkeit des Gehilfen jederzeit untersagen oder beschränken oder nach Zeit und Umfang bestimmen kann (BGHZ 45, 313 = BGH GRUR 1966, 456). Weisungsgebundenheit liegt typischerweise bei Arbeitnehmern vor. Bei leitenden Angestellten und Handelsvertretern kommt es darauf an, ob sie im Einzelfall eine weisungsgebundene Tätigkeit verrichten (vgl. BGH GRUR 1956, 553, 556 – *Coswig*; 1980, 165, 117 – *Textildrucke* – mwN). Keine Verrichtungsgehilfen sind: selbständige Unternehmer, insbesondere Lieferanten im Verhältnis zum Abnehmer; Autor im Verhältnis zum Verlag hinsichtlich des Korrekturenlesens (BGH NJW 1970, 1963, 1964). – Umstritten ist, ob ein **Rechtsanwalt** Verrichtungsgehilfe seines Mandanten ist (bejahend BGH LM § 823 (Hb) Nr. 6; BGH BB 1957, 306; verneinend *Jauernig/Teichmann*, 5. Aufl., § 831 BGB 2 a bb; *Schultz/Stüchtling* GRUR 1974, 432, 435). Das Problem stellt sich nicht, soweit der Anwalt nur intern beratend tätig wird. Hier kommt nur eine unmittelbare Haftung des Geschäftsherrn in Betracht. Anders dagegen, wenn der Anwalt im Auftrag des Geschäftsherrn gegen einen Dritten vorgeht. Hier besteht in der Tat ein Bedürfnis nach Anwendung des § 831 BGB.
- 255** Die widerrechtliche (nicht notwendig schuldhaft) Schadenszufügung muß in **Ausführung der Verrichtung** erfolgt sein. Sie muß also mit ihr in einem unmittelbaren inneren Zusammenhang stehen, der allerdings durch bewußt eigenmächtiges Handeln des Gehilfen nicht notwendig ausgeschlossen wird (vgl. BGHZ 49, 19). Die Zustimmung des Geschäftsherrn zum Handeln des Gehilfen ist nicht erforderlich (a.A. offenbar *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 371).
- 256** Die Haftung des Geschäftsherrn entfällt gemäß § 831 Abs. 1 S. 2 BGB, wenn er nachweist, daß er den Gehilfen sorgfältig ausgewählt und überwacht hat (sog. **Exkulpation**) oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Die Sorgfalt bei der **Auswahl** bestimmt sich nach der Eigenart der zu verrichtenden Tätigkeit, insbesondere nach ihrer Schwierigkeit und Gefährlichkeit, aber auch nach den persönlichen Verhältnissen des Auszuwählenden. Die Sorgfalt bei der **Überwachung** bestimmt sich ebenfalls nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Qualifikation und Zuverlässigkeit des Gehilfen (vgl. BGH VersR 1984, 67). In der Regel ist eine fortdauernde, planmäßige und unauffällige Überwachung, auch mit unerwarteten Kontrollen, erforderlich (vgl. BGH LM BGB

§ 823 (Dc) Nr. 23). Wer die Auswahl und Überwachung vertraglich für den Geschäftsherrn übernommen hat, haftet nach § 831 Abs. 2 BGB in gleicher Weise wie der Geschäftsherr. Doch kann sich dieser ggf. damit exkulpieren, daß er mit der vertraglichen Bestellung seiner Sorgfaltspflicht genügt hat. § 831 Abs. 2 BGB ist auf den Geschäftsführer einer GmbH nicht anzuwenden (BGH NJW 1974, 1371, 1372). Bei Großbetrieben läßt die Rspr. den sog. **dezentralisierten Entlastungsbeweis** zu. Danach kann sich der Geschäftsherr exkulpieren, wenn er eine Aufsichtsperson zur Auswahl und Überwachung von Mitarbeitern bestellt und diese Aufsichtsperson sorgfältig ausgewählt und überwacht hat (vgl. BGH VersR 1964, 297; 1978, 723). Damit ist zwar eine Bevorzugung von Großbetrieben verbunden (krit. daher z. B. *Palandt/Thomas*, 50. Aufl., § 831 Rdn. 15), doch kommt andererseits gerade bei Großunternehmen eine Haftung des Geschäftsherrn wegen **Organisationsverschuldens** in Betracht. Es liegt vor, wenn der Geschäftsherr keine ausreichende Organisation geschaffen hat, welche die ordnungsmäßige Geschäftsführung und Beaufsichtigung gewährleistet, oder wenn er keine allgemeinen Verhaltensanordnungen getroffen hat. Bei einem solchen Organisationsverschulden haftet der Geschäftsherr unmittelbar und ohne die Möglichkeit der Entlastung (vgl. BGH DB 1974, 426; *Hassold* JuS 1982, 583).

Stets ist vor Anwendung des § 831 BGB zu fragen, ob nicht eine **unmittelbare Handlungshaftung des Geschäftsherrn** in Betracht kommt. Das ist dann zu bejahen, wenn der Mitarbeiter oder sonstige Beauftragte lediglich eine Weisung des Geschäftsherrn durchgeführt (vgl. BGH GRUR 1964, 88, 89/90 – *Verona-Gerät*). Ob der Geschäftsherr dabei als (mittelbarer) Täter, Mittäter oder Anstifter anzusehen ist, spielt haftungsrechtlich nach § 830 Abs. 2 BGB keine Rolle. Persönlich haftet der Geschäftsherr auch dann, wenn er gegen das erkennbar rechtswidrige Handeln des Mitarbeiters nicht einschreitet, obwohl ihm dies möglich und zumutbar ist. – Eine andere Frage ist, ob in solchen Fällen der Angewiesene überhaupt wettbewerbsrechtlich in Anspruch genommen werden kann (vgl. dazu Rdn. 268).

257

c) **Verschuldenszurechnung nach § 278 BGB**. Die Zurechnung des Verschuldens von Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB ist nur im Rahmen der Abwicklung eines bestehenden Schuldverhältnisses möglich. Dabei spielt keine Rolle, ob es sich um ein vertragliches, quasivertragliches (cic) oder deliktisches Schuldverhältnis handelt. Kein Schuldverhältnis in diesem Sinne ist das Wettbewerbsverhältnis zwischen Gewerbetreibenden (*Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 396 gegen *Friedrich* WRP 1976, 439, 442). Für eine Anwendung des § 278 BGB ist daher nur Raum, wenn es um die Verletzung einer vertraglich übernommenen Unterlassungspflicht (vgl. dazu BGH GRUR 1990, 534 – *Abruf-Coupon*) geht, ferner wenn im Rahmen der Schadensersatzleistung durch Naturalherstellung Verletzungen begangen werden. Durch eine Verletzungshandlung und die darauf erfolgte Abmahnung bzw. Verwarnung mit dem Ziel einer vertraglichen Unterwerfungserklärung wird zwar eine „wettbewerbsrechtliche Sonderbeziehung“ mit bestimmten, insbes. Aufklärungspflichten begründet (vgl. BGH GRUR 1990, 381 – *Antwortpflicht des Abgemahnten* – mwN), so daß § 278 BGB anwendbar wird. Doch ist jeweils zu fragen, ob sich ein wettbewerbswidriges Tun oder Unterlassen in diesem Stadium zugleich als Verletzung spezifischer quasi vertraglicher Sorgfaltspflichten darstellt (weitergehend *Quiring* WRP 1983, 317, 323).

258

4. Verhältnis zum Abwehrenspruch und zum Bereicherungsanspruch

Abwehrenspruch und Schadensersatzanspruch haben insoweit eine gemeinsame Wurzel, als sie an eine konkrete Verletzungshandlung anknüpfen. Der Schadensersatz-

259

anspruch setzt zusätzlich Verschulden voraus, der Abwehranspruch dagegen Wiederholungsgefahr bzw. Störungsdauer. Ob eine im Unterlassungsprozeß rechtskräftig festgestellte Rechtsverletzung für einen nachfolgenden Schadensersatzprozeß Bindungswirkung hat, ist umstritten,¹⁴⁹ aber wohl zu bejahen.

- 260** Der Schadensersatzanspruch schließt einen **Bereicherungsanspruch** wegen ein und derselben Verletzung nicht aus. Die wesentlichen Unterschiede sind, daß der Bereicherungsanspruch kein Verschulden voraussetzt, aber auch den Mitverschuldenseinwand nicht kennt (vgl. jedoch BGHZ 57, 137, 152: § 242 BGB), daß grundsätzlich der Einwand des Wegfalls der Bereicherung möglich ist und daß für ihn die 30jährige Verjährungsfrist gilt. Ist eine Verletzungshandlung rechtskräftig festgestellt, aus der sich ein Bereicherungsanspruch ergeben kann, so ist das über die Herausgabe der Bereicherung entscheidende Gericht daran gebunden (BGHZ 82, 299 = BGH GRUR 1982, 301, 302 – *Kunststoffhohlprofil II*). – Vom eigentlichen Bereicherungsanspruch zu unterscheiden ist die Bereicherungshaftung des Verletzers nach § 852 Abs. 3 BGB. Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs bewirkt lediglich, daß sich dieser Anspruch in seinem Umfang auf dasjenige beschränkt, was der Verletzer auf Kosten des Verletzten erlangt hat. Nicht ist damit eine Rechtsgrundverweisung auf die §§ 812 ff BGB verbunden (BGHZ 71, 86, 98 ff = BGH GRUR 1978, 492 – *Fahrradgepäckträger II*). Herauszugeben ist daher auch der auf Kosten des Verletzten dem Verletzer über einen Vertragspartner zugeflossene Vermögenszuwachs, obwohl es insoweit an der Unmittelbarkeit der Vermögensschiebung fehlt, wie sie § 812 Abs. 1 S. 1 BGB voraussetzt (BGH aaO).

5. Schuldner und Gläubiger des Schadensersatzanspruchs

- 261** a) **Schuldner** des Schadensersatzanspruchs ist, wer entweder selbst als Täter, Anstifter oder Gehilfe den Tatbestand einer Haftungsnorm erfüllt oder aber für das Handeln eines Dritten (dazu Rdn 252 ff) einzustehen hat. Mehrere Schuldner haften nach Maßgabe der §§ 830, 840 BGB als Gesamtschuldner (vgl. auch § 19 S. 2 UWG). Voraussetzung ist nur, daß sich die Schuld auf dasselbe Leistungsinteresse bezieht (vgl. BGH GRUR 1959, 379, 383 – *Gasparone*: Gewinnhaftung von Autor und Verleger). Unschädlich ist es, daß ein Schuldner auf Naturalherstellung, der andere auf Geldersatz haftet (BGHZ 43, 227, 232).
- 262** b) **Gläubiger** des Schadensersatzanspruchs ist der Verletzte, soweit sein Schaden nach der jeweiligen Haftungsnorm ersatzfähig ist.
- 263** aa) Bei Verletzung von **absoluten Rechten** und ihnen gleichgestellten Rechten ist Gläubiger der Inhaber des verletzten Rechts. Lediglich mittelbar Verletzte, wie etwa ein Lizenznehmer des Rechtsinhabers, genießen insoweit keinen Schutz.
- 264** bb) Bei Verletzung von **wettbewerbsrechtlichen Verhaltensnormen** ist Gläubiger jeder konkurrierende Gewerbetreibende, dem aus der Verletzung ein Schaden innerhalb des Schutzbereichs der Norm entstanden ist. **Verbraucher** können dagegen aus Wettbewerbsverstößen keine Ersatzansprüche geltend machen (sehr str.; dazu näher bei § 13 a Rdn. 87).

¹⁴⁹ Bejahend für Verstöße gegen vertragliche Unterlassungspflichten ab Klageerhebung: BGHZ 42, 340 – *Gliedermaßstäbe* = GRUR 1965, 327 m. Anm. *Reimer*; offengelassen für Verstöße gegen gesetzli-

che Unterlassungspflichten: BGH GRUR 1984, 820, 821 – *Intermarkt II*. Zum ganzen *Zeuner* JuS 1966, 147; *Teplitzky* Kap. 30 Rdn. 2.

cc) Bei Verletzung sonstiger Verhaltensnormen, insbesondere bei Schutzgesetzverletzungen i.S. von § 823 Abs. 2 BGB, Verstößen gegen §§ 824, 826 BGB und gegen das GWB (vgl. § 35 GWB), ist Gläubiger derjenige, der durch diese Verhaltensnormen geschützt wird. 265

dd) Verbände können Gläubiger eines Schadensersatzanspruchs nur insoweit sein, als sich die Verletzungshandlung unmittelbar gegen sie richtet und sie daraus einen Schaden erleiden (vgl. BGH GRUR 1988, 716, 717 – *Aufklärungspflicht gegenüber Verbänden*; Teplitzky Kap. 31 Rdn. 8). Sie können dagegen nicht im eigenen Namen den Schaden eines verletzten Dritten geltend machen. Strittig ist, ob sie als eigenen Schaden die Rechtsverfolgungskosten geltend machen können, die ihnen im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG erwachsen (vgl. dazu Teplitzky Kap. 31 Rdn. 7 mwN.; Loritz GRUR 1981, 883; OLG Frankfurt WRP 1970, 120, 122). Hier ist darauf abzustellen, inwieweit ein solcher Schaden in den Schutzbereich der verletzten Norm fällt. Das kann bei § 826 BGB der Fall sein, z. B. wenn ein Gewerbetreibender, um einen Verband zu schädigen, ihn vorsätzlich mit falschen Angaben dazu veranlaßt, gegen einen Dritten vorzugehen. Dagegen ist es nicht Sinn und Zweck der wettbewerbsrechtlichen Normen, Verbände vor Schäden zu bewahren, die ihnen aus der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen erwachsen. Rechtsverfolgungskosten, insbesondere Abmahnkosten, können daher jedenfalls nicht im Wege des Schadensersatzes vom Verletzer erstattet verlangt werden (vgl. BGHZ 41, 314, 318 = BGH GRUR 1964, 567 – *Lavamat*; 48, 12, 15 = BGH GRUR 1967, 613 – *Anwaltsverein*; 52, 393, 397 = BGH GRUR 1970, 189 – *Fotowettbewerb*; a.A. OLG Frankfurt aaO). – Etwas anderes gilt, wenn zwischen dem Verband und dem Verletzer eine durch die Verletzungshandlung und die anschließende Abmahnung begründete „wettbewerbsrechtliche Sonderbeziehung eigener Art“ (vgl. BGH GRUR 1990, 381 – *Antwortpflicht des Abgemahnten*) oder ein Unterwerfungsvertrag (vgl. BGH GRUR 1990, 542 – *Aufklärungspflicht des Unterwerfungsschuldners*) besteht. Aus der Verletzung der daraus resultierenden Aufklärungs- bzw. Antwortpflichten kann dem Verband ein Schadensersatzanspruch aus § 286 Abs. 1 BGB bzw. aus positiver Vertragsverletzung erwachsen. Ersatzfähig sind insoweit auch Rechtsverfolgungskosten (BGH aaO).

II. Voraussetzungen der Schadenszurechnung

Literatur

Doki, Rechtsvergleichende Überlegungen zur unberechtigten Abnehmerverwarnung, GRUR Int. 1985, 641; *Henckel*, Vorbeugender Rechtsschutz im Zivilrecht, AcP 174 (1974) 97, 130 ff; *Huber*, Normzwecktheorie und Adäquanztheorie, JZ 1969, 677; *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979; *Hopt*, Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung, 1968; *Horn*, Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur unberechtigten Verwarnung, GRUR 1971, 442; *Lindacher*, Die Haftung wegen unberechtigter Schutzrechtsverwarnung oder Schutzrechtsklage, ZHR 144 (1980), 350; *Malzer*, Zum Schadensersatzanspruch aus § 16 Abs. 2 UWG, GRUR 1974, 697; *Quiring*, Zur Haftung wegen unbegründeter Verwarnungen, WRP 1983, 317; *Rittner*, Rechtswissen und Rechtsirrtum im Zivilrecht, FS v. Hippel, 1967, 391, 418 f; *Schultz-Süchting*, Der Einfluß des Rechtsanwalts auf das Verschulden seines Mandanten im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1974, 432; *Stoll*, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht, 1968; *Teplitzky*, Die Durchsetzung des Schadensersatzzahlungsanspruchs im Wettbewerbsrecht, GRUR 1987, 215, 216; *Ullmann*, Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzers im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1987, 615, 622; *Weitnauer*, § 823, II und die Schuldtheorie, JZ 1963, 631; *Wiethölter*, § 823 II und die Schuldtheorie, JZ 1963, 205; *Wolf E.*, Die Lehre von der Handlung, AcP 170 (1970), 181; *Zeuner*, Zur Rechtskraftwirkung des Unterlassungsurteils für den nachfolgenden Schadensersatzprozeß, JuS 1966, 147.

1. Verletzungshandlung

- 267** Wer einen Schaden erlitten hat, kann einen anderen dafür nur haftbar machen, wenn diesem der Schaden zugerechnet werden kann. Das setzt zunächst eine **Handlung** des Schädigers, nämlich ein der Bewußtseinskontrolle unterliegendes, beherrschbares Verhalten (BGHZ 39, 103, 106; BGH NJW 1987, 121), voraus. Die Handlung kann dabei in einem positiven Tun oder in einem Unterlassen bestehen. Weiter ist, insbesondere im Hinblick auf die Verjährung, zu unterscheiden zwischen **einmaligen** (uU Dauer-)Handlungen und **wiederholten** (fortgesetzten) Handlungen. So ist der zu Unrecht gestellte Antrag auf Eintragung einer Firma in das Handelsregister als einmalige Handlung mit Dauerwirkung, die Verwendung dieser Firma im täglichen Geschäftsverkehr als wiederholte Handlung zu werten (vgl. BGH GRUR 1984, 820, 822 – *Intermarkt II*). Beim Unterlassen (dazu BGHZ 71, 86, 94 = BGH GRUR 1978, 492 – *Fahrradgepäckträger II*) beginnt die Verjährungsfrist für jeden infolge der Nichtbeseitigung entstehenden Schaden gesondert. Eine Zusammenfassung zu einer einheitlichen Handlung kommt hier ebensowenig in Betracht wie bei wiederholten Einzelhandlungen beim positiven Tun (BGH aaO – *Fahrradgepäckträger II*).
- 268** Handeln Mitarbeiter eines Gewerbetreibenden auf **Weisung**, so haften sie selbst nicht, wenn sie bei der Tätigkeit keinen Entscheidungsspielraum besitzen und keinen eigenen Willen entfalten, vielmehr sich der Weisung ohne weiteres unterwerfen. In diesem Fall wird ihr Wille für die Verwirklichung des Tatbestandes nicht mitursächlich (so OLG Nürnberg WRP 1981, 166, 167), auch fehlt es meist an einem Handeln zu Wettbewerbszwecken. Statt ihrer haftet der die Weisung Erteilende als **mittelbarer Täter** (vgl. BGH GRUR 1964, 88, 89 – *Verona-Gerät*). Beispiele dafür sind: die weisungsgemäße Benutzung von Quittungsblöcken oder Ausgabe von Handzetteln, die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt wurden (OLG Hamm MDR 1963, 600); das Bekleben von Waren mit bestimmten Zeichen (KG GRUR 1951, 460). – Nicht dagegen: das Verkaufsgespräch eines Außenvertreters (OLG Nürnberg WRP 1981, 166, 167). – Haftet der Mitarbeiter wegen eines eigenen Tatbeitrages persönlich, schließt dies die Mithaftung des die Weisung erteilenden Gewerbetreibenden oder Angestellten als **Mittäter** (§ 330 Abs. 1 S. 1 BGB) oder **Anstifter** (§ 330 Abs. 2 BGB) nicht aus. Zur Haftung für das Handeln Dritter vgl. Rdn. 252 ff.

2. Kausalität

- 269** Die Handlung muß kausal für die Norm- bzw. Rechtsgutverletzung sein (**haftungsbegründende Kausalität**), diese wiederum für den geltend gemachten Schaden (**haftungsausfüllende Kausalität**).¹⁵⁰ Kausalität im Rechtssinne setzt zunächst voraus, daß die Handlung nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß auch der schädliche Erfolg entfielen (**Äquivalenztheorie**; BGHZ 96, 157, 172). Haben mehrere nebeneinander Handlungen vorgenommen, die jede für sich den schädlichen Erfolg herbeiführten, so ist jede Handlung kausal (**kumulative Kausalität**; vgl. *Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung, 1964, S. 67 f). Hat der Verletzte seinerseits einen vergleichbaren Wettbewerbsverstoß begangen, können sich beide Verletzungshandlungen in ihren Auswirkungen **kompensieren**, so daß es auf beiden Seiten zu gar keinem ersatzfähigen Schaden kommt. Die Rspr. hat hierzu die Regel entwickelt, daß keine Partei gegen die

¹⁵⁰ Zur Abgrenzung zwischen haftungsbegründender und haftungsausfüllender Kausalität vgl. *Jauernig/Teichmann*, 5. Aufl., Vor §§ 249 – 253 BGB Anm. 1.

andere einen Schadensersatzanspruch hat, wenn beide im wesentlichen gleichzeitig, in gleicher Art und Weise und in gleichem Umfang wettbewerbswidrig gehandelt haben (BGH GRUR 1970, 563 – *Beiderseitiger Rabattverstoß*; 1971, 582, 584 – *Kopplungen im Kaffeehandel* – m. Anm. *Storch*; NJW 1971, 1747, 1749; OLG Karlsruhe WRP 1984, 635, 636).

Im Privatrecht ist darüber hinaus **adäquate Kausalität** erforderlich. Eine Handlung ist danach nur zuzurechnen, wenn sie im **allgemeinen** und nicht nur unter besonders eigenartigen, unwahrscheinlichen und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen geeignet ist, einen Erfolg der eingetretenen Art herbeizuführen (st. Rspr., vgl. BGH NJW 1986, 1329, 1331). Dabei kommt es auf eine objektiv nachträgliche Prognose eines „optimalen Betrachters“, nicht auf die Vorhersehbarkeit durch den Verletzer an. Der adäquate Ursachenzusammenhang kann z. B. fehlen, wenn der Geschädigte oder ein Dritter in völlig ungewöhnlicher und unsachgemäßer Weise in den Geschehensablauf eingreift und eine weitere Ursache setzt, die den Schaden erst endgültig herbeiführt (BGH aaO). Adäquanz wird ferner verneint hinsichtlich der Kosten, die dem Verletzten durch versehentliche Inanspruchnahme einer falschen Person entstanden sind, selbst wenn der Verletzer die Verwechslungsmöglichkeit verursacht hat (BGH GRUR 1988, 313, 314 – *Auto F. GmbH*), es sei denn, daß darin ein selbständiger Wettbewerbsverstoß liegt. Richtigerweise würde man hier mit der Schutzzwecklehre operieren. **270**

Neben dem Adäquanzanfordernis wird auch noch die Lehre vom **Schutzzweck der Norm** zur Begrenzung der Schadenszurechnung herangezogen.¹⁵¹ Sie besagt, daß nur solche Rechtsgutverletzungen bzw. Schäden dem Handelnden zuzurechnen sind, vor denen die betreffende Norm gerade den Geschädigten schützen wolle. Anders ausgedrückt: der geltend gemachte Schaden muß nach Art und Entstehungsweise unter den Schutzzweck der verletzten Norm fallen; es muß sich um Folgen handeln, die in den Bereich der Gefahren fallen, um derentwillen die Norm erlassen wurde (vgl. BGH GRUR 1958, 86 – *Ei-fein*; NJW 1986, 1329, 1332; *Larenz SchuldR I § 27 III b 2*). Der Schutzzweck der jeweils verletzten Norm muß auch darüber entscheiden, ob und inwieweit der Einwand des **rechtmäßigen Alternativverhaltens** dem Schadensersatzanspruch entgegengesetzt werden kann (BGH NJW 1986, 576, 579 mwN). Die **Beweislast** dafür, daß der Schaden auch bei rechtmäßigem bzw. pflichtgemäßem Handeln eingetreten wäre, trägt der Schädiger (BGHZ 61, 118 = BGH GRUR 1974, 286 – *Bastel-Wettbewerb II*; BGHZ 78, 209, 214; einschr. *MünchKomm/Grunsky*, 2. Aufl., Vor § 249 BGB Rdn. 91). Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei wettbewerbswidrigem Verhalten könnte vor allem darauf gestützt werden, daß die Mitarbeiter bei verändertem, zulässigem Einsatz von Wettbewerbsmitteln (einschließlich der Pressekritik) den gleichen Schaden erlitten hätten. Doch gebietet es der Schutzzweck der Wettbewerbsnormen, insbesondere ihre **Präventions- und Sanktionsfunktion**, diesem Einwand grundsätzlich nicht stattzugeben (i. Erg. auch *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 364; allgemein *Gottwald*, S. 162 f; a.A. aber wohl BGH GRUR 1964, 392, 396 – *Weizenkeimöl*). Eine Ausnahme ist dann zu machen, wenn es tatsächlich zu erlaubtem Wettbewerb gekommen und dann der gleiche Schaden eingetreten wäre (*Baumbach/Hefermehl* aaO). **271**

¹⁵¹ Im einzelnen ist hier vieles str. So wird teilweise die Schutzzwecklehre anstelle der Adäquanztheorie herangezogen (vgl. *MünchKomm/Grunsky*, 2. Aufl., Vor § 249 BGB Anm. 42; Huber JZ 1969, 677; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 387).

Das ist insoweit berechtigt, als im Einzelfall der Normzweck auch den Ersatz nicht adäquat verursachter Schäden gebieten kann (vgl. BGH NJW 1982, 572, 573).

- 272** Das Unterlassen der Abwendung des schädlichen Erfolges ist nur dann haftungsbe-
gründend, wenn eine Rechtspflicht zum Tätigwerden bestand und die Vornahme der
gebotenen Handlung den Erfolg mit Sicherheit verhindert hätte (vgl. *Palandt/Heinrichs*,
50. Aufl., Vorbem v § 249 Rdn. 84). Eine Rechtspflicht zum Tätigwerden kann sich aus
Gesetz, Vertrag oder Aufnahme von Vertragsverhandlungen ergeben. Von besonderer
Bedeutung insbesondere im Zusammenhang mit den sog. **Verkehrspflichten** ist das
vorangegangene gefahrbezügliche Tun (Ingerenz). Eine bloße Wahrscheinlichkeit
der Schadensverhinderung bei pflichtgemäßem Handeln reicht nicht aus, um den
Zurechnungszusammenhang zu begründen (BGHZ 64, 46, 51).

3. Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit

- 273** Die für den Schaden ursächliche Handlung muß tatbestandsmäßig und rechtswidrig
sein. Tatbestandsmäßig ist die Handlung, wenn sie die in der anspruchsbegründenden
Norm beschriebene Verletzung eines bestimmten Rechtsguts oder einer bestimmten
Verhaltenspflicht bewirkt. Hinzukommen muß die Rechtswidrigkeit der Handlung,
und zwar auch in den Fällen, in denen dies nicht ausdrücklich gefordert wird. Soweit
eine Norm an die Sittenwidrigkeit eines Handelns anknüpft (§§ 1 UWG, 826 BGB),
schließt dies die Rechtswidrigkeit ein (vgl. *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn.
348).
- 274** Die Tatbestandsmäßigkeit indiziert bei unmittelbarer Verursachung der Rechts-
oder Rechtsgutsverletzung regelmäßig auch die Rechtswidrigkeit der Handlung (**Lehre vom
Erfolgsunrecht**)¹⁵². Diese entfällt nur beim Vorliegen eines bestimmten Rechtferti-
gungsgrundes, wie etwa Notwehr, Abwehr, Wahrnehmung berechtigter Interessen,
Geschäftsführung ohne Auftrag, Notstand, Selbsthilfe, Einwilligung. – Eine **Ausnahme**
bilden die sog. **Rahmenrechte**, wie das Recht am eingerichteten und ausgeübten
Gewerbebetrieb und das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Mangels fester Abgrenzbar-
keit dieser Rechte kann die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs nur aufgrund einer Güter-
und Interessenabwägung ermittelt werden.¹⁵³ – Eine weitere Ausnahme bildet die
Schadenszufügung durch eine **sachlich nicht gerechtfertigte Verfahrenseinleitung**.¹⁵⁴
Die Rspr. hat hierzu folgenden Grundsatz entwickelt: Die Einleitung und Durchführung
eines gesetzlich geregelten Verfahrens der Rechtspflege schließt zwar nicht schlechthin
den Vorwurf der Rechtswidrigkeit aus. Jedoch indiziert ein subjektiv redliches Verhal-
ten nicht die Rechtswidrigkeit der Rechtsgutverletzung. Vielmehr besteht insoweit eine
Vermutung der Rechtmäßigkeit (BGHZ 74, 9, 13; 95, 10, 19 f). Zur Begründung der
Rechtswidrigkeit müssen besondere Unrechtselemente hinzutreten.

4. Verschulden

- 275** a) **Allgemeines.** Verschulden bedeutet soviel wie subjektive Vorwerfbarkeit des
Handelns. Erforderlich ist hierfür die Fähigkeit zu verantwortlichem Handeln. Diese

¹⁵² So hM, vgl. *Palandt/Thomas*, 50. Aufl., § 823 Rdn. 33; *Jauernig/Teichmann*, 5. Aufl., § 823 Anm. IV 1 b cc, jeweils mwN; aus der Rspr.: BGHZ 74, 9. – Die Gegenansicht (Lehre vom Handlungsunrecht; z. B. *Esser/Weyers*, Schuldrecht § 55 II 3) fordert bei nicht vorsätzlichen Handlungen eine positive Feststellung der Rechtswidrigkeit am Maßstab der Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflicht oder einer besonderen Verhaltenspflicht. Ihr wird zu Recht entgegengehalten, daß damit Abwehrmöglichkeiten des Betroffenen (z. B. Notwehr, Unterlassungsanspruchs) eingeschränkt werden.

Der legitime Anwendungsbereich der Lehre vom Handlungsunrecht liegt bei den mittelbar verursachten Verletzungen. Hier wird mittels der sog. Verkehrspflichten die Rechtswidrigkeit positiv ermittelt.

¹⁵³ Aus der Rspr. vgl. BGH NJW 1978, 2151, 2152; 1984, 1607, 1609; wN bei *Palandt/Thomas*, 50. Aufl., § 823 BGB Rdn. 184.

¹⁵⁴ Dazu grundlegend *Hopt*, Schadensersatz und unberechtigte Verfahrenseinleitung, 1968, S. 165 ff, 228 ff.

Schuldfähigkeit bestimmt sich nach den §§ 827, 828 BGB. Dies gilt nicht nur für unerlaubte Handlungen, sondern über die Verweisungsnorm des § 276 Abs. 1 S. 3 BGB auch für die Vertragsverletzung. – Innerhalb des Verschuldens gibt es graduelle Abstufungen (**Schuldformen**). Für welchen Verschuldensgrad gehaftet wird, bestimmt sich nach der jeweiligen gesetzlichen Regelung oder vertraglichen Vereinbarung. Die Verschuldensgrade lassen sich grob unterscheiden in Vorsatz und Fahrlässigkeit.

b) **Vorsatz**. Der Vorsatz enthält ein **Wissens-** und **Willenselement**. Der Täter muß wissen oder zumindest für möglich halten, daß sein Handeln den Normtatbestand erfüllt. Außerdem muß er das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit seines Handelns haben (sog. Vorsatztheorie; vgl. BGHZ 67, 279, 280). Ferner muß der Täter die Verwirklichung des Tatbestandes wollen. Hierfür genügt es, wenn er die für möglich gehaltene Tatbestandsverwirklichung billigend in Kauf nimmt (sog. **bedingter Vorsatz**). Vertraut der Täter darauf, daß der Erfolg nicht eintritt, kommt lediglich (**bewußte**) **Fahrlässigkeit** in Betracht. Der Vorsatz muß sich nicht auf den eingetretenen Schaden beziehen, sofern dies nicht (wie z. B. in § 826 BGB) ausdrücklich angeordnet ist. **276**

c) **Fahrlässigkeit**. Sie wird in § 276 Abs. 1 S. 2 BGB definiert als Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Auch dies gilt nur für die Tatbestandsverwirklichung, nicht für den Schadenseintritt. Die Bezugnahme auf den „Verkehr“ bedeutet dabei, daß es auf die Auffassung besonnener und gewissenhafter Angehöriger der in Betracht kommenden Berufs- oder Verkehrskreise ankommt (vgl. BGH NJW 1972, 150, 151). „Erforderlich“ ist die Sorgfalt, die von einem ordentlichen Menschen dieser Gruppe in der konkreten Lage zu erwarten ist (BGH aaO). Dies ist nicht gleichbedeutend mit der „üblichen“ Sorgfalt (BGH NJW 1986, 1099, 1100), so daß z. B. eingerissene Unsitten nicht entschuldigt werden können (BGH GRUR 1965, 495, 496 – *Wie uns die Anderen sehen*). Der Sorgfaltsmaßstab ist ein objektiver. Es entschuldigt den Täter also nicht, wenn er die Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen, die von ihm als Angehörigen der maßgeblichen Berufs- oder Altersgruppe erwartet werden können, nicht besitzt. Jedoch können besondere Kenntnisse und Fähigkeiten zur Begründung einer höheren Sorgfaltspflicht führen (vgl. BGHZ 62, 29, 37 = BGH GRUR 1974, 290 – *Maschenfester Strumpf*; *Larenz SchuldR I § 20 III*). Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt worden und dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Fall jedem einleuchten mußte (BGHZ 77, 276; 89, 161). Hier ist, abweichend vom objektiven Maßstab bei der einfachen Fahrlässigkeit, auch auf die subjektiven Verhältnisse beim Täter abzustellen (BGH NJW 1985, 2648 mwN). **277**

5. Verschulden im Wettbewerbsrecht

a) **Das Verschuldensersfordernis, insbesondere bei § 1 UWG**. Auch im Wettbewerbsrecht setzt der Schadensersatzanspruch Verschulden voraus, sieht man von den Spezialtatbeständen des § 14 Abs. 1 S. 1 UWG und der §§ 717 Abs. 2, 945 ZPO ab. In § 1 UWG ist das Verschulden zwar nicht angeführt, gleichwohl haftet der Verletzer nicht schon bei objektiver Sittenwidrigkeit des Handelns auf Schadensersatz, sondern nur bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Handeln (allg. M.; vgl. BGH GRUR 1960, 200, 202 – *Abitz II*), wie sich aus allgemeinen Grundsätzen der Deliktshaftung ergibt. Da bereits das Urteil der objektiven Sittenwidrigkeit des Handelns Kenntnis des Täters von den Tatsachen voraussetzt, welche die Sittenwidrigkeit begründen, muß ein „besonderes Verschulden“ hinzukommen (BGH aaO; BGH WRP 1965, 97, 100 – *Kaugummikugeln*). Der Schuldvorwurf muß an das Kennen oder Kennenmüssen der Sittenwidrig-

keit anknüpfen. Vorsätzliches Handeln liegt vor, wenn dem Verletzer die Sittenwidrigkeit seines Handelns bewußt ist. Eine exakte rechtliche Wertung ist dabei nicht erforderlich, vielmehr genügt die sog. Parallelwertung in der Laiensphäre. Für Vorsatz genügt aber auch, wenn der Verletzer sich zum Handeln entschließt und dabei die Sittenwidrigkeit seines Handelns für möglich hält und in Kauf nimmt oder sich bewußt der Einsicht in die Sittenwidrigkeit verschließt. Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Verletzer zwar nicht das Bewußtsein von der (möglichen) Sittenwidrigkeit seines Tuns hat, es aber bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt haben könnte. Voraussetzung ist ferner, daß der Sittenverstoß vermeidbar war. Das Verschulden des Verletzers braucht sich nicht auf den Schadenseintritt zu erstrecken. Insoweit besteht ein gravierender Unterschied zu § 826 BGB, der Vorsatz hinsichtlich der Schadenszufügung verlangt. – Die Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ist zwar nicht für die Haftungsbegründung von Bedeutung, wohl aber beispielsweise bei der Frage der Berücksichtigung eines Mitverschuldens oder bei der Verwirkung des Anspruchs. – Der Verschuldensnachweis obliegt dem Verletzten, doch sind die Anforderungen gering (vgl. *Teplitzky* GRUR 1987, 215, 216 mwN in Fn. 17).

- 279** b) Irrtum über Tatsachen und über die Rechtslage. Kennt der Verletzer bestimmte **Tatumstände** nicht, kann dadurch bereits die Tatbestandsmäßigkeit des Handelns entfallen. So etwa bei § 1 UWG, wenn der Verletzer die Umstände nicht kennt, welche die Sittenwidrigkeit seines Handelns begründen. Ist dies nicht der Fall, schließt der Irrtum über Tatsachen, die zum Tatbestand der verletzten Norm gehören, zwar den Vorsatz aus. Wohl aber fällt dem Verletzer Fahrlässigkeit zur Last, wenn er den Irrtum bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte vermeiden können. Das gleiche gilt grundsätzlich, wenn der Verletzer irrtümlich Tatsachen annimmt, die einen **Rechtfertigungsgrund** bilden. Kennt der Verletzer die Tatsachen, welche die Rechtswidrigkeit seines Handelns begründen, oder entzieht er sich bewußt dieser Kenntnis (vgl. BGH GRUR 1955, 411, 414 – *Zahl 55*), ist im allgemeinen davon auszugehen, daß ihn auch ein Verschulden trifft (BGH GRUR 1960, 144, 146 – *Bambi*; 1960, 200, 202 – *Abitz II*). Denn in der Regel wird er dann das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit haben, zumindest in der laienhaften Vorstellung von der Unerlaubtheit seines Handelns. Hält der Verletzer dagegen sein Handeln für erlaubt, fehlt ihm also das Bewußtsein der (möglichen) Rechtswidrigkeit seines Handelns, ist Vorsatz ausgeschlossen. Doch kommt Fahrlässigkeit in Betracht, wenn er bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt die Rechtswidrigkeit seines Handelns hätte erkennen, zumindest aber Zweifel an der Rechtsmäßigkeit hätte haben müssen. Im Wettbewerbsrecht ist dabei ein **strenger Maßstab** anzulegen (BGH aaO – *Abitz II*). Denn es soll verhindert werden, daß der Verletzer das Risiko der zweifelhaften Rechtslage dem anderen Teil zuschiebt (BGH WuW/E BGH 2341, 2345 – *Taxizentrale Essen*). Doch kommt es stets auf die **Umstände des Einzelfalls** an (BGHZ 27, 264 = BGH GRUR 1958, 549, 553 – *Box-Programmheft*; BGHZ 62, 29, 38 = BGH GRUR 1974, 290 – *Maschenfester Strumpf*).

- 280** Als unverschuldet wird ein Rechtsirrtum angesehen, wenn der Irrtende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt mit einer anderen Beurteilung durch die Gerichte nicht zu rechnen brauchte (vgl. BGH WuW/E BGH 2341, 2345 – *Taxizentrale Essen*). Dies kann der Fall sein, wenn es um die Beurteilung schwieriger neuer Tatbestände geht, für die es nicht nur an festen Grundsätzen, sondern auch an verwertbaren Hinweisen in der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung gefehlt hat.¹⁵⁵ In diesen seltenen Fällen soll der Verletzer auch eine Abmahnung ignorieren

¹⁵⁵ Vgl. BGHZ 17, 266, 295 = BGH GRUR 1955, 492 – *Magnettonband*; 18, 44, 57 – *Photokopie*; 27, 264, 273 = BGH GRUR 1958, 549 – *Programmheft*; 38, 356, 368; BGH GRUR 1960, 200,

202 – *Abitz II*; 1969, 418, 422 – *Standesbeamte*; 1981, 286, 288 – *Goldene Karte I*; *Teplitzky* Kap. 30 Rdn. 16.

und sein Verhalten bis zur höchstrichterlichen Klärung der Rechtmäßigkeit fortsetzen dürfen, ohne daß ihm daraus ein Schuldvorwurf gemacht werden könne (*Teplitzky* Kap. 30 Rdn. 16). Daß die Rechtsfragen in den Instanzgerichten bereits behandelt und unterschiedlich entschieden wurden, soll im Einzelfall nicht entgegenstehen (vgl. BGH aaO – *Box-Programmheft*). Das kann freilich nicht als Regel gelten. Vielmehr muß umgekehrt der Verletzer in solchen Fällen regelmäßig damit rechnen, daß sein Verhalten als rechtswidrig beurteilt wird. Er kann sich nicht darauf berufen, daß sein Rechtsstandpunkt ernsthaft vertreten werden konnte. – Verschulden kann weiterhin vorliegen, wenn sich aus der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung hinreichende Anhaltspunkte für die rechtliche Bedenklichkeit einer Handlung entnehmen lassen (BGH GRUR 1971, 223, 225 – *Clix-Mann*; 1981, 286, 288 – *Goldene Karte I*). Ist umgekehrt in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein bestimmtes Handeln für erlaubt erklärt worden, darf man sich daran orientieren, selbst wenn diese Rechtsauffassung mittlerweile umstritten ist (vgl. BGH GRUR 1959, 365, 367 – *Englisch-Lavendel*; 1961, 97, 99 – *Sportheim*; *Rittner*, FS v. Hippel, 1967, 391, 418 f.; *Teplitzky* Kap. 30 Rdn. 15). Dagegen darf sich der Verletzer nicht ohne weiteres auf ihm günstige Entscheidungen von Instanzgerichten verlassen.¹⁵⁶ Dies insbesondere dann nicht, wenn es sich um eine umstrittene Rechtsfrage handelt (vgl. BGH GRUR 1963, 197, 202 – *Zahnprothesen-Pflegemittel*). Erst recht gilt dies, wenn es sich nur um eine vorläufige Entscheidung aufgrund einer summarischen Prüfung (BGH NJW 1983, 2318, 2321) oder nur um unverbindliche Hinweise bzw. ein obiter dictum handelt (vgl. BGH GRUR 1981, 286, 288 – *Goldene Karte I*).

Die Nichteinholung einer Rechtsauskunft bei wettbewerbsrechtlich erfahrenen Rechtskundigen (z. B. Verbandsjuristen, Rechtsanwälten, Patentanwälten, Hochschullehrern mit einschlägigen Kenntnissen) begründet regelmäßig den Schuldvorwurf (vgl. BGH GRUR 1960, 186, 189 – *Arctos*; NJW 1970, 463, 464; WuW/E BGH 2341, 2345 – *Taxizentrale Essen*; *Teplitzky* Kap. 30 Rdn. 15), es sei denn, daß auch bei zutreffender Auskunft ein Rechtsirrtum unvermeidbar gewesen wäre (vgl. BGH GRUR 1961, 97, 99/100 – *Sportheim*). Umgekehrt vermag die vorherige Einholung einer ihm günstigen Rechtsauskunft den Verletzer nicht unbedingt vom Vorwurf des Verschuldens befreien (vgl. aber BGH WuW/E BGH 1891, 1894 – *Ölbrenner II*; *Schultz-Süchting* GRUR 1974, 432). So ist Verschulden zu bejahen, wenn sich der Verletzer auf eine von zwei entgegengesetzten Rechtsauskünften verläßt (BGH VersR 1968, 148) oder wenn die Rechtsauskunft bereits die Rechtslage als zweifelhaft erkennen läßt, mag auch die Auskunft letztlich günstig lauten (vgl. BGH GRUR 1981, 286, 288 – *Goldene Karte I*). Erst recht ist Verschulden zu bejahen, wenn es dem Verletzer gar nicht darum geht, eine zutreffende Auskunft über die wahre Rechtslage zu erhalten, sondern er sich mit der ihm günstigen Rechtsauskunft lediglich salvieren will. Das gleiche gilt, wenn der Verletzer Anlaß hat, an der Objektivität, Qualität oder Sorgfalt des beigezogenen Rechtsberaters zu zweifeln (vgl. BGHZ 62, 29, 40 = BGH GRUR 1974, 290 – *Maschenfester Strumpf*; BGHZ 74, 281, 291 – *Dienstzeugnis*). Der Verletzer darf sich also nicht schlechthin auf eine ihm erteilte günstige Rechtsauskunft verlassen, vielmehr muß er, entsprechend seinen fachlichen Kenntnissen und Erfahrungen, selbst eine gewissenhafte Prüfung anstellen (vgl. BGH GRUR 1959, 478, 480 – *Laux-Kupplung*;

281

¹⁵⁶ Vgl. BGH GRUR 1959, 478, 480 – *Laux-Kupplung*; 1963, 197, 202 – *Zahnprothesen-Pflegemittel*; 1965, 198, 202 – *Küchenmaschine*, m. Anm. *Henssler*, *Ahrens*, S. 88; *Teplitzky* Kap. 30 Rdn.

15. – Aus der Rspr. zum bürgerlichen Recht vgl. BGH NJW 1974, 1903, 1904 f. – *Flughafen*; 1982, 635 – *Rudimente der Fäulnis*; 1983, 2318, 2321.

1965, 198, 202 – *Küchenmaschine*). So kann sich der Verletzer auf eine Rechtsauskunft dann nicht zu seiner Entlastung berufen, wenn er als Kaufmann die Sittenwidrigkeit seines Vorgehens ohne weiteres hätte erkennen können (vgl. BGHZ 74, 281, 291 – *Dienstzeugnis*) oder wenn er aufgrund seiner langjährigen geschäftlichen oder beruflichen Erfahrung Bedenken gegen die Zulässigkeit seines Handelns hätte haben müssen (vgl. BGH GRUR 1965, 198, 202 – *Küchenmaschine*).

282 Bei werbenden Wettbewerbsmaßnahmen legt die Rspr. an die Entschuldbarkeit eines Rechtsirrtums sehr strenge Maßstäbe an, weil für den Gewerbetreibenden regelmäßig kein zwingender Grund bestehe, mit seiner Werbung bis in gefährliche Grenzgebiete des Zulässigen vorzustoßen (vgl. BGH GRUR 1981, 286, 288 – *Goldene Karte I*). Handelt es sich um Wettbewerbsmaßnahmen in diesem Grenzbereich, kann sich der Verletzer im Ergebnis nicht auf eine ihm erteilte günstige Rechtsauskunft berufen. Die Rspr. tendiert dazu, bereits die Einholung einer Rechtsauskunft dahin zu interpretieren, daß der Verletzer die rechtliche Bedenklichkeit seines Handelns gekannt habe (BGH aaO – *Goldene Karte I*). Holt er freilich keine Rechtsauskunft ein, gereicht ihm dies erst recht zum Verschulden. Diese Ungereimtheit läßt erkennen, daß die Gerichte häufig nur nach einem „Aufhänger“ für einen Schuldvorwurf suchen. Im Grunde kommt es der Rspr. offenbar und mit Recht nur darauf an, ob bei objektiver Würdigung der Rechtslage unter besonderer Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der geplanten Werbemaßnahme bestanden, maW ob der Verletzer mit der Möglichkeit rechnen mußte, daß die Gerichte sein Handeln als rechtswidrig ansehen¹⁵⁷. Günstige, aber die objektive Rechtslage bzw. Zweifelhafte der Rechtslage nicht richtig wiedergebende Rechtsauskünfte können den Verletzer in diesem Fall nicht exkulpieren. Sie dienen lediglich der Vorbereitung der unternehmerischen Entscheidung, können aber dem Unternehmer nicht das Entscheidungsrisiko abnehmen. Verläßt er sich darauf, handelt er auf eigenes Risiko. Ihm steht ggf. der Regreß gegen den Rechtsberater offen. Durch diese strenge Beurteilung wird auch der innovatorische Wettbewerb nicht unangemessen behindert. Denn es geht nicht darum, einen Unternehmer am Betreten von Neuland zu hindern, sondern ihm das volle Haftungsrisiko aufzubürden, wenn er in rechtlich zweifelhaftem Terrain operieren will.

283 Bei der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung nimmt die neuere Rspr. teilweise einen mildereren Standpunkt ein.¹⁵⁸ Sie begründet dies mit den Besonderheiten der rechtlichen Stellung und der tatsächlichen Lage des Schutzrechtsinhabers, der zur Wahrung seines Rechts zu Verteidigungsmaßnahmen genötigt sein könne. Würde man nämlich insoweit allzustrenge Sorgfaltsmaßstäbe anlegen, hieße dies den (vermeintlichen) Schutzrechtsinhaber mit untragbaren, weil unübersehbaren Risiken belasten. Damit würde aber gleichzeitig der gesetzliche Schutz dieser Rechte und der dahinter stehenden Leistung entwertet. Im Unterschied dazu sei das Risiko, das der Schutzrechts-

¹⁵⁷ Ähnlich BGH WuW/E BGH 2341, 2346 – *Taxizentrale Essen*: „Wer seine Interessen trotz zweifelhafter Rechtslage auf Kosten fremder Rechte wahrnimmt, trägt grundsätzlich das Risiko einer unzutreffenden rechtlichen Beurteilung und handelt, wenn seine Beurteilung nicht zutrifft, im Zweifel schuldhaft“. – Vgl. weiter BGHZ 89, 296, 303.

¹⁵⁸ Zur älteren, strengeren Rspr. BGHZ 38, 200 = GRUR 1963, 255 m. Anm. Moser v. Filseck; umfangreiche Nachweise und Kritik bei Horn GRUR

1971, 442, 447 f; Hopt, Schadensersatz aus unberechtigter Verfahrenseinleitung, 1968. – Aus der neueren Rspr. vgl. BGHZ 62, 29 – *Maschenfester Strumpf* = GRUR 1974 290 = JZ 1974 617 m. Anm. Blaurock; BGH GRUR 1976, 332 – *Brombeerleuchte*; BGH GRUR 1981, 286 – *Goldene Karte I*; aus der Literatur vgl. Lindacher ZHR 144 (1980) 350; Sack WRP 1976, 733 und rechtsvergleichend Doki GRUR Int. 1985, 641.

verletzer laufe, geringer, weil sich seine etwaige Schadensersatzpflicht in überschaubaren Grenzen halte (vgl. BGHZ 62, 29, 35 = BGH GRUR 1974, 290 – *Maschenfester Strumpf*). Völlig unbedenklich ist diese Unterscheidung zwischen Verwarner und Verletzer allerdings nicht: was das angeblich unübersehbare Risiko des Verwarners angeht, ist auf § 254 Abs. 1 BGB (vgl. BGH WRP 1965, 97, 191 – *Kaugummikugeln*) und auf § 254 Abs. 2 S. 1 BGB hinzuweisen (vgl. dazu treffend *Teplitzky* Kap. 30 Rdn. 28). Auch bewirkt jede Haftungsverneinung aufgrund milderer Sorgfaltsanforderungen, daß erstens der zu Unrecht Verwarnte auf seinem Schaden sitzen bleibt und zweitens ein Bestandsschutz auf Kosten eines an sich rechtmäßigen imitatorischen Wettbewerbs gewährt wird. Die Sorgfaltsanforderungen dürfen daher jedenfalls nicht allzusehr abgesenkt werden. Gleichzeitig sollte noch stärker die Mitverantwortlichkeit des Verwarnen nach § 254 BGB betont werden. Der Schutzrechtsinhaber kann sein Risiko auch dadurch mindern, daß er den Gegner nicht unmittelbar verwarnt, sondern lediglich auf die aus seiner Sicht gegebene rechtliche Bedenklichkeit seines Tuns und auf die mögliche Schadensersatzpflicht hinweist. – Im einzelnen gilt nach der neueren Rspr.: Die in Streitigkeiten über gewerbliche Schutzrechte und Urheberrechte stets gegebene Möglichkeit, daß das beanspruchte Schutzrecht keinen Bestand hat, reicht für ein Verschulden nicht aus. Vielmehr müssen die möglichen Zweifel an der Rechtslage einen konkreten Bezugspunkt haben, der vom Verwarner hätte beachtet werden können (BGHZ 62, 29, 36/37 = BGH GRUR 1974, 290 – *Maschenfester Strumpf*). Ein Verschulden ist dann zu verneinen, wenn der Verwarner sich durch eine gewissenhafte Prüfung und auf Grund vernünftiger und billiger Überlegungen die Überzeugung verschafft hat, sein Schutzrecht werde beständig sein. Dazu muß der Verwarner alles tun, was ihm billigerweise zumutbar ist, um zu einer objektiv richtigen Beurteilung der Rechtslage zu gelangen. Insbesondere darf er sich nicht auf sein eigenes Urteil verlassen, sondern muß fach- und rechtskundigen Rat einholen. Andererseits darf er sich nicht blind auf diesen Rat verlassen, sondern muß auch sein eigenes fachliches Wissen in die Prüfung einbringen (BGH aaO – *Maschenfester Strumpf*). Fahrlässigkeit ist dann zu bejahen, wenn der Verwarner begründeten Anlaß hatte, die Beurteilung seines Beraters anzuzweifeln (BGH GRUR 1976, 715, 717 – *Spritzgießmaschine*). – Erhöhte Sorgfaltsanforderungen bestehen, wenn es sich um Schutzrechte handelt, die anders als das Patent ohne Prüfung ihrer materiellen Schutzvoraussetzungen zum Entstehen gelangen, wie Gebrauchsmuster-, Geschmacksmuster- und Urheberrecht (BGHZ 62, 29, 35 = BGH GRUR 1974, 290 – *Maschenfester Strumpf*; BGH GRUR 1979, 332, 333 – *Brombeerleuchte*). Nicht unberücksichtigt kann auch bleiben, ob auf seiten des Verwarners oder des Verwarnen eine größere wirtschaftliche oder rechtliche Erfahrung vorliegt (BGHZ 62, 29, 38 = BGH GRUR 1974, 290 – *Maschenfester Strumpf*). Das gleiche gilt für vorläufige Schutzrechte.

Im übrigen unterscheidet die Rspr. zwischen der Hersteller- und der Abnehmerverwarnung. Wegen der besonderen Gefährlichkeit der an den Abnehmer gerichteten Verwarnung für den Hersteller, fordert die Rspr. bei der Abnehmerverwarnung eine besonders sorgfältige Prüfung der Rechtslage sowie eine Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Zur Abnehmerverwarnung dürfe der Schutzrechtsinhaber erst schreiten, wenn die Herstellerverwarnung erfolglos geblieben sei oder im Einzelfall ausnahmsweise unangebracht erscheine (BGH aaO – *Brombeerleuchte*). 284

Bei sonstigen Verwarnungen, wie z. B. wegen Verletzung eines Ausstattungsrechts (vgl. BGH GRUR 1977, 805 – *Klarsichtverpackung*), eines Firmenrechts oder eines Alleinvertriebsrechts (vgl. BGH WRP 1965, 97 – *Kaugummikugeln*), spielt es eine 285

Rolle, inwieweit der Verwarner oder der Verwarnte dem Sachverhalt näher steht und ihn besser zu beurteilen vermag (vgl. BGH WRP 1965, 97, 99 – *Kaugummikugeln*).

- 286** Bei der Verletzung von **Kennzeichnungen** liegt Verschulden vor, wenn der Verletzer sich vor Ingebrauchnahme der Kennzeichnung nicht so weitgehend informiert, wie dies nach den Umständen des Falls möglich und zumutbar ist (vgl. BGH GRUR 1971, 251 – *Oldtimer*; 1974, 735, 737 – *Pharmamedan*; Ullmann GRUR 1978, 615, 622). Unzumutbar ist beispielsweise eine Umfrage bei sämtlichen Handelsregistern (BGH aaO *Pharmamedan*). Zu den Sorgfaltsanforderungen des Handels hinsichtlich der „Markenpiraterie“ (vgl. BGH GRUR 1987, 520, 522 – *Chanel No. 5 I*; 1987, 524, 525 – *Chanel No. 5 II*).
- 287** Bei der Verletzung von **Gebrauchsmusterrechten** ist ein Verschulden zu bejahen, wenn der Benutzer mit dessen Schutzfähigkeit rechnete oder rechnen mußte (vgl. hierzu BGH GRUR 1977, 257 – *Kunststoffhohlprofil I*; Ullmann GRUR 1978, 615).
- 288** Bei der **Patentverletzung** ist dem Verletzer ein Irrtum über die Rechtsbeständigkeit und den Schutzzumfang in der Regel als vermeidbar vorzuwerfen (vgl. BGH aaO – *Kunststoffhohlprofil I*; Ullmann GRUR 1978, 615).
- 289** c) **Nachträgliches Verschulden.** aa) **Schuldhaftes Fortsetzung rechtswidrigen Handelns.** Hat der Verletzer ursprünglich schuldlos gehandelt, treten aber später Umstände ein, auf Grund derer er die Rechtswidrigkeit seines Handelns erkennt oder erkennen muß, so haftet er auf Schadensersatz, wenn er sein Handeln gleichwohl fortsetzt. Hauptfall dieses sog. **nachträglichen Verschuldens** (*Teplitzky* Kap. 30 Rdn. 21) ist die Aufklärung des Verletzers durch Abmahnung oder Verwarnung. Allerdings macht eine solche Abmahnung den Verletzer nicht notwendig bösgläubig. Vielmehr kommt es darauf an, ob dadurch für den Verletzer eine ihm ungünstige Beurteilung durch die Gerichte erkennbar oder vorhersehbar wird, ob ihm maW zusätzliche Informationen über die Rechtslage zuteil werden. Eine andere Frage ist, ab welchem Zeitpunkt Verschulden vorliegt. Hier wird man nicht generell auf den Zeitpunkt des Zugangs der Abmahnung, sondern auf die Umstände des Einzelfalls abstellen müssen (vgl. BGH GRUR 1974, 735, 737 – *Pharmamedan*; Malzer GRUR 1974, 697, 699; *Teplitzky* Kap. 30 Rdn. 22), ggf. ist also dem Verletzer noch eine Prüfungsfrist zuzubilligen. Ebenfalls nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt sich, ob dem Verletzer Vorsatz oder grobe oder leichte Fahrlässigkeit zur Last fällt (vgl. BGH GRUR 1960, 137, 143 – *Astra*; BGHZ 60, 206 = GRUR 1973, 375, 376 – *Miss Petite*).
- 290** bb) **Schuldhaftes Unterlassen der Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands.** Hat der Verletzer schuldlos einen Zustand geschaffen, zu dessen Beseitigung er verpflichtet ist, so haftet er jedenfalls bei schuldhafter Verzögerung (§§ 284, 285 BGB) der Beseitigung auf Schadensersatz nach § 286 Abs. 1 BGB. Darüber hinaus kommt bei schuldhaft pflichtwidrigem Unterlassen (im Hinblick auf vorangegangenes gefahr begründendes Tun) eine originäre Schadensersatzhaftung nach Deliktsgrundsätzen in Betracht (vgl. *Henckel* AcP 174 (1974) 97, 130 ff). So haftet beispielsweise bei der unberechtigten Schutzverwarnung der Verwarner aus § 823 Abs. 1 BGB, wenn die Verwarnung zwar in unverschuldetem Rechtsirrtum erfolgte, aber der Verwarner später die Rechtswidrigkeit seines Handelns erkennt oder erkennen muß, aber es gleichwohl unterläßt, die Verwarnung zu widerrufen (BGHZ 71, 86, 93 = GRUR 1978, 492 – *Fahrradgepäckträger II*).

6. Mitverschulden

- 291** Das Mitverschulden des Verletzten (§ 254 BGB) ist auch bei wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzansprüchen zu berücksichtigen (*Baumbach/Hefermehl* Einl. UWG Rdn.

388). Mitverschulden liegt dann vor, wenn der Verletzte diejenige Sorgfalt außer acht läßt, die jedem ordentlichen und verständigem Menschen obliegt, um sich selbst vor Schaden zu bewahren (vgl. BGHZ 9, 316, 318; *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., § 254 BGB Rdn. 12). Bei der Prüfung ist zunächst das **Ausmaß der Verursachung** zu ermitteln, also zu fragen, mit welchem Grad an Wahrscheinlichkeit die Verhaltensweisen von Verletzer und Verletztem die Rechts- oder Rechtsgutverletzung und den Schaden herbeigeführt haben (vgl. BGH NJW 1963, 1449). Die zeitliche Abfolge des Verhaltens spielt dabei keine Rolle (vgl. BGH GRUR 1964, 392, 396 – *Weizenkeimöl*), insbesondere darf auch berücksichtigt werden, daß das Verhalten des Verletzten erst den Entschluß des Verletzers herbeigeführt hat (BGH aaO). Sodann ist der **Grad des Verschuldens** zu berücksichtigen, wobei gegenüber Vorsatz des Verletzers Fahrlässigkeit des Verletzten grundsätzlich außer Betracht bleibt (BGH ZIP 1984, 160). Auf seiten des Verletzten muß **Verschuldensfähigkeit** iS der §§ 827, 828 BGB gegeben sein (hM, z. B. *Larenz SchuldR I* § 31 I a). Im einzelnen ist zu unterscheiden.

a) **Mitwirkendes Verschulden bei der Schadensverursachung (§ 254 Abs. 1 BGB).** 292
Mitwirkendes Verschulden ist möglich bei der unberechtigten Verwarnung, wenn der Verwarnte ohne weitere Prüfung der Rechtslage die Produktion oder den Vertrieb voreilig einstellt und dabei schuldhaft erkennt, daß die Verwarnung unbegründet ist (vgl. BGHZ 38, 200 = BGH GRUR 1963, 255, 259 – *Kindernähmaschinen*; WRP 1965, 97, 101 – *Kaugummikugeln*; GRUR 1979, 332, 337 – *Brombeerleuchte*).

Doch kommt es auf die Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf die Art und Weise der Verwarnung und ihre Begründung an. – Weiter ist mitwirkendes Verschulden möglich, wenn der Verletzer zu Abwehrzwecken handelt, dabei aber schuldhaft die Voraussetzungen der Abwehr erkennt oder das zulässige Maß überschreitet (vgl. BGH NJW 1977, 1818 zu § 231 BGB; *Teplitzky* Kap. 30 Rdn. 25).

b) **Mitwirkendes Verschulden durch Unterlassen der Warnung (§ 254 Abs. 2 S. 1 1. Alt BGB).** 293
Das mitwirkende Verschulden kann auch darin bestehen, daß der Verletzte es unterlassen hat, den Verletzer auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen. Dies ist insbesondere in den Fällen der Produktionseinstellung wegen unberechtigter Schutzrechtsverwarnung von Bedeutung (vgl. *Teplitzky* Kap. 30 Rdn. 28). Ferner in den Fällen sonstiger Wettbewerbsverletzungen, wenn der Verletzte mit seiner Warnung den Verletzer von seiner geplanten Verletzungshandlung hätte abhalten oder bei schon begangener Verletzung zu schadensverhindernden oder -mindernden Maßnahmen anhalten können (vgl. *Teplitzky* Kap. 30 Rdn. 29). Das Unterlassen der Warnung ist unbeachtlich, wenn der Verletzer die Schadensgefahr kannte oder erkennen konnte (vgl. BGH VersR 1953, 14) oder wenn der Verletzer die Warnung nicht beachtet hätte, wofür der Verletzte aber beweispflichtig ist (BGH DB 1956, 110).

c) **Mitwirkendes Verschulden durch Unterlassen der Schadensabwendung oder -minderung (§ 254 Abs. 2 S. 1 2. Alt. BGB).** 294
Der Verletzte hat alles ihm nach den Umständen des Einzelfalles Zumutbare zu tun, um den aus einer Rechts- oder Rechtsgutverletzung folgenden Schaden zu verhindern oder zumindest klein zu halten. Die Maßnahmen müssen aus der Sicht des Verletzten geeignet und erforderlich erscheinen. Dazu kann eine **Abmahnung** oder ein sonstiger Hinweis an den Verletzer gehören, sofern sich der Verletzte damit nicht seinerseits in die Gefahr begibt, sich haftbar zu machen, wie z. B. bei zweifelhafter Rechtslage. Eine Abmahnung zur Vermeidung gerichtlicher Schritte ist jedoch dann entbehrlich, wenn Eile geboten ist (vgl. OLG Frankfurt WRP 1970, 120, 122/123). Ggf. muß der Verletzte den Verletzer zur Überprüfung seiner Handlungsweise auffordern, wenn dazu Anlaß ist. Auch muß bei der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung des Herstellers der Verwarnte prüfen, ob er

dem in der Verwarnung liegenden Unterlassungsverlangen, dem er sich zunächst gebeugt hat, auch weiterhin nachkommen soll, wenn ihm neue Umstände bekannt werden (BGHZ 71, 86, 93 = BGH GRUR 1978, 492 – *Fahrradgepäckträger II*). Das gilt auch für die Abnehmerverwarnung, doch kann der Verwarner das Mitverschulden des Abnehmers nicht dem Hersteller entgegensetzen (BGH GRUR 1979, 332, 337 – *Brombeerleuchte*). Nach Beendigung der Produktionsunterbrechung muß sich der Verletzte im Rahmen des ihm Möglichen und Zumutbaren bemühen, den Einnahmeverlust auszugleichen, z. B. durch Überstunden (vgl. BAG NJW 1985, 2545).

- 295** Bei irreführender Werbung kann es für den Verletzten im Einzelfall geboten sein, den Schaden durch entsprechende und alsbaldige **Aufklärungsmaßnahmen** (z. B. Rundschreiben an Abnehmer; Gegenwerbung) zu minimieren (vgl. *Teplitzky* Kap. 30 Rdn. 31). Bei Presseangriffen kann es ein Mitverschulden darstellen, wenn der Verletzte von einer möglichen und unschwer durchsetzbaren **Gegendarstellung** absieht (vgl. BGHZ 66, 182, 193 ff = BGH GRUR 1976, 651 – *Der Fall Bittenbinder*; BGH GRUR 1979, 421, 423 – *Exdirektor*; OLG München WRP 1977, 662, 664). Der Verletzte kann die erforderlichen **Kosten** für die Maßnahmen der Schadensabwendung oder -minderung vom Verletzer als adäquat verursachten Schaden ersetzt verlangen (vgl. BGH GRUR 1990, 1012, 1015 – *Pressehaftung*), dies auch dann, wenn sie ohne sein Verschulden erfolglos blieben (vgl. BGH WM 1982, 1683). Zur Verzinsung der Aufwendungen und zur Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten vgl. §§ 256, 257 BGB.
- 296** d) **Einstehen für das Mitverschulden Dritter**. Nach § 254 Abs. 2 S. 2 BGB findet § 278 BGB entsprechende Anwendung. Dies gilt nach ganz hM nicht nur für die Fälle des § 254 Abs. 2 S. 1 BGB, sondern auch für das Mitverschulden bei der Haftungs begründung nach § 254 Abs. 1 BGB (vgl. nur *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., § 254 Rdn. 60). Doch setzt die Anwendung des § 278 BGB das Bestehen eines Schuldverhältnisses oder einer rechtlichen Sonderverbindung voraus (vgl. BGH NJW 1979, 973). Fehlt es daran, ist § 831 BGB analog anzuwenden (vgl. BGHZ 1, 248, 249; *Münch-Komm/Grunsky*, 2. Aufl., § 254 Rdn. 84; str., vgl. *Larenz SchuldR I* § 31 I d).

III. Inhalt und Umfang des Schadensersatzes

Literatur

Gottwald, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979; *Honsell/Harrer*, Entwicklungstendenzen im Schadensersatzrecht, JuS 1985, 161; *Jahr*, Schadensersatz wegen deliktischer Nutzungsentziehung – zu Grundlagen des Rechtsgüterschutzes und des Schadensersatzrechtes, AcP 183 (1983), 725; *Klauser*, Möglichkeit und Grenze richterlicher Schadensschätzung (§ 287 ZPO), JZ 1968, 167; *Köhler*, Abstrakte oder konkrete Berechnung des Geldersatzes nach § 249 Satz 2 BGB?, FS Larenz, 1983, 349; *Köndgen*, Ökonomische Aspekte des Schadensproblems – Bemerkungen zur Kommerzialisierungsmethode des Bundesgerichtshofs, AcP 177 (1977) 1; *Lehmann*, Juristisch-ökonomische Kriterien zur Berechnung des Verletzergewinns bzw. des entgangenen Gewinns, BB 1988, 1680; *Leisse/Traub*, Schadensschätzung im unlauteren Wettbewerb, GRUR 1980, 1, 9; *Pietzcker*, Richtlinien für die Bemessung von Schadensersatz bei der Verletzung von Patenten, GRUR Int. 1979, 343, 344; *Preu*, Richtlinien für die Bemessung von Schadensersatz bei Verletzung von Patenten, GRUR 1979, 753, 756; *Schraum*, Der Marktverwirrungsschaden, GRUR 1974, 617; *Schwanhäuser*, Schadensersatz im Wettbewerbsrecht, GRUR 1979, 834; *Steindorff*, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158 (1959/60) 431; *Teplitzky*, Die Durchsetzung des Schadensersatzzahlungsanspruchs im Wettbewerbsrecht, GRUR 1987, 215; *Ullmann*, Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzers im gesetzlichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1978, 615, 618.

1. Naturalherstellung und Geldersatz (§§ 249, 250 BGB)

- 297** Inhalt und Umfang des Schadensersatzes bestimmen sich nach den §§ 249 ff BGB, ergänzend nach den §§ 842 ff BGB. Grundsätzlich ist Schadensersatz durch **Naturalher-**

stellung zu leisten (§ 249 S. 1 BGB). Man spricht insoweit vom Vorrang des Integritätsinteresses vor dem Kompensationsinteresse (vgl. BGHZ 92, 85, 90 – *Unikat*). Das gilt auch im Wettbewerbsrecht. Die praktische Bedeutung der Naturalherstellung ist jedoch gering, weil die entsprechenden Maßnahmen regelmäßig bereits mit dem (verschuldensunabhängigen) Beseitigungsanspruch begehrt werden können (vgl. Rdn. 126). Ein Rückgriff auf § 249 S. 1 BGB ist aber dann unentbehrlich, wenn von der Beeinträchtigung keine fortwirkenden Störungen ausgehen, wie etwa bei der Vernichtung von Werbematerial eines Mitbewerbers. Hier kann dessen Neuherstellung verlangt werden. Das gleiche gilt, wenn die Störungsfortwirkung zweifelhaft ist, wie etwa bei Anlagen, die unter Verletzung von § 18 UWG hergestellt wurden (vgl. BGH GRUR 1958, 300, 301 – *Leuchtstoffröhrenanlage*). Dem Verletzer verbleibt aber der Einwand aus § 251 Abs. 2 S. 1 BGB (unverhältnismäßige Folgen) und er kann dann den Anspruch durch Geldzahlung abwehren (BGH aaO).

Nach § 249 S. 2 BGB kann im Falle der Verletzung einer Person oder der Beschädigung einer Sache anstelle der Naturalherstellung der dazu erforderliche Geldbetrag verlangt werden. Solche Fälle spielen im Wettbewerbsrecht kaum eine Rolle. Zu denken ist beispielsweise an die Beschädigung oder Beseitigung von Werbeaufschriften auf Sachen (vgl. BGH GRUR 1972, 558 – *Teerspritzmaschinen*). Doch ist eine analoge Anwendung auf all jene Fälle zu erwägen, in denen eine Naturalherstellung ganz oder teilweise möglich ist, dem Verletzten aber nicht zumutbar ist, sie dem Verletzer zu überlassen, wie dies der *ratio legis* (vgl. *Mugdan* I S. 1235) entspricht. So beispielsweise bei Maßnahmen zur Beseitigung einer **Persönlichkeitsverletzung**¹⁵⁹ oder einer **Marktverwirrung** (Zeitungsinserate, Rundschreiben usw.). Die Rspr. hat sich freilich insoweit dogmatisch nicht festgelegt, sondern neben dem Gesichtspunkt des § 249 S. 2 BGB auch den der **Ersparnisbereicherung** (dazu BGH GRUR 1962, 261) oder den des **Folgeschadens** in Betracht gezogen (vgl. BGHZ 66, 182, 192 = BGH GRUR 1976, 651 – *Der Fall Bittenbinder*; BGH GRUR 1979, 804, 805 – *Falschmeldung*), letzteren im Zusammenhang mit der **Pflicht zur Schadensabwendung** oder -minderung gem. § 254 Abs. 2 BGB (BGH aaO – *Falschmeldung*; BGHZ 70, 39, 42 = BGH GRUR 1978, 187 – *Alkoholtest*; GRUR 1990, 1012, 1015 – *Pressehaftung*). Indessen schließen sich § 254 Abs. 2 BGB und § 249 S. 2 BGB nicht aus: § 249 S. 2 BGB gibt dem Verletzten ein Recht auf Geldersatz, um ihm die Naturalherstellung zu ermöglichen; § 254 Abs. 2 BGB kann dem Verletzten gebieten, die Naturalherstellung vorzunehmen, um (weiteren) Schaden zu verhindern (zum Unterschied vgl. BGH NJW 1978, 2592). Der Unterschied zeigt sich, wenn der Verletzte die Naturalherstellung unterläßt oder verzögert. Den daraus resultierenden (weiteren) Schaden hat er nach § 254 BGB ganz oder teilweise selbst zu tragen. Doch bleibt sein Recht, nach § 249 S. 2 BGB Geldersatz zu verlangen, davon unberührt. – Bei aufklärenden Inseraten ist die Rspr. mit einem Anspruch auf Kostenerstattung zurückhaltend (vgl. BGH GRUR 1990, 1012, 1015 – *Pressehaftung mwN*). Sie betont den Grundsatz der Erforderlichkeit und gewährt Kostenerstattung nur bei entsprechender Schwere des Verstoßes und seiner Auswirkungen. Geht die Verletzung von einer Anzeige aus, so ist eine **Gegenanzeige** in der gleichen Zeitung jedenfalls insoweit geboten, als es sich um einen schweren Eingriff handelte und eine breite Öffentlichkeit erreicht wurde (BGH aaO). – Als weitere Beispiele einer Naturalherstellung durch den Verletzten kommen in Betracht: die Rückwerbung

298

¹⁵⁹ Für eine Anwendung des § 249 S. 2 BGB auch *Staud/Medicus*, 12. Aufl., § 249 Rdn. 214; *Münch-Komm/Grunsky*, 2. Aufl., § 249 Rdn. 13 a.

eines wettbewerbswidrig abgeworbenen Mitarbeiters oder Kunden; die Wiederaufnahme der Produktion nach einer unberechtigten Schutzrechtsverwarnung; das Herauskaufen von Waren, die unter wettbewerbswidriger Verletzung einer Vertriebsbindung auf den Markt gebracht wurden.

299 Nach der hM¹⁶⁰ ist der Verletzte, abgesehen von Gesundheitsschäden, in der Verwendung des Geldbetrages frei. Der Verletzte kann demnach den erforderlichen Geldbetrag verlangen, ohne ihn zur Naturalherstellung verwenden zu müssen. Im Grunde handelt es sich hierbei um eine abstrakte Schadensberechnung. Aber auch wenn man richtigerweise eine Dispositionsfreiheit verneint¹⁶¹ und den Verletzten bei Unterlassen der Naturalherstellung auf einen Anspruch nach § 251 Abs. 1 BGB beschränkt, gibt die Anwendung des § 249 S. 2 BGB zumindest einen verlässlichen Maßstab zur Ermittlung des geschuldeten Geldbetrages. Erforderlich ist der Betrag, den ein verständiger, wirtschaftlich denkender Mensch in der Lage des Verletzten für zweckmäßig und notwendig halten durfte (vgl. BGH NJW 1985, 2637, 2638), wobei wiederum der Rechtsgedanke des § 254 BGB sinngemäß zu berücksichtigen ist (BGH NJW 1985, 793, 794; 1985, 2637, 2638; 1985, 2639). Im Rahmen des Zumutbaren ist also der wirtschaftlichste Weg zu wählen. Maßgebend ist der Zeitpunkt, in dem die Maßnahme zu treffen war (Betrachtung „ex ante“; BGH aaO – *Der Fall Bittenbinder*). Das sog. Prognoserisiko, also das Risiko, daß die Maßnahme wider Erwarten erfolglos bleibt oder daß sich später einfachere Möglichkeiten der Abhilfe zeigen, hat folglich der Verletzer zu tragen.¹⁶² Die Beweislast für die Erforderlichkeit einer Maßnahme trifft den Verletzten (BGH NJW 1985, 793, 794).

300 Das Vorgehen nach § 249 S. 2 BGB hat den Vorteil, daß es einer exakten Ermittlung des eingetretenen Vermögensschadens nicht bedarf. Zwar setzt § 251 Abs. 2 S. 1 BGB eine Grenze insoweit, als der Verletzer den Verletzten in Geld entschädigen darf, wenn die Naturalherstellung nach § 249 S. 1 oder S. 2 BGB nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist (dazu BGH NJW 1985, 793; JZ 1988, 407, 409). Doch trifft den Verletzer die Beweislast für die Unverhältnismäßigkeit der Aufwendungen (vgl. *Staud/Medicus*, 12. Aufl., § 251 Rdn. 29). Letztlich kann also der Verletzer den Anspruch nicht abwehren, wenn der Umfang des Vermögensschadens sich nicht ermitteln läßt.

301 Hat der Verletzte Maßnahmen zur Schadensbeseitigung bzw. -verhütung getroffen, die über das erforderliche Maß hinausgehen (vgl. BGHZ 70, 39, 46 = BGH GRUR 1978, 187 – *Alkoholtest*), kann er gleichwohl die Erstattung der Kosten für erforderliche Aufwendungen verlangen (BGH aaO – *Alkoholtest*). Keinen Ersatz gibt es für Maßnahmen, die von vornherein ungeeignet zur Schadensbeseitigung sind (BGH GRUR 1979, 804, 806 – *Falschmeldung*).

Das Vorgehen nach § 249 S. 2 BGB schließt die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht aus, wie sich aus § 251 Abs. 1 BGB („zur Entschädigung... nicht genügend“) ergibt.

¹⁶⁰ Vgl. BGH NJW 1985, 1222; *MünchKomm/Grunsky*, 2. Aufl., § 249 Rdn. 17; *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., § 249 Rdn. 4.

¹⁶¹ Vgl. *Esser/Schmidt Schuldrecht I*, 6. Aufl., § 32 I 2 a; *Jauernig/Teichmann*, 5. Aufl., § 249 Anm. 2 a; *Larenz Schuldrecht I*, 13. Aufl., § 28 I 1; *Köhler FS Larenz*, 1983, 349; *Honsell/Harrer JuS* 1985, 161. – Auch nach dieser Ansicht kann der erforderliche

Geldbetrag allerdings im voraus (als Voranschuß) verlangt werden, jedoch ist darüber abzurechnen (vgl. *Köhler aaO*).

¹⁶² St. Rspr.; vgl. RGZ 99, 172, 184; BGHZ 63, 182, 185; BGH NJW 1978, 2592; 1985, 793, 794 sowie die Nachw. bei *Staud/Medicus*, 12. Aufl., § 249 BGB Rdn. 224.

Unabhängig davon, ob im Einzelfall das Wahlrecht des Verletzten nach § 249 S. 2 BGB gegeben ist, steht ihm die Möglichkeit offen, nach § 250 BGB vorzugehen (ebenso *Leisse/Traub* GRUR 1980, 1, 8 Fn. 84). Er kann also dem Verletzer eine angemessene Frist zur Naturalherstellung, verbunden mit einer Ablehnungsandrohung, setzen und nach Fristablauf Geldersatz nach Maßgabe des § 249 S. 2 BGB verlangen (hM; vgl. nur *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., § 250 Rdn. 3). 302

2. Geldentschädigung (§§ 251, 252 BGB)

a) **Vermögensschaden.** Während bei der Naturalherstellung (Restitution) nach § 249 S. 1 und 2 BGB ein Vermögensschaden nicht vorausgesetzt wird, kann eine Geldentschädigung (Kompensation) nach §§ 251, 252 BGB grundsätzlich nur im Falle eines Vermögensschadens verlangt werden (arg. § 253 BGB). 303

aa) **Die Ermittlung des Vermögensschadens nach der Differenzhypothese.** Ausgangspunkt für die Berechnung des Vermögensschadens ist die sog. Differenzhypothese.¹⁶³ Danach sind zwei Vermögenslagen zu vergleichen: die reale, wie sie sich aufgrund des haftungsbegründenden Ereignisses ergeben hat, und die hypothetische, wie sie ohne dieses Ereignis sich ergeben hätte. Die Differenz hieraus ist der Vermögensschaden. Schwierigkeiten ergeben sich allerdings bei der Bestimmung des hypothetischen Kausalverlaufs. Soll beispielsweise bei einer wettbewerbswidrigen Pressekritik die hypothetische Vermögenslage danach bestimmt werden, wenn die Kritik überhaupt unterblieben wäre oder danach, wenn sie im sachlich zulässigen Maß erfolgt wäre? (vgl. BGH GRUR 1964, 392, 396 – *Weizenkeimöl*). Richtigerweise kommt es darauf an, ob sich von der fraglichen Handlung der wettbewerbswidrige Teil ohne weiteres abtrennen läßt (vgl. *Borck* WRP 1986, 1, 4). Steht fest, daß bereits der zulässige Teil der Äußerung für sich allein mit Sicherheit den Schaden herbeigeführt hat, so entfällt ein Schadensersatzanspruch. Ist umgekehrt der Schaden auf den unzulässigen Teil der Äußerung zurückzuführen, so kann sich der Verletzer nicht darauf berufen, der Schaden wäre auch dann eingetreten, wenn er sich bei seiner Äußerung im Bereich des Zulässigen gehalten hätte. Denn es darf nur das wettbewerbswidrige Verhalten hinweggedacht werden, nicht aber ein rechtmäßiges Handeln hinzugedacht werden (insoweit Problematik des Einwands des rechtmäßigen Alternativverhaltens; dazu Rdn. 271). Besteht der Wettbewerbsverstoß im Unterlassen eines aufklärenden Zusatzes, muß allerdings nach den allgemeinen Regeln der Kausalität des Unterlassens die pflichtgemäße Handlung, also der aufklärende Zusatz, hinzugedacht werden, um den hypothetischen Kausalverlauf zu ermitteln (richtig BGH GRUR 1966, 92 – *Bleistiftabsätze* – m. Anm. *Krieger*). Lassen sich wettbewerbsrechtlich zulässige und unzulässige Bestandteile einer Äußerung nicht trennen, muß die gesamte Äußerung hinweggedacht werden, um den Schaden zu ermitteln. 304

Der Nachweis des hypothetischen Kausalverlaufs und damit des Entstehens und Umfangs des Schadens wird dem Verletzten durch § 287 ZPO erleichtert.

bb) **Normative Korrekturen der Differenzhypothese.** Die Differenztheorie gibt keine Antwort darauf, ob und wieweit Rechnungsposten in den Vermögensvergleich eingesetzt werden dürfen. Insoweit ist eine wertende, an den Schutzfunktionen des Haftungsrechts ausgerichtete Betrachtung erforderlich. Dies kann dazu führen, daß ein Vermögensschaden auch dann zu bejahen ist, wenn er nach der Differenzhypothese zu verneinen wäre. 305

¹⁶³ Vgl. BGHZ 71, 234, 236; 74, 231, 233; 75, 366, 371; 86, 128, 130; BGH NJW 1985, 2545; 1986, 2037, 2938; 1987, 51; *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., Vor-

bem v. § 249 Rdn. 8; *Staud/Medicus*, 12. Aufl., § 249 Rdn. 126; grundsätzlich auch *Larenz*, Schuldrecht I, 13. Aufl., § 29 I a.

306 Einen ersatzfähigen Vermögensschaden ohne Vorliegen einer rechnerischen Vermögensdifferenz hat die Rspr. bislang in drei Fallgruppen bejaht.

(1) **Entlastende Drittbeziehungen des Verletzten.** Zuwendungen Dritter („Vorteilsanrechnung“) oder Schadensverlagerung auf Dritte („Drittchadensliquidation“) bleiben bei der Schadensberechnung außer Betracht, wenn dies zu einer zweckwidrigen Entlastung des Schädigers führte.¹⁶⁴

(2) **Entzogene Gebrauchsvorteile.** Der Verlust von Gebrauchsvorteilen einer Sache kann, auch wenn dem Verletzten keine zusätzlichen Kosten entstehen oder Einnahmen entgehen, einen Vermögensschaden darstellen.¹⁶⁵ Maßgebend dafür ist aber nicht allein, ob der entzogene Vorteil auf dem Markt für Geld erworben werden kann (so die **Kommerzialisierungsthese**¹⁶⁶) oder ob dafür getätigte Aufwendungen entwertet werden (so die **Frustrationsthese**¹⁶⁷).

(3) **Verletzung von Immaterialgüterrechten.** Bei Immaterialgüterrechten mit Ausschließlichkeitscharakter und vergleichbaren Rechtspositionen kann der Verletzte, anstatt den ihm entstandenen Schaden geltend zu machen, eine **angemessene Lizenzgebühr** oder den **Verletzergewinn** beanspruchen.¹⁶⁸ Begründet wird dies mit der besonderen Verletzlichkeit dieser Rechte und dem entsprechenden besonderen Schutzbedürfnis des Verletzten. Die Abschöpfung unrechtmäßig erlangter Vermögensvorteile rechtfertigt sich aus der Billigkeitserwägung, daß der Verletzer solcher Rechte nicht besser stehen solle, als er bei ordnungsgemäß nachgesuchter und erteilter Erlaubnis durch den Rechtsinhaber gestanden hätte. Dazu näher Rdn. 321 ff. – Eine **Ausweitung** dieser Rspr. auf alle sonstigen absolut geschützten Rechtsgüter mit Zuweisungsgehalt (z. B. **Eigentum**) mit Folge einer hypothetischen Schadensberechnung auf der Grundlage eines fiktiven Nutzungsentgelts wird abgelehnt.¹⁶⁹

307 b) **Positiver Schaden und entgangener Gewinn.** Der zu ersetzende Schaden umfaßt sowohl die eingetretene Vermögensminderung (**positiver Schaden; damnum emergens**) als auch die vereitelte Vermögensmehrung (**entgangener Gewinn; lucrum cessans**). Das ergibt sich bereits aus dem Grundsatz des § 249 S. 1 BGB, wonach der Zustand herzustellen ist, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. § 252 S. 1 BGB stellt insofern nur klar, daß auch der entgangene Gewinn zu ersetzen ist. Aus diesem Grunde ist auch die uU schwierige Abgrenzung zwischen beiden Schadensarten ohne praktische Bedeutung (vgl. *Staud./Medicus*, 12. Aufl., § 252 BGB Rdn. 6). Der Begriff des „Gewinns“ ist dabei nicht notwendig im Sinne eines Reingewinns zu verstehen, sondern umfaßt alle entgangenen Einnahmen, mögen sie auch nur Kostendeckungsbeiträge sein (vgl. BAG NJW 1985, 2545). Nicht zu ersetzen ist ein Gewinn, der nur **unrechtmäßig**, etwa durch unlautere Werbung, zu erzielen gewesen wäre (vgl. BGHZ 15, 356, 359 – *Progressive Kundenwerbung*; BGH GRUR 1964, 392, 396 – *Weizenkeimöl*; BGHZ 75, 366, 368; BGH GRUR 1981, 269 – *Fotoartikel*). Ein bloßer Verstoß gegen Ordnungsvorschriften (z. B. Nichteinholung einer Genehmigung) schadet dagegen nicht (BGH LM Nr. 3 zu § 252 BGB).

¹⁶⁴ Vgl. BGHZ 54, 45, 51; 50, 304, 306; 51, 109, 111.

¹⁶⁵ Grundlegend BGHZ (GSZ) 98, 212, 216, 228 f. mwN.

¹⁶⁶ Für sie z. B. BGHZ 76, 179, 184 f.; *MünchKomm/Grunsky*, 2. Aufl., Vor § 249 BGB Rdn. 12 b. – Dagegen insbes. BGH NJW 1986, 2037, 2040 mwN.

¹⁶⁷ Für die z. B. *Esser/Schmidt*, Schuldrecht I, § 31 III; *Köndgen AcP* 177 (1977) 1. – Dagegen insbes. BGHZ 71, 234, 237; BGH NJW 1986, 2037, 2042; *Staud./Medicus*, 12. Aufl., § 249 BGB Rdn. 128.

¹⁶⁸ Vgl. BGHZ 57, 116, 118 f. = BGH GRUR 1972, 189 – *Wandsteckdose II*; BGHZ 60, 206, 209 = BGH GRUR 1973, 375 – *Miss Petite*; vgl. auch § 16 Rdn. 495 ff.

¹⁶⁹ Vgl. BGHZ 91, 20, 19; BGH NJW 1986, 2037, 2039; a.A. noch BGH NJW 1963, 2020; *Jahr AcP* 183 (1983) 760.

c) **Der Nachweis des entgangenen Gewinns.** Die eigentliche Schwierigkeit bei der Geltendmachung des entgangenen Gewinns liegt im Nachweis durch den Verletzten. Dieser Nachweis verlangt eine Darlegung hypothetischer Kausalverläufe. Je komplexer das Marktgeschehen und je vielfältiger die Faktoren seiner Beeinflussung sind, desto schwerer wird naturgemäß der Nachweis eines bestimmten Kausalverlaufs. Darin liegt die *crux* des wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruchs (vgl. *Teplitzky* Kap. 34 Rdn. 12). Ausgangspunkt ist § 252 S. 2 BGB. Danach gilt als entgangen der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Diese Vorschrift verschafft dem Verletzten eine **Beweisleichterung** hinsichtlich des durch das Schadensereignis abgebrochenen Kausalverlaufs.¹⁷⁰ Eine materiell-rechtliche Begrenzung des Schadensersatzes auf den Gewinn, der im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses nach dem Urteil eines sachkundigen Beobachters mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war¹⁷¹, ist damit nicht verbunden (vgl. nur *Staud/Medicus*, 12. Aufl., § 252 BGB Rdn. 2, 5). Der Verletzte kann also auch einen im Zeitpunkt des Schadensereignisses unwahrscheinlich anmutenden entgangenen Gewinn geltend machen, wenn er dafür den vollen Beweis führt (vgl. *Lange* Schadensersatz, 1979, § 6 X 1). Bei der Bemessung können auch nach dem Schadensereignis gefaßte unternehmerische Entschlüsse zu berücksichtigen sein, sofern sie nicht lediglich darauf abzielen, höheren Schadensersatz zu verlangen (vgl. BGHZ 74, 221, 224 zum Arbeitnehmer). Dem Verletzer steht der **Gegenbeweis** offen, daß im konkreten Fall kein oder nur ein niedrigerer Gewinn angefallen wäre (BGHZ 29, 393, 398; BAG NJW 1985, 2545).

Im einzelnen gilt für den Nachweis des entgangenen Gewinns: Der Verletzte braucht den entgangenen Gewinn nicht genau zu belegen, er braucht auch nicht darzulegen, ob und welcher Kunde zum Verletzer gewechselt ist (BGH GRUR 1990, 687, 689 – *Anzeigenpreis II*). Davon enthebt ihn sowohl § 252 S. 2 BGB als auch § 287 ZPO, wonach das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung entscheidet, wie hoch ein zwischen den Parteien streitiger Schaden ist.¹⁷² Andererseits genügt es nicht, daß sich der Verletzte auf den vom Verletzer erzielten Gewinn beruft, vielmehr muß er darlegen, daß er selbst diese Gewinne erzielt hätte (vgl. BGH GRUR 1962, 580, 583 – *Laux-Kupplung II*). Denn im allgemeinen entspricht der vom Verletzer erzielte Umsatz nicht ohne weiteres der Umsatzeinbuße beim Verletzten und gibt daher auch keinen zuverlässigen Maßstab für die Schätzung des Schadens des Verletzten ab (BGH GRUR 1965, 313, 314 – *Umsatzauskunft*). Bei der richterlichen Schätzung nach § 287 ZPO können auch Umstände berücksichtigt werden, die der Verletzte gar nicht vorgetragen hat¹⁷³. Desgleichen darf sich das Gericht auf Erfahrungssätze stützen. So soll es der Lebenserfahrung entsprechen, daß eine unlautere Wettbewerbsbehandlung die Mitbewerber schädigt.¹⁷⁴ Ist das Entstehen eines Schadens erwiesen bzw. das Gericht

¹⁷⁰ Ganz hM, vgl. BGHZ 74, 221, 224; 98, 212, 219; *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., § 252 BGB Rdn. 2; *MünchKomm/Grunsky*, 2. Aufl., § 252 BGB Rdn. 8.

¹⁷¹ So aber *Soergel/Schmidt*, 9. Aufl., §§ 249 – 253 BGB 41 ff; vgl. auch *Steindorff AcP* 158 (1959/60) 431, 461. – Materiell-rechtliche Bedeutung hat § 252 S. 2 BGB nur insoweit, daß bereits die Wahrscheinlichkeit ausreicht, um die Ersatzpflicht zu begründen (vgl. *Gottwald* S. 136).

¹⁷² Zum Verhältnis beider Vorschriften zueinander vgl.

MünchKomm/Grunsky, 2. Aufl., § 252 BGB Rdn. 8; *Klauser JZ* 1968, 168; insbes. aber *Gottwald* S. 135 ff.

¹⁷³ Vgl. BGH NJW 1964, 589 f; WM 1980, 466 f; KG WuW/E OLG 2452, 2455 – *Meierei-Zentrale*; *Teplitzky* GRUR 1987, 215, 217, Fn. 23 mwN

¹⁷⁴ Vgl. BGH GRUR 1960, 554, 556 – *Handstrickverfahren*; 1964, 686, 690 – *Glockenpackung II*; 1972, 180, 183 – *Cheri*; 1974, 735, 736 – *Pharmamedan*; Ur. v. 26. 4. 1990 – 1 ZE 71/88 – *Anzeigenpreis I*.

davon überzeugt, muß es einen (Mindest-)Schaden nach § 287 ZPO schätzen, und zwar auch dann, wenn sich der Sachverhalt nicht voll aufklären läßt (KG WuW/E OLG 2452, 2455 – *Meierei-Zentrale*) bzw. wenn es – ohne Verschulden des Verletzten – an wirklich substantiellen Anhaltspunkten für eine solche Schätzung fehlt (*Teplitzky* GRUR 1987, 215, 217). Der zu schätzende Mindestschaden braucht dabei nicht an der Untergrenze des denkbaren Schadens zu liegen (*Teplitzky* aaO). Diese Betrachtung ist geboten, weil sie sich immer noch an der Ausgleichsfunktion des Schadensersatzrechts orientiert, mag auch der Präventions- und Sanktionsgedanke des Wettbewerbsrechts im Vordergrund stehen. Allerdings muß das Gericht seine Bemessungskriterien (z. B. Vergleichsfälle) angeben, will es sich nicht dem Vorwurf der Willkür aussetzen. Der Verletzte muß, soweit ihm dies möglich ist, dem Gericht Tatsachen unterbreiten, die ihm eine wenigstens im groben zutreffende Schätzung des entgangenen Gewinns ermöglichen (vgl. BGH GRUR 1962, 509, 513 – *Dia-Rähmchen II*; BGHZ 77, 16, 19 – *Tolbutamid* = GRUR 1980, 841). Dies gilt zunächst einmal für die **Umsatzentwicklung** nach Eintritt des schädigenden Ereignisses (vgl. *Leisse/Traub* GRUR 1980, 1, 9). Auskunft über die Umsatzzahlen des Verletzers kann im Regelfall nicht verlangt werden (vgl. BGH GRUR 1965, 313, 315 – *Umsatzauskunft*). Allerdings setzt ein Schadensersatzanspruch nicht voraus, daß erkennbare Umsatzeinbußen beim Verletzten und Umsatzsteigerungen beim Verletzer eingetreten sind (vgl. BGH GRUR 1964, 686, 690 – *Glockenpackung II*), weil insoweit auch die Entwicklung des Gesamtmarkts (Schrumpfung, Stagnation oder Wachstum) und die besonderen Verhältnisse bei den einzelnen Wettbewerbern zu berücksichtigen sind. Die Umsatzentwicklung beim Verletzer kann daher nur ein Anhaltspunkt, nicht aber alleinige Bemessungsgrundlage der Schadensschätzung sein (BGH GRUR 1965, 313, 315 – *Umsatzauskunft*; 1982, 489, 490 – *Korrekturflüssigkeit*). Was den **Gewinnentgang** (Reingewinn plus Kostendeckungsbeitrag) pro Wareneinheit angeht, genügt bei einem Mehrproduktunternehmen mit unterschiedlichen Erträgen nicht die Angabe eines Mittelwertes, vielmehr müssen produktbezogene Daten vorgelegt werden (BGHZ 77, 16, 19 = BGH GRUR 1980, 841 – *Tolbutamid*). Häufig scheidet der Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns daher daran, daß der Verletzte, aus welchen Gründen auch immer, seine betrieblichen Interna nicht darlegen will. Doch gibt es auch Fälle erfolgreicher Berechnung des entgangenen Gewinns (vgl. z. B. BGH GRUR 1979, 869 – *Oberarmschwimmringe*; OLG Hamburg, Urt. v. 26. 02. 1989 – 3 U 78/86, zit. bei *Teplitzky* GRUR 1989, 461, 465).

- 310** Für die Schadensberechnung bei der unzulässigen Produktwerbung wird vorgeschlagen, die Kosten der Verletzerwerbung mit dem Anteil des wettbewerbswidrigen Effekts der Werbung und dem prozentualen Marktanteil des Klägers zu multiplizieren (*Schwannhäuser* GRUR 1979, 834). Dem ist zwar nicht uneingeschränkt zuzustimmen, weil es keinen Erfahrungssatz dafür gibt, daß jede Werbung Gewinn, mindestens aber ihre Kosten hereinbringt (vgl. aber BGH GRUR 1987, 364, 365 – *Vier-Streifen-Schuh*). Der Ansatz ist jedoch dann brauchbar, wenn der Verletzte zusätzliche Tatsachen vorträgt, die die Wahrscheinlichkeit eines zumindest kostendeckenden Werbungserfolges belegen. Zur Frage, ob fiktive Marktentwerrungskosten als Mindestbetrag des entgangenen Gewinns geltend gemacht werden können, vgl. Rdn. 316. – Bei der Patentverletzung kann ein Schaden auch darin liegen, daß der Patentinhaber die Preise für sein Produkt zurücknehmen mußte.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Zur Berechnung des entgangenen Gewinn bei Patentverletzungen vgl. *Preu* GRUR 1979, 753, 756; *Kraßer* GRUR Int. 1980, 259, 261 ff; *Pietzcker*

GRUR Int. 1979, 343, 344; *Ullmann* GRUR 1978, 615, 618.

3. Einzelne Vermögensschäden

a) **Kosten der Rechtsverfolgung.** Zu den ersatzfähigen Schäden gehören auch die **311**
 Kosten der Rechtsverfolgung, weil sie, wenngleich auf einem Willensentschluß des Verletzten beruhend, adäquat durch die Verletzung verursacht sind. Als Kosten der Rechtsverfolgung sind anzusehen die Aufwendungen zur Klärung und Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs. Man spricht insoweit von einem unselbständigen **materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch**. Er steht grundsätzlich neben dem Anspruch aus §§ 91 ff ZPO.¹⁷⁶ Soweit sich allerdings beide Ansprüche decken, fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für eine entsprechende Klage (vgl. *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., § 249 BGB Rdn. 20). Die Aufwendungen müssen **erforderlich** gewesen sein (arg. § 254 Abs. 2 BGB). Keine Ersatzpflicht besteht für Aufwendungen, die der Verletzte zwar hätte machen können, aber nicht gemacht hat (BGH VersR 1970, 121). Als Schadensposten kommen in Betracht: die **Anwaltskosten** für eine **vorprozessuale Abmahnung** (BGH GRUR 1982, 489 – *Korrekturflüssigkeit*), ungeachtet der Streitfrage, ob sie auch nach §§ 683, 677, 670 BGB ersetzt verlangt werden können; die Anwaltskosten für die Bemühung um **Auskunftserteilung** über das Ausmaß der Verletzung, über die **Anerkennung einer Schadenersatzpflicht** und die **Leistung von Schadensersatz** (vgl. *Leisse/Traub* GRUR 1980, 1, 6); die Kosten eines **Sachverständigen** (vgl. *Teplitzky* Kap. 34 Rdn. 4); die Kosten eines **Rechtsgutachtens** (vgl. *Leisse/Traub* aaO). – Den **eigenen Arbeitsaufwand** kann der Verletzte grundsätzlich nicht ersetzt verlangen, weil die Mühewaltung bei der Feststellung und Abwicklung eines Schadensfalls zu seinem eigenen Pflichtenkreis gehört. Dies gilt auch für den Einsatz eigenen Personals, es sei denn, daß deren Arbeit den Rahmen **allgemeiner Verwaltungstätigkeit** überschreitet oder daß der Schadensfall die **Einstellung eines zusätzlichen Mitarbeiters** erfordert (vgl. BGH NJW 1969, 1109; 1977, 35; *Stoll* JZ 1977, 97). **Kreditkosten** zur Finanzierung der Rechtsverfolgung gehören ebenfalls zum ersatzfähigen Schaden.

b) **Der Marktverwirrungsschaden.** Über Inhalt und Tragweite der Begriffe „Marktverwirrungsschaden“, „Ansehensminderung“ bzw. „Diskreditierungsschaden“ wird noch diskutiert (vgl. allg. *Schramm* GRUR 1974, 617). Zweckmäßigerweise sind mehrere Fragestellungen zu unterscheiden. **312**

aa) **Begriff der Marktverwirrung und der Ansehensminderung.** Unter Marktverwirrung ist zu verstehen ein durch unlautere Wettbewerbsmaßnahmen herbeigeführter Zustand, der objektiv geeignet ist, die geschäftlichen Entschlüsse von Marktpartnern (Abnehmer, Lieferanten, Banken usw.) zugunsten des Verletzers und zu Ungunsten seiner Mitbewerber zu beeinflussen. Hand in Hand damit geht eine Ansehensminderung von Mitbewerbern, soweit durch die unlautere Wettbewerbsmaßnahme deren wettbewerbliches Erscheinungsbild, wie es durch Firma, Warenzeichen, Marktanteil und andere Faktoren bestimmt wird, in ein falsches Bild gerückt wird. Soweit sich aus diesem Zustand fortwirkende Beeinträchtigungen der Geschäftstätigkeit von Mitbewerbern ergeben, steht dem Verletzten ein **Beseitigungsanspruch** zu (vgl. Rdn. 125 ff sowie *Teplitzky* Kap. 26 Rdn. 39 ff und Kap. 34 Rdn. 10). **313**

bb) **Begriff des Marktverwirrungsschadens.** Nach *Teplitzky*¹⁷⁷ sind Marktverwirrung und Marktverwirrungsschaden zu trennen. Als **eigentliche Marktverwirrungsschäden** **314**

¹⁷⁶ Vgl. BGHZ 66, 112, 114; allg. dazu *Loritz*, Konkurrenz materiell-rechtlicher und prozessualer Kostenerstattung, 1981; *Becker-Eberhard*, Kostenerstattung bei der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche, 1985.

¹⁷⁷ *Teplitzky* Kap. 34 Rdn. 8 und 10; nur in der Termini-

nologie anders *Leisse/Traub* GRUR 1980, 1, 7 ff, die den Marktverwirrungsschaden zwar auf die verbleibende Ansehensminderung beschränken, gleichwohl aber auch Ersatz für tatsächlich aufgewandte Marktverwirrungskosten geben.

den seien anzusehen die Kosten für eine Marktverwirrung und die dadurch nicht beseitigte oder nicht zu beseitigende Ansehensminderung, etwa in Gestalt der Entwertung eines Warenzeichens oder Firmenrechts oder der Minderung des Ansehens eines Produkts oder eines Unternehmens. Die Rspr.¹⁷⁸ geht ebenfalls davon aus, daß der Verletzer dem Verletzten nicht nur die auf Umsatzschmälerungen beruhenden Gewinneinbußen, sondern auch denjenigen Schaden zu ersetzen hat, der durch eine Minderung des geschäftlichen Ansehens oder durch eine Marktverwirrung entstanden sein kann. Sie scheint aber bereits in der Tatsache der Marktverwirrung bzw. Ansehensbeeinträchtigung selbst einen Schaden zu erblicken.¹⁷⁹ Das ist auch richtig. Andernfalls könnte der Verletzte nicht nach § 249 S. 1 BGB Beseitigung der Marktverwirrung z. B. durch berichtigende Werbung verlangen. Der Fall liegt nicht anders als etwa bei einer Körperverletzung: die Beeinträchtigung als solche stellt bereits einen Schaden dar, auch wenn sich der daraus resultierende Vermögensschaden (Erwerbsschaden usw.) noch nicht beziffern läßt. Deswegen kann auch bereits mit Eintritt der Störung auf Feststellung der Schadensersatzpflicht geklagt werden und daher stellen auch nicht erst die tatsächlich aufgewandten Marktverwirrungskosten einen ersatzfähigen Schaden dar. Es verhält sich vielmehr so, daß die Marktverwirrungsmaßnahme eine Maßnahme zur Schadensbeseitigung ist, vergleichbar der Heilmaßnahme bei der Körperverletzung. Die erforderlichen Kosten solcher Maßnahmen können nach § 249 S. 2 BGB analog als Schadensersatz verlangt werden (vgl. Rdn. 298), sind aber nicht der Schaden im eigentlichen Sinne (so aber z. B. BGH GRUR 1964, 392, 396 – *Weizenkeimöl*). Diese Deutung macht auch den dogmatischen Weg zur Beurteilung der übrigen Fragen frei.

315 cc) Nachweis des Marktverwirrungsschadens

Bei Zeichenverletzungen spricht im Regelfall bereits die Lebenserfahrung dafür, daß sie mindestens einen Marktverwirrungsschaden verursachen, so daß es insoweit näherer Darlegungen des Verletzten zur Wahrscheinlichkeit einer Schadensentstehung nicht bedarf (vgl. BGH GRUR 1974, 735, 736 – *Pharmamedan*; 1975, 434, 438 – *BOUCHERT*; 1988, 776, 779 – *PPC*). Zweifelhaft ist, ob diese Regel auch dann gilt, wenn eine etwaige Marktverwirrung auch auf die gleichzeitige Verwendung einer nur geringfügig abweichenden und ebenfalls zur Verwechslung führenden, aber geduldeten Kennzeichnung zurückzuführen ist (dazu BGH aaO – *PPC*).

316 dd) Erstattung tatsächlicher Marktverwirrungskosten. Rechtsgrundlage ist, wie aufgezeigt (vgl. Rdn. 298), § 249 S. 2 BGB analog. Daher kann nicht schlechthin Ersatz für tatsächlich aufgewendete Marktverwirrungskosten verlangt werden, sondern nur, soweit ein solcher Aufwand auch „erforderlich“ war (vgl. Rdn. 299). Die neuere Rspr.¹⁸⁰ verlangt grundsätzlich, daß die Gegenmaßnahmen des Verletzten einen erkennbaren Bezug zur Verletzungshandlung aufweisen. Darauf sei allenfalls in Ausnahmefällen zu verzichten, wenn nämlich eine Richtigstellung schädigender Äußerungen auf der Ebene rationaler Argumentation nicht mehr möglich sei. Versucht der Verletzte, die Marktverwirrung durch einen Mehraufwand an Werbung zu neutralisieren, ohne daß die genannten Voraussetzungen vorliegen, kann er die dafür aufgewendeten Kosten

¹⁷⁸ Vgl. KG GRUR 1935, 175, 180; BGH GRUR 1954, 457, 458 – *Irus/Urus*; 1957, 222, 223 – *Sultan*; 1961, 535, 538 – *Arko*; 1966, 92, 95 – *Bleistiftabsätze*; 1982, 489, 490 – *Korrekturflüssigkeit*, 1987, 364 365 – *Vier-Streifen-Schuh*.

¹⁷⁹ Vgl. BGH GRUR 1982, 489, 490 – *Korrekturflüs-*

sigkeit (sub 2 b aa); BGH GRUR 1988, 776, 779 – *PPC*.

¹⁸⁰ Vgl. BGHZ 70, 39, 44 f. – *Alkoholtest* = GRUR 1978, 187; BGH GRUR 1979, 804, 806 – *Falschmeldung*; 1982, 489, 490 – *Korrekturflüssigkeit*; 1990, 1012, 1015 – *Pressehaftung*.

auch nicht anteilig bzw. im Umfang der Kosten für eine zulässige Marktentwerrungsmaßnahme ersetzt verlangen (BGH GRUR 1982, 489, 490 – *Korrekturflüssigkeit*). – Der Verletzer kann nach § 251 Abs. 2 S. 1 BGB den Anspruch aus § 249 S. 2 BGB durch eine Geldentschädigung abwehren, wenn die Marktentwerrung nur mit unverhältnismäßigen Kosten möglich wäre.

ee) **Erstattung fiktiver Marktentwerrungskosten.** *Leisse/Traub*¹⁸¹ wollen dem Verletzten Schadensersatz auch in Gestalt fiktiver Marktentwerrungskosten zusprechen, zumindest als Mindestbetrag des entgangenen Gewinns. Sie machen u.a. geltend, daß Marktentwerrungsmaßnahmen dem Verletzten häufig technisch nicht möglich oder geschäftlich nicht zumutbar seien, dies ihm aber nicht zum Nachteil gereichen dürfe. Die Rspr.¹⁸² hat es dagegen abgelehnt, die fiktiven Kosten einer auf Beseitigung der Marktverwerrung gerichteten und hierfür geeigneten Werbung als Schätzungsgrundlage heranzuziehen, weil keine zureichenden Gründe dafür beständen, vom Grundsatz der konkreten Schadensberechnung abzugehen. Wie dargelegt (Rdn. 298), ist dogmatischer Ansatzpunkt für den Ersatz von Marktentwerrungskosten nicht § 251 Abs. 1 BGB, sondern § 249 S. 2 BGB analog. Unstreitig gilt aber, daß die Herstellungskosten im Sinne dieser Vorschrift nur ersetzt verlangt werden können, wenn eine Naturalherstellung noch möglich ist.¹⁸³ Daraus folgt, daß Ersatz fiktiver Marktentwerrungskosten jedenfalls dann ausgeschlossen ist, wenn die Marktentwerrung nicht mehr möglich ist, weil infolge Zeitablaufs ein konkreter Bezug zur Verletzungshandlung nicht mehr herstellbar ist. So z. B. wenn die unzulässige Werbung in einem Katalog enthalten war, der mittlerweile von einem anderen abgelöst wurde. Ist dagegen eine Marktentwerrungsmaßnahme noch möglich und sinnvoll, kommt es darauf an, ob man eine Dispositionsfreiheit des Verletzten hinsichtlich des erforderlichen Geldbetrags bejaht oder verneint. Bejaht man sie (vgl. die Nachw. in Rdn. 299), muß man folgerichtig auch Ersatz der fiktiven Marktentwerrungskosten gewähren. Verneint man sie, wie es richtiger erscheint, kann der Verletzte zwar vor der Marktverwerrung den erforderlichen Geldbetrag als Vorschuß beanspruchen, muß aber anschließend über seine zweckentsprechende Verwendung abrechnen (vgl. *Köhler*, FS Larenz, 1983, 349, 366 ff) und den nicht verbrauchten Betrag herausgeben, soweit er nicht anderweit als Ersatz geschuldet ist.

317

ff) **Ersatz für verbleibende Ansehensminderung.** Wird durch die unlautere Wettbewerbsmaßnahme eine Ansehensminderung herbeigeführt, die sich durch Maßnahmen der Marktentwerrung nicht oder nicht vollständig beseitigen läßt, kann dafür nicht nur Ersatz des entgangenen Gewinns nach § 252 S. 2 BGB, sondern eine Entschädigung nach § 251 Abs. 1 BGB verlangt werden. Die Ansehensminderung ist als ein gegenwärtiger konkreter Vermögensschaden anzusehen. Es handelt sich gleichsam um einen „merkantilen Minderwert“ des betroffenen Kennzeichens oder Unternehmens. Die Höhe des Schadens ist nach § 287 ZPO zu schätzen.¹⁸⁴ Bei der Schwächung eines berühmten Warenzeichens kann die Entschädigung auch neben der üblichen Lizenzgebühr gefordert werden (BGHZ 44, 372 = BGH GRUR 1966, 375, 378 – *Meßmer-Tee II*). (Freilich ist hier zu berücksichtigen, daß die „fiktive“ Lizenzerteilung gleichfalls eine Marktverwerrung in gewissem Umfang herbeigeführt hätte und dieser Schaden durch die „fiktive“ Lizenzgebühr mitabgegolten wird: man muß diesem Umstand entweder bei der Berechnung der Lizenzhöhe oder bei der Berechnung des Marktverwir-

318

¹⁸¹ *Leisse/Traub* GRUR 1980, 1, 7 ff.

¹⁸² Vgl. BGH GRUR 1982, 489, 490 – *Korrekturflüssigkeit*; auch *Teplitzky* Kap. 34 Rdn. 11.

¹⁸³ Vgl. BGH NJW 1985, 2413, 2414 mwN

¹⁸⁴ Vgl. dazu näher *Schramm* GRUR 1974, 617, 620; *Gottwald*, S. 174 mwN in Fn. 35, 36.

rungsschadens Rechnung tragen, um eine Doppelberücksichtigung zu vermeiden.) Dagegen kann der Marktverwirrungsschaden als solcher – also ohne Rücksicht auf Verletzterumsätze – nicht nach den Grundsätzen über die Lizenzanalogie oder den Verletztergewinn berechnet werden (BGH GRUR 1987, 364, 365 – *Vier-Streifen-Schuh*). Anhaltspunkte für das Ausmaß des Marktverwirrungsschadens können Art, Inhalt, Zeitpunkt und Dauer sowie Intensität der Verletzungshandlung sein. Bei unzulässiger Werbung können insbesondere Umfang und Effektivität des verwendeten Werbemediums (Zeitung, Fernsehen usw.) eine Rolle spielen (BGH aaO). Indiz für einen anderweit nicht zu ermittelnden Umfang solcher Werbung können auch die aufgewendeten Kosten sein (BGH aaO). Doch muß die Verletzungshandlung stets in Relation zum verletzten Recht gesehen werden. Hat die Verletzung zur völligen Entwertung eines Zeichens geführt, wird man den Schaden nach den Kosten für den Aufbau eines neuen gleichwertigen Zeichens berechnen können.

- 319** gg) Ersatz für entgangenen Gewinn. Der Marktverwirrungsschaden umfaßt nicht den entgangenen Gewinn. Dieser kann vielmehr selbständig neben dem Marktverwirrungsschaden geltend gemacht werden (BGH GRUR 1982, 489, 490 – *Korrekturflüssigkeit; Teplitzky* Kap. 34 Rdn. 6). Eine Verquickung beider Schadensposten in der Weise, daß die fiktiven Marktentwicklungskosten den Mindestbetrag des entgangenen Gewinns darstellen (so *Leisse/Traub* GRUR 1980, 1, 9), ist nicht statthaft. Selbst wenn man grundsätzlich fiktive Marktentwicklungskosten erstatten wollte, müßte dem Verletzer die Möglichkeit des Vorgehens nach § 251 Abs. 2 BGB offenbleiben.
- 320** c) Produktionsausfall. Die Tatsache einer Produktionsunterbrechung begründet nach der Differenzhypothese für sich allein noch keinen Vermögensschaden. Eine abstrakte Nutzungsausfallentschädigung, wie sie für bestimmte Gegenstände (z. B. Kraftwagen) gewährt wird (dazu zuletzt BGHZ 98, 212), kommt insoweit nicht in Betracht. Im Einzelfall ist es sogar denkbar, daß sich durch einen Produktionsausfall die Vermögenslage des Unternehmers verbessert, etwa wenn die hergestellten Waren nicht absetzbar gewesen wären (vgl. BAG NJW 1985, 2545). Ein Schaden liegt auch nicht darin, daß durch den Produktionsausfall Aufwendungen des Unternehmers nutzlos („frustriert“) werden, wie z. B. Lohn- und allgemeine Betriebskosten. Denn es gibt keinen Rechtssatz dahin, daß nutzlos gewordene Aufwendungen schlechthin zu ersetzen sind (vgl. BGHZ 65, 170, 174; BGH NJW 1977, 2264, 2266; BAG NJW 1985, 2545, 2546). Der Grund liegt darin, daß ungewiß ist, ob die Aufwendungen auch tatsächlich Erträge erbracht hätten. Somit kann Ersatz nur für **entgangene Einnahmen** verlangt werden. Insoweit reicht es allerdings aus, daß die entgangenen Einnahmen einen Kostendeckungsbeitrag geliefert hätten (BAG aaO).

IV. Die dreifache Schadensberechnung

Literatur

Assmann, Schadensersatz in mehrfacher Höhe des Schadens, BB 1985, 15; *Brandner*, Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR 1980, 359; *Bruns*, Ausgleichsansprüche im gewerblichen Rechtsschutz, Diss Hamburg 1969; *von Caemmerer*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, FS Rabel, Bd I, 1954, 333; *Däubler*, Anspruch auf Lizenzgebühr und Herausgabe des Verletztergewinns – atypische Formen des Schadensersatzes, JuS 1969, 49; *Delahaye*, Kernprobleme der Schadensberechnungsarten bei Schutzrechtsverletzungen GRUR 1986, 217; *Fischer*, Schadensberechnung im gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und unlauteren Wettbewerb, 1961; *Gottwald*, Schadenszurechnung und Schadensschätzung, 1979; *Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964; *Knobbe-Keuk*, Möglichkeiten und Grenzen ab-

strakter Schadensberechnung, VersR 1976, 401; *Körner*, Die Aufwertung der Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie bei Verletzung gewerblicher Schutzrechte durch die Rechtsprechung zum „Verletzervorteil“ und zu den „aufgelaufenen Zinsen“, GRUR 1983, 611; *Kraßner*, Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht, GRUR Int. 1980, 259; *Leisse/Traub*, Schadensschätzung im unlauteren Wettbewerbs, GRUR 1980, 1; *Loewenheim*, Möglichkeiten der dreifachen Berechnung des Schadens im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, ZHR 135 (1971), 97; *Lüdeke-Fischer*, Lizenzverträge, 1957; *Pietzcker*, Schadensersatz durch Lizenzberechnung, GRUR 1975, 55; *ders.*, Richtlinien für die Bemessung von Schadensersatz bei der Verletzung von Patenten, GRUR Int. 1979, 343; *Pietzner*, Auskunft, Rechnungslegung und Schadensersatz bei wettbewerbswidrigen Eingriffen in fremde Firmenrechte, GRUR 1972, 151; *Preu*, Richtlinien für die Bemessung von Schadensersatz bei Verletzung von Patenten, GRUR 1979, 753; *Sack*, Die Lizenzanalogie im System des Immaterialgüterrechts, FS Hubmann, 1985, 373; *Schmidt-Salzer*, Angemessene Lizenzgebühr und Verletzererwerb als Grundlagen der Schadensberechnung, JR 1969, 81; *Steindorff*, Abstrakte und konkrete Schadensberechnung, AcP 158 (1959/60) 451; *Teplitzky*, Die Durchsetzung des Schadensersatzzahlungsanspruchs im Wettbewerbsrecht, GRUR 1987, 215; *Ullmann*, Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzers im gewerblichen Rechtsschutz, GRUR 1978, 615.

1. Begriff und historische Entwicklung

Unter der dreifachen Schadensberechnung versteht man die Möglichkeit des Verletz- **321**
ten, seinen Schaden auf dreierlei Weise zu berechnen:

- (1) als konkreten Schaden nach §§ 249 ff BGB unter Einschluß des entgangenen Gewinns;
- (2) in Höhe einer angemessenen Lizenzgebühr;
- (3) in Gestalt des vom Verletzer erzielten Gewinns.

Die Zulässigkeit dieser wahlweisen Schadensberechnung wurde bereits im ausgehenden 19. Jahrh. vom RG zur Urheberrechts- und Patentrechtsverletzung entwickelt (vgl. RGZ 35, 63, 66 zum Urheberrecht; RGZ 43, 56, 58 zum Patentrecht) und vom BGH auf sonstige Immaterialgüterrechte mit vermögenswertem Ausschließlichkeitscharakter sowie auf diesen Rechten vergleichbare Leistungspositionen ausgedehnt. Diese Rspr. ist mittlerweile zum **Gewohnheitsrecht** erstarkt. In Teilbereichen ist eine **gesetzliche Anerkennung** erfolgt (vgl. § 97 Abs. 1 S. 2 UrhG und § 14 a Abs. 1 S. 2 GeschmMG; Herausgabe des Verletzererwerbs; vgl. auch § 47 Abs. 2 S. 2 PatG, § 15 Abs. 2 S. 2 GebrMG).

2. Anwendungsbereich

Nach der Rspr. ist die dreifache Schadensberechnung unabhängig von der Rechts- **322**
grundlage des Ersatzanspruchs möglich (BGH GRUR 1977, 539, 542 – *Prozeßrechner*), aber nur in folgenden Fällen zulässig:

- (1) Verletzung von **Urheberrechten** (vgl. BGH GRUR 1959, 379, 383 – *Gasparone*; 1980, 227, 232 – *Monumenta Germaniae Historica*);
- (2) Verletzung von **Patentrechten** (vgl. BGH GRUR 1962, 401, 402 – *Kreuzboden-ventilsäcke III*);
- (3) Verletzung von **Gebrauchsmusterrechten** (vgl. RGZ 50, 111, 115; BGH GRUR 1969, 90 – *Rüschenhaube*; BGHZ 82, 99 = BGH GRUR 1982, 301 – *Kunststoffhohlprofil II*);
- (4) Verletzung von **Geschmacksmusterrechten** (vgl. BGH GRUR 1963, 640, 642 – *Plastikkorb*);
- (5) Verletzung von **Persönlichkeitsrechten**, soweit ein solcher Eingriff üblicherweise nur gegen Entgelt gestattet wird (vgl. BGHZ 20, 345, 353 = BGH GRUR 1956, 427 – *Dahlke*; 26, 349, 352 f. = BGH GRUR 1958, 408 – *Herrenreiter*);

(6) Verletzung von Warenzeichen (vgl. BGHZ 34, 320, 321 = BGH GRUR 1961, 354 – *Vitasulfal*; 44, 372, 376 = BGH GRUR 1966, 375 – *Meßmer-Tee II*; BGH GRUR 1987, 364, 365 – *Vier-Streifen-Schuh*).

(7) Verletzung von Namens- und Firmenrechten (BGHZ 60, 206, 208 ff – *Miss Petite* = GRUR 1973, 375);

(8) Verletzung nur wettbewerbsrechtlich geschützter, aber den Immaterialgüterrechten vergleichbarer Leistungspositionen¹⁸⁵. – Eine Ausdehnung der dreifachen Schadensberechnung auf sonstige Wettbewerbsverstöße wird ganz überwiegend abgelehnt (vgl. *Teplitzky* GRUR 1987, 215, 216; aber auch *Loewenheim* ZHR 135 (1971) 97, 123 ff).

3. Sachliche Rechtfertigung

323

Die Zulassung einer dreifachen Schadensberechnung stellt eine mittlerweile wohl gewohnheitsrechtliche Ergänzung (eigentlich: Durchbrechung) der Schadensersatzregelung in den §§ 249 ff BGB dar. Gerechtfertigt wird sie mit folgenden Erwägungen: Die Immaterialgüterrechte seien durch eine besondere Verletzlichkeit und dementsprechend durch ein besonderes Schutzbedürfnis des Verletzten gekennzeichnet. Denn der Rechtsinhaber könne gegen Verletzungen, anders als bei körperlichen Gegenständen, keine Vorkehrungen treffen und könne Rechtsverletzungen und einen dadurch entgehenden Gewinn nur schwer feststellen (BGHZ 57, 116, 120 = BGH GRUR 1972, 189 – *Wandsteckdose II*; vgl. auch *Teplitzky* Kap. 34 Rdn. 12). Würde man den Verletzten auf eine Schadensberechnung nach den §§ 249 ff BGB beschränken, bliebe daher eine Verletzung häufig ohne Sanktion. Die Präventions- und Sanktionsfunktion des Schadensersatzanspruchs gebiete daher, die Durchsetzung und Beachtung dieser Rechte (vgl. BGHZ 59, 286, 291 – *Doppelte Tarifgebühr*) auf andere Weise sicherzustellen.¹⁸⁶

Die Schadensberechnung in Gestalt einer angemessenen Lizenzgebühr wird mit der Billigkeitserwägung gerechtfertigt, der Verletzer dürfe nicht besser stehen, als er bei ordnungsgemäß nachgesuchter und erteilter Lizenz stünde. Die vom Verletzer ersparte Lizenzgebühr stelle sich insoweit als Gewinnentgang des Rechtsinhabers dar (BGH aaO – *Wandsteckdose II*; KG GRUR 1988, 702, 703 – *Corporate Identity*; vgl. auch schon RGZ 35, 63, 66 ff). Für die Schadensberechnung nach dem Verletzererwerb wird angeführt, daß der Rechtsinhaber bei eigener Verwertung seines Rechts den Gewinn erzielt haben würde, den der Verletzer erlangt hat (BGH aaO – *Wandsteckdose II* unter Hinweis auf RGZ 156, 321, 326 – *Braupfanne*). Diese beiden Begründungen sind insofern nicht ganz überzeugend, weil die angemessene Lizenzgebühr auch in den Fällen zugesprochen wird, in denen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen eine Lizenz gar nicht erteilt worden wäre, und der Verletzererwerb auch in den Fällen zugesprochen wird, in denen der Verletzte diesen Gewinn selbst gar nicht hätte erzielen können. Man behilft sich insoweit mit der Fiktion, daß der Verletzte ohne die Verletzung den gleichen Gewinn wie der Verletzer erzielt hätte bzw. daß er einen der angemessenen Lizenzgebühr entsprechenden Gewinn erzielt hätte (vgl. BGHZ 60, 168,

¹⁸⁵ Vgl. BGHZ 57, 116 ff = GRUR 1972, 189 – *Wandsteckdose II*; 60, 168, 172 f. = BGH GRUR 1973, 478 – *Modeneinheit*; BGH GRUR 1981, 517, 520 – *Rollbocker*: zur sklavischen Nachahmung; BGH GRUR 1977, 539, 541 – *Prozeßrechner*: zur unredlichen Verwertung eines Betriebsgeheimnisses; KG GRUR 1988, 702 – *Corporate Identity*: zur Vorla-

genfreibutelei (§ 18 UWG); OLG Köln GRUR 1991, 60, 62 – *Rolex-Imitation*.

¹⁸⁶ *Steindorff* AcP 158 (1959/60), 451 ff; *Däubler* JuS 1969, 49, 51; *Loewenheim* ZHR 135 (1971) 97, 114 ff; *Pietzner* GRUR 1972, 151, 154; ablehnend *MünchKomm/Grunsky*, 2. Aufl., § 252 Rdn. 16.

173 = BGH GRUR 1973, 478 – *Modeneuheit*; BGHZ 68, 90 = BGH GRUR 1977, 254 – *Kunststoffhohlprofil I*; *Ullmann GRUR* 1978, 615, 617).

Eine Ausdehnung der dreifachen Schadensberechnung auf lediglich wettbewerbsrechtlich geschützte Leistungspositionen sei bei vergleichbarer Interessenlage geboten, nämlich dann, wenn diese Leistungsposition Schutz gegen Eingriffe von jedermann genieße und ihre Verwertung durch Lizenzvergabe zulässig und üblich sei (vgl. BGHZ 57, 116, 119 ff = BGH GRUR 1972, 189 – *Wandsteckdose II*; 60, 168, 172 f. = BGH GRUR 1973, 478 – *Modeneuheit*; BGH GRUR 1977, 539, 541 – *Prozeßrechner*; KG GRUR 1988, 702, 703 – *Corporate Identity*).

324

4. Die dogmatische Einordnung und ihre rechtliche Auswirkung.

Die Rspr. begreift die dreifache Schadensberechnung als Ergänzung des allgemeinen Schadensersatzrechts (vgl. BGH GRUR 1977, 539, 542 – *Prozeßrechner*). Es handle sich nur um besondere Arten der Schadensberechnung, nicht aber um jeweils selbständige Anspruchsgrundlagen (BGHZ 57, 116, 118 = BGH GRUR 1972, 189 – *Wandsteckdose II*). Auch bei der zweiten und dritten Berechnungsmethode sei es daher erforderlich, aber auch ausreichend, daß die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruches vorliegen.

325

a) Schadensberechnung nach Lizenzgrundsätzen. Die Anlehnung der Schadensberechnung nach Lizenzgrundsätzen an das Bereicherungsrecht (§§ 812 Abs. 1 S. 1, 818 Abs. 2 BGB) wird zwar auch von der Rspr. mehr oder weniger betont.¹⁸⁷ Sie prüft jedoch Schadensersatzanspruch und Bereicherungsanspruch getrennt¹⁸⁸ und stellt damit ihre Unabhängigkeit voneinander heraus. Im Schrifttum wird die Möglichkeit, eine angemessene Lizenzgebühr zu verlangen, von manchen ganz dem Bereicherungsrecht zugeordnet¹⁸⁹. Andere (z. B. *Däubler JuS* 1969, 49, 52 ff) wollen alle Fragen, die die Anspruchsentstehung betreffen, dem Recht der unerlaubten Handlung unterstellen, die Rechtsfolgen dagegen dem Bereicherungsrecht. Ganz überwiegend wird jedoch die Zuordnung zum Schadensersatzrecht gebilligt (vgl. nur *Ullmann GRUR* 1978, 615). Die Auseinandersetzung verliert an Bedeutung, wenn man neben dem Schadensersatzanspruch einen selbständigen Bereicherungsanspruch bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten und vergleichbaren Leistungspositionen anerkennt, wie es die Rspr. in zunehmendem Maße tut. Hätte man die bereicherungsrechtliche Funktion der Schadensberechnung nach Lizenzgrundsätzen früher erkannt, wäre die dogmatische Entwicklung möglicherweise anders verlaufen. Das Nebeneinander von Schadensersatzanspruch und Bereicherungsanspruch ist freilich derzeit nicht überflüssig, sondern für einen umfassenden Rechtsschutz sogar erforderlich.¹⁹⁰ Denn der Bereicherungsanspruch setzt zwar kein Verschulden voraus, doch kann sich der gutgläubige und unverklagte Verletzer auf Wegfall der Bereicherung grundsätzlich nach § 818 Abs. 3

326

¹⁸⁷ Offengelassen in BGHZ 44, 372, 380 = BGH GRUR 1966, 375 – *Meßmer-Tee II*; in BGH GRUR 1980, 841, 844 – *Tolbutamid* – wird die „starke Ähnlichkeit“ mit dem Bereicherungsausgleich erwähnt; ebenso in BGH GRUR 1982, 286, 289 – *Fersenabstützvorrichtung* – die Rechtsähnlichkeit der Schadensliquidation nach Lizenzgrundsätzen zu der Einforderung von Wertersatz.

¹⁸⁸ Vgl. BGHZ 20, 345, 354 = BGH GRUR 1956, 427 – *Dahlke*; 26, 349, 353 = BGH GRUR 1958, 408 – *Herrenreiter*; BGHZ 81, 75 = BGH GRUR

1981, 846 – *Reinnsportgemeinschaft*; 82, 310 = BGH GRUR 1982, 286, 289 – *Fersenabstützvorrichtung*; 1987, 520, 523 – *Chanel Nr. 5*.

¹⁸⁹ Vgl. v. *Caemmerer FS Rabel I*, 1954, 333, 354; *Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964, 83.

¹⁹⁰ Vgl. aber *Sack S.* 373 ff, der den Versuch unternimmt, die schadensersatzrechtliche Lizenzhaftung durch eine bereicherungsrechtliche Haftung abzulösen.

BGB berufen. Diese Möglichkeit besteht beim Schadensersatzanspruch nicht, obwohl für die Haftung bloße Fahrlässigkeit genügt (BGH GRUR 1962, 509, 512 – *Diarähmchen I*; a.A. *Däubler* JuS 1969, 49, 54; *Sack* S. 386). Weitere Unterschiede ergeben sich bei der Verjährung (§§ 852 BGB, 21 UWG einerseits, § 195 BGB andererseits) und bei der Rechtsverletzung durch mehrere Täter (§ 840 BGB; vgl. BGH GRUR 1959, 379, 383 – *Gasparone*; a.A. *Däubler* aaO 53). Eine **Vorteilsanrechnung** kommt dagegen bei beiden Ansprüchen nicht in Betracht; beim Bereicherungsanspruch nicht, weil sie dort nicht vorgesehen ist, beim Schadensersatzanspruch nicht, weil dies mit dem Schutzzweck der Norm unvereinbar ist.

- 327** b) **Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn.** Die Möglichkeit, den vom Verletzer erzielten Gewinn herauszuverlangen, wurde von der Rspr.¹⁹¹ seit jeher mit dem Hinweis auf das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 687 Abs. 2, 681, S. 21, 667 BGB) begründet. Im Unterschied zu diesem Anspruch aus unerlaubter Eigengeschäftsführung, der positives Wissen von der Rechtswidrigkeit voraussetzt, genügt beim Schadensersatzanspruch allerdings bloße Fahrlässigkeit.
- 328** Im Schrifttum will man teilweise auch diese Schadensberechnung dem Bereicherungsanspruch zuordnen (vgl. *Jakobs* S. 81 ff, 89), teilweise zieht man § 687 Abs. 2 BGB unmittelbar heran (v. *Caemmerer* S. 354) oder verweist zumindest auf die Rechtsfolgen, insbes. §§ 681 S. 2, 666, 667 BGB (*Däubler* JuS 1969, 49, 53). – Die eigentliche Bedeutung der Schadensberechnung nach dem Verletzergewinn unter Berufung auf § 687 Abs. 2 BGB liegt einmal darin, daß dem Verletzer der Einwand abgeschnitten wird, der Verletzte habe einen Gewinn in dieser Höhe nicht erzielen können und insoweit keinen Vermögensschaden erlitten (*Gottwald* S. 178); zum anderen dahin, daß eine Vorteilsanrechnung ausgeschlossen ist. – Sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 687 Abs. 2 BGB erfüllt, kann der Verletzte selbstverständlich auch aus dieser Anspruchsgrundlage vorgehen.

5. Einzelheiten zur Lizenzanalogie

- 329** In der Praxis ist die Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie am häufigsten anzutreffen. Denn ihre Voraussetzungen sind zumeist leichter feststellbar und ihr Umfang ist eher einer gütlichen Einigung zugänglich, als dies bei den anderen Berechnungsarten der Fall ist (vgl. nur *Preu* GRUR 1979, 753, 758 Fn. 61, *Pietzcker* GRUR Int. 1979, 343, 346).
- 330** a) **Nachweis von Verletzungshandlung und Schadenseintritt.** Erforderlich ist nicht nur der Nachweis der Verletzungshandlung, sondern auch der Wahrscheinlichkeit (§ 287 ZPO) des Eintritts eines Vermögensschadens (vgl. BGH GRUR 1972, 180 – *Chéri* – m. Anm. v. *Falck*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 356; *Schulze zur Wiesche* NJW 1972, 1920, 1927). Allerdings reicht es aus, wenn nach der Lebenserfahrung ein Schaden zu erwarten ist. Ein weitergehender Nachweis ist nur dann erforderlich, wenn es an einer solchen Erfahrungsgrundlage fehlt, wie z. B. bei der Verletzung eines ungenutzten Warenzeichens (vgl. *Gottwald* S. 176). Eine konkrete Vermögenseinbuße muß der Verletzte hingegen nicht nachweisen.
- 331** b) **Fiktiver Lizenzvertrag als Grundlage der Schadensberechnung.** Nach der Rspr. soll der Verletzte, der sein Schutzrecht nicht ausübt oder seinen Schaden nur schwer

¹⁹¹ Vgl. RGZ 70, 249, 252; 130, 108, 110; 156, 65, 67; BGH GRUR 1959, 379, 383 – *Gasparone*; 1962, 509, 512 – *Dia-Rähmchen II*; BGHZ 82, 299 =

GRUR 1982, 301, 303 – *Kunststoffbohlprofil II* („Wurzel in § 687 Abs. 2 BGB“).

nachweisen kann, gleichwohl einen Ausgleich dafür erlangen, daß der Verletzer dieses Schutzrecht unerlaubt genutzt und sich dadurch einen geldwerten Vorteil verschafft hat. Die Höhe des Vorteils lasse sich am besten durch einen Vergleich mit der Vermögenslage bei erlaubter Benutzung des Schutzrechts feststellen. Für die Erlaubnis hätte aber eine Lizenzgebühr gezahlt werden müssen. Der objektive Wert der angemessenen Benutzungsberechtigung bestimme sich somit danach, was vernünftig denkende Parteien als Lizenzgebühr vereinbart hätten (vgl. BGHZ 44, 372, 380 f. = BGH GRUR 1966, 375 – *Meißner-Tee II*; 77, 16 – *Tolbutamid*), also das übliche bzw. angemessene Entgelt. Der Verletzer solle grundsätzlich nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt werden als ein vertraglicher Lizenznehmer (BGH GRUR 1962, 509, 513 – *Dia-Rähmchen II*; BGHZ 82, 310 = GRUR 1982, 286, 289 – *Fersenabstützvorrichtung*). Voraussetzung ist allerdings, daß erstens die vertragliche Überlassung des Immaterialguts zur Nutzung überhaupt (nicht notwendig mit dem Inhalt, wie er der konkreten Verletzungshandlung entspricht) rechtlich möglich und daß zweitens eine solche Überlassung verkehrüblich ist (BGHZ 60, 206 = BGH GRUR 1973, 375, 377 – *Miss Petite*). Zur Verkehrüblichkeit genügt es dabei, daß ein solches Gut seiner Art nach überhaupt genutzt werden kann und genutzt wird, ohne daß Branchenüblichkeit hinzukommen muß. Es scheiden also nur die Fälle aus, in denen mangels Vermögenswert oder aus sonstigen Gründen eine Lizenzerteilung allgemein nicht in Betracht kommt (BGH aaO – *Miss Petite*). Außer Betracht bleibt dagegen, ob der Verletzte sein Recht überhaupt selbst genutzt hat, ob er überhaupt oder dem Verletzer eine Lizenz erteilt hätte bzw. rechtlich mit dem Inhalt, wie es der Verletzungshandlung entspricht, hätte erteilen können (BGH aaO-*Meißner-Tee II*, betreffend die Unzulässigkeit eines Lizenzvertrages wegen Verstoßes gegen § 3 UWG) oder daß im Einzelfall von dritten Benutzern tatsächlich kein Entgelt verlangt wurde (BGH GRUR 1984, 820, 822 – *Intermarkt II*). Es wird ein Lizenzvertrag fingiert. Folgerichtig muß auch unberücksichtigt bleiben, daß der Verletzer bei Kenntnis der Rechtswidrigkeit seines Handelns möglicherweise davon Abstand genommen und einen Lizenzvertrag gar nicht angestrebt bzw. sich nicht auf die Lizenzgebührenhöhe eingelassen hätte (vgl. *Knobbe-Keuk* VersR 1976, 401, 405).

c) Anknüpfungspunkte für die Gebührenermittlung. aa) Der maßgebliche Zeitpunkt. Nach der Rspr. kommt es darauf an, welche Gebühr vernünftig denkende Parteien bei Kenntnis der Sachlage im Zeitpunkt der (letzten tatrichterlichen) Entscheidung vereinbart hätten (ex-post-Betrachtung; vgl. RGZ 171, 227, 239; BGH GRUR 1962, 401, 404 – *Kreuzbodenventilsäcke III*; BGHZ 44, 372, 380 = BGH GRUR 1966, 375 – *Meißner-Tee II*). Es ist also die zwischenzeitlich eingetretene Informations- und Marktentwicklung und ihr Einfluß auf den Nutzungswert des Immaterialguts zu berücksichtigen. Die Gegenmeinung (*Pietzcker* GRUR 1975, 55, 56/57; *Preu* GRUR 1979, 753, 760) will dem Verletzten ein Wahlrecht zwischen dem Beginn der Verletzung und der letzten richterlichen Entscheidung als Stichtag einräumen. Damit soll das Risiko einer nachträglichen Schmälerung des Nutzungswerts des Immaterialguts auf den Verletzer verlagert werden. Der Verletzer dürfe nicht besser gestellt werden als der vertragliche Lizenznehmer, der auch dieses Risiko trage. Andernfalls würde man geradezu einen Anreiz für Verletzungen schaffen, weil der Verletzer darauf vertrauen könnte, jedenfalls nicht mehr als die angemessene Gebühr entrichten zu müssen. Eine Mittelmeinung will dem Verletzten einen Mittelwert zwischen etwaigen divergierenden Lizenzsätzen zusprechen (*Delahaye* GRUR 1986, 217, 221). – Mehr als das angemessene Entgelt soll indessen der Verletzte über diese Schadensberechnung auch nicht erhalten und verständige Vertragsparteien würden ohnehin für den Fall einer späteren

332

Veränderung der Verhältnisse Vorsorge (z. B. durch Preisanpassungsklauseln) treffen. Der Rspr. ist daher beizupflichten (ebenso *Brandner* GRUR 1980, 359, 363).

- 333** bb) Die Bemessungsgrundlagen. (1) In Betracht kommt sowohl eine Pauschallizenzgebühr als auch eine Stücklizenzgebühr, je nach dem, was verkehrsmäßig ist. Im Regelfall wird von der Rspr. eine „Stücklizenz“, also der Warenumsatz des Verletzers zugrundegelegt.¹⁹² Dies entspreche dem Interesse des Verletzten, weil sein Schutzrecht im allgemeinen um so stärker entwertet werde, je höher der Verletzerumsatz sei, und sei auch für den Verletzer nicht unbillig, weil dadurch im allgemeinen nur der mutmaßlich von ihm erzielte Vorteil ausgeglichen werde.
- 334** (2) Umstritten ist dagegen, welcher Abgabepreis bei der Stücklizenz zugrundegelegt ist. Die Rspr. hat bisher immer, allerdings ohne sich definitiv festzulegen, die Abgabepreise des Verletzers zugrundegelegt (zuletzt BGHZ 77, 16, 27 – *Tolbutamid*), weil sie eine zuverlässige, durch den tatsächlichen Verlauf und Umfang der Verletzungshandlungen nachgewiesene Grundlage böten. Dagegen wird eingewandt, daß der Verletzer naturgemäß günstiger kalkulieren könne als der Rechtsinhaber und ihn vielfach bewußt unterbieten werde. Anzuknüpfen sei daher an die (höheren) Abgabepreise des Rechtsinhabers im Zeitpunkt des Verletzungsbeginns (*Pietzcker* GRUR 1975, 55, 565; *Preu* GRUR 1979, 753, 760; *Barth* GRUR 1980, 844, 846). Dagegen spricht erstens, daß die allgemeinen Kostenstrukturen, unabhängig von der Entwicklung des Schutzrechts, und die Gewinnmargen unterschiedlich sein können, so daß der günstigere Verletzerabgabepreis auch andere Ursachen haben kann. Zweitens aber muß der Zusammenhang zwischen Abgabepreis und Umsatzhöhe bedacht werden. Bei einem höheren Abgabepreis hätte der Verletzer mutmaßlich geringere Umsätze erzielt (ähnlich BGH aaO – *Tolbutamid*). Korrekterweise müßten bei einer Anknüpfung an die Abgabepreise des Rechtsinhabers fiktive niedrigere Umsätze des Verletzers zugrundegelegt werden. Damit begibt man sich aber unnötig auf das Feld der Spekulation. Das gleiche Argument spricht gegen den Vorschlag, an den Abgabepreis des Verletzers bei ordnungsgemäß eingeholter Erlaubnis anzuknüpfen, praktisch also den tatsächlichen Abgabepreis um die fiktive Lizenzgebühr zu erhöhen (*Teplitzky* Kap. 34 Rdn. 27). – Nicht ausgeschlossen ist es freilich, lizenz erhöhend zu berücksichtigen, daß der Rechtsinhaber, anders als bei Lizenzverträgen über bestimmte Schutzrechte (vgl. § 20 Abs. 2 S. 2 GWB), keinen Einfluß auf die Abgabepreise des Verletzers hat (BGH aaO – *Tolbutamid*: Zuschlag von 60 % gerechtfertigt).
- 335** Wenig hilfreich erscheint die Überlegung, statt an die Abgabepreise an die Gewinnspanne des Verletzers anzuknüpfen (vgl. RG GRUR 1942, 318; *Pietzcker* aaO). Denn erstens läßt sich die Gewinnspanne schwer ermitteln und zweitens ginge der Verletzte leer aus, wenn der Verletzer im Einzelfall nur zu kostendeckenden oder sogar zu Verlustpreisen verkauft hat.
- 336** (3) Zur Höhe der Lizenzgebühr lassen sich keine allgemeinen Grundsätze aufstellen (BGHZ 44, 372, 381 = BGH GRUR 1966, 375 – *Meßmer-Tee II*). Vielmehr kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. In der Rspr. sind Sätze zwischen 1 % (BGH aaO – *Meßmer-Tee II*) und 8 % (BGH aaO – *Tolbutamid*), vereinzelt sogar darüber (OLG Köln GRUR 1991, 60, 62 – *Rolox-Imitation*: 12,5%), zu verzeichnen. Anknüpfungspunkt kann der marktübliche Satz sein, falls es einen solchen gibt. Im übrigen kommen als wertbildende Kriterien in Betracht: Bei einer Patentverletzung ist u. a. die

¹⁹² Vgl. BGHZ 44, 372, 380 f. = BGH GRUR 1966, 375 – *Meßmer-Tee II*; 57, 116, 123 = BGH GRUR

1972, 189 – *Wandsteckdose II*; 77, 16, 27 – *Tolbutamid*; BGH GRUR 1975, 85, 86 – *Clarissa*.

wirtschaftliche Bedeutung und der Schutzzumfang eines Patents, die Bedeutung der fremden Leistung für das hergestellte Erzeugnis, die zulässige Beteiligung anderer Patente des Verletzten, die Höhe der Verdienstspanne sowie eine Monopolstellung des Verletzten zu berücksichtigen (vgl. BGH GRUR 1962, 401, 404 f – *Kreuzbodenventil-säcke II*; *Gottwald* S. 174, 175).

Bei einer **Warenzeichen- bzw. Firmenrechtsverletzung** spielen der Verkehrswert, bestimmt durch den Bekanntheitsgrad und den Ruf des Zeichens, sowie das Maß der Nachbildung (Warennähe) und der Verwechslungsgefahr eine Rolle (vgl. BGHZ 44, 372, 381 = BGH GRUR 1966, 375 – *Meßmer-Tee II*; BGH GRUR 1975, 85, 87 – *Clarissa*; OLG Karlsruhe GRUR 1971, 221 – *Pudelzeichen II*). Bei der Höhe der Lizenzgebühr darf auch die Schwächung der Kennzeichnungskraft des verletzten Zeichens berücksichtigt werden (BGHZ 44, 372, 381 = BGH GRUR 1966, 375 – *Meßmer-Tee II*). Ist mit der Zeichenverletzung zugleich eine Täuschung des Publikums verbunden, so daß insoweit ein Lizenzvertrag unzulässig wäre, kann zwar nur die angemessene Gebühr für einen Lizenzvertrag mit zulässigem Inhalt gefordert werden. Doch kann der Verletzte zusätzlich einen eingetretenen Marktverwirrungs- bzw. Diskreditierungsschaden geltend machen (BGHZ 44, 372, 380 u. 382 = BGH GRUR 1966, 375 – *Meßmer-Tee II*).

337

Bei Verletzung sonstiger **Ausschließlichkeitsrechte** und vergleichbarer **Leistungspositionen** kommt es ebenfalls auf den Verkehrswert des Rechts bzw. der Leistungsposition und auf die Nähe der Nachbildung an (vgl. BGH aaO – *Clarissa*; *Teplitzky* Kap. 34 Rdn. 30). Bei der Bestimmung des Verkehrswerts ist insoweit zu berücksichtigen, ob es sich um ein kompliziertes Erzeugnis mit entsprechender Gestaltungshöhe oder nur um ein Standarderzeugnis handelt, ferner ob ein Ausschließlichkeitsrecht oder nur eine geschützte Leistungsposition vorliegt (vgl. BGH GRUR 1972, 189, 191 – *Wandsteckdose II*; *Teplitzky* Kap. 34 Rdn. 30). Bei der **Nachbildungsnähe** und dem **Grad der Verwechslungsgefahr** soll es u.a. auf die Intensität der Anlehnung und (insoweit bedenklich) auf die Hartnäckigkeit der Verletzertätigkeit ankommen (vgl. BGH aaO – *Wandsteckdose II*). Auch der Imageverlust bei einem Billignachbau (Fall *Tchibo/Rolex*) kann zu berücksichtigen sein (OLG Köln GRUR 1991, 60, 62 – *Rolex-Imitation*). Im allgemeinen soll die angemessene Lizenzgebühr bei Verletzung eines Warenzeichens niedriger zu bemessen sein als bei einem gleich hohen Warenumsatz unter Eingriff in ein Urheber- (z. B. Geschmacksmuster-)recht (BGH aaO – *Clarissa*).

338

cc) **Zu- und Abschläge zur Lizenzgebühr.** Ausgangspunkt ist die Erwägung, daß die unerlaubte Schutzrechtsbenutzung sowohl Vorteile als auch Nachteile gegenüber einer erlaubten Benutzung mit sich bringen kann und dies bei einer Bemessung der angemessenen Lizenzgebühr zu berücksichtigen ist.

339

Als **Vorteile des Verletzers** gegenüber einem vertraglichen Lizenznehmer kommen zunächst jene in Betracht, die sich aus dem Fehlen einer vertraglichen Bindung ergeben, nämlich: keine Beteiligung an Forschungs- und Entwicklungskosten in Gestalt einer Abschluß- oder Mindestgebühr (vgl. *Preu* GRUR 1979, 753, 760; *Assmann* BB 1985, 15, 18); keine Verpflichtung zum Nichtangriff auf das Schutzrecht und auch keine Pflicht, Lizenzgebühren für nicht rechtsbeständige Schutzrechte zu zahlen (BGHZ 82, 310 = BGH GRUR 1982, 286, 287 – *Fersenabstützvorrichtung*); keine im Rahmen von § 20 Abs. 2 GWB zulässigen Pflichten hinsichtlich Preisgestaltung (dazu BGHZ 77, 16, 26 f. – *Tolbutamid*), Qualitätskontrolle (dazu BGHZ 44, 372, 381 = BGH GRUR 1966, 375 – *Meßmer-Tee II*), Vertrieb und Erfahrungsaustausch (*Assmann* aaO); keine Pflicht zur fortlaufenden Gebührenentrichtung und daraus resultierende Zinsvorteile (dazu BGHZ 82, 310 = BGH GRUR 1982, 286, 288 – *Fersenabstützvor-*

richtung; Körner GRUR 1983, 611, 414) und Inflationsgewinne (Preu aaO; Assmann aaO); keine zeitliche Begrenzung der Nutzung (Assmann aaO). Als weitere Vorteile werden die Scheu des Rechtsinhabers vor dem Prozeßrisiko und Steuervorteile aus Rückstellungen bei Prozeßbeginn (Assmann aaO) angeführt, indessen zu Unrecht: die Prozeßscheu läßt sich nicht quantifizieren, und Steuervorteile bestehen deswegen nicht, weil auch der Lizenznehmer die Lizenzgebühren steuerlich absetzen kann.

Als Nachteile des Verletzers gegenüber einem vertraglichen Lizenznehmer sind zu bedenken: das Risiko der jederzeitigen Unterbindung der Benutzung durch den Rechtsinhaber (BGH aaO – *Tolbutamid*); die Entwertung vorgenommener Investitionen (BGHZ 82, 310 = BGH GRUR 1982, 286, 287 – *Fersenabstützvorrichtung*); das Risiko, ggf. den entgangenen Gewinn des Verletzten ersetzen oder aber den eigenen erzielten Gewinn herausgeben und einen etwaigen Marktverwirrungs- und Diskreditierungsschaden ersetzen zu müssen (BGH aaO – *Tolbutamid* und *Fersenabstützvorrichtung*).

340 Im Schrifttum neigt man dazu, die Vorteile des Verletzers generell höher zu bewerten als die gleichzeitig gegebenen Nachteile (vgl. *Kraßer* GRUR Int. 1980, 259, 265; *Assmann* BB 1985, 15, 18; wohl auch *Körner* GRUR 1983, 611, 612). Man hält dafür, daß der Verletzer sich seine Risiken selbst zuzuschreiben habe und dies nicht durch eine Minderung der Lizenzgebühr honoriert werden dürfe. Zur Abschreckung vor Schutzrechtsverletzungen, zum Schutz der Marktplanungsfreiheit des Rechtsinhabers und zur Wahrung des Allgemeininteresses an der Entwicklung neuer Produkte hält man es für geboten, vom Grundsatz der Gleichbehandlung von Verletzer und vertraglichem Lizenznehmer abzugehen und einen pauschalen Verletzungszuschlag, etwa in Gestalt einer Verdoppelung der üblichen Lizenzgebühr zu gewähren.¹⁹³

341 Die Rspr. lehnt hingegen einen von den Umständen des Einzelfalles unabhängigen allgemeinen Verletzungszuschlag ausdrücklich ab (BGHZ aaO – *Tolbutamid*; zust. *Preu* GRUR 1979, 753, 759) und hebt dabei die Unterschiede zur Schadensberechnung bei der Verletzung musikalischer Aufführungsrechte (BGHZ 59, 286 – *Doppelte Tarifgebühr*) hervor. Sie besteht darauf, daß festgestellt wird, inwieweit sich typische Verletzungsvorteile und -nachteile im Einzelfall auch tatsächlich auswirken. Erst nach einer Abwägung tatsächlicher Vorteile und Nachteile komme ein Zuschlag bzw. Abschlag in Betracht (BGH aaO – *Tolbutamid* und *Fersenabstützvorrichtung*). – Der Rspr. ist beizupflichten. Ihre Kritiker haben zu einseitig die Belange des Verletzten im Auge und betonten zu sehr den Präventions- bzw. Sanktionsgedanken. Sie lassen außer acht, daß bereits die Zuerkennung einer einfachen Lizenzgebühr einen Vorteil für den Verletzten mit sich bringen kann, den er sonst vielleicht gar nicht oder nicht in diesem Umfang erzielt hätte. Bei einer Verdoppelung der Lizenzgebühr oder einem sonstigen pauschalen Verletzungszuschlag besteht außerdem die Gefahr, daß sich Wettbewerber auch vor einem erlaubten Nachahmungswettbewerb abschrecken lassen, um kein Risiko einzugehen. Im übrigen sind die Unterschiede der einzelnen Verletzungsfälle und der dabei zu verzeichnenden Vorteile und Nachteile für den Verletzer so groß (vgl. hierzu *Körner* GRUR 1983, 611, 614), daß es ungerecht wäre, alle Fälle über einen Kamm zu scheren. So kann beispielsweise das Investitionsrisiko des Verletzers im Falle einer Unterbindung seines Handelns in einem Falle sehr hoch, in einem anderen (etwa

¹⁹³ Vgl. v. *Falck* GRUR 1971, 541, 547; *Pietzcker* GRUR Int 1979, 343, 346; *Assmann* BB 1985, 15, 21 ff. mit ausführlicher, auch rechtsvergleichender Begründung. – *Körner* GRUR 1983, 611, 614 will

die Verdopplung als „grobes Richtmaß“ mit der Möglichkeit zur Modifikation im Einzelfall gelten lassen.

bei Beschränkung auf bloßen Vertrieb; vgl. BGHZ 82, 310 = BGH GRUR 1982, 286, 287 – *Fersenabstützvorrichtung*) gleich Null sein. Wünschenswert wäre eine Differenzierung nach dem Verschuldensgrad. Dies entspräche dem Präventionsgedanken; auch dürfte im Zweifel bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Schutzrechtsverletzung eine intensivere und ertragreichere Nutzung erfolgt sein als bei leicht fahrlässigem Handeln. Die §§ 139 Abs. 2 S. 2 PatG, 15 Abs. 2 S. 2 GebrMG und 14 a Abs. 1 S. 3 GeschmMG tragen dem Rechnung, doch ist eine analoge Anwendung auf andere Schutzrechte oder vergleichbare Positionen wohl nicht statthaft.

An weiteren Einzelheiten aus der Rspr. sind zu erwähnen: Lizenzmindernd sei zu berücksichtigen, wenn die Lizenzgebühr regelmäßig für die Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts gezahlt wird, aber der Verletzte sein Schutzrecht selbst nutzt (BGH GRUR 1972, 189, 191 – *Wandsteckdose II*; 1975, 85, 87 – *Clarissa*). Dem wird man den Fall gleichstellen müssen, daß zwar nicht der Verletzte sein Recht nutzt, aber mehrere Verletzer auf dem Markt tätig sind (a.A. *Pietzcker* GRUR 1975, 55, 56), vom Problem der gesamtschuldnerischen Haftung nach §§ 830 Abs. 1 S. 2, 840 Abs. 1 BGB einmal abgesehen. – Lizenzerhöhend wirke sich aus, wenn sich die Nachbildungsnahe durch Benutzung einer verwechslungsfähigen Warenbezeichnung erhöhe, ohne daß eine – selbständig zu bewertende – Warenzeichenverletzung vorliege (BGH aaO – *Clarissa*), lizenzmindernd dagegen eine geringe Nachbildungsnahe, wobei allerdings unbedeutende Unterschiede außer Betracht blieben (BGH aaO – *Clarissa*). – Unberücksichtigt müsse bleiben, daß der Verletzte keine Kosten einer vertragsüblichen Qualitätskontrolle habe, weil dieser Ersparnis regelmäßig die Gefahr einer erhöhten, gerade auf dem Fehlen einer Kontrolle beruhenden Beeinträchtigung des Rechts gegenüberstehe (BGHZ 44, 372, 381 = BGH GRUR 1966, 375 – *Meßmer-Tee II*; sehr zw., weil die Kostenersparnis an sich lizenzerhöhend und nicht -mindernd zu berücksichtigen wäre).

dd) Einbeziehung der „aufgelaufenen Zinsen“. Über die Möglichkeit, Verzugs- oder Prozeßzinsen zu verlangen, hinaus kann der Verletzte die sog. „aufgelaufenen Zinsen“ lizenzerhöhend geltend machen (BGHZ 82, 310 = BGH GRUR 1982, 286, 288 f. – *Fersenabstützvorrichtung*; BGHZ 82, 299 = BGH GRUR 1982, 301, 303 f. – *Kunststoffhohlprofil II* – m. Anm. *Pietzcker*; vgl. auch *Barth* GRUR 1980, 844, 845). Denn vernünftig denkende Parteien hätten bei einem Lizenzvertrag für die Gebührenzahlungen Fälligkeitstermine mit dem Ziel und der Folge einer über die Verzugsregelung hinausgehenden Zinspflicht vereinbart. Die Berücksichtigung der aufgelaufenen Zinsen bedeute insoweit keinen Verletzerzuschlag, sondern nur die Gleichstellung mit einem vertraglichen Lizenznehmer. – Dieser Rspr. ist zuzustimmen, sie läßt aber einige Fragen offen. Bezüglich der fiktiven Fälligkeitstermine für die Gebührenzahlung wird man auf die üblichen Zeiträume (Quartal, Halbjahr, Kalenderjahr) abstellen müssen (*Körner* GRUR 1983, 611, 614). Bezüglich der Zinshöhe kommt es darauf an, ob bei einem Lizenzvertrag den Lizenznehmer eine gesetzliche oder vertragliche Verzinsungspflicht träfe. Sind Rechtsinhaber und Verletzer Kaufleute, ist die Anknüpfung an §§ 352, 353 HGB (fünf Prozent) möglich (BGH aaO – *Fersenabstützvorrichtung*). Bei fehlender Kaufmannseigenschaft ist an § 288 Abs. 1 S. 1, § 246 BGB (vier Prozent) anzuknüpfen aus der Erwägung heraus, daß ein Lizenznehmer bei Nichtzahlung zum Fälligkeitstermin ohne weiteres in Verzug käme (§ 284 Abs. 2 S. 1 BGB). Ein Rückgriff auf § 668 BGB bzw. § 849 BGB (hierfür *Pietzcker* GRUR 1975, 55, 57) ist daher entbehrlich. Weiter geht der Vorschlag, bei der Zinshöhe einen Mittelwert zwischen banküblichen Festanlagezinsen und banküblichen Kreditzinsen anzunehmen (*Körner* aaO; *Delahaye* GRUR 1986, 217, 220). Dies ist abzulehnen, weil für einen höheren

Verzugsschaden der Gläubiger voll beweispflichtig ist, dafür auch kein Anscheinsbeweis spricht (vgl. *Baumbach/Duden/Hopt*, HGB, § 352 Anm. 2 A) und ein solcher Schaden daher nicht ohne weiteres fingiert werden darf. Ein höherer als der gesetzliche Zinssatz kommt folglich nur in Betracht, soweit ein solcher üblicherweise in Lizenzverträgen vereinbart wird. – Zu beachten bleibt, daß die „aufgelaufenen Zinsen“ Teil des Schadensersatzanspruchs sind und nicht zu ihm hinzukommen.

6. Einzelheiten zur Herausgabe des Verletzergewinns

- 344** Die Herausgabe des Verletzergewinns ist für den Verletzer nur dann von Interesse, wenn der eigene Gewinnentgang und auch die angemessene Lizenzgebühr dahinter zurückbleiben. Es wird freilich vermutet, daß der Verletzergewinn – von Ausnahmefällen abgesehen – kaum wesentlich über die angemessene Lizenzgebühr hinausgeht (*Kraßer GRUR Int* 1980, 259, 264), das Verlangen nach Herausgabe sich also vor allem dann empfiehlt, wenn die Grundlagen für eine Lizenzanalogie schwer zu beweisen sind.
- 345** a) **Nachweis der Kausalität zwischen Verletzungshandlung und Verletzergewinn.** Der Verletzte muß im Rahmen des § 287 ZPO nachweisen, daß die Verletzungshandlung erstens mit Wahrscheinlichkeit einen Schaden des Verletzten und zweitens zu einem Verletzergewinn geführt hat (vgl. BGH GRUR 1962, 509, 512 – *Dia-Rähmchen II*). Dieser Nachweis bereitet in der Praxis Schwierigkeiten, weil von den Einnahmen die darauf bezogenen Ausgaben abzuziehen sind und somit für das Entstehen und den Umfang eines Gewinns die innerbetrieblichen Verhältnisse, also die anteiligen Gemeinkosten für Fertigung, Vertrieb und Verwaltung sowie die produktspezifischen Kosten, und die Kalkulation des Verletzers maßgebend sind (vgl. *Pietzcker GRUR* 1975, 55; *Preu GRUR* 1979, 753, 757; *Körner GRUR* 1983, 611; *Lehmann BB* 1988, 1680, 1683 ff). Die Richtigkeit der Angaben des Verletzers kann allerdings mit Hilfe eines Sachverständigen überprüft werden (BGH aaO – *Dia-Rähmchen II*; *Kraßer GRUR Int* 1980, 259, 264).
- 346** b) **Umfang des herauszugebenden Gewinns.** Ausgangspunkt ist der vom Verletzer tatsächlich erzielte Gewinn, nicht der Gewinn, den er hätte erzielen können. Der vom Verletzer erzielte Gewinn ist aber nicht vollständig, sondern nur insoweit herauszugeben, als er auf der unerlaubten Nutzung des Immaterialgutes beruht. Denn der Gewinn beruht regelmäßig auf dem Zusammenwirken mehrerer Umstände und nicht allein auf der Rechtsverletzung. So können beispielsweise neben dem fremden Schutzrecht auch eigene Schutzrechte oder solche Dritter benutzt worden sein (vgl. RGZ 156, 321; *Teplitzky Kap. 34 Rdn. 32*). Insbesondere bei Kennzeichenverletzungen (vgl. BGH GRUR 1961, 354, 356 – *Vitasulfal*; BGHZ 60, 206 = GRUR 1972, 375, 378 – *Miss Petite*; GRUR 1977, 491, 494 – *Allstar*) und bei sklavischer Nachahmung (vgl. BGH GRUR 1974, 53, 54 – *Nebelscheinwerfer* – m. Anm. *Henssler*) wird der Verletzergewinn nicht allein, ja nicht einmal überwiegend auf die Verletzungshandlung zurückzuführen sein (vgl. *Teplitzky Kap. 34 Rdn. 32*; OLG Köln GRUR 1991, 60, 63 – *Rolex-Imitation*). Der herauszugebende Gewinnanteil ist nach § 287 ZPO zu schätzen (BGH aaO – *Miss Petite*), wobei allerdings verlässliche Anhaltspunkte vorliegen müssen (OLG Köln aaO). Mittelbare Verursachung eines Verletzergewinns ist ausreichend (vgl. BGH aaO – *Dia-Rähmchen II*: Patentverletzung hinsichtlich Nebenprodukt führt zu Gewinn bei Hauptprodukt), da sich der Verletzer nicht durch Mischkalkulation seiner Herausgabepflicht entziehen können soll. – Unberücksichtigt bleibt, daß der Verletzer ohne die Verletzung den konkreten Gewinn überhaupt nicht

hätte erzielen können, aber auch, daß er diesen Gewinn auch anderweit erzielt hätte (Kraßer GRUR Int 1980, 259, 264).

c) **Verlustersparnis als „Gewinn“?** War die Verletzungshandlung für sich gesehen nicht gewinnbringend (vgl. den Fall BGHZ 44, 372 = BGH GRUR 1966, 375 – *Meßmer-Tee II*), entfällt ein Anspruch, auch wenn ohne diese Handlung sein Verlust noch größer gewesen wäre (vgl. RGZ 130, 108, 110; Kraßer aaO; Delahaye GRUR 1986, 217, 219; a.A. Preu GRUR 1979, 753, 757). Denn das mögliche Alternativverhalten des Verletzers kann weder zu seinem Vorteil, noch zu seinem Nachteil berücksichtigt werden. Der Verletzte muß hier auf die anderen Berechnungsarten verwiesen werden. **347**

d) **Unbeachtlichkeit eines Gewinnentgangs beim Verletzten.** Ob der Verletzte den vom Verletzer erzielten Gewinn selbst hätte machen können, ist unerheblich (BGHZ 60, 168, 173 = BGH GRUR 1973, 478 – *Modeneinheit*). Dem Gewinn des Verletzers muß also kein gleich hoher Schaden beim Verletzten entsprechen. Es muß lediglich die Wahrscheinlichkeit eines Schadens des Verletzten gegeben sein. **348**

e) **Gesetzliche Sonderregelungen.** Nach §§ 139 Abs. 2 S. 2 PatG, 15 Abs. 2 S. 2 GebrMG, 14 a Abs. 1 S. 3 GeschmG kann das Gericht bei leichter Fahrlässigkeit des Verletzers eine Entschädigung festsetzen, die in den Grenzen zwischen dem Schaden des Verletzten und dem Vorteil bleibt, der dem Verletzer erwachsen ist. **349**

7. Das Wahlrecht des Verletzten und das Vermengungsverbot

a) **Das Wahlrecht.** Der Verletzte kann grundsätzlich zwischen den drei Berechnungsarten frei wählen. Er braucht sich auch nicht von vornherein auf eine Berechnungsart zu beschränken, sondern kann im Wege des Hauptantrags die eine, im Wege des Hilfsantrags die anderen Berechnungsarten zugrunde zu legen. Der Verletzte ist auch nicht ohne weiteres an die einmal getroffene Wahl gebunden, sondern kann später noch – auch im Prozeß (keine Klageänderung!) – auf eine andere Berechnungsart übergehen, zumal dies den Verletzer nicht unbillig beschwert (OLG Köln GRUR 1991, 60, 61 – *Rolex-Imitation*). Die Wahlschuldregeln (§ 263 BGB) sind nicht anwendbar (BGHZ 44, 372 = BGH GRUR 1966, 375, 379 – *Meßmer-Tee II*; 1977, 539, 542 – *Prozeßrechner*). Nur in zwei Fällen ist der Verletzte an die getroffene Wahl gebunden. Einmal, wenn der Verletzer Ersatz nach der gewählten Berechnungsart geleistet hat (BGH aaO – *Meßmer-Tee II*; GRUR 1974, 53 – *Nebelscheinwerfer*). Zum anderen, wenn er seinen Klageantrag unmittelbar auf Zahlung von Schadensersatz nach einer bestimmten Berechnungsart gerichtet hat¹⁹⁴. Unschädlich ist es dagegen, wenn der Verletzte lediglich Feststellung der Schadensersatzpflicht und Auskunftserteilung zur Vorbereitung der Gewinnherausgabeklage beantragt hat (BGH aaO – *Meßmer-Tee II*). **350**

b) **Das Vermengungsverbot.** Der Verletzte kann zwar zwischen den drei Berechnungsarten frei wählen, doch darf er sie nicht häufen (sog. Vermengungs- oder Verquickungsverbot). Es ist also unzulässig, neben dem entgangenen Gewinn auch noch die angemessene Lizenzgebühr zu verlangen.¹⁹⁵ Das Vermengungsverbot wird aber nicht verletzt, wenn der Verletzte seinen Ersatzanspruch nach der Lizenzgebühr berechnet und außerdem noch seinen Marktverwirrungs- bzw. Diskreditierungsschaden **351**

¹⁹⁴ Vgl. BGH GRUR 1977, 539, 542/543 – *Prozeßrechner*; Teplitzky Kap. 34 Rdn. 25; a.A. Pietzner GRUR 1972, 151, 158; Brandner GRUR 1980, 359, 363; Preu GRUR 1979, 753, 761.

¹⁹⁵ Vgl. RGZ 156, 65, 68 f. – *Scheidenspiegel*; BGH GRUR 1962, 509, 512 – *Dia-Räbmchen II*; 1962, 580, 582 – *Laux-Kupplung II*.

verlangt.¹⁹⁶ Dem liegt die Erwägung zugrunde, daß die Lizenzgebühr nur auf einem rechtlich zulässigen Vertragsinhalt zu berechnen ist und bei einer über das rechtlich zulässige Maß hinausgehenden Verletzungshandlung neben der vereinbarten Lizenzgebühr ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung wegen des angerichteten Marktverwirrungs- und Diskreditierungsschadens anfallen würde (BGH aaO – *Meßmer-Tee II*; sowie Rdn. 318). Kein Verstoß gegen das Vermengungsverbot liegt auch vor, wenn dieser Schaden neben der Herausgabe des Verletzergewinns geltend gemacht wird. Denn die Zuerkennung des Verletzergewinns beruht auf der Fiktion, daß der Verletzte denselben Gewinn erzielt hätte (BGHZ 60, 168, 173 = BGH GRUR 1973, 478 – *Modeneuheit*). Sie deckt also nur den Gewinnentgang des Verletzten ab, nicht aber auch den Marktverwirrungs- und Diskreditierungsschaden. Das wird gerade am Fall der unterbundenen Verletzung deutlich: der Verletzer erzielt keinen Gewinn mehr, der herauszugeben wäre, aber die Marktverwirrung ist damit nicht schon beseitigt. Auf einem anderen Blatt steht, daß der Marktverwirrungsschaden vom Ausmaß der Verletzungshandlung und damit indirekt auch von der Höhe des Verletzergewinns abhängt. – Das Vermengungsverbot wird schließlich auch nicht durch die Geltendmachung von Rechtsverfolgungskosten neben Lizenzgebühr oder Verletzergewinn verletzt,¹⁹⁷ da auch sie nicht mitabgedeckt sind. Im Ergebnis schließt also das Verlangen von Lizenzgebühr oder Verletzergewinn die Geltendmachung des positiven Schadens nicht in vollem Umfang aus.

Fünfter Abschnitt. Der Bereicherungsanspruch

Literatur

Brandner, Die Herausgabe von Verletzervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb, GRUR 1980, 359; *Bruchhausen*, Bereicherungsausgleich bei schuldloser Patentverletzung, FS Wilde, 1970, S. 23; *Delahaye*, Die Bereicherungshaftung bei Schutzrechtsverletzungen, GRUR 1985, 856; *Haines*, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb, 1970; *Jakobs*, Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung, 1964; *Joerges*, Bereicherungsrecht als Wirtschaftsrecht, 1977 (= AG 1976, 281 u. 315); *Kaiser*, Die Eingriffskondition bei Immaterialgüterrechten, insbesondere Warenzeichenrechten, GRUR 1988, 501; *Kleinbeyer*, Rechtsgutverwendung und Bereicherungsausgleich, JZ 1970, 471; *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Auflage 1988; *Kraßer*, Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht, GRUR Int 1980, 259; *Mestmäcker*, Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung, JZ 1958, 521; *Raiser*, Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht, JZ 1961, 465; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 1983; *Rümker*, Das Tatbestandsmerkmal „ohne rechtlichen Grund“ im Bereich der Eingriffskondition, 1972; *Sack*, Die Lizenzanalogie im System des Immaterialgüterrechts, FS Hubmann, 1985, 373; *Schlechtriem*, Bereicherung aus fremdem Persönlichkeitsrecht, FS Hefermehl, 1976, S. 445; *ders.*, Prinzipien und Vielfalt: Zum gegenwärtigen Stand des deutschen Bereicherungsrechts, ZHR 149 (1985), 332; *Storch*, Schadensersatz bei Warenzeichenverletzungen, GRUR 1963, 9; *Ullmann*, Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzers im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR 1978, 615; *von Caemmerer*, Bereicherung und unerlaubte Handlung, FS Rabel, 1954, Bd. I, 1954, 333; *Weitnauer*, Zwischenbilanz im Bereicherungsrecht, DB 1984, 2498; *Wilhelm*, Rechtsverletzung und Vermögensentscheidung als Grundlagen und Grenzen des Anspruchs aus ungerechtfertigter Bereicherung, 1973.

¹⁹⁶ BGHZ 44, 372, 380, 382 = BGH GRUR 1966, 375 – *Meßmer-Tee II*; BGHZ 69, 206 = BGH GRUR 1973, 375, 378 – *Miss Petite*; 1975, 85, 87 – *Clarissa*.

¹⁹⁷ Vgl. *Leisse/Traub* GRUR 1980, 1, 3, f; *Teplitzky* Kap. 34 Rdn. 22; a.A. BGH GRUR 1977, 539, 543 – *Prozeßrechner*.

I. Allgemeines

1. Historische Entwicklung

Der Bereicherungsanspruch im Wettbewerbsrecht ist eine späte und noch nicht voll ausgereifte Frucht der Rechtsentwicklung. Während das RG zwar keine Bedenken trug, bei Urheberrechtsverletzungen Bereicherungsansprüche anzuerkennen¹⁹⁸, lehnte es dies aber bei der Verletzung von gewerblichen Schutzrechten ab,¹⁹⁹ weil das Patentgesetz, das Gebrauchsmustergesetz und das Warenzeichengesetz eine erschöpfende und abschließende Regelung der Ansprüche des Schutzrechtsinhabers enthielten. Der BGH brach mit dieser Rspr. in einer ausführlich begründeten Entscheidung zur *Gebrauchsmusterverletzung* (BGHZ 68, 90 – *Kunststoffhohlprofil I* = GRUR 1977, 250), weil die Gesetze über die Zulässigkeit einer Bereicherungshaftung nichts aussagten und es mit Recht und Billigkeit nicht zu vereinbaren wäre, daß der Schutzrechtsverletzer unangefochten behalten solle, was er durch eine widerrechtliche Verletzungshandlung erlangt habe.²⁰⁰ Ebenso entschied er zur *Warenzeichenverletzung* (BGHZ 99, 244 – *Chanel Nr. 5 (I)* = GRUR 1987, 520; vgl. auch BGHZ 44, 372, 376 = BGH GRUR 1966, 375 – *Meßmer-Tee II*). Auch Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht sollen zu Bereicherungsansprüchen führen können (BGHZ 81, 75, 81 – *Carrera* = GRUR 1981, 846 – *Rennsportgemeinschaft*). – Ob auch Eingriffe in lediglich wettbewerbsrechtlich geschützte Positionen Bereicherungsansprüche auslösen können, hat die Rspr. bislang offengelassen (vgl. BGH GRUR 1960, 554, 557 – *Handstrickverfahren*; BGHZ 107, 117 = GRUR 1990, 221, 222 – *Forschungskosten*). Dagegen hat sie bei Eingriffen in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eine Bereicherungshaftung nach § 812 BGB abgelehnt, weil der Kundenkreis dem Gewerbetreibenden nicht zur alleinigen Nutzung zugewiesen sei, es somit an einer Beeinträchtigung einer Rechtsposition mit Zuweisungsgehalt fehle (BGHZ 71, 86, 98 – *Fahrradgepäckträger II*). Im Schrifttum wird zum Teil eine weitergehende Anwendung des Bereicherungsrechts gefordert.²⁰¹ – Insgesamt scheint die Rechtsentwicklung noch nicht abgeschlossen zu sein. Das Bedürfnis nach einer Bereicherungshaftung ist möglicherweise deshalb in der Vergangenheit nicht so stark hervorgetreten, weil beim Schadensersatzanspruch im Anwendungsbereich der dreifachen Schadensberechnung de facto ein Bereicherungsausgleich im Wege der Lizenzanalogie gewährt wurde.

2. Unterscheidung zwischen Leistungs- und Eingriffskondiktion

Hat der Inhaber eines rechtlich geschützten Gutes einem anderen die Nutzung gestattet, ist aber die Gestattung (idR Lizenzvertrag) aus irgendeinem Grunde unwirksam, vollzieht sich der Bereicherungsausgleich nach den Grundsätzen über die Lei-

¹⁹⁸ Vgl. RGZ 121, 258, 260 – *Frauenberufe* (anders noch in einem obiter dictum RGZ 113, 414, 424). – Der BGH in dieser Rspr. gefolgt, vgl. BGHZ 5, 116, 123; 20, 345, 355 = BGH GRUR 1956, 427 – *Paul Dahlke*; 56, 317, 320 – *Gasparone II*. – Aus der Lit. vgl. *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 2. Aufl., S. 406 ff; *Ullmann* GRUR 1978, 615, 616. – In § 97 Abs. 3 UrhG und § 14 a Abs. 2 GeschmMG ist festgelegt, daß Ansprüche aus anderen gesetzlichen Vorschriften, und damit aus §§ 812 ff BGB, unberührt bleiben.

¹⁹⁹ Vgl. RGZ 15, 121, 132; 21, 68, 72; 43, 56, 58; 50, 111, 115; 70, 249, 253; 113, 413, 424; 121, 258, 261

zur Patent- und Gebrauchsmusterverletzung; RGZ 108, 1, 6 zur Warenzeichenverletzung; zust. *Hoepffner* GRUR 1972, 237.

²⁰⁰ Dieser Begründungsansatz kann aber nicht verallgemeinert und zur Grundlage beliebiger Bereicherungsansprüche gemacht werden (vgl. BGHZ 107, 117, 120 = GRUR 1990, 221 f. (sub II 1 a) – *Forschungskosten*).

²⁰¹ Vgl. *Haines* S. 93 ff; *Brandner* GRUR 1980, 359, 364; *Staud/Lorenz*, 12. Aufl., Vorbem 44 zu §§ 812–822; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 420; *Teplitzky* Kap. 40 Rdn. 6.

stungskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB). Dies bedeutet u. a., daß die Berufung auf Wegfall der Bereicherung nach Maßgabe der *Saldotheorie* eingeschränkt sein kann (vgl. nur *Palandt/Thomas*, 50. Aufl. § 818 Rdn. 48 ff mwN).

Wird dagegen ein solches Gut ohne Gestattung, gleichgültig ob schuldhaft oder schuldlos, genutzt, vollzieht sich der Bereicherungsgleichheit nach den Grundsätzen über die Eingriffskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB).

II. Voraussetzungen und Anwendungsbereich der Eingriffskondition

1. Voraussetzungen

- 354** Die sog. Eingriffskondition (§ 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt. BGB) setzt voraus, daß jemand in sonstiger Weise auf Kosten eines anderen ohne rechtlichen Grund etwas erlangt hat. Zur Frage, was als „erlangt“ anzusehen ist, vgl. Rdn. 371 ff. Auf ein Verschulden des Schuldners oder einen Schaden des Gläubigers kommt es nicht an (vgl. BGHZ 81, 75, 81 = GRUR 1981, 846 – *Rennsportgemeinschaft*). Unerheblich ist auch, ob sich der Erwerb aufgrund gesetzlicher Vorschriften oder durch (rechtmäßiges) Handeln Dritter, auch staatlicher Hoheitsträger, vollzogen hat (vgl. BGHZ 107, 117, 118 = GRUR 1990, 221 – *Forschungskosten*).
- 355** a) Erwerb „in sonstiger Weise“. Dieses Merkmal hat lediglich die Funktion der Abgrenzung zur (vorrangigen) Leistungskondition. Der Erwerb darf sich also nicht durch Leistung, also nach hM (vgl. BGHZ 69, 188 f) durch zweckgerichtete und bewußte Vermehrung fremden Vermögens, vollzogen haben. Für das Wettbewerbsrecht typisch sind die Fälle des eigenmächtig, also gegen oder ohne den Willen des Berechtigten vollzogenen Erwerbs durch „Eingriff“ in fremde Rechtspositionen.
- 356** b) Erwerb „auf Kosten“ eines anderen. Dieses Merkmal bedeutet nicht, daß dem anderen ein entsprechender Vermögensnachteil entstanden sein muß (so aber noch *Palandt/Thomas*, 50. Aufl., § 812 Rdn. 31). Es besagt nach hM vielmehr, daß der Anspruch nur dem zusteht, dem das Erlangte an sich nach der rechtlichen Güterordnung gebührt oder zugewiesen ist, weil ihm die ausschließliche Verfügungs- und Verwertungsbefugnis hinsichtlich des verletzten Rechtsguts zusteht.²⁰² Dahinter steht die Lehre vom sog. „Zuweisungsgehalt“ eines Rechts bzw. einer rechtlich geschützten Position. Erforderlich ist, daß die in Anspruch genommene Nutzungsmöglichkeit von der Rechtsordnung einem anderen ausschließlich zugewiesen sei (vgl. BGHZ 107, 117, 120 = GRUR 1990, 221 – *Forschungskosten*). – Gegen diesen Ansatz wird eingewandt, der Begriff des Zuweisungsgehalts sei eine Leerformel (*Haines* S. 84 f). Stattdessen wird vorgeschlagen, auf den Schutzzweck der verletzten Norm abzustellen: bezwecke sie den Schutz eines konkreten Einzelnen („Individualbegünstigung“), so sei ein durch rechtswidrigen Normverstoß erlangter Vermögensvorteil „auf Kosten“ des Geschätzten erlangt. Sicheres Indiz für eine Individualbegünstigung sei es, wenn der Betroffene das Handeln des Verletzers durch seine Duldung rechtmäßig machen könne (*Haines* S. 93 ff; ihm folgend *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 420; *Koppensteiner/Kramer*, S. 92 ff). – An dieser Kritik ist richtig, daß der Begriff des Zuweisungsge-

²⁰² Aus dem bürgerlich-rechtlichen Schrifttum vgl. von *Caemmerer*, Gesammelte Schriften, Bd. I, 1968, 209, 228 ff, 378 ff; *Larenz*, SchuldR II, 12. Aufl., § 68 II; *Staud/Lorenz*, 12. Aufl., § 812 Rdn. 23; *Jauernig/Schlechtriem*, 5. Aufl., § 812 Anm. II 1 B; *Esser/Weyers*, Schuldrecht II, 6. Aufl., § 50 I 1.

Aus der wettbewerbsrechtlichen Rspr. und Litera-

tur vgl. BGHZ 71, 86, 98 = BGH GRUR 1978, 492 – *Fahrradgepäckträger II*; 99, 244, 247 = BGH GRUR 1987, 520 – *Chanel No. 5 (I)*; BGH GRUR 1990, 221 – *Forschungskosten*; *Brandner* GRUR 1979, 359, 360; *Ullmann* GRUR 1978, 615, 616.

halts keine unmittelbaren Problemlösungen ermöglicht. Ihm liegt als Anschauungsmodell das Eigentum mit den damit verbundenen Handlungsbefugnissen (z. B. Gebrauch, Fruchtziehung, Verbrauch, Veräußerung) zugrunde. Aber schon beim Eigentum kann zweifelhaft sein, wie weit die dem Rechtsinhaber zugewiesenen Befugnisse reichen (vgl. BGH GRUR 1975, 500, 501 – *Schloß Tegel*). Erst recht tritt Ungewißheit bei sonstigen, nicht als subjektives Recht anerkannten Positionen ein, deren ausschließliche Nutzung jemand für sich reklamiert. Gleichwohl ist am Begriff des Zuweisungsgehalts festzuhalten, weil er die richtige Fragestellung liefert. Denn er verdeutlicht, daß die Eingriffskondition die Usurpation einer Nutzungsmöglichkeit eines Gutes oder Wertes voraussetzt, die ausschließlich einem anderen gebührt. „Auf Kosten“ eines anderen ist ein Vorteil daher nur erlangt, wenn der Eingriff in der **Nutzbarmachung des fremden Gutes** für eigene Zwecke besteht (z. B. Verwertung unlauter erlangter fremder Betriebsgeheimnisse²⁰³). Nicht aber genügt es, wenn im Wettbewerb durch rechtswidrige Behinderung von Mitbewerbern Vorteile erzielt werden (z. B. Ausweitung des eigenen Absatzes durch eine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung gegenüber einem Mitbewerber). Die Frage nach dem Individualschutzcharakter der verletzten Norm vermag diesen Unterschied nicht deutlich zu machen und führt zu einer ungerechtfertigten Ausdehnung des Bereicherungsausgleichs (ebenso i. Erg. *Emmerich* § 17/7).

Ob und inwieweit einem Recht oder einer rechtlich geschützten Position Zuweisungsgehalt zukommt, muß durch eine **Interessenbewertung** entschieden werden.²⁰⁴ Die erste Voraussetzung für einen Bereicherungsanspruch ist, daß der Betroffene die Handlung **verbieten** darf, daß ihm also grundsätzlich ein Unterlassungsanspruch zusteht (vgl. BGHZ 107, 117, 121 f = GRUR 1990, 221 f – *Forschungskosten*). (Die außerhalb des Wettbewerbsrechts bestehenden Ausnahmen von diesem Grundsatz spielen hier keine Rolle). Die bloße Beeinträchtigung einer Verwertungschance löst daher noch keinen Bereicherungsanspruch aus (BGH aaO – *Forschungskosten*). Hinzukommen muß aber zweitens die Möglichkeit, einem anderen die **Nutzung** (Gebrauch, Fruchtziehung, Verbrauch) eines solchen Gutes für seine Zwecke zu **gestatten**, ihm also die Teilhabe an diesem Gut zu ermöglichen (vgl. BGH aaO – *Forschungskosten*: bloße Üblichkeit einer Gestattung reicht nicht aus, wenn Verbotungsrecht fehlt). Die Gestattung muß rechtlich zulässig sein, darf also ihrerseits nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßen.²⁰⁵ Andernfalls würde dem Inhaber des Immaterialgutes über den Bereicherungsausgleich eine Vergütung verschafft, die er rechtmäßig durch Lizenzvergabe nicht hätte erzielen können und die auch mittels der Leistungskondition (wegen § 817 S. 2 BGB) nicht erlangt werden könnte. Er ist insoweit auf Abwehr- und Schadensersatzansprüche beschränkt. Problematisch ist allerdings der Fall, daß die Gestattung der konkreten Nutzung nach § 3 UWG i. V. m. § 134 BGB unwirksam wäre, weil durch die Nutzung der Verkehr irreführt wird (vgl. BGHZ 44, 372, 382 = GRUR 1966, 375 – *Meßmer-Tee II*). Hier ist zwar nicht die Kondition schlechthin zuzulassen (so aber *Sack* S. 386 f), wohl aber haftet der Verletzer auf den Betrag, der bei einem vergleichbaren Lizenzvertrag mit zulässigem Inhalt zu zahlen gewesen wäre. Verkehrs- oder Marktüblichkeit der Gestattung gegen Entgelt (Lizenzvertrag) ist nicht unbedingt erforderlich (a. A. BGHZ 81, 75, 82 = BGH GRUR 1981, 846 – *Rennsport-*

357

²⁰³ Ähnlich *Reuter/Martinek* § 7 III 2 d; in der Sache auch *Koppensteiner/Kramer* S. 76; *Kleinheyer* JZ 1970, 471, 474; *MünchKomm/Lieb*, 2. Aufl., § 812 Rdn. 207 ff.

²⁰⁴ Vgl. hierzu *Joerges* S. 66 ff; 76; *Köhler* AcP 180 (1980) 318, 320; *Weitnauer* ZHR 142 (1978), 402.

²⁰⁵ Ebenso *Kleinheyer* JZ 1970, 471, 476; *Haines* S. 104, 106; *Wilhelm* S. 96 f; *Koppensteiner/Kramer* S. 83; *Staud/Lorenz*, 12. Aufl., Vorbem. 36 zu §§ 812 – 822.

gemeinschaft). Es genügt die Möglichkeit der Kommerzialisierung, wie sie gerade durch die unberechtigte Nutzung indiziert wird.

- 358** c) Erwerb „ohne rechtlichen Grund“. Folgt man der Lehre vom Zuweisungsgehalt, kann die Rechtsgrundlosigkeit nicht allein mit der bloßen Rechtswidrigkeit der Eingriffshandlung begründet werden (so aber *Jakobs* S. 26 ff), ebensowenig aber mit der fehlenden Schutzwürdigkeit des Erwerbs (so aber *Haines* S. 107). Ohne rechtlichen Grund ist der Erwerb vielmehr dann erfolgt, wenn ihm keine Gestattung zugrundelag. Der Unterschied zur Leistungskondiktion besteht nur darin, daß bei dieser eine, wenngleich unwirksame, Gestattung vorlag, während bei der Eingriffskondiktion der Erwerber ohne jegliche Gestattung handelte. Dabei spielt es keine Rolle, ob er sein Handeln irrtümlich für gestattungsfrei hielt oder ob er sich vorsätzlich über die fehlende Gestattung hinwegsetzte. Dies hat nur auf den Umfang der Haftung Einfluß.

2. Anwendungsbereich

- 359** (1) **Urheber- und Geschmacksmusterrechte.** Bei der unbefugten Nutzung dieser Rechte ist unstreitig ein Bereicherungsanspruch möglich (vgl. nur BGH GRUR 1963, 640, 642 – *Plastikkorb*; BGHZ 56, 317, 320 – *Gasparone II*).
- 360** (2) **Patent- und Gebrauchsmusterrechte.** Seit der Grundsatzentscheidung des BGH (BGHZ 68, 90 = BGH GRUR 1977, 250 – *Kunststoffhohlprofil I*) ist anerkannt, daß bei Eingriffen in diese Rechte Bereicherungsansprüche möglich sind.
- 361** (3) **Warenzeichen.** Die Möglichkeit eines Bereicherungsanspruchs war lange Zeit umstritten, weil das Warenzeichen nach der gesetzlichen Konzeption an sich nur Abwehrbefugnisse gewährt.²⁰⁶ Der BGH hat die Frage nunmehr zu Recht bejaht (BGHZ 99, 244, 246 f – *Chanel Nr. 5 (I)* = GRUR 1987, 520). Dem Warenzeichen könne ein substantieller, wirtschaftlicher Wert und damit ein Zuweisungsgehalt nicht abgesprochen werden, weil der Rechtsinhaber, wenn auch in Grenzen, Dritten entgeltlich jedenfalls eine obligatorische Lizenz gewähren könne und davon im Rechtsverkehr in nicht unerheblichem Maße Gebrauch gemacht werde. Dieser Gedanke sei bereits im Falle schuldhafter Warenzeichenverletzungen für die Zulassung der Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie maßgebend gewesen. – Dem ist zu folgen. Der Einwand, ein solcher Schutz des Warenzeichens verschaffe ihm eine monopolrechtliche Wirkung, die weder von der zeichenrechtlichen Funktionslehre abgesichert, noch ohne weiteres mit den Zielen des Kartellrechts vereinbar sei (so *Joerges* S. 72/73), überzeugt nicht.²⁰⁷ Ein schutzwürdiges Interesse eines Konkurrenten, ein fremdes Zeichen bis zur Unterbindung durch den Rechtsinhaber unentgeltlich benutzen zu dürfen, ist weder unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes noch unter dem der Freiheit des Wettbewerbs anzuerkennen. Dies auch dann, wenn man den Kapitalwert des Zeichens in seiner Suggestivfunktion erblickt. Denn dem Verletzer geht es darum, sich gerade diese

²⁰⁶ Gegen einen Bereicherungsanspruch: RGZ 108, 1, 6; 121, 258, 261 (wegen abschließender Entschädigungsregelung im WZG); *Mestmäcker* JZ 1958, 521, 525; *Raiser* JZ 1961, 465, 468; *Joerges* S. 71 f; *Bälz* JZ 1977, 517, 522 (bloßes Ausschlußrecht ohne Zuweisungsgehalt). – Für einen solchen: *Staud/Lorenz*, 12. Aufl., Vorbem 42 zu §§ 812–822; *Baumbach/Hefermehl*, Einl UWG Rdn. 419; *Teplitzky* Kap. 40 Rdn. 3; *Ullmann* GRUR 1978, 615, 620; *Wilhelm* S. 94 ff; *Reuter/Martinek* § 7 IV 2 e;

Jauernig/Schlechtriem, 5. Aufl., § 812 Anm. II 1 a; OLG Karlsruhe GRUR 1979, 473 – *Mokli*.

²⁰⁷ Gegen *Joerges* auch *Reuter/Martinek* § 7 IV 2 e mit dem Hinweis, daß das Warenzeichen keinen bloßen wettbewerblichen Vorsprung gewähre, sondern ausweislich der von der Rechtsordnung gewährten Nutzungsmöglichkeiten schon greifbare geldwerte Substanz besitze. Vgl. weiter die Kritik bei *Ahrens* S. 98 Fn. 87.

Suggestivfunktion zunutze zu machen und sich eigenen Aufwand für den Aufbau einer wettbewerbsfähigen Marke zu ersparen (vgl. Köhler, Besprechung zu Joerges, Bereicherungsrecht als Wirtschaftsrecht, AcP 180 (1980), 318, 320). Dadurch wird kein zusätzlicher Nutzen beim Verbraucher gestiftet, vielmehr wird der Verbraucher allenfalls getäuscht und (bei schlechterer Produktqualität des Nachahmers) geschädigt. Die Wettbewerbsfreiheit kann aber schon deshalb nicht beeinträchtigt sein, weil sie keine rechtswidrigen Wettbewerbshandlungen deckt. – Dem eingetragenen Warenzeichen steht die nach § 25 WZG geschützte Ausstattung gleich.²⁰⁸

(4) **Namens- und Firmenrechte.** Entsprechend dem zum Warenzeichen Gesagten ist auch Namens- und Firmenrechten ein Zuweisungsgehalt zuzusprechen.²⁰⁹ Zu beachten ist freilich, daß eine Namens- oder Firmenrechtsverletzung nur vorliegt, wenn ein „unbefugter Gebrauch“ gegeben ist (vgl. § 12 S. 1 BGB, § 37 Abs. 2 HGB; § 16 UWG). Dies setzt die Gefahr einer Identitäts- oder Zuordnungsverwirrung voraus (vgl. BGHZ 81, 75, 78 = BGH GRUR 1981, 846 – *Rennsportgemeinschaft*; 91, 117, 120 = BGH GRUR 1981, 684 – *Mordoro*; hM). Fehlt sie, weil die angepriesene Ware oder Leistung dem Namensträger nicht zugerechnet wird, kommt lediglich eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (vgl. BGH aaO – *Rennsportgemeinschaft*) oder des Rechts am Unternehmen in Betracht.

(5) **Allgemeines Persönlichkeitsrecht.** Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und auf geistige und wirtschaftliche Selbstbestimmung schließt die Befugnis ein, selbst über Art und Umfang des Gebrauchs des Namens (dazu BGHZ 81, 75, 79 f = BGH GRUR 1981, 846 – *Rennsportgemeinschaft*), des eigenen Bildes (dazu BGHZ 20, 345, 355 = BGH GRUR 1956, 427 – *Paul Dahlke*) und sonstiger Persönlichkeitsdetails (z. B. urheberrechtlich nicht geschützte Aufzeichnungen; vgl. *Schlechtriem* S. 452 ff) entscheiden zu dürfen. In diesem Umfang besitzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch Zuweisungsgehalt und Verletzungen lösen Bereicherungsansprüche aus.²¹⁰ Dem Anspruch steht nicht entgegen, daß der Betroffene in die Nutzungshandlung nicht eingewilligt hätte. Voraussetzung ist nur, daß eine Gestattung der Nutzung rechtlich zulässig und damit marktfähig ist, also nicht gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstößt. Nicht entscheidend ist auch die Marktüblichkeit der Nutzungsüberlassung (a. A. wohl BGHZ 81, 75, 82 = BGH GRUR 1981, 846 – *Rennsportgemeinschaft*); sie spielt nur bei der Berechnung des Wertersatzes nach § 818 Abs. 2 BGB eine Rolle.

(5) **Recht am Unternehmen.** Die wohl hM²¹¹ versagt Bereicherungsansprüche bei Eingriffen in das Recht am Unternehmen. Die gewerbliche Tätigkeit sei zwar rechtlich geschützt. Doch sei dem Gewerbetreibenden damit nicht ein bestimmter Tätigkeitsbereich mit festen Chancen und Erwerbserwartungen wie ein absolutes Recht zugewiesen,

²⁰⁸ Vgl. *Reuter/Martinek* § 7 IV 2 e aE; *Staud/Lorenz*, 12. Aufl., Vorbem 43 zu §§ 812–822; *von Caemmerer*, FS Rabel, S. 399.

²⁰⁹ Ebenso *Staud/Lorenz*, 12. Aufl., Vorbem 43 zu §§ 812–822; *Teplitzky* Kap. 40 Rdn. 3; *Reuter/Martinek* § 7 IV 2 a aE; *Jauernig/Schlechtriem*, 5. Aufl., § 812 Anm. II 1 a.

²¹⁰ Vgl. BGHZ 20, 345, 355 = BGH GRUR 1956, 427 – *Paul Dahlke*; 81, 75, 78 = BGH GRUR 1981, 846 – *Rennsportgemeinschaft*; *Schlechtriem* S. 45 ff; *Jauernig/Schlechtriem*, 5. Aufl., § 812 Anm. II 1 a; *Staud/Lorenz*, 12. Aufl., Vorbem 36 zu §§ 812–822; *MünchKomm/Lieb*, 2. Aufl.,

§ 812 Rdn. 219; *Teplitzky* Kap. 40 Rdn. 3; *Reuter/Martinek* § 7 IV 2 a; *Rümker* S. 59; a. A. *Mestmäcker* JZ 1958, 521, 525; *Raiser* JZ 1961, 465, 471.

²¹¹ Vgl. BGHZ 71, 86, 98 = BGH GRUR 1978, 492 – *Fahrrad Gepäckträger II* (betr. einen Fall der Schutzrechtsverwarnung); BGHZ 107, 117, 121 = GRUR 1990, 221, 222 – *Forschungskosten*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 419; *Teplitzky* Kap. 40 Rdn. 3; *Jauernig/Schlechtriem*, 5. Aufl., § 812 Anm. II 1 a; zustimmend mit Ausnahme der Fälle der Verletzung geschützter Einzelpositionen *Koppensteiner/Kramer* S. 81 f.

vielmehr hätten alle Gewerbetreibenden dasselbe Recht. Daher sei das Recht am Unternehmen nicht als eine Rechtsposition mit Zuweisungsgehalt anzuerkennen. Eine vordringende Gegenmeinung²¹² will dagegen mit unterschiedlichen Begründungen auch bei wettbewerblich motivierten Eingriffen in den Gewerbebetrieb einen Bereicherungsanspruch zuerkennen. So z. B. bei der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung, bei der Verwässerung berühmter Marken, bei Boykottaufrufen und bei ungerechtfertigter Kritik. – Richtigerweise ist nach der Art des Eingriffs zu unterscheiden: es kommt darauf an, ob sich der Eingriff als Nutzbarmachung des fremden Gewerbebetriebs und damit verbundener Werte darstellt oder als bloße Behinderung fremder Gewerbetätigkeit (vgl. Rdn. 369). Eine bloße Behinderung liegt vor bei der Schutzrechtsverwarnung, beim Boykottaufruf und bei der unberechtigten Kritik. Dagegen kann eine kondizierbare Nutzung im Falle der Verwässerung berühmter Marken (gleichgültig, ob man die Unzulässigkeit des Eingriffs aus § 823 Abs. 1 BGB oder aus § 1 UWG herleitet) vorliegen, wenn und soweit nämlich sich der Verletzer den Werbewert der berühmten Marke nutzbar macht. Im übrigen gilt das nachfolgend zu Wettbewerbsverstößen gesagte entsprechend.

- 365** (6) **Wettbewerbsrechtlich geschützte Positionen.** Inwieweit bei der Verletzung lediglich wettbewerbsrechtlich geschützter Positionen ein Bereicherungsanspruch möglich ist, hat die Rspr. noch nicht entschieden (offengelassen in BGH GRUR 1960, 554, 557 – *Handstrickverfahren*; vgl. aber auch BGHZ 107, 117, 121 = GRUR 1990, 221 – *Forschungskosten*). Im Schrifttum gehen die Meinungen auseinander.
- 366** (a) Nach einer Auffassung soll sich ein genereller Ausschluß von Bereicherungsansprüchen bei UWG-Verstößen aus einem Umkehrschluß zu § 14 Abs. 1 UWG ergeben, weil darin ein Fall der Haftung ohne Verschulden geregelt sei.²¹³ Dabei wird aber übersehen, daß es sich um einen Schadensersatzanspruch handelt und der Bereicherungsanspruch andere Zwecke verfolgt.
- 367** (b) Nach einer anderen Auffassung sind alle Wettbewerbsvorteile, die sich ein Gewerbetreibender durch Wettbewerbsverstöße verschafft, „auf Kosten“ der Mitbewerber erzielt.²¹⁴ Begründet wird dies teils mit der Verletzung der gesetzlich gewährleisteten Chancengleichheit (*Kleinheyder*), teils mit der Verletzung eines fremden „Rechts auf Gewinn“ (*Wilhelm*). Daraus wird gefolgert, daß z. B. auch die unberechtigte Patent- oder Wettbewerbsabmahnung, die Verwendung irreführender Angaben oder eine unzulässige vergleichende Werbung Bereicherungsansprüche auslösen können. Gegen diese Auffassung spricht aber, daß in einem System des freien Wettbewerbs keinem Gewerbetreibenden feste Marktchancen zugewiesen sind und folglich auch kein „Recht auf Gewinn“ bestehen kann. Im übrigen läßt sich in aller Regel gar nicht feststellen, „auf Kosten“ welcher Mitbewerber der Wettbewerbsverstoß ging. Denn dazu müßte man wissen, wie sich der Wettbewerbskampf ohne die fragliche Maßnahme vollzogen hätte und welches Unternehmen welche Gewinne erzielt hätte. Dies läßt sich aber nicht rekonstruieren.²¹⁵

²¹² Vgl. *Haines* S. 104; *Staud/Lorenz*. 12. Aufl., Vorbem 45 zu §§ 812–822; RGRK – *Heimann-Trosien* Vorbem 34 zu § 812; vgl. auch *Brandner* GRUR 1980, 359, 364; *Jakobs* S. 114 f; *Kleinheyder* JZ 1970, 471, 476; *Koppensteiner/Kramer* S. 98.

²¹³ *Reimer/Pastor*, Wettbewerbs- und Warenzeichen-

recht, Bd. 3, 4. Aufl., 1971, S. 303; hiergegen *Staud/Lorenz*, 12. Aufl., Vorbem 44 zu §§ 812–822.

²¹⁴ *Keinheyder* JZ 1970, 471, 476; *Wilhelm* S. 86 ff; *Jakobs* S. 115 ff.

²¹⁵ Ablehnend daher auch *Rümker* S. 68; *Münch-Komm/Lieb*, 2. Aufl., § 812 Rdn. 215.

(c) Einer dritten Auffassung zufolge ist die Kondiktion möglich, wenn die verletzte Wettbewerbsnorm eine „Individualbegünstigung“ bezweckt.²¹⁶ Dies sei immer dann der Fall, wenn der Verletzte den Eingriff durch seine Duldung rechtmäßig machen könnte. Auf dieser Grundlage werden Bereicherungsansprüche u. a. bejaht bei der bezugnehmenden Werbung, der sklavischen Nachahmung, dem Ausspannen von Arbeitskräften und Kunden und der Verwertung von Geschäftsgeheimnissen. Gegen diesen Ansatz spricht aber, daß die Duldungsmöglichkeit eines Eingriffs nichts über die Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeit des verletzten Rechtsguts aussagt. 368

(d) Richtigerweise ist zu fragen, ob und inwieweit einer wettbewerbsrechtlich geschützten Position **Zuweisungsgehalt** zukommt (so auch BGHZ 107, 117, 120 = GRUR 1990, 221, 222 – *Forschungskosten*). Dies ist, wie dargelegt (Rdn. 357), immer dann zu bejahen, wenn der Gewerbetreibende den Eingriff abwehren dürfte und der Eingriff in der kommerziellen Nutzbarmachung der fremden Position für eigene Zwecke besteht.²¹⁷ Ein sicheres Indiz ist es, ob der Betroffene die Nutzung gegen Entgelt gestatten dürfte.²¹⁸ Auf dieser dogmatischen Grundlage wird beispielsweise die Kondiktion bei Eingriffen in die nach § 17 UWG geschützten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und bei den in § 18 UWG geschützten Modellen, Verfahren usw. bejaht (vgl. auch BGH aaO – *Forschungskosten*), bei den Tatbeständen der §§ 3–12 UWG und im Regelfall auch bei Verstößen gegen § 1 UWG dagegen verneint (*Reuter/Martinek* § 7 IV 2 f). Anstelle einer Anknüpfung an einzelne Wettbewerbsnormen erscheint es jedoch zweckmäßiger, zwei Grundtatbestände zu unterscheiden: den der Ausbeutung und den der Behinderung. Eine Kondiktion ist grundsätzlich in allen Fällen der sog. **Ausbeutung** möglich, soweit ein Verwertungsrecht besteht und die Nutzung gegen Entgelt gestattet werden dürfte, also beispielsweise in den Fällen unzulässiger Nachahmung fremder Leistung oder Werbung, unzulässiger Übernahme fremder Leistung oder Ausbeutung fremden Rufes.²¹⁹ Nicht dagegen in den vielfach, aber zu unrecht zur Ausbeutung gezählten Fällen der Ausspannung fremder Arbeitskräfte, da deren Wissen und Können kein dem Arbeitgeber allein zustehendes Gut ist; auch nicht in den Fällen der Abwerbung von Kunden, weil es dabei nur um die unlautere Beeinträchtigung fremder Marktchancen geht (davon zu unterscheiden ist der unlautere Zugriff auf fremde Kundenlisten als Fall der Verwertung eines fremden Geschäftsgeheimnisses und damit der Ausbeutung); auch nicht in den Fällen der bloßen Übernahme nicht geheimer Forschungsergebnisse eines anderen (BGHZ 107, 117, 122 = GRUR 1990, 221, 222 f – *Forschungskosten*). – Generell ausgeschlossen ist die Kondiktion in den Fällen **bloßer Behinderung** von Mitbewerbern, etwa durch Boykott, Diskriminierung, kritisierende vergleichende Werbung oder unberechtigte Verwarnung. 369

Soweit die **Rspr.** bei der Verletzung lediglich wettbewerbsrechtlich geschützter Positionen die Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie zugelassen hat²²⁰, ist 370

²¹⁶ Haines S. 93 ff; ihm folgend *Koppensteiner/Kramer* S. 81; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 420; „in engen Grenzen“ auch *Teplitzky* Kap. 40 Rdn. 6. – Im Ergebnis auch *Staud/Lorenz*, 12. Aufl., Vorbem 44 zu §§ 812–822.

²¹⁷ Vgl. BGHZ 107, 117, 121 = GRUR 1990, 221, 222 – *Forschungskosten*: „Der Zuweisungsgehalt der geschützten Rechtsposition entspricht einem Verbotsanspruch des Rechtsinhabers, in dessen Macht es steht, die Nutzung des Rechtsguts einem sonst ausgeschlossenen Dritten zur wirtschaftlichen Verwertung zu überlassen.“

²¹⁸ Wie hier *Reuter/Martinek* § 7 IV 2 f; *MünchKomm/Lieb*, 2. Aufl., § 812 Rdn.; *Sack* S. 379.

²¹⁹ Das Bereicherungsrecht hat lediglich die nach dem UWG getroffenen Wertungen nachzuvollziehen. Dementsprechend erweitern sich die Konditionsmöglichkeiten mit der Ausformung neuer wettbewerbsrechtlich geschützter Leistungspositionen, für die die *Dimple*-Entscheidung (BGHZ 93, 96 = BGH GRUR 1985, 550 – *Dimple* – m. Anm. *Tilmann*) ein interessantes, weil umstrittenes Beispiel gibt.

²²⁰ Vgl. z. B. BGHZ 57, 116 = BGH GRUR 1972, 189 – *Wandsteckdose II*; BGHZ 60, 168 = BGH GRUR 1973, 478 – *Modeneinheit*; BGH GRUR 1977, 539 – *Prozeßrechner*.

anzunehmen, daß sie – schon wegen der funktionellen Verwandtschaft dieser Berechnungsmethode mit dem Bereicherungsanspruch – auch die Kondiktion zulassen wird. Zu begrüßen wäre eine Entwicklung dahin, diese dogmatisch nicht unbedenkliche Schadensberechnung aufzugeben und eine angemessene Lizenzgebühr in derartigen Verletzungsfällen nur noch unter den Voraussetzungen der §§ 812 ff, 818 ff BGB zuzusprechen.²²¹ Einen Schritt in diese Richtung tut BGHZ 68, 90, 98 = BGH GRUR 1977, 250 – *Kunststoffhohlprofil I*: „Die Rückbesinnung auf die Bereicherungshaftung gewährleistet, daß bei der Beurteilung deliktischen Verhaltens das Maß der erforderlichen Sorgfalt im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes nicht über die allgemein im Verkehr zu erwartende Sorgfalt hinaus ausgedehnt wird.“

III. Inhalt und Umfang des Bereicherungsanspruchs

1. Der Inhalt des „Erlangten“

- 371** Der Bereicherungsanspruch geht auf Herausgabe des „Erlangten“. Was darunter bei Eingriffen in fremde Immaterialgüter zu verstehen ist, ist umstritten. Einig ist man sich darüber, daß dies jedenfalls nicht der dem Verletzten entgangene Gewinn sein kann und daß der Gewinnentgang den Bereicherungsanspruch auch nicht der Höhe nach begrenzt (vgl. *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 260; *Staud/Lorenz*, 12. Aufl., § 818 Rdn. 29; *Brandner* GRUR 1979, 359, 361). Im übrigen werden vier Ansätze diskutiert:
- 372** (1) **Ersparnis von Aufwendungen.** Bei der Verletzung von Persönlichkeitsrechten (vgl. BGHZ 20, 345, 355 = BGH GRUR 1956, 427 – *Paul Dahlke*; BGH GRUR 1979, 732, 734 – *Fußballtor*; BGHZ 81, 75, 82 = BGH GRUR 1981, 846 – *Rennsportgemeinschaft*) und bei der Inanspruchnahme fremder Dienstleistungen (vgl. BGH NJW 1971, 609, 610 – *Flugreise*) erblickte die Rspr. die Bereicherung des Verletzers von vornherein in der Ersparnis etwaiger Aufwendungen. Auf Schutzrechtsverletzungen übertragen würde dies der Ersparnis von Lizenzgebühren entsprechen (hierfür *Nordemann* Rdn. 586). Hinter dieser Rspr. stand die Erwägung, daß die Herausgabepflicht des Bereicherten keinesfalls zu einer Verminderung seines Vermögens über den Betrag der wirklichen Bereicherung hinaus führen dürfe. Diese Konstruktion führt aber in den Fällen zu Schwierigkeiten, in denen sich ein bösgläubiger Verletzer von vornherein nichts erspart hat (und sei es auch nur, weil ihm der Rechtsinhaber keine Lizenz erteilt und somit der Verletzer die Lizenzgebühr auch nicht eingespart hätte). Denn entweder müßte man hier mangels Bereicherung einen Bereicherungsanspruch verneinen (wie *Kraßer* aaO 267 meint) oder eine Bereicherung fingieren (so BGH NJW 1971, 609, 611 – *Flugreise*). Beides ist unbefriedigend. Die Schwäche der Konstruktion liegt darin, daß sie nicht scharf genug zwischen dem „Erlangten“ und der verbleibenden „Bereicherung“ (vgl. § 818 Abs. 3 BGB) trennt (vgl. *Canaris* JZ 1971, 561). Sie wird heute kaum noch verfochten und auch von der neueren Rspr. (vgl. BGHZ 82, 299 = BGH GRUR 1982, 301, 303 – *Kunststoffhohlprofil II*) verworfen.
- 373** (2) **Marktchance.** Einer anderen Auffassung zufolge ist die „Marktchance“ als erlangt anzusehen (so *Kraßer* aaO 268). Der Verletzer erlange im eigentlichen Sinne nicht die Nutzung des Immaterialgutes, weil diese ohne Folgen bleibe, wenn der Verletzte sie vor einer kommerziellen Verwertung unterbinde. Vielmehr sei die Marktchance maßgebend, die dem Inhaber des Immaterialgutes zugewiesen sei, und die der Verletzer erlange und konsumiere, indem er unter Verwertung des Schutzobjektes

²²¹ Zutreffend *Sack* FS Hubmann, 1985, S. 373, 395 f.

Nachfrage befriedige. Der Wert dieser Marktchance (§ 818 Abs. 2 BGB) bestimme sich im Regelfall nach der üblichen Lizenzgebühr, doch könne sich bei gutgläubigen Verletzern die Zahlungspflicht nach § 818 Abs. 3 BGB mindern. – Gegen die Marktchance als Anknüpfungspunkt hat sich die Rspr. (vgl. BGHZ 82, 299 = BGH GRUR 1982, 301, 303 – *Kunststoffhohlprofil II*) ausgesprochen. Einmal berücksichtige diese Ansicht nicht, daß der gesetzliche Zuweisungsbereich der gewerblichen Schutzrechte schon Benutzungshandlungen umfasse, denen noch keine Marktwirkung zukomme. Zum anderen hänge die Marktchance nicht allein von der Schutzrechtsstellung, sondern von weiteren wirtschaftlichen Faktoren ab, die keinen rechtlichen Zuweisungscharakter besäßen, sondern sich als Ausfluß der jedermann freien gewerblichen Betätigung darstellten.

(3) **Schutzrechtsverletzende Produktion.** Einer dritten Auffassung zufolge kann der Verletzte Herausgabe der gesamten schutzrechtsverletzenden Produktion verlangen (so *Jakobs*, S. 72, 75; hiergegen *Ullmann* GRUR 1978, 615, 618 f). Dies ist mit dem Grundgedanken des Bereicherungsrechts, der Abschöpfung der Bereicherung beim Verletzer, nicht zu vereinbaren, da auf diese Weise dem Verletzten auch der in den Produkten verkörperte Sach- und Arbeitsaufwand des Verletzten zuflösse. Soweit lediglich eine Vernichtung dieser Gegenstände angestrebt ist, kann dies nur unter den Voraussetzungen des Beseitigungs- bzw. Schadensersatzanspruches begehrt werden (vgl. *Ullmann* aaO). **374**

(4) **Gebrauch des Immaterialgutes.** Nach heute wohl hM ist als erlangt zwar nicht eine Benutzungsbefugnis oder Benutzungsmöglichkeit, wohl aber der tatsächliche Gebrauch des Immaterialgutes anzusehen²²². Dem ist für die Fälle der Eingriffskondition beizupflichten, während in den Fällen der Leistungskondition (bei Unwirksamkeit des Lizenzvertrages) richtigerweise auf die rechtsgrundlos erlangte dingliche oder obligatorische Nutzungsbefugnis bzw. Nutzungsmöglichkeit (so auch *MünchKommL* Lieb, 2. Aufl., § 812 Rdn. 305) abzustellen ist. **375**

2. Die Wertersatzpflicht

Da der Gebrauch des Immaterialgutes seiner Natur nach nicht herausgegeben werden kann, ist dafür nach § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten (BGH aaO – *Kunststoffhohlprofil II*). Umstritten ist allerdings, ob der Wert objektiv oder konkret-individuell zu bestimmen ist. **376**

(1) Nach hM ist der Wert objektiv zu bestimmen, entspricht also dem gemeinen oder Verkehrswert (vgl. BGHZ 81, 75, 82 = BGH GRUR 1981, 846 – *Rennsportgemeinschaft*; BGH aaO – *Kunststoffhohlprofil II* m. weit. Nachw.; BGHZ 99, 244, 248 = BGH GRUR 1987, 520 – *Chanel No. 5 (I)*; *Palandt/Thomas*, 50. Aufl., § 818 Rdn. 19; *Goetzke*, Subjektiver Wertbegriff im Bereicherungsrecht?, AcP 173 (1973) 289, 308; *Staud/Lorenz*, 12. Aufl., § 818 Rdn. 26, 27). Das bedeutet, daß für die Nutzung des Immaterialgutes die übliche oder angemessene Lizenzgebühr (zuzüglich der aufgelaufenen ersparten Zinsen; BGHZ 82, 310 = BGH GRUR 1982, 286, 289 – *Fersenabstützvorrichtung*) zu entrichten, nicht dagegen ein darüber hinausgehender Verletzergewinn herauszugeben ist (a. A. *Bruchhausen*, FS Wilde S. 23, 26: Wahlrecht). **377**

²²² So BGH aaO – *Kunststoffhohlprofil* – zum Gebrauchsmuster; BGHZ 99, 244, 248 – *Chanel No. 5 (I)* = GRUR 1987, 520 – zum Warenzeichen; *Brandner* GRUR 1980, 359, 360; *Ullmann*

GRUR 1978, 615, 619; *Sack* S. 379; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 422. – Krit. *Kaiser* GRUR 1988, 501, 503.

Dem entspricht auch die Berechnung des Wertes von Nutzungen iS von Gebrauchsvorteilen bei § 100 BGB. Für die Berechnung dieser Lizenzgebühr gelten die Grundsätze, wie sie im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung (dazu Rdn. 321 ff) entwickelt wurden (vgl. BGHZ 82, 310 = BGH GRUR 1982, 286, 289 – *Fersenabstützvorrichtung*; BGH aaO – *Kunststoffhohlprofil II*).

- 378** (2) Nach einer **Mindermeinung** ist der Wert bei der Leistungskondition objektiv, dagegen bei der Eingriffskondition **konkret-individuell**, also nach der beim Verletzer tatsächlich eingetretenen Vermögensvermehrung zu bestimmen.²²³ Danach muß der Verletzer auch einen etwaigen **erzielten Gewinn**, mindestens aber die konkret ersparten Aufwendungen vergüten. Umstritten ist dabei, ob der Gewinn nur in dem Umfang herauszugeben ist, wie ihn der Verletzte hätte erzielen können, und wie dieser Gewinn im einzelnen zu berechnen ist.²²⁴ Hauptargument dieser Lehre ist § 818 Abs. 3 BGB: wenn der Bereicherungsgläubiger schon das Risiko eines Bereicherungswegfalls trage, müsse man ihm folgerichtig auch den vom Bereicherungsschuldner erzielten Gewinn zusprechen. – Dem ist aber nicht beizupflichten. Denn nach der Konzeption des Gesetzes soll die Ersatzpflicht nach § 818 Abs. 2 BGB die Obergrenze der Bereicherungshaftung darstellen und nach § 818 Abs. 3 BGB allenfalls eine Begrenzung eintreten. Dies ist auch nicht unbillig, da zum einen der Einwand aus § 818 Abs. 3 BGB nicht stets eingreift, sondern aus rechtlichen (§§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB) oder tatsächlichen Gründen ausgeschlossen sein kann, zum anderen aber ein bösgläubiger Verletzer jedenfalls nach § 687 Abs. 2 BGB auf Gewinnherausgabe haftet (von der Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung ganz abgesehen).

3. Zusätzliche Nutzungsherausgabe?

- 379** Nach einer vereinzelt gebliebenen Meinung ergibt sich eine Gewinnherausgabepflicht zwar nicht aus § 818 Abs. 2 BGB, wohl aber aus § 818 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der Herausgabe tatsächlich gezogener Nutzungen (so *Brandner* GRUR 1980, 359, 360 f mit Einzelheiten zur Gewinnberechnung). Die Rspr. (vgl. BGHZ 82, 299 = GRUR 1982, 301, 302 – *Kunststoffhohlprofil II*) ist dem nicht gefolgt, weil mit der angemessenen Lizenzgebühr erschöpfender Ersatz für den Wert des Erlangten geleistet werde und § 818 Abs. 1 BGB daneben nicht in Betracht komme. Hinzuzufügen ist, daß die vom Verletzer gezogenen Nutzungen gerade in den Gebrauchsvorteilen des Immaterialgutes bestehen (vgl. § 100 BGB), diese Gebrauchsvorteile aber bereits das Erlangte selbst darstellen. Im übrigen ist der Wert der Gebrauchsvorteile iS des § 100 BGB seinerseits objektiv und unabhängig von einem etwaigen Gewinn oder Verlust des Nutzers zu bestimmen (vgl. *Palandt/Heinrichs*, 50. Aufl., § 100 Rdn. 2).

4. Berufung auf Wegfall der Bereicherung?

- 380** a) **Verschärfte Bereicherungshaftung.** Von vornherein unzulässig ist eine Berufung auf Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB, soweit der Schuldner **verschärft**

²²³ Vgl. *Koppensteiner*, Probleme des bereicherungsrechtlichen Wertersatzes (II), NJW 1971, 1769, 1773; *Esser/Weyers*, SchuldR II, § 51 I 3 b; *Erman/H.P. Westermann* § 818 Rdn. 17; *Reeb* JuS 1974, 172, 173; *MünchKomm/Lieb*, 2. Aufl., § 818 Rdn. 20; *Haines* S. 109 ff; differenzierend nach dem hypothetischen Verhalten des Schuldners bei Kenntnis von der Rechtslage; *Kraßer* GRUR Int

1980, 259, 268. – *Kaiser* GRUR 1988, 501, 504 ff spricht sich weitergehend sogar für eine beiderseits widerlegbare Gewinnvermutung in Höhe der doppelten Lizenzgebühr aus.

²²⁴ Vgl. die Nachw. bei *Ullmann* GRUR 1978, 615, 619; und *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 268; *Brandner* GRUR 1980, 359, 361.

haftet, also nach Kenntniserlangung vom Fehlen des rechtlichen Grundes (§ 819 Abs. 1 BGB) bzw. nach Eintritt der Rechtshängigkeit (§ 818 Abs. 4 BGB). Bösgläubigkeit setzt voraus, daß der Schuldner die Tatsachen kennt und rechtlich zutreffend würdigt. Die Rspr. läßt es freilich genügen, wenn bei eindeutiger Tatsachenlage ein objektiv Denker von dem Fehlen eines Rechtsgrundes überzeugt wäre (vgl. BGH NJW 1987, 185, 187). Ob eine Abmahnung den Verletzer bösgläubig macht, ist eine Frage der Umstände des Einzelfalles, bei hinreichender Verdeutlichung der Sach- und Rechtslage aber regelmäßig zu bejahen (ebenso *Ullmann* GRUR 1978, 615, 621). Daß der Verletzer eine andere Rechtsauffassung vertritt, kann ihn nicht entlasten.

b) **Möglichkeit eines Bereicherungswegfalls.** Eine andere Frage ist, ob bei Eingriffen in fremde Immaterialgüter überhaupt die Bereicherung fehlen oder wegfallen kann. Nach einer Meinung soll nämlich ein Wegfall der Bereicherung nie (so *Brandner* GRUR 1980, 359, 360) oder in der Regel nicht (so BGHZ 56, 317, 322 – *Gasparone II*) in Betracht kommen, nach anderer Auffassung dagegen sehr wohl (so *Ullmann* GRUR 1978, 615, 620 f; *Kraßer* GRUR Int 1980, 259, 268). Zweckmäßigerweise sind drei Problemkreise zu unterscheiden:

381

(1) **Einwand fehlender Ersparnis?** Umstritten ist bereits, ob sich der gutgläubige Verletzer darauf berufen kann, er habe sich nichts erspart, weil er sich bei Kenntnis der Sachlage ohne weitere Kosten anderweitig beholfen hätte oder weil ihm gar keine Lizenz erteilt worden wäre. Teilweise wird dieser Einwand mit der Begründung abgeschnitten, der Verletzer müsse sich an der von ihm selbst geschaffenen Sachlage festhalten lassen,²²⁵ teilweise wird der Einwand zugelassen.²²⁶ – Die Frage nach der Aufwendungsersparnis ist jedoch falsch gestellt, weil sie auf die Vermögensentwicklung zielt, wie sie ohne den Eingriff stattgefunden hätte. Diese Frage ist nach der gesetzlichen Regelung nicht zu stellen. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob das Erlangte sich noch im Vermögen des Verletzers befindet oder ob es sich verflüchtigt hat. Richtigerweise kann die Frage nur dahin gestellt werden, was der Verletzer mit dem Erlangten bezweckt, wie er damit gewirtschaftet hat. Für die „Nutzungsfälle“ gilt: die Nutzung bewirkt zunächst einen Vermögenszufluß beim Verletzer in Höhe der üblichen Lizenzgebühr. Da – anders als beim Lizenzvertrag – keine entsprechende Verbindlichkeit beim Verletzer entstanden ist, mag man die „Bereicherung“ (nicht: das „Erlangte“) auch in einer entsprechenden Ausgabenersparnis erblicken. Zulässig ist daher der Einwand, der Nutzer hätte die Lizenz billiger als üblich erlangt, wenn er um sie nachgesucht hätte (so *Kraßer* aaO). Im übrigen kommt es aber darauf an, was aus dem zugeflossenen Vermögenswert geworden ist, ob er sich verflüchtigt oder in einen anderen Vermögenswert umgewandelt hat. Bei der Nutzung fremder Immaterialgüter zu kommerziellen Zwecken ist demnach nach dem Ertrag der Nutzung zu fragen. Ist ein entsprechender Ertrag erzielt worden, deckt also der Gewinn die Lizenzgebühr ab, so ist der Nutzer noch bereichert. Unerheblich ist, ob er denselben Gewinn auch anderweit hätte erzielen können.

382

²²⁵ So BGHZ 20, 345, 356 f = BGH GRUR 1956, 427 – *Paul Dahlke*; 56, 317, 322 – *Gasparone II*; BGH GRUR 1979, 732, 734 – *Fußballtor*; *Falk* GRUR 1983, 488, 491; *Staud/Lorenz*, 12. Aufl., Vorbem 42 vor §§ 812–822 und § 818 Rdn. 29; *Brandner* GRUR 1980, 359, 360. – Vgl. auch BGHZ 81, 75, 82 = BGH GRUR 1981, 846 – *Rennsportgemeinschaft*, wo der Einwand, es wäre

zu keinem wirksamen Lizenzvertrag zustande gekommen, mit dem Argument abgeschnitten wird, bei § 812 BGB komme es auf eine Vermögensminderung des Verletzten nicht an.

²²⁶ So *Reuter/Martinek* § 17 IV 3 b auch unter Hinweis auf die dem Verletzten verbleibende Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung.

- 383** (2) **Einwand fehlender Gewinnerzielung?** Eine andere Frage ist es, ob der Verletzer einwenden kann, er habe keinen die Lizenzgebühr abdeckenden Gewinn erzielt (so der Fall in BGHZ 44, 372 = BGH GRUR 1966, 375, 376 – *Meßmer-Tee II*).²²⁷ Das ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die fehlende Gewinnerzielung auf Umständen beruht, die den Wert der Nutzung selbst betreffen und die etwa bei einem Lizenzvertrag nach den Regeln der Geschäftsgrundlage zu einem Wegfall oder zu einer Minderung der Lizenzgebühr geführt hätten. Doch handelt es sich insoweit um ein Problem des § 818 Abs. 2 BGB, nicht des § 818 Abs. 3 BGB. In den übrigen Fällen fällt die Entscheidung schwer. Denn läßt man den Einwand fehlender Gewinnerzielung zu, stellt sich der gutgläubige Verletzer besser als der Lizenznehmer, dem dieser Einwand versagt bleibt und der das Marktrisiko nicht auf den Inhaber des Immaterialgutes abwälzen kann. Im Grunde geht es um das allgemeine Problem, wie die Grenzen der Privilegierung des gutgläubigen Bereicherungsschuldners abzustecken sind. Wenn man anerkennt, daß es zu einem Wegfall der Bereicherung auch infolge unwirtschaftlicher Verwendung des Empfangenen kommen kann (z. B. Weiterveräußerung eines rechtsgrundlos erlangten Gegenstandes unter Wert; vgl. *Staud/Lorenz*, § 818 Rdn. 35 mwN), muß man folgerichtig auch den Einwand zulassen, die Nutzung des Immaterialgutes habe keinen der Lizenzgebühr entsprechenden Gewinn gebracht. Der Verletzer haftet dann nur in Höhe des tatsächlich erzielten Gewinnes,²²⁸ wobei allerdings auch erzielte Kostendeckungsbeiträge als Gewinn anzusehen sind, da sie eine Vermögensmehrung bedeuten. – Läßt sich nicht feststellen, welche Auswirkungen die Nutzung auf die Vermögensentwicklung des Schuldners hatte, wie etwa in den Fällen unberechtigter Nutzung fremder Immaterialgüter für die eigene Werbung, ist nach den Beweislastgrundsätzen zu verfahren (vgl. Rdn. 385).
- 384** (3) **Einwand des Gewinnwegfalls?** Hat der Verletzer zwar einen Gewinn erzielt, der die Lizenzgebühr abdeckt, diesen Betrag aber nachträglich verloren oder verbraucht, ohne dafür etwas zu erlangen oder zu ersparen, muß man folgerichtig auch insoweit den Entreichereinwand berücksichtigen (so auch *Haines* S. 147; *Ullmann* aaO). Unzulässig dürfte freilich der Einwand eines Unternehmens sein, es habe den Gewinn an seine Gesellschafter ausgeschüttet und sei deshalb nicht mehr bereichert, weil den Gesellschaftern das Unternehmen gehört und die Gewinnausschüttung nur eine Art Vermögensumschichtung darstellt.

c) Beweislast

- 385** Die *Beweislast* für den Wegfall der Bereicherung trägt der Schuldner (BGH NJW 1958, 1725), dagegen hat der Gläubiger zu beweisen, daß die Bereicherung im Zeitpunkt des Eintritts der verschärften Haftung (noch) vorlag (vgl. *Palandt/Thomas*, 50. Aufl., § 818 Rdn. 55).

IV. Sonstiges

1. Konkurrenzen

- 386** Der Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB steht selbständig neben dem deliktischen Schadensersatzanspruch. Daran ändert auch § 852 Abs. 3 BGB (bzw. §§ 141 S. 3 PatG,

²²⁷ Bei der Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie lehnt der BGH den Einwand fehlender Gewinnerzielung jedenfalls implizite ab (BGH GRUR 1966, 375, 376 – *Meßmer-Tee II*). Aus der Bemerkung, daß „bei dem festgestellten Sachverhalt nicht anders zu entscheiden wäre, wenn die Bekl. nur im Rahmen der Bereicherung haften würde“ (BGH

aaO S. 377), mag man entnehmen, daß der BGH insoweit auch nicht den Entreichereinwand gelten lassen will.

²²⁸ Ebenso *Ullmann* aaO; *Sack* S. 385; differenzierend *Kraßer* aaO: Einwand nur zulässig, wenn Verletzer bei Kenntnis keine Lizenz genommen und erhalten hätte.

15 Abs. 3 S. 2 GebrMG) nichts. Diese Vorschrift begrenzt lediglich den verjährten Deliktsanspruch auf die Herausgabe der Bereicherung beim Verletzer, verweist aber nicht auf die Voraussetzungen der Bereicherungshaftung nach § 812 BGB (hM; vgl. BGHZ 60, 90 ff = BGH GRUR 1977, 250 – *Kunststoffhohlprofil I*; 71, 86, 98 ff = BGH GRUR 1978, 492 – *Fahrradgepäckträger II*; str.). Die eigenständige Bedeutung des Anspruchs aus § 852 Abs. 3 BGB gegenüber dem Anspruch aus § 812 BGB zeigt sich zum einen in den unterschiedlichen Voraussetzungen, zum anderen in den Rechtsfolgen. Er setzt nämlich Verschulden voraus, gibt andererseits aber im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung auch einen Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns, soweit der Verletzer noch um ihn bereichert ist, und nicht bloß auf Zahlung der Lizenzgebühr.

2. Verjährung

Der Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB verjährt nach § 195 BGB in dreißig **387** Jahren (vgl. BGHZ 56, 317, 319 – *Gasparone II*), ebenso der Bereicherungsanspruch aus § 852 Abs. 3 BGB (vgl. nur *Palandt/Thomas*, 50. Aufl., § 852 Rdn. 21).

3. Haftung mehrerer

Waren mehrere Personen an dem Eingriff beteiligt, der eine Bereicherungshaftung **388** auslöst, so hat jede nur für das einzustehen, was sie selbst auf Kosten des Verletzten erlangt hat. Die Regeln über die Gesamtschuld sind nicht anwendbar.²²⁹

4. Mitverschulden

§ 254 BGB ist an sich nur auf Schadensersatzansprüche anwendbar. Die Rspr. **389** verweist jedoch darauf, daß auch Bereicherungsansprüche dem allgemeinen Grundsatz des § 242 BGB unterlägen, von dem § 254 BGB nur eine gesetzlich besonders geregelte Ausprägung sei (vgl. BGHZ 57, 132, 152 mwN). In Betracht zu ziehen ist der Gedanke des Mitverschuldens, wenn der Verletzte von der unberechtigten Nutzung erfährt, aber nichts dagegen unternimmt, weil er das Anwachsen seines Bereicherungsanspruchs nicht gefährden will. Hier kann der Verletzer dem Verletzten, wenn schon nicht nach § 818 Abs. 3 BGB, so doch nach § 242 BGB entgegenhalten, er hätte bei entsprechender Mitteilung die Nutzung eingestellt und sich anderweit beholfen. – Bereits nach § 818 Abs. 3 BGB ist der Einwand zu berücksichtigen, infolge aggressiven Preiswettbewerbs des Inhabers des Immaterialgutes sei kein Gewinn in Höhe der üblichen Lizenzgebühr erwirtschaftet worden.

Sechster Abschnitt. Der Anspruch aus angemessener Eigengeschäftsführung

I. Voraussetzungen

Die angemessene (böswillige, unerlaubte) Eigengeschäftsführung setzt nach § 687 **390** Abs. 2 S. 1 BGB voraus, daß jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes behandelt, obwohl er weiß, daß er dazu nicht berechtigt ist. Im einzelnen:

²²⁹ Vgl. BGH WM 1973, 71; GRUR 1979, 732, 734 – *Fußballtor*; RGRK/Heimann-Trosien, 11. Aufl., § 812 Rdn. 117.

1. Führung eines fremden Geschäfts

- 391** Die Handlung muß eine Maßnahme sein, die objektiv in den Rechtskreis eines anderen fällt. Dazu gehört unstreitig die Nutzung von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten (vgl. nur RGZ 156, 321, 325 ff). Dagegen hatte das RG die Verletzung eines fremden Warenzeichens nicht dazu gerechnet (vgl. RGZ 58, 321, 325; 108, 5; 1,7). Diese Rspr. ist nunmehr überwunden (vgl. BGHZ 34, 320, 321 ff = BGH GRUR 1961, 354 – *Vitasulfal*; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rdn. 415). Man kann davon ausgehen, daß bei allen Ausschließlichkeitsrechten des Immaterialgüterrechts und bei allen sonstigen rechtlich geschützten Immaterialgütern mit Zuweisungsgehalt Ansprüche aus § 687 Abs. 2 BGB in Betracht kommen (ebenso *Jauernig/Vollkommer*, 5. Aufl., § 687 Anm. 4). Die Abgrenzung ist dieselbe wie bei der Eingriffskondiktion. Umstritten ist die Anwendbarkeit von § 687 Abs. 2 BGB bei der unberechtigten Führung eines fremden Unternehmens.²³⁰ Das hängt auch damit zusammen, daß es insoweit keine typischen Nutzungs- oder Verwertungshandlungen gibt und das Unternehmen sich in seiner Gestalt und Planung stets wandelt. Richtigerweise kann § 687 Abs. 2 BGB nur insoweit eingreifen, als eine Nutzung rechtlich geschützter Ressourcen vorliegt (z. B. Firma, Warenzeichen, Kundenstamm).

2. Kenntnis des Geschäftsführers

- 392** Der Handelnde muß wissen, daß es sich um ein fremdes Geschäft handelt und daß er zur Führung des Geschäfts nicht berechtigt ist. Bei späterer Kenntniserlangung (z. B. durch Abmahnung) ist dieser Zeitpunkt maßgebend. Fahrlässige Unkenntnis reicht nicht aus. In diesem Falle sind nur Delikts- und Bereicherungsansprüche möglich.

3. Eigennützigkeit

- 393** Der Handelnde muß das Geschäft als „eigenes“, also zum eigenen Vorteil führen. Dies ist auch möglich, wenn er nach außen im oder unter dem Namen des Geschäftsherrn auftritt, sofern er nur das wirtschaftliche Ergebnis sich selbst zukommen lassen will.

II. Rechtsfolgen

1. Anspruch auf Herausgabe des Erlangten

- 394** Nach § 687 Abs. 2 S. 1 i. V. m. §§ 681, S. 2, 667 BGB kann der Geschäftsherr, also z. B. der Inhaber des Immaterialgutes, die Herausgabe des aus der Geschäftsführung Erlangten beanspruchen. Es ist dies der vom Verletzer erzielte Erlös aus der Nutzung oder Verwertung. Unbeachtlich ist, ob der Geschäftsherr diesen Erlös selbst hätte erzielen können (RGZ 138, 45, 49). Wohl aber kann der Geschäftsführer nach §§ 687 Abs. 2 S. 2, 684 S. 1 BGB Ersatz seiner Aufwendungen verlangen. Im Ergebnis kann also nur der Verletzergewinn (einschließlich der Kostendeckungsbeiträge) verlangt werden. Der Geschäftsführer muß sich so behandeln lassen als hätte er das Geschäft für Rechnung des Geschäftsherrn geführt. Beruht der erreichte Gewinn nicht ausschließlich auf der unberechtigten Nutzung, ist er nur anteilig herauszugeben (vgl. näher Rdn. 346 zum entsprechenden Problem bei der dreifachen Schadensberechnung).

²³⁰ Ablehnend BGHZ 7, 208, 218; *Staud/Wittmann*, 12. Aufl., § 687 Rdn. 11; offengelassen in BGHZ 34, 320, 324; bejahend *Baumbach/Hefermehl*, Einl

UWG Rdn. 415 (unter Begrenzung auf einen angemessenen Gewinnanteil).

2. Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung

Um den Herausgabeanspruch durchsetzen zu können, gibt das Gesetz dem Geschäftsherrn auch einen Anspruch auf Auskunft und Rechnungslegung nach § 687 Abs. 2 S. 1 BGB i. V. §§ 681 S. 2, 666 BGB. **395**

3. Anspruch auf Schadensersatz

Nach §§ 687 Abs. 2 S. 1, 678 BGB kann der Geschäftsherr außerdem Schadensersatz für sog. Ausführungsschäden verlangen. Dazu gehört auch ein etwaiger Marktverwirrungs- oder Diskreditierungsschaden, den der Geschäftsherr erleidet. **396**

III. Sonstiges**1. Konkurrenzen**

Ansprüche aus § 687 Abs. 2 BGB können neben Ansprüchen aus unerlaubter Handlung und Bereicherungsansprüchen bestehen. Für das Verhältnis zum Deliktsanspruch ist zu beachten, daß zwar im Rahmen der dreifachen Schadensberechnung auch bei bloß fahrlässigen Verletzungshandlungen Herausgabe des Verletzergewinns verlangt werden kann, daß aber dafür die kurzen Verjährungsfristen (§§ 21 UWG, 852 BGB usw.) gelten. Für das Verhältnis zum Bereicherungsanspruch gilt: nach § 812 BGB kann nur die übliche oder angemessene Lizenzgebühr verlangt werden (str.), nach § 687 Abs. 2 BGB dagegen nur der erzielte Gewinn, gleichgültig ob er die Lizenzgebühr über- oder unterschreitet. **397**

2. Verjährung

Ansprüche aus § 687 Abs. 2 BGB verjähren nach § 195 BGB in dreißig Jahren. **398**

Siebenter Abschnitt. Die Ansprüche auf Auskunft und Rechnungslegung**Literatur**

Banzhaff, Der Auskunftsanspruch, Diss. Heidelberg, 1989, *Brändel*, Die Problematik eines Anspruchs auf ergänzende Rechnungslegung bei Schutzrechtsverletzungen, GRUR 1985, 616; *Gottwald*, Zur Wahrung von Geschäftsinteressen im Zivilprozeß, BB 1979, 1780; *Krieger*, Zum Anspruch auf Auskunftserteilung wegen Warenzeichenverletzung, GRUR 1989, 802; *Lüderitz*, Ausforschungsverbot und Auskunftsanspruch bei der Verfolgung privater Rechte, 1966; *Lüke*, Der Informationsanspruch im Zivilrecht, JuS 1986, 2; *Pietzner*, Auskunft, Rechnungslegung und Schadensersatz bei wettbewerbswidrigen Eingriffen in fremdes Firmenrecht, GRUR 1972, 151; *Schulz A.*, Von Umsätzen, Angebotsempfängern, Abnehmeradressen, Gestehungskosten & Lieferantennamen, FS Klaka, 1987, S. 27; *Stauder*, Umfang und Grenzen der Auskunftspflicht im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR Int 1982, 226; *Stürner*, Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, 1757; *ders.*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976; *Teplitzky*, Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum wettbewerbsrechtlichen Anspruchs- und Verfahrensrecht, GRUR 1989, 461; *Tilmann*, Der Auskunftsanspruch, FS 25 Jahre BPatG, 1986, 293 = GRUR 1987, 251; *ders.*, Zum Anspruch auf Auskunftserteilung wegen Warenzeichenverletzung II, GRUR 1990, 160; *v. Ungern-Sternberg*, Auskunftsanspruch bei Verwendbarkeit der Auskunft zur Begründung von Vertragsstrafenansprüchen oder Anträgen auf Verhängung von Ordnungsmitteln, WRP 1984, 55 ff; *Winkler von Mohrenfels*, Abgeleitete Informationspflichten im deutschen Zivilrecht, 1986.