

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 243

Der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz

Ein Beitrag zum wettbewerbsrechtlichen Schutz
vor der Ausbeutung fremder Leistungen durch
das Einschleiben in eine fremde Produktserie

Von

Frank Gondert



Duncker & Humblot · Berlin

FRANK GONDERT

Der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz

Schriften zum Wirtschaftsrecht

Band 243

Der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz

Ein Beitrag zum wettbewerbsrechtlichen Schutz
vor der Ausbeutung fremder Leistungen durch
das Einschleusen in eine fremde Produktserie

Von

Frank Gondert



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin
hat diese Arbeit im Jahre 2012 als Dissertation angenommen.

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.

Alle Rechte vorbehalten

© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 0582-026X

ISBN 978-3-428-14066-4 (Print)

ISBN 978-3-428-54066-2 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84066-3 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Schrift wurde im Wintersemester 2012/2013 von der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung wurden Rechtsprechung und Literatur bis Mitte 2012 berücksichtigt.

Mein besonderer herzlicher Dank gilt meinem sehr verehrten Doktorvater Herrn Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski, der die Arbeit betreut hat, mir die Gelegenheit gab im Rahmen von Doktorandenseminaren zu meiner Arbeit vorzutragen und der mir die Freiheit ließ, die vorliegende Arbeit mit interdisziplinärem Schwerpunkt und eigenem ordnungsrechtlichem Konzept zu entwickeln. Bedanken möchte ich mich ferner bei Herrn Prof. Dr. Theo Bodewig, zum einen für dessen Bereitschaft sich offen und ohne Vorbehalt mit dem hier vertretenen Ansatz zu befassen, zum anderen für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Darüber hinaus bedanke ich mich sehr herzlich bei meinen Eltern, die mir das Studium und die Promotion erst ermöglicht haben.

Brohl-Lützing, im März 2013

Frank Gondert

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	17
B. Grundlagen der Beurteilung	18
I. Grundsatz der Nachahmungsfreiheit	21
II. Das Spannungsverhältnis zwischen dem immaterialgüterrechtlichen Sonderrechtsschutz und der Gewährung ergänzenden wettbewerbs- rechtlichen Leistungsschutzes	22
III. Auflösung dieses Spannungsverhältnisses	24
1. Normativer Ansatz nach § 4 Nr. 9 UWG	24
a) Restriktiver Ansatz zum verbleibenden Anwendungsbereich der Generalklausel des § 3 UWG	25
b) Keine reformbedingte Einschränkung des Anwendungs- bereiches der Generalklausel durch § 4 Nr. 9 UWG	27
c) Erörterung des Anwendungsverhältnisses	27
2. Die Unlauterkeit im Rahmen der nur ergänzenden Anwendung wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes	32
a) Die Entwicklung innerhalb der Rechtsprechung zum ergänzen- den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz	33
aa) Entscheidungen zu Zeiten des Reichsgerichtes	33
(1) Die Entscheidung „Schallplatten“	33
(2) Die Entscheidung „Multigraph“	34
(3) Die Entscheidung „Käthe Kruse-Puppen“	35
(4) Die Entscheidung „Puppenjunge“	35
(5) Die Entscheidung „Huthaken“	36
(6) Zusammenfassung	36
bb) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	37
(1) Anwendung der Fallgruppen der vermeidbaren Her- kunftstäuschung, der Rufausnutzung und Rufbeein- trächtigung sowie der unredlichen Kenntniserlangung. .	38
(2) Weitergehender ergänzender Wettbewerbsrechtsschutz	39
(a) Differenzierung zwischen unmittelbarer und nach- schaffender Übernahme fremder Leistungsergeb- nisse	40
(b) Durchgängige Anwendung eines beweglichen Systems unlauterkeitsbegründender Kriterien	42
(c) Der wettbewerbsrechtliche Schutz des konkret gegenständlichen Leistungsergebnisses	45
(d) Zusammenfassung	53

b)	Das in der Literatur vertretene Meinungsspektrum	53
aa)	Überblick über die vertretenen Hauptströmungen	54
(1)	Die in der Literatur vertretene Ansicht der Abkehr von der grundsätzlichen Nachahmungsfreiheit nur bei besonderen, die Unlauterkeit begründenden Umständen	54
(2)	In der Literatur vertretene restriktivere Ansätze	56
(3)	Weiterreichende Ansichten zur Gewährung ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes	59
bb)	Nähere argumentative Einordnung der verschiedenen Ansätze zur Begründung ergänzenden wettbewerbsrecht- lichen Schutzes konkret gegenständlicher Leistungsergeb- nisse	60
(1)	Die Ausnutzung eines mit Kosten und Mühe errunge- nen wettbewerbsliche Eigenart aufweisenden Arbeits- ergebnisses	60
(2)	Die Verschiebung der Wettbewerbslage	61
(3)	Die Ausnutzung eines qualifizierten Anforderungen genügenden Arbeitsergebnisses/Der Schutz von Inno- vationen	62
(4)	Die Verletzung des Leistungsprinzips/Schutz vor Be- hinderungen	64
IV.	Festlegung der Grundlagen der Beurteilung	66
1.	Grundsätzliche Anerkennung eines ergänzenden wettbewerbsrecht- lichen Schutzes konkret gegenständlicher Leistungsergebnisse	66
a)	Methodische Grundsätze der Generalklauselanwendung	67
b)	Grenzen der zulässigen Rechtsfortbildung	70
c)	Vereinbarkeit mit dem sondergesetzlichen Immaterialgüterrecht	75
2.	Konkretisierung der Voraussetzungen zur Gewährung eines er- gänzenden wettbewerbsrechtlichen Schutzes konkret gegenständ- licher Leistungsergebnisse anhand des Schutzzwecks des UWG	82
a)	Der Schutz des lautereren und unverfälschten Wettbewerbs als privatrechtlich ausgestalteter Interessenschutz zu Gunsten der in § 1 UWG aufgeführten Schutzsubjekte	85
b)	Konkretisierung der bei der Gewährung ergänzenden wett- bewerbsrechtlichen Schutzes konkret gegenständlicher Lei- stungsergebnisse zu berücksichtigenden Interessen	90
c)	Tauglichkeit abstrakter absoluter Abgrenzungskriterien zur Er- fassung sämtlicher Fallgestaltungen des ergänzenden wett- bewerbsrechtlichen Leistungsschutzes	93
d)	Erfordernis einer umfassenden Abwägung der widerstreitenden Interessen unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des Einzelfalles	97
V.	Wettbewerbstheoretische Kompatibilität	98
1.	Definitive Konkretisierung des Wettbewerbs	99
2.	Die wirtschaftswissenschaftlichen Wettbewerbskonzepte	100

a)	Die freie Konkurrenz des klassischen Liberalismus	101
b)	Das Konzept des vollkommenen Wettbewerbs	102
c)	Konzepte funktionsfähigen Wettbewerbs/Workable Competition	103
d)	Das Konzept der Wettbewerbsfreiheit/Systemtheoretische Ansätze	107
e)	Die Chicago School of Antitrust Analysis	109
f)	Wettbewerb als ein in individualisierenden und generalisierenden Strömungen ablaufendes Verfahren zur Erzeugung und gesellschaftlichen Verbreiterung von Wissen, Anwendungs- und Nutzungsmöglichkeiten	111
3.	Die Sicherung des selbststeuernden Entwicklungsprozesses als Mindestfunktionsbedingung des Wettbewerbs	113
4.	Funktionalität und Dysfunktionalität der Nachahmung im dynamischen Wettbewerbsprozess	116
a)	Nachahmungsschutz und Fortschrittsförderung	118
b)	Nachahmungsschutz und gesellschaftliche Verbreiterung des Fortschritts durch Steigerung von Anpassung und Allokationseffizienz	139
c)	Nachahmungsschutz und Wettbewerbsfreiheit/Wahrung der Handlungs- und Wahlfreiheit der Marktteilnehmer	153
aa)	Beschränkung von Handlungs- und Auswahlfreiheit	158
bb)	Gewährleistung von Handlungs- und Auswahlfreiheit	160
d)	Nachahmungsschutz und die Möglichkeit marktleistungsgerechter Einkommenserzielung	169
C.	Die wettbewerbsrechtliche Anerkennung der Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Produktserie	174
I.	Darstellung der Entwicklung in der Rechtsprechung	174
1.	Die Entscheidungen „Klemmbausteine I und II“	174
2.	Die Entscheidung „Rollen-Clips“	178
3.	Die Entscheidung „Rekordspritzen“	179
4.	Die Entscheidung „Merkmalklötze“	179
5.	Die „Einbauleuchten“-Entscheidung	180
6.	Die Entscheidung „Hummel III“	180
7.	Die „Modulgerüst“-Entscheidung	181
8.	Weitere Entscheidungen mit Bezug zu der Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Produktserie	183
9.	Gesamtschau der Kriterien zur Annahme eines wettbewerbsrechtlich unlauteren Einschlebens in eine fremde Produktserie und Bildung einer Rechtsprechungsformel	183
II.	Die in der Literatur angeführten Argumentationslinien	184
1.	Befürwortende Stellungnahmen zur Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Produktserie	185
2.	Ablehnende Haltungen gegenüber der Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Produktserie	187

a)	Einwand des „bloßen Ideenschutzes“	188
b)	Verhinderung des freien Wettbewerbs	188
c)	Unzureichende Berücksichtigung der Kompatibilitätsinteressen der anderen Marktteilnehmer	189
d)	Fehlende Abgrenzungstimmigkeit	191
e)	Mangelnde Schutzbedürftigkeit speziell in der Fallgruppe des Einschiebens in eine fremde Produktserie	193
f)	Kartellrechtliche und europarechtliche Bedenken	195
III.	Bildung eines eigenen Lösungsansatzes	197
1.	Die Fallgruppe als wettbewerbsrechtlicher Schutz konkret gegen- ständlicher Leistungsergebnisse	197
2.	Erörterung des sondergesetzlichen Immaterialgüterrechtsschutzes ..	199
a)	Das Geschmacksmusterrecht	199
b)	Das Patent- und Gebrauchsmusterrecht	209
c)	Das Markenrecht	214
3.	Grundsätzliche Anerkennung ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes in der Fallgruppe des Einschiebens in eine fremde Produktserie	252
4.	Reichweitenbestimmung des Anwendungsbereichs der Fallgruppe des Einschiebens in eine fremde Produktserie	264
a)	Herstellung von Konkurrenz auf der Ebene des Primärmarktes	264
b)	Erfordernis von vornherein erkennbar auf Ergänzung und Erweiterung durch weitere Gegenstände der gleichen Art angelegter Teileinheiten	267
c)	Zu stellende Anforderungen an die Produktbeschaffenheit der Teileinheiten	270
d)	Ausschluss der Fallgruppenanwendung bei mangelnder Zumut- barkeit, insbesondere für kommerzielle Abnehmer	274
e)	Das Erfordernis wettbewerblicher Eigenart	279
f)	Bildung einer Gesamtformel zur Annahme eines wettbewerbs- rechtlich unlauteren Einschiebens in eine fremde Produktserie	280
5.	Befristung des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes	282
6.	Gesamtergebnis der Erörterung zur Gewährung wettbewerbsrecht- lichen Leistungsschutzes in der Fallgruppe des Einschiebens in eine fremde Produktserie	290
	Entscheidungsverzeichnis	295
	Literaturverzeichnis	307
	Stichwortverzeichnis	349

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
ABl. EG/EU	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften/der Europäischen Union
ABl. EPA	Amtsblatt des Europäischen Patentamts
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
A. E. R.	The American Economic Review
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AfP	Zeitschrift für Medien und Kommunikationsrecht
AG	Aktiengesellschaft
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
A/S	Aktieselskab (dänische Aktiengesellschaft)
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
B2B	business to business
B2C	business to consumer
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
ber.	berichtigt
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIPMZ	Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen
BPatG	Bundespatentgericht
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Cal.	California
C.C.P.A.	United States Court of Customs and Patent Appeals
Co.	Company
Corp.	Corporation
CR	Computer und Recht
DB	Der Betrieb
D. C.	District of Columbia
ders.	derselbe
DesG	schweizerisches Designgesetz
dies.	dieselbe(n)
D.N.J	United States District Court of New Jersey
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
ed.	Edition
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
EIPR	European Intellectual Property Review
EPA	Europäisches Patentamt
EPÜ	Europäisches Patentübereinkommen
ErstGr	Gesetz über die Erstreckung von gewerblichen Schutzrechten (Erstreckungsgesetz)
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union (Europäischer Gerichtshof)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, Kurzkommentare
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende(r)
Fed. Cir.	United States Court of Appeals for the Federal Circuit
ff.	fortfolgende(r)
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GB	Great Britain
GebraMG	Gebrauchsmustergesetz
GeschmMG	Geschmacksmustergesetz
GG	Grundgesetz

GGV	Gemeinschaftsgeschmacksmusterverordnung
GK	UWG, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Großkommentar
GMV	Gemeinschaftsmarkenverordnung
GrünhutzZ	Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Ausl.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GRUR-Prax	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht
GRUR-RR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Rechtsprechungs-Report
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HABM	Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle)
HABM-BK	Beschwerdekammer des Harmonisierungsamts für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle)
Hamburger Jahrbuch	Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik
HHKommMedienrecht	Hamburger Kommentar Gesamtes Medienrecht
HMA	Haager Musterschutzabkommen
Houston Law Rev.	Houston Law Review
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
Inc.	Incorporated
insb.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des
i. V. m.	in Verbindung mit
JbNST	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik
J.E.P.	The Journal of Economic Perspectives
J.L.E.	The Journal of Law and Economics
J.P.E.	The Journal of Political Economy
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JurPC	Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K & R	Kommunikation und Recht
KG	Kammergericht (Berlin)

Kyklos	Kyklos: Internationale Zeitschrift für Sozialwissenschaften
LG	Landgericht
lit.	Littera
LitUrhG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst
Ls.	Leitsatz
Ltd.	Limited Company
MA	Markenartikel – Zeitschrift der Markenartikelindustrie
MAH	Münchener Anwalts-Handbuch Gewerblicher Rechtsschutz
MarkenG	Markengesetz
MarkenR	Zeitschrift für deutsches, europäisches und internationales Kennzeichenrecht
MarkenRL	Markenrechtsrichtlinie
Mass.	Massachusetts
MD	Magazindienst, Entscheidungen zum Recht des unlauteren Wettbewerbs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Minn.	Minnesota
Mitt.	Mitteilungen der deutschen Patentanwälte
MMR	MultiMedia und Recht
MSchG	Markenschutzgesetz (Schweiz)
MünchKommBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKommUWG	Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJ	New Jersey
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht
Nr.	Nummer
ÖBl	Österreichische Blätter für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
öMSchG	österreichisches Markenschutzgesetz
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
PatG	Patentgesetz
PdW	Prüfe dein Wissen

PrPG	Produktpirateriegesetz
P.T.O.	Patent and Trademark Office (U.S.A.)
PVÜ	Pariser Verbandsübereinkunft
Q.J.E.	The Quarterly Journal of Economics
Rechtstheorie	Rechtstheorie: Zeitschrift für Logik und juristische Methodenlehre, Rechtsinformatik, Kommunikationsforschung, Normen- und Handlungstheorie, Soziologie und Philosophie des Rechts
RegE	Regierungsentwurf
R.E.St.	Review of Economics and Statistics
RG	Reichsgericht
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
RWW	Rechtsfragen in Wettbewerb und Werbung: Kommentar zum Wettbewerbs- und Werberecht
S.	Satz, Seite
SH	Sonderheft
sic!	Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuG und des EuGH
SMGR	Schweizerische Mitteilungen für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
SpuRt	Zeitschrift für Sport und Recht
TMR	The Trademark Reporter
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
T.T.A.B.	Patent and Trademark Office – Trademark Trial and Appeal Board
u. a.	und andere(n)
UGP-Richtlinie	Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken
U.K.	United Kingdom
Univ. Ill. L. Rev.	University of Illinois Law Review
UPLR	University of Pennsylvania Law Review
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
U.S.A.	Vereinigte Staaten von Amerika
U.S.P.Q.	The United States Patent Quarterly
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	versus/vom/von
vgl.	vergleiche

VO	Verordnung
Vol.	Volume
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter – Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WZG	Warenzeichengesetz
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZfbF	Schmalenbachs Zeitschrift für die betriebswirtschaftliche Forschung
ZfWS	Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Im Übrigen wird verwiesen auf *Kirchner*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 6. Aufl., 2008

A. Einführung

Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Nachahmen im Wettbewerb zulässig oder Leistungsschutz in Gestalt von Nachahmungsschutz zu gewähren ist, ist innerhalb einer auf Wettbewerb gegründeten Marktwirtschaft von zentraler Bedeutung. In der Vergangenheit hat sich hierzu im Ausgangspunkt der Grundsatz der Nachahmungsfreiheit durchgesetzt. Zugleich ist indes das sondergesetzliche Immaterialgüterrecht, insbesondere das Patent-, das Gebrauchsmuster-, das Geschmacksmuster-, das Marken- und das Urheberrecht wesentlicher Bestandteil unserer Rechts- und Wirtschaftsordnung. Des Weiteren wurde und wird ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz auf der Grundlage der aktuell in § 3 I UWG verorteten wettbewerbsrechtlichen Generalklausel gewährt. Am 02.12.2004 hat der unter anderem für Wettbewerbs-, Geschmacksmuster- und Markenrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung „Klemmbausteine III“¹ die zuvor in diesem Rahmen in zwei Entscheidungen bejahte Frage, nach der Berechtigung ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes unter dem Gesichtspunkt des Einschlebens in eine fremde Produktserie nunmehr ausdrücklich offen gelassen. In der folgenden Untersuchung wird dieser sehr umstrittenen Frage, ob und wenn ja unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz in der Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Produktserie zu gewähren ist, nachgegangen und ein Lösungsvorschlag entwickelt. Dabei ist es zunächst erforderlich, die wettbewerbsrechtlichen Grundlagen zu erörtern, die bisherige Entwicklung in der Rechtsprechung sowie die zumeist kritischen Stimmen in der Literatur zu analysieren und sich anschließend hiermit auseinanderzusetzen. Bei der Beurteilung werden sowohl die Wertungen aus dem UWG als auch dem GWB sowie dem sondergesetzlichen Immaterialgüterrechtsschutz untersucht und in die Bewertung mit einbezogen. Die systematische Erörterung erfolgt sowohl gesetzesübergreifend, interdisziplinär als auch rechtsvergleichend.

¹ BGH, Urteil vom 02. Dezember 2004 – Az. I ZR 30/02, BGHZ 161, 204, 213 = BGH GRUR 2005, 349, 352 = WRP 2005, 476, 479 – Klemmbausteine III.

B. Grundlagen der Beurteilung

Die Fallgruppe des Einschlebens in eine fremde Produktserie betrifft die Problematik der Ausbeutung fremder Leistungen durch Nachahmungen und ist daher in den Gesamtkontext des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes einzuordnen.

Unter welchen Voraussetzungen ein solcher ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz anzuerkennen ist wird kontrovers diskutiert. Insbesondere das Verhältnis des auf die Generalklausel des UWG gestützten ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes zu dem sondergesetzlichen Immaterialgüterrecht beschäftigt die Rechtsprechung und die Literatur seit jeher. Wie Hefermehl² bereits konstatiert hat, stellt dieses Verhältnis eine der heikelsten Fragen des Wettbewerbsrechts dar. Eine gesicherte dogmatische Auflösung dieses Spannungsverhältnisses ist bisher nicht erfolgt.³ Eine Harmonisierung namentlich des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes innerhalb der Europäischen Union hat sich bislang, auch durch die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG⁴, umgesetzt durch die UWG-Novelle von 2008, nicht ergeben.

Die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG zielt innerhalb ihres Anwendungs- und Harmonisierungsbereichs zwar auf eine Vollharmonisierung, das heißt, dass die Mitgliedstaaten innerhalb ihres Anwen-

² Baumbach/*Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 22. Auflage § 1 UWG Rn 439; Nach *Wehrauch*, Der unmittelbare Leistungsschutz im UWG, S. 40, handelt es sich um eines der schwierigsten Probleme der Rechtsprechung.

³ *Götting* (Fezer, Lauterkeitsrecht – *Götting*, 1. Auflage, § 4–9 Rn 23; 2. Auflage, § 4–9 Rn 2, 32) spricht in diesem Zusammenhang davon, dass jedenfalls auf dogmatischer Ebene dieses Spannungsverhältnis nicht in befriedigender Weise einer Lösung zugeführt worden ist. Rechtstheoretisch bleibe die Frage unbeantwortet, wie der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz mit den abstrakten Wertungen in Einklang gebracht werden kann, die der Gesetzgeber bezüglich des Konflikts zwischen Imitations- und Innovationswettbewerb im Rahmen der Definition des Inhalts und der Grenzen der Immaterialgüterrechte vorgenommen hat.

⁴ Richtlinie 2005/29/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. Nr. L 149 S. 22, ber. ABl. 2009, Nr. L 253, S. 18.

dungs- und Harmonisierungsbereichs weder bei der Umsetzung hinter den von der Richtlinie vorgegebenen Schutzstandards zurückbleiben noch diese überschreiten dürfen. Weiterhin finden sich mit Bezug zu Nachahmungssachverhalten in der Richtlinie etwa in Art. 6 II lit. a 1. Alt., umgesetzt in § 5 II UWG, Regeln, wonach die Vermarktung von Waren oder Dienstleistungen, einschließlich vergleichender Werbung als irreführend gilt, wenn diese eine Verwechslungsgefahr mit einem anderen Produkt eines Mitbewerbers begründet und sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände einen Durchschnittsverbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst oder zu veranlassen geeignet ist, die er ansonsten nicht getroffen hätte. Nach der Nummer 13 der sogenannten schwarzen Liste der Richtlinie, umgesetzt in § 3 III, Anhang Nr. 13 UWG, liegt eine unter allen Umständen, stets unzulässige Geschäftspraktik vor, wenn Werbung für ein Produkt, das einem Produkt eines bestimmten Herstellers ähnlich ist, in einer Weise betrieben wird, die den Verbraucher absichtlich dazu verleitet, zu glauben, das Produkt sei von jenem Hersteller hergestellt worden, obwohl dies nicht der Fall ist. Zugleich ist die auf den Verbraucherschutz fokussierte Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG (UGP-Richtlinie) indes in ihrem Regelungs- und Harmonisierungsbereich beschränkt. Die UGP-Richtlinie 2005/29/EG gleicht an und harmonisiert nach deren Art. 1, 3, 11 und Erwägungsgründen 6 ff. die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken, welche „die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher unmittelbar und dadurch die wirtschaftlichen Interessen rechtmäßig handelnder Mitbewerber mittelbar schädigen“. Dadurch, dass die wirtschaftlichen Interessen namentlich der Verbraucher durch die Geschäftspraktik „unmittelbar“ geschädigt werden müssen, regelt die UGP-Richtlinie 2005/29/EG, auf eine Vollharmonisierung gerichtet, mithin den Bereich von unlauteren Geschäftspraktiken im Verhältnis Unternehmer zu Verbraucher, business to consumer, nicht indes den Bereich unlauterer Geschäftspraktiken im Verhältnis business to business. Der Regelungsgehalt der Richtlinie ist somit also auf den Bereich business to consumer (B2C) beschränkt, der business to business (B2B)-Bereich ist hiervon hingegen nicht erfasst. Eine Regelung des den B2B-Bereich betreffenden Bereich des wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes enthält die auf den B2C-Bereich beschränkt regelnde UGP-Richtlinie somit, wie dies auch in der Regierungsbegründung zum UWG von 2008⁵ angeführt worden ist, nicht.⁶

⁵ RegE UWG-Novelle 2008 BT-Drucks. 16/10145, S. 16 f.

⁶ Siehe BGH GRUR 2011, 79, 80 – Markenheftchen; BGH GRUR 2010, 1125, 1126 f. – Femur-Teil; BGH GRUR 2010, 80, 81 – LIKEaBIKE; der Bundesgerichtshof konstatiert in diesen Entscheidungen unter Verweis auch auf die Entscheidungen BGH GRUR 2007, 984, 986 – Gartenliege und BGH GRUR 2005, 519, 520 –