

Godendorff, Nils: Schadensersatz wegen unberechtigter Verwarnung im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht. Schriften zum deutschen und internationalen Persönlichkeits- und Immaterialgüterrecht Band 18, V&R unipress, Göttingen, 2007, 236 S., € 37,90. ISBN 3-89971-360-5.

Jordan, Tobias: Unbegründete Abmahnungen aus Schutzrechten. Die Entscheidung des Großen Zivilsenats vom 15. Juli 2005 - verfrühtes Ende statt fälliger Wende? Nomos Universitätsschriften Recht Band 599, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2008, 332 S., € 72,00. ISBN 978-3-8329-3658-7.

Erschienen in ZGE 2010, 218-221

Die Frage, welche Rechtsfolgen eintreten, wenn ein Immaterialgüterrecht objektiv unberechtigt im Wege der Verwarnung oder gerichtlich geltend gemacht wird, beschäftigt Rechtsprechung und Literatur seit mehr als 100 Jahren. Diese Konstellation gab dem Reichsgericht 1904 Anlass zur Anerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb. Trotz anhaltender und prominenter Kritik der Literatur hielt der Bundesgerichtshof an den reichsgerichtlichen Grundsätzen zur Haftung des Verwarners auf Unterlassung und bei Fahrlässigkeit auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 1 BGB fest, bis der für Urheber-, Marken- und Wettbewerbssachen zuständige I. Zivilsenat im Jahr 2004 in einer Vorlage an den Großen Zivilsenat für einen Neuanfang plädierte. Auf der Basis des UWG und mit Rücksicht auf die privilegierte Inanspruchnahme staatlicher Verfahren sollte die Haftung des angeblich Berechtigten im Ergebnis auf Fälle von Vorsatz und allenfalls grober Fahrlässigkeit reduziert werden. Dem trat insbesondere der für Patentsachen zuständige X. Senat entgegen. Der Große Zivilsenat entschied schließlich ebenfalls im Sinne der Kontinuität und bekräftigte, dass eine objektiv unberechtigte Verwarnung aus Immaterialgüterrechten Ansprüche wegen Eingriffs in das Recht am Gewerbebetrieb auslösen kann. Wie intensiv die Auseinandersetzung unter den Richtern war, offenbaren nachträgliche Scharmützel in der Fachöffentlichkeit eindrucksvoll (siehe *Meier-Beck*, WRP 2006, 790 und *Ullmann*, WRP 2006, 1070).

Nunmehr wird der Diskurs im Rahmen von Dissertationen fortgesetzt, von denen hier zwei vorgestellt werden sollen (siehe ferner *Marc Zimmermann*, Die unberechtigte Schutzrechtsverwarnung, 2008, zugl. Diss. Hamburg). Die Arbeit von *Jordan* ist unter Betreuung des jetzigen Vorsitzenden des I. Senats *Bornkamm* in Freiburg entstanden, diejenige von *Godendorff* in Kiel bei *Haimo Schack*. In ihren vielfältigen formalen und inhaltlichen Differenzen bestätigen die Schriften die dauernde rechtswissenschaftliche Herausforderung, die diese scheinbar randständige Fallgruppe darstellt.

Schon die Herangehensweise der Autoren ist unterschiedlich. *Godendorff* startet mit einer Analyse der betroffenen Interessen. Dabei macht er sich in innovativer Weise die Segnungen der elektronischen Datenbanken zunutze. Er kategorisiert 107 Urteile zu Markenrechtsverletzungen und 477 (!) wettbewerbsrechtliche Entscheidungen danach, ob der geltend gemachte Anspruch zu einer empfindlichen Störung oder gar Beendigung des Geschäftsbetriebs des Beklagten führen kann. Da dies jeweils in etwa der Hälfte der Fälle zu bejahen sei, stellten sich weder Abmahnungen aus Kennzeichenrechten noch aus UWG von vornherein als unproblematischer dar als die unberechtigte Durchsetzung technischer Schutzrechte oder Urheberrechte. Folglich spreche die Interessenlage für eine parallele Beurteilung sämtlicher Fallgruppen. Zweifelhafter als dieser Ansatz erscheinen die Ausführungen zu einem etwaigen Informationsgefälle zwischen dem Patentverwarner und seinem Gegenüber, die *Godendorff* mit Statistiken zur Herkunft der Rechtsinhaber aus dem In- oder Ausland zu untermauern sucht.

Jordan hingegen belässt es bei vier paradigmatischen Beispielen aus dem Patent-, Urheber- und Markenrecht, an die sich unmittelbar die rechtlichen Ausführungen anschließen. Während jene bei *Godendorff* den Charakter eines konzisen, teilweise jedoch recht knappen Gutachtens

tragen, das nach 162 Seiten zum Abschluss kommt (es folgt ein Anhang mit den analysierten Gerichtsentscheidungen), legt *Jordan* eine etwa doppelt so umfangreiche, allerdings nicht immer stringente Darstellung vor, die zwischen detaillierten Wiedergaben von Rechtsprechung und Literatur, der Auslegung einschlägiger Normen sowie eigenen Stellungnahmen oszilliert. In guter Freiburger Tradition (siehe insbesondere die einschlägige Dissertation von *Blaurock*) ergänzt und stützt er seine Ausführungen durch einen eingehenden Rechtsvergleich mit dem britischen Recht, das in den Spezialgesetzen des gewerblichen Rechtsschutzes eine detaillierte Regelung der Problematik aufweist, sowie kürzeren Ausführungen zum US-amerikanischen, schweizerischen und österreichischen Recht.

Der dogmatischen Herausforderung „unberechtigte Schutzrechtsverwarnung“ stellen sich beide Autoren. Sie besteht darin, dass für die Ansprüche des Abgemahnten keine spezielle gesetzliche Grundlage existiert und daher sämtliche in Frage kommenden, allgemeinen Regelungen geprüft werden müssen. Zudem sind Wertungszusammenhänge zwischen den Immaterialgüterrechten, den gesetzlichen Schuldverhältnissen des BGB und des UWG sowie dem Zivilprozessrecht zu beachten. Bei der Bewältigung dieser Aufgabe setzen die Autoren unterschiedliche Schwerpunkte. *Jordan* widmet sich eingehend den Grundlagen und Grenzen der Privilegierung, die derjenige genießt, der ein staatliches Verfahren zur Durchsetzung seiner ggf. objektiv nicht bestehenden Ansprüche beschreitet. Die Stärke der Arbeit von *Godendorff* liegt hingegen eher im materiellen Recht. Besondere Beachtung verdienen dabei seine Ausführungen zur (vor-)vertraglichen Haftung auf Schadensersatz gem. § 280 Abs. 1 BGB wegen pflichtwidrig unterlassener Aufklärung über Zweifel an der Berechtigung eines Unterlassungsbegehrens, das in einer vertraglichen Verpflichtung verankert werden soll.

Doch auch wenn man, wie beide Verfasser, bei der Auslegung einschlägiger Rechtsgrundlagen Sorgfalt walten lässt und Wertungswidersprüche vermeidet, ist eine über jeden Zweifel erhabene dogmatische Lösung nicht in Sicht. Wirft man etwa die Krücke „Recht am Gewerbebetrieb“ weg, handelt man sich an anderer Stelle Begründungsdefizite ein. Das zeigen auch die Arbeiten von *Jordan* und *Godendorff*:

So plädieren beide Verfasser dafür, den Schadensersatzanspruch wegen fahrlässig unberechtigter Verwarnung primär auf das UWG, insbesondere die Generalklausel des § 3 UWG, zu stützen. Abgesehen von der Frage, ob diese Norm aufgrund der ggf. abschließenden Regelbeispiele des § 4 UWG überhaupt anwendbar ist, wird gänzlich (*Godendorff*) bzw. in seinen Auswirkungen zu wenig (*Jordan*) berücksichtigt, dass hierfür ein allgemeiner, wenngleich zunehmend umstrittener Grundsatz wettbewerbsrechtlicher Haftung aufgegeben werden müsste: Unlauter handelt nämlich nur, wer um die Tatsachen weiß, aufgrund derer ihm ein Gesetzesverstoß vorgeworfen wird, auch wenn die normative Unlauterkeit nicht erkannt sein muss. Mit anderen Worten muss dem Wettbewerber wenigstens positiv bewusst sein, dass und wie er handelt, um einer UWG-Haftung ausgesetzt zu sein; ob er sich im Recht sieht, ist selbstverständlich irrelevant. Während diese Voraussetzung bei Fallgruppen wie irreführender Werbung ohne Weiteres gegeben ist, fehlt es hieran bei objektiv unberechtigten Schutzrechtsverwarnungen häufig, da der Vorwurf letztlich in einer Unterlassung wurzelt, derer sich der Verwarner eben oftmals nicht bewusst ist: Er weiß nicht positiv, dass das Immaterialgüterrecht nicht besteht, nicht den geltend gemachten Schutzbereich hat etc.; er hätte diesen Berechtigungsmangel aber bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen können. Will man solch fahrlässige Sachverhaltsirrtümer lauterkeitsrechtlich erfassen, muss man eine vollständig objektivierte Gefährdungshaftung für Wettbewerbshandeln etablieren, das auch untersagt und mit Schadensersatzansprüchen sanktioniert werden kann, wenn der Betroffene nicht einmal die Tatsachengrundlagen kennt, die ihm vorgeworfen werden. Ob eine solche, rein erfolgsorientierte Reglementierung der Wettbewerbsfreiheit im Allgemeinen haltbar ist, erscheint ausgesprochen zweifelhaft.

Wie gerade auch die Entscheidung des Großen Zivilsenats zeigt, repräsentiert die dogmatische Lösung jedoch ohnehin primär das Ergebnis einer wertenden Interessenabwägung. Und auch insoweit differieren die Arbeiten:

Godendorff folgert aus seinen Fallstudien, es bestehe ein erhebliches Interesse der individuell Betroffenen und der Allgemeinheit, die objektiv unberechtigte Monopolisierung von Wissen und Verhaltensoptionen durch ein Haftungsrisiko zu verhindern. Dementsprechend begrüßt er die Beibehaltung der Schadensersatzhaftung für fahrlässig unberechtigte Schutzrechtsverwarnungen und -klagen in subsidiärer Anwendung des Rechts am Gewerbebetrieb. Dieses Instrument sei auf die nicht minder problematische unberechtigte Geltendmachung angeblicher UWG-Verstöße zu erstrecken.

Jordan wertet anders. Unter der Überschrift „Fragwürdige Besserstellung des Skrupellosen“ (S. 75 ff.) führt er aus, die vom Großen Zivilsenat bestätigte Haftung des Verwarners schaffe „den falschen Anreiz, ex ante unklare Graubereiche von Schutzrechten skrupellos und solange ohne eigene Prüfung wirtschaftlich auszunutzen, bis eine Verwarnung erfolgt ...“. Die verbale Inkriminierung des aktiven Wettbewerbers zeigt an, dass es *Jordan* um die Sicherung eines „faktisch wirksame[n] Schutzbereich[s]“ zugunsten des vorgeblichen Rechtsinhabers geht. „Nur auf diesem Weg“ nehme geistiges Eigentum „wirksam Gestalt an“. Wenig überraschend neigt *Jordan* der restriktiven, den Verwarner begünstigenden Haltung des I. Zivilsenats zu und entwickelt jene in sehr differenzierter, allerdings von Rechtsgrundlagen weitgehend entkleideter Weise fort. So sei zwischen irrtümlich eingeschätzten Rechts- und Tatsachenfragen ebenso zu unterscheiden wie zwischen vertikalen Abnehmer- und horizontalen Konkurrentenverwarnungen.

Der Rezensent hat an anderer Stelle (Mitt. 2005, 73 ff.) dargelegt, warum der vom Reichsgericht entwickelten und vom Großen Zivilsenat fortgeführten Lösung beizupflichten ist. In Anbetracht des nahezu grenzenlos expandierten Immaterialgüterrechtsschutzes und der in jüngster Zeit europarechtlich verschärften Durchsetzungsmechanismen bedarf es in der Tat eines Korrelats, um die kraft gesetzgeberischer Entscheidung verbliebenen Handlungsspielräume für *alle* Wettbewerber freizuhalten. Der Verwarnte verteidigt nichts, was ihm „gehört“, sondern die Gemeinfreiheit als Institution. Es gibt keinen Grund, die dort schlummernden Chancen einer bestimmten Person vorzubehalten, nur weil sie „in der Nähe“ über eine exklusive Berechtigung verfügt.

Das Thema „unberechtigte Schutzrechtsverwarnung“ treibt die deutsche Rechtswissenschaft seit Generationen um, ohne dass eine allseits befriedigende Lösung gefunden werden konnte. Ursache hierfür dürfte eine weitreichende begriffliche und dogmatische Blindstelle sein, die auch die beiden hier vorgestellten Arbeiten nicht wirklich angehen. Während die Struktur der Immaterialgüterrechte, ihre Grenzen und die zu ihrer Verwirklichung bestehenden Ansprüche intensiv aufgearbeitet sind und mit einem konsentierten Begriffsapparat diskutiert werden, gleicht die *Gemeinfreiheit* eher einer dunklen Weite, die sich an die bald flächendeckenden Immaterialgüterrechte anschließt, jedoch mehr und mehr zur begründungsbedürftigen Ausnahme schrumpft (so denn auch *Jordan*, S. 295). Um dieser Schieflage entgegenzutreten, ist die Entwicklung einer Dogmatik der diskriminierungsfrei zulässigen Nutzung vorhandener Information einschließlich der Instrumente zur dauerhaften Wahrung dieser Gemeinfreiheit dringend angezeigt (Ansätze dazu bei *Verf.*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, 2008, S. 906 ff.).

Prof. Dr. Alexander Peukert, Goethe-Universität Frankfurt/Main