

DEutsch-Georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung

4/2025

AUFSÄTZE

Nachahmung im georgischen und deutschen Recht des unlauteren Wettbewerbs

Ulrich Hagenloch, Levan Nanobashvili

Berechnung des Schadens des Wettbewerbers bei unlauterem geschäftlichen Handeln in Georgien und Deutschland

Giorgi Rusiashvili, Ulrich Hagenloch

Text and data mining research exception: the path to the legal woods

Nino Eloshvili

Aspekte der Unabhängigkeit eines Richters: Innere Unabhängigkeit – Mission Impossible?

Lia Shatberashvili



4/2025

Deutsch-Georgische
ZEITSCHRIFT FÜR
RECHTSVERGLEICHUNG

შპლარეზბოთი
სამართლის

ქართულ-გერმანული ჟურნალი



Juristische Fakultät der Staatlichen Universität Tiflis



ISSN 2587-5191 (print)
ISSN 2667-9817 (online)

© Deutsch-Georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung 2025
© Autoren, 2025
www.lawjournal.ge

Schriftleitung

David Maisuradze
Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili
Prof. Dr. Olaf Muthorst

Herausgeber

Richter Ulrich Hagenloch
Rechtsanwalt Giorgi Zhorzholiani
Sulkhan Gvelesiani
Khatuna Diasamidze
Assoz. Prof. Lado Sirdadze
Assoz. Prof. Zviad Gabisonia
Richter Wolfram Eberhard
Prof. Dr. Arkadiusz Wudarski †
Richter Dr. Timo Utermark
Rechtsanwalt Dr. Max Gutbrod
Notar Justizrat Richard Bock
Assist. Prof. Dr. Temur Tskitishvili
Prof. Dr. Nunu Kvantaliani
Rechtsanwalt Gocha Oqreshidze
Natali Gogishvili
Rechtsanwalt Temur Bigvava
Rechtsanwalt Zviad Batiashvili
Khatia Papidze
Rechtsanwalt Ketevan Buadze
Rechtsanwalt Nikoloz Sheqiladze

Arbeitsgruppe

Sopo Zarandia

Inhaltsverzeichnis

AUFSÄTZE

Nachahmung im georgischen und deutschen Recht des unlauteren Wettbewerbs	7
<i>Ulrich Hagenloch / Levan Nanobashvili</i>	
Berechnung des Schadens des Wettbewerbers bei unlauterem geschäftlichen Handeln in Georgien und Deutschland	23
<i>Giorgi Rusiashvili / Ulrich Hagenloch</i>	
Text and data mining research exception: the path to the legal woods	37
<i>Nino Elovshvili</i>	
Aspekte der Unabhängigkeit eines Richters: Innere Unabhängigkeit – Mission Impossible?	51
<i>Lia Shatberashvili</i>	

Nachahmung im georgischen und deutschen Recht des unlauteren Wettbewerbs

Ulrich Hagenloch

Präsident des Oberlandesgerichts Dresden im Ruhestand

Levan Nanobashvili

Rechtsanwalt, geschäftsführender Partner der Rechtsanwaltskanzlei „NB Legals“

Gastdozent an der Georgian Institute of Public Affairs und der Universität Georgien

A. Einleitung

Unter den Bedingungen der Marktwirtschaft haben kommerzielle Unternehmen die Möglichkeit zum freien Wettbewerb im gesetzlich festgelegten Rahmen. Der freie Wettbewerb gilt als das beste Mittel zur Regulierung von Angebot und Nachfrage in der Wirtschaft sowie zum Schutz der Interessen der Verbraucher und der Gesamtwirtschaft.¹ Wo Wettbewerb herrscht, besteht jedoch immer die Gefahr des unlauteren Wettbewerbs. Dieses Phänomen ist in allen Ländern und zu jeder Zeit zu beobachten, unabhängig vom politischen oder sozialen System des jeweiligen Landes.²

Fairer Wettbewerb kann mit einem sportlichen Wettkampf verglichen werden, da in beiden Fällen der Beste gewinnt. Im wirtschaftlichen Wettbewerb sollte dies das Unternehmen sein, das den Verbrauchern das nützlichste Produkt oder die nützlichste Dienstleistung zu den wirtschaftlichsten und akzeptabelsten Bedingungen anbietet.³ Ein solches Ergeb-

nis wird jedoch nur erzielt, wenn alle Marktteilnehmer nach bestimmten festgelegten Regeln handeln.

Die Verletzung der Grundregeln des wirtschaftlichen Wettbewerbs kann in verschiedenen Formen erfolgen. Dies kann eine unrechtmäßige, aber relativ harmlose Handlung sein (die selbst dem vorsichtigsten Unternehmer unterlaufen kann). Die Verletzung kann jedoch auch mit böser Absicht begangen werden, um dem Konkurrenten maximalen Schaden zuzufügen oder den Verbraucher irrezuführen.

Die Erfahrung der Marktwirtschaft zeigt, dass es nur geringe Hoffnung gibt, Gerechtigkeit im Wettbewerb allein durch das freie Wirken der Marktkräfte zu erreichen.⁴ Der Verbraucher als eine Art „Schiedsrichter“ des Wirtschaftsspiels könnte unlautere Unternehmer behindern, indem er deren Waren und Dienstleistungen ablehnt und die der ehrlichen Konkurrenten erwirbt.⁵ Die Realität sieht jedoch anders aus. Je komplexer die wirtschaftliche Situation, desto weniger kann der Verbraucher die Rolle des Schiedsrichters übernehmen. Oftmals kann er nicht einmal

¹ Contemporary Intellectual Property: Law and Policy, Jane Cornwell, Marta Iljadica, Abbe Brown, Smita Kheria, Oxford University Press, 2019, S. 783.

² Siehe Contemporary Intellectual Property: Law and Policy, Jane Cornwell, Marta Iljadica, Abbe Brown, Smita Kheria, Oxford University Press, 2019, S. 783.

³ Ebenda.

⁴ Fairness and the Challenge of Making Markets Work Better, Niamh Dunne, Modern Law Review, 2020 https://eprints.lse.ac.uk/106252/1/Dunne_fairness_and_the_challenge_of_making_markets_published.pdf

⁵ Mehta, Pradeep S (2010), Why Should Consumers be Interested in a Competition Law & Policy? CUTS International, Jaipur, India, S. 2

selbständig eine unlautere Wettbewerbshandlung erkennen. Folglich kann der Verbraucher oft nicht angemessen reagieren. Daher muss der Verbraucher (zusammen mit dem ehrlichen Unternehmer) vor unlauterem Wettbewerb geschützt werden.⁶

Die Gewährleistung eines fairen Spiels auf dem Markt ist nicht allein durch den Schutz der Rechte des geistigen Eigentums (Patent, Marke usw.) möglich. Ein breites Spektrum unlauterer Handlungen, wie irreführende Werbung oder die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen, wird mitunter nicht durch spezielle Normen des Gesetzes über geistiges Eigentum geregelt. Aus diesem Grund ist das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb notwendig, um sowohl die Gesetze zum geistigen Eigentum zu ergänzen als auch einen zusätzlichen Schutz zu gewährleisten. Um diese Funktion effektiv zu erfüllen, müssen die Normen des unlauteren Wettbewerbsrechts flexibel sein, und der Schutz darf nicht von irgendeiner Vorformalität, wie beispielsweise einer Registrierung, abhängen. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb muss in der Lage sein, sich an alle neuen Formen des Marktverhaltens anzupassen. Eine solche Flexibilität darf jedoch nicht unvorhersehbar sein.

Der Schutz vor unlauterem Wettbewerb wird als eine wichtige Bedingung für den Schutz des geistigen Eigentums, insbesondere des gewerblichen Eigentums, anerkannt.⁷ Eine solche Anerkennung beginnt offiziell mit der diplomatischen Konferenz in Brüssel im Jahr 1900, als die Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums revidiert und um Artikel 10bis ergänzt wurde. Dieser Artikel lautet heute wie folgt:

(1) Die Verbandsländer sind gehalten, den Angehörigen der Verbandsländer einen wirksamen Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb zu gewährleisten. (2) Eine Wettbewerbshandlung, die den ehrlichen Gepflogenheiten in Gewerbe- oder Handelsgeschäften zuwiderläuft, bildet einen Akt unlauteren Wettbewerbs. (3) Insbesondere sind zu verbieten:

1. Alle Handlungen, die geeignet sind, Verwechslungen irgendwelcher Art hervorzurufen mit der Niederlassung, den Waren oder der gewerblichen oder kaufmännischen Tätigkeit eines Konkurrenten;
2. Falsche Angaben bei der Ausübung des Handelsverkehrs, die geeignet sind, die Niederlassung, die Waren oder die gewerbliche oder kaufmännische Tätigkeit eines Konkurrenten in Verruf zu bringen;
3. Angaben oder Behauptungen, deren Gebrauch bei der Ausübung des Handelsverkehrs geeignet ist, das Publikum über die Beschaffenheit, die Herstellungsart, die Merkmale, die Gebrauchstauglichkeit oder die Menge der Waren irrezuführen.⁸

Auf den ersten Blick besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Schutz der Rechte des gewerblichen Eigentums (wie Patente, eingetragene Designs, eingetragene Marken usw.) und dem Schutz vor unlauterem Wettbewerb. Die Rechte des gewerblichen Eigentums entstehen aufgrund einer speziellen Registrierung durch die Ämter für gewerbliches Eigentum (im Falle Georgiens das Nationale Zentrum für geistiges Eigentum "Sakpatenti"⁹). Die Registrierung verleiht dem Inhaber ausschließliche Rechte an dem betreffenden Objekt¹⁰. Der Schutz vor unlauterem Wettbewerb basiert nicht auf einer vorherigen Vergabe oder Registrierung von Rechten. Ein solcher Schutz basiert auf der Überlegung (die in Gesetzesbestimmungen verankert oder als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt ist), dass Handlungen, die den ehrlichen Geschäftspraktiken zuwiderlaufen, unterbunden werden müssen. Dennoch ist die Verbindung zwischen diesen beiden Schutzarten offensichtlich. Beispielsweise gilt in vielen Ländern die unbefugte Nutzung einer nicht registrierten Marke eines Konkurrenten als unrechtmäßig, basierend auf allgemei-

⁶ (Georgisches Wettbewerbsrecht), Herausgeber: Liana Japaridze, Ketik Zakakishvili, Tiflis, New Vision University Publishing, 2019, S. 109.

⁷ Siehe Ghidini, Gustavo und Cavani, Giovanni. *The Relationship Between the Unfair Competition Regime and IP Law*, Cambridge University Press, 2021, S. 467.

⁸ Siehe Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (geändert am 28. September 1979) <https://matsne.gov.ge/document/view/2446385?publication=0> (20. September 2025).

⁹ Siehe <https://sakpatenti.gov.ge/ka/> (20. September 2025).

¹⁰ Siehe georgisches Gesetz „Über Marken“, Artikel 1. Ebenso georgisches Patentgesetz, Artikel 12.

nen Grundsätzen, die dem Bereich des Schutzes vor unlauterem Wettbewerb zuzuordnen sind.¹¹

Ein weiteres Beispiel ist der Bereich der Erfindungen. Wenn eine neue Technologie nicht öffentlich bekannt gemacht wurde und als Geschäftsgeheimnis gilt, kann die unbefugte Vornahme bestimmter Handlungen durch einen Konkurrenten, die mit diesem Geschäftsgeheimnis in Verbindung stehen, unrechtmäßig sein und als unlauterer Wettbewerb angesehen werden. Darüber hinaus kann die Vornahme bestimmter Handlungen im Zusammenhang mit einer Erfindung, deren Patentschutz bereits abgelaufen ist, manchmal ebenfalls unrechtmäßig sein (der Fall der sogenannten „sklavischen Nachahmung“ – „Slavish Imitation“).¹²

Die oben genannten Beispiele zeigen, dass der Schutz vor unlauterem Wettbewerb den Schutz der Rechte des geistigen Eigentums wie Patente und eingetragene Marken ergänzt. Es gibt auch andere Fälle von unlauterem Wettbewerb. Beispielsweise der in Artikel 10bis(3)2 der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums genannte Fall: „Falsche Angaben bei der Ausübung des Handelsverkehrs, die geeignet sind, die Niederlassung, die Waren oder die gewerbliche oder kaufmännische Tätigkeit eines Konkurrenten in Verruf zu bringen.“

Alle Länder, in denen die Regeln der Marktwirtschaft gelten, haben Schutzmechanismen gegen unlautere Geschäftspraktiken entwickelt. Die Staaten haben jedoch unterschiedliche Ansätze gewählt. Infolgedessen kann die Rechtsgrundlage zur Unterbindung unlauteren Wettbewerbs von einer lakonischen allgemeinen Bestimmung bis hin zu einer detaillierten Regelung in einem Sondergesetz variieren.¹³

B. Rechtslage in Georgien

Zur Unterbindung des unlauteren Wettbewerbs gelten in Georgien die Normen internationaler Abkommen sowie die nationale Gesetzgebung.

Gemäß Artikel 6 Absatz 2 der Verfassung Georgiens „sorgt der Staat für die Entwicklung einer freien und offenen Wirtschaft, des freien Unternehmertums und des Wettbewerbs.“

Georgien ist Unterzeichner der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums, wonach „Eine Wettbewerbshandlung, die den ehrlichen Gepflogenheiten in Gewerbe- oder Handelsgeschäften zuwiderläuft, bildet einen Akt unlauteren Wettbewerbs“ (Artikel 10bis(2)).¹⁴

Kapitel IV, Abschnitt 9 des Assoziierungsabkommens zwischen Georgien und der Europäischen Union regelt die Rechte und Pflichten der Parteien in Bezug auf das geistige Eigentum. Gemäß Artikel 151 des Assoziierungsabkommens müssen die Parteien die angemessene und wirksame Umsetzung der von ihnen unterzeichneten internationalen Abkommen im Bereich des geistigen Eigentums gewährleisten [...]. Der Schutz des geistigen Eigentums umfasst den Schutz vor unlauterem Wettbewerb, wie in Artikel 10bis der Pariser Verbandsübereinkunft zum Schutz des gewerblichen Eigentums (1967) geregelt.¹⁵

Das Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS) räumt den unterzeichnenden Staaten das Recht ein, wettbewerbsbezogene Normen im nationalen Recht einzuführen, dies ist jedoch nicht verpflichtend.¹⁶

Mit Artikel 1 des georgischen Gesetzes „Über den Wettbewerb“ wird der Geltungsbereich des Gesetzes als die Festlegung der Grundsätze für den Schutz vor

¹¹ Mary LaFrance, *Passing off and Unfair Competition: Conflict and Convergence in Competition Law*, 2011 MICH. ST. L. REV. 1413, 1415 (2011).

¹² Siehe georgisches Zivilgesetzbuch, Artikel 1105: „Schutz des Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses.“

¹³ Ohly, Ansgar, *The Freedom of Imitation and Its Limits - A European Perspective*. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 41, S. 506, 507, 2010: <https://ssrn.com/abstract=1523290> (21. September 2025).

¹⁴ Siehe Ohly, Ansgar, *The Freedom of Imitation and Its Limits - A European Perspective*. *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Vol. 41, S. 506, 511, 2010: <https://ssrn.com/abstract=1523290> (21. September 2025).

¹⁵ Artikel 151 des Assoziierungsabkommens zwischen der Europäischen Union, der Europäischen Atomgemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Georgien andererseits.

¹⁶ Siehe TRIPS-Abkommen (Abkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums), Artikel 8(2), 31 und 40.

unrechtmäßiger Beschränkung des freien und fairen Wettbewerbs definiert, was wiederum die Grundlage für die Entwicklung des freien Handels und eines wettbewerbsfähigen Marktes bildet. Gemäß Artikel 2 desselben Gesetzes ist sein Ziel, das Prinzip der Gleichberechtigung in der Tätigkeit der Wirtschaftssubjekte zu schützen, geeignete Bedingungen für den freien Zugang der Wirtschaftssubjekte zum Markt zu schaffen sowie die Unzulässigkeit von administrativen, rechtlichen und diskriminierenden Marktzutrittsbarrieren durch staatliche Behörden, Behörden der Autonomen Republik oder der Gemeinde sowie andere Verwaltungsbehörden zu gewährleisten.

Das georgische Gesetz „Über den Wettbewerb“ legt fest, dass dieses Gesetz nicht auf „Beziehungen in Bezug auf Rechte des geistigen Eigentums Anwendung findet, außer in Fällen, in denen diese Rechte zur Beschränkung und Unterbindung des Wettbewerbs genutzt werden“ (Artikel 1.4(b)). Diese Formulierung ist sehr allgemein und lässt einen sehr breiten Interpretationsspielraum. In der Regel bedeutet ein Recht des geistigen Eigentums ein ausschließliches Recht an einem bestimmten Objekt. Entsprechend beinhaltet jede Ausübung eines Rechts des geistigen Eigentums in sich bereits eine Beschränkung des Wettbewerbs.¹⁷

Das georgische Gesetz „Über den Wettbewerb“ verbietet unlauteren Wettbewerb ausdrücklich und besagt, dass „unlauterer Wettbewerb unzulässig ist“ (Artikel 11**, Absatz 1). Nach dem Gesetz gilt als „unlauterer Wettbewerb im Sinne dieses Artikels jede Handlung eines Wirtschaftssubjekts, die den Normen der Geschäftsethik zuwiderläuft und die Interessen des Konkurrenten und des Verbrauchers verletzt“ (Artikel 11**, Absatz 2). Das Gesetz enthält mehrere Beispiele für unlauteren Wettbewerb (die nicht abschließend sind¹⁸): a) Die Übermittlung von

Informationen über Waren und/oder Dienstleistungen mittels jeglicher Kommunikationsmittel (einschließlich unangemessener, unlauterer, unzuverlässiger oder offensichtlich falscher Werbung), die dem Verbraucher eine falsche Vorstellung vermitteln und ihn zu einer bestimmten wirtschaftlichen Handlung veranlassen; b) Die Verheimlichung des wahren Zwecks eines Geschäfts durch das Wirtschaftssubjekt, um die Partei irrezuführen, und dadurch die Erlangung eines Wettbewerbsvorteils; c) Die Schädigung der Reputation eines Konkurrenten (die Schaffung einer falschen Vorstellung über das Unternehmen, die Produkte, die unternehmerische oder kommerzielle Tätigkeit), dessen unbegründete Kritik oder Diskreditierung durch das Wirtschaftssubjekt; d) Die Aneignung der Form, der Verpackung oder des äußeren Erscheinungsbildes der Waren eines Konkurrenten oder eines Dritten; e) Die Erlangung, Beschaffung, Nutzung oder Verbreitung von wissenschaftlich-technischen, Produktions- oder Handelsinformationen oder eines Geschäftsgeheimnisses ohne Zustimmung seines Inhabers; f) Die Bestechung des Käufers, des Lieferanten, seines Mitarbeiters oder einer zur Entscheidungsfindung befugten Person, damit diese entgegen den Interessen des Arbeitgebers handelt oder die Interessen des Verbrauchers missachtet; g) Der Aufruf zum Boykott¹⁹.

Die sogenannte „Slavish Imitation“ (sklavische Nachahmung)

Das Konzept der sogenannten „sklavischen Nachahmung“ (*Slavish Imitation*), als eine Form des unlauteren Wettbewerbs, wurde in mehreren europäischen Ländern entwickelt. In der Regel liegt eine „sklavische Nachahmung“ vor, wenn:

1. Das Produkt nicht durch ein spezifisches Recht des geistigen Eigentums (Patent, Marke, Design, Urheberrecht oder anderes) geschützt ist oder die Laufzeit eines solchen Schutzes bereits abgelaufen ist;

¹⁷ Contemporary Intellectual Property: Law and Policy, Jane Cornwell, Marta Iljadica, Abbe Brown, Smita Kheria, Oxford University Press, 2019, S. 782.

¹⁸ Siehe Entscheidung Nr. 04/374 der georgischen Agentur für Wettbewerb und Verbraucherschutz vom 29. April 2024, S. 27 (https://gcca.gov.ge/uploads_script/decisions/tmp/phpsYsxeY.pdf, 20. September 2025).

¹⁹ Georgisches Gesetz „Über den Wettbewerb“, Artikel 11****, Absatz 2.

2. Eine genaue oder nahezu genaue Kopie des Produkts des Konkurrenten erfolgt, die den Verbraucher verwirrt;
3. Die genaue Kopie für die Funktionsfähigkeit des Produkts nicht notwendig ist und eine vernünftige Möglichkeit zur Verwendung eines anderen Designs besteht, um die Irreführung des Verbrauchers zu vermeiden.²⁰

Die sogenannte „sklavische Nachahmung“ gilt als unfair, weil die Person, die diese Handlung vornimmt, einen Vorteil gegenüber dem Konkurrenten erlangt. Der Verletzer muss keine Forschung oder Investitionen tätigen. Folglich hat er deutlich geringere Kosten als der Konkurrent. Der Verletzer hat lediglich die Leistung eines anderen wiederholt und nutzt sie, obwohl eine alternative Möglichkeit des fairen Wettbewerbs zur Verfügung stand.

Das imitierte Produkt muss eine besondere Unterscheidungskraft besitzen, die nicht nur aus den für die Funktionsfähigkeit des Produkts notwendigen technischen Merkmalen resultieren darf. Die Nachahmung muss sich auf ästhetische oder äußere Merkmale beziehen, die ausreichend Spielraum für alternative Formen und Designs lassen. Die Voraussetzungen für die sogenannte „sklavische Nachahmung“ sind jedoch nicht in allen Ländern gleich.²¹

Es besteht die Ansicht, dass der Schutz vor der sogenannten „sklavischen Nachahmung“ dem ausschließlichen Recht des geistigen Eigentums sehr ähnlich ist.²² Insbesondere hat der ursprüngliche Hersteller, ähnlich wie beim Urheberrecht, das ausschließliche Recht, die genaue Kopie seines Produkts durch

Konkurrenten zu verhindern.²³ Im Gegensatz zu Rechten des geistigen Eigentums ist der Schutz vor der sogenannten „sklavischen Nachahmung“ jedoch zeitlich nicht begrenzt.

Die sogenannte „sklavische Nachahmung“ muss von dem sogenannten „Reverse Engineering“ unterschieden werden. Letzteres wird im Allgemeinen als das Studium oder die Analyse eines Produkts oder einer Substanz verstanden, um dessen Struktur, Zusammensetzung oder Funktion zu verstehen. Auch um herauszufinden, wie ein bestimmtes Produkt hergestellt oder konstruiert wurde. Die Praxis des „Reverse Engineering“ wird in verschiedenen Branchen häufig genutzt, um die Produkte von Konkurrenten zu untersuchen und ähnliche Produkte herzustellen. In der Regel ist eine solche Handlung Teil der normalen Funktion des freien Marktes. Die Praxis des „Reverse Engineering“ ist an sich nicht unfair. Allerdings kann das Ergebnis des „Reverse Engineering“ unter bestimmten Umständen eine Verletzung von Rechten des gewerblichen Eigentums darstellen. Wenn beispielsweise das nach dem „Reverse Engineering“ des Konkurrenzprodukts hergestellte Produkt unter den Geltungsbereich eines bestehenden Patents fällt, liegt eine Verletzung der Patentrechte vor. Wird das Patent nicht verletzt, aber erweist sich die Kopie des Originalprodukts als unlauter, kann die Handlung als unlauterer Wettbewerb angesehen werden.

Im Folgenden werden einige Gerichtsurteile zur sogenannten „sklavischen Nachahmung“ erörtert.

1. Schuhdesign: Dr. Martens gegen Van Haren

Dies ist ein Fall aus der Gerichtspraxis der Niederlande. Airwair International Limited, der Eigentümer der Schuhmarke Dr. Martens, verklagte die niederländische Einzelhandelskette Van Haren, weil Van Haren Schuhe verkaufte, die dem klassischen Modell von Dr. Martens sehr ähnlich waren. Beide Schuhe zeichneten sich durch eine schwarze Sohle aus, die mit gelbem Faden genäht war.²⁴

²⁰ Siehe Status Report on the Protection Against Unfair Competition in WIPO Member States, erstellt von Herrn Martin Senftleben, Professor und Direktor, Institute for Information Law (IViR), Universität Amsterdam, Niederlande, WIPO/STrad/INF/8, 01. November 2022, Seite 54, <https://www.wipo.int/documents/d/sct/docs-en-meetings-pdf-wipo-strad-inf-8-prov.pdf> (20. September 2025). Ebenso Ohly, Ansgar, The Freedom of Imitation and Its Limits - A European Perspective. International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 41, S. 506, 507, 2010: <https://ssrn.com/abstract=1523290> (21. September 2025).

²¹ Ebenda. S. 157.

²² Siehe Ohly, Ansgar, The Freedom of Imitation and Its Limits - A European Perspective. International Review of Intellectual Property and Competition Law, Vol. 41, S. 506, 519, 2010: <https://ssrn.com/abstract=1523290> (21. September 2025).

²³ Ebenda.

²⁴ Siehe The Hague Court of Appeal, 200.291.709/01 (ECLI:NL:GHDHA:2021:1359), 20. Juli 2021, ebenso <https://www.taylorwessing.com/en/insights-and-events/insights/2022/11/van-haren-shoes-not-a-slavish-imitation-of-dr-martens-shoes>.

Das Gericht betonte den fundamentalen Rechtsgrundsatz, wonach die Nachahmung eines Produkts zulässig ist, wenn es nicht durch Rechte des geistigen Eigentums geschützt ist. Das Gericht war der Ansicht, dass trotz gewisser Ähnlichkeiten der Waren keine Gefahr der Verwechslung für die Verbraucher bestand. Das Gericht befand, dass die Dr. Martens-Schuhe aufgrund der Existenz anderer ähnlicher Schuhe im Militärstil keine „eigene Stellung“ auf dem Markt einnahmen. Die Van Haren-Schuhe unterschieden sich in mehrfacher Hinsicht von Dr. Martens, unter anderem durch einen niedrigeren Leder-schaft, einen Reißverschluss und eine andersfarbige Naht. Darüber hinaus war das Produkt von Van Haren im Vergleich zu Dr. Martens deutlich billiger. Der große Preisunterschied reduzierte nach Ansicht des Gerichts die Wahrscheinlichkeit einer Irreführung des Verbrauchers zusätzlich. Aus diesen Gründen befand das Gericht, dass die Handlung von Van Haren keinen unlauteren Wettbewerb darstellte.

Diese Entscheidung zeigt deutlich, dass „sklavische Nachahmung“ nicht nur eine Kopie bedeutet. Vielmehr handelt es sich um eine solche Kopie, die zu einer Irreführung der Verbraucher führt. Gleichzeitig muss die Vermeidung der Kopie vernünftigerweise möglich sein.²⁵

2. Das Design des Legosteins: Lego gegen OHIM²⁶

Das Unternehmen Lego versuchte, die 3D-Form seines bekannten, zusammensteckbaren Plastiksteins (des roten Steins mit acht Noppen) als Unionsmarke (EUTM) in der Europäischen Union registrieren zu lassen. Nach allgemeinem Recht kann der Schutz einer Marke unbegrenzt verlängert werden, was Lego ein dauerhaftes Monopol auf die 3D-Form des Steins verschafft hätte. Die Patente von Lego für die 3D-Form des Steins waren jedoch bereits abgelaufen.

Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe e Ziffer ii der Unionsmarkenverordnung²⁷ verbietet die Eintragung von Marken, die ausschließlich aus der Form der Ware bestehen, die zur Erreichung eines technischen Ergebnisses erforderlich ist. Die Konkurrenzunternehmen von Lego legten Widerspruch gegen die Registrierung ein. Ihrer Ansicht nach war die Form des Steins (die Noppen und die Löcher) zur Erreichung eines technischen Ergebnisses, nämlich dem Zusammenstecken der Steine, unerlässlich.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) untersagte die Eintragung des Legosteins als Marke. Nach Ansicht des Gerichts dienen die Hauptmerkmale der Form des Legosteins (die oberen Noppen und die unteren Löcher) ausschließlich einem technischen Zweck (dem Zusammenhalt der Steine).

Das Gericht erklärte, dass, wenn Unternehmen das Recht hätten, eine technisch notwendige Form als Marke zu schützen, dies den freien Wettbewerb behindern und ihnen ein dauerhaftes Monopol auf technologische Innovationen verschaffen würde (was dem Zweck des Patentsystems widerspricht).

Das Urteil Lego Juris gegen OHIM ist der Grundpfeiler der sogenannten „Funktionalitätslehre“ in Europa, wonach das Markenrecht nicht zum Schutz funktionaler oder technischer Formen verwendet werden kann. Diese Formen gehen nach Ablauf ihrer Patente in die Öffentlichkeit (die sogenannte „Public Domain“) über. Konkurrenten können eine exakte Kopie (sogenannte „Slavish imitation“) anfertigen, um die Kompatibilität und Effizienz ihrer Produkte zu gewährleisten.

3. Der Fall des selbstfahrenden Krans: Hyster Karry Krane gegen Thole²⁸

Das amerikanische Unternehmen Hyster, ein Hersteller von selbstfahrenden Kränen, verklagte das

²⁵ Siehe <https://www.taylorwessing.com/en/insights-and-events/insights/2022/11/van-haren-shoes-not-a-slavish-imitation-of-dr-martens-shoes>. Ebenso *Airwair International Limited v. Van Haren Schoenen BV* (Dutch Supreme Court), ECLI:NL:HR:2022:1638, 21. Oktober 2022.

²⁶ *Lego Juris A/S v Office for Harmonization in the Internal Market (Trademarks and Designs) (OHIM)*. Case C-48/09 P.

²⁷ Regulation (EU) 2017/1001 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 on the European Union trademark.

²⁸ Supreme Court of the Netherlands, 26. Juni 1953, NJ 1954, 90 (*Hyster/Thole, Hyster Karry Krane*). Siehe auch Dirk Visser, *Slavish imitation, freedom of competition and the Lego brick*. 2009.

niederländische Unternehmen Thole, das nahezu identische Kopien der Hyster-Kräne herstellte. Die Form des Krans war sehr spezifisch und hochgradig funktional. Hyster argumentierte, die Herstellung eines identischen Krans sei ein unlauterer Wettbewerbsakt und führe zur Irreführung von Verbrauchern.

Der Oberste Gerichtshof der Niederlande (Hoge Raad) wies die Klage von Hyster ab und stellte fest, dass die Kopie zulässig sei. Das Gericht etablierte ein Prinzip, das die Wettbewerbsfreiheit mit dem Verbraucherschutz in Einklang bringt.

Das Gericht bestätigte, dass Wettbewerber die Produkte anderer grundsätzlich frei kopieren dürfen, sofern die Form des Produkts nicht durch spezielle gewerbliche Schutzrechte (wie ein Patent oder eine Marke) geschützt ist. Das Gericht stellte jedoch fest, dass, wenn die Form des Originalprodukts sehr unterscheidungskräftig ist und die Kopie die Gefahr einer Irreführung birgt, der Nachahmer (Thole) verpflichtet ist, zusätzliche Maßnahmen zur Unterscheidung der Produkte zu ergreifen (zum Beispiel den eigenen Namen oder das Logo deutlich und sichtbar auf dem Kran anzubringen).

Das Gericht befand, dass das Design des Hyster-Krans, obwohl einzigartig, eine funktionale Bedeutung hatte. Außerdem hatte Hyster selbst keine ausreichenden Maßnahmen zum Schutz und zur Markierung seines Designs ergriffen. Dementsprechend befand das Gericht, dass die Kopie durch Thole nicht unlauter war.

In diesem Fall entschied das Gericht, dass die exakte Kopie technisch bedingter Formen im Allgemeinen zulässig ist (und eine solche Kopie daher keine „sklavische Nachahmung“ darstellt). Unlauterkeit beginnt demnach dort, wo der Nachahmer die Gefahr der Irreführung des Verbrauchers unredlich ausnutzt und keine Unterscheidungsmerkmale verwendet.

4. Georgische Praxis

In der georgischen Gerichtspraxis kommt der Begriff „sklavische Nachahmung“ nicht vor. Die georgische Agentur für Wettbewerb und Verbraucherschutz hat jedoch Fälle behandelt, die der Thematik der „sklavischen Nachahmung“ sehr nahekommen. In ei-

nem dieser Fälle befasste sich die Agentur mit der Ähnlichkeit der Busse zweier konkurrierender Unternehmen.²⁹

Der Beschwerdeführer gab an, dass der Beklagte das äußere Erscheinungsbild der Busse des Beschwerdeführers (zusammen mit zwei Marken) ohne jegliche Genehmigung oder Zustimmung verwendete.³⁰ Der Beschwerdeführer hatte das Design der Busse nicht bei „Sakpatenti“ registriert.³¹ Beide Unternehmen boten touristische Dienstleistungen an. Die Touristenbusse beider Unternehmen waren rot. Darüber hinaus wiesen die Busse weitere gemeinsame äußere Merkmale auf.³²

Die Agentur führte in ihrer Entscheidung aus, dass „aufgrund der Bewertung der in der Akte enthaltenen Fotos festgestellt werden muss, dass das Design der Busse des Beschwerdeführers und des Beklagten nahezu identisch ist. Insbesondere sind die Farben/Farbschemata, die grafischen Darstellungen von Sehenswürdigkeiten Tiflis' auf dem unteren Teil des Busses sowie die auf dem Bus angebrachte georgische und englische Kontur (Schriftart), die Textfarbe und verschiedene grafische Symbole identisch. Es gibt jedoch auch einige Unterschiede, und zwar: a) Im zentralen Teil des Busses des beschwerdeführenden Unternehmens ist ein sonnenähnliches grafisches Zeichen in gelber Farbe abgebildet, das auf dem Bus des Beklagten nicht zu finden ist; b) Der auf beiden Seiten des Busses des Beschwerdeführers angebrachte Text lautet in lateinischen Buchstaben in englischer Sprache „CitySightseeing Tbilisi“; c) Auf der einen Seite des Busses des Beklagten ist der Text in englischer Sprache „Bestsightseeing Tbilisi“ abgebildet, und auf der anderen Seite in georgischer Sprache „World Sightseeing Tbilisi“, während auf dem zweiten Bus

²⁹ Siehe Entscheidung der georgischen Nationalen Wettbewerbsagentur vom 20. September 2022, in der Sache: „Beschwerde der LLC „S.I.El“ (I.K.: 401987597) – mutmaßliche Verletzung von Artikel 11³ des georgischen Gesetzes „Über den Wettbewerb“ durch die LLC „B.S.T.“ (I.K.: 400191396) Tiflis, 2022,

https://gcca.gov.ge/uploads_script/decisions/tmp/87c9818b95114c9496e8f20f5db5f823.pdf (21. September 2025).

³⁰ Ebenda, S. 21.

³¹ Ebenda.

³² Ebenda.

„Best Sightseeing Tbilisi“ steht. Es ist jedoch zu beachten, dass die Ausführung dieser Aufschriften auf dem Bus des Beklagten der des Busses des beschwerdeführenden Unternehmens mit der identischen Kontur (Schriftart) ausgeführt ist.“³³

Die Agentur führte in ihrer Entscheidung aus, dass „die Ähnlichkeit zwischen den Bussen so groß ist, dass es für das unaufmerksame Auge unmöglich ist, einen Unterschied zwischen ihnen festzustellen. Dementsprechend ist die Agentur der Ansicht, dass auch unter Anwendung der Kriterien zum Vergleich des Gesamteindrucks der visuellen Aspekte der Busse das Design des Busses des beklagten Wirtschaftssubjekts dem Design des Busses des Beschwerdeführers ähnelt.“³⁴ Die Agentur verhängte eine Geldstrafe gegen die beklagte Partei und wies sie an, das äußere Erscheinungsbild der Busse so zu ändern, dass das Risiko der Verwechslung der Wirtschaftssubjekte durch die Verbraucher maximal ausgeschlossen wird.³⁵

C. Rechtslage in Deutschland

Der Schutz von geistigen Leistungen vor fremder Ausnutzung wird zum einen durch die gewerblichen Schutzrechte und zum anderen durch die gesetzlichen Regelungen zum Schutz eines lautereren Wettbewerbs gewährleistet. Diese beiden Schutzkreise überlagern sich zwar ihrem Regelungsbereich.³⁶ Der rechtliche Ansatz und der Normzweck sind aber unterschiedlich.³⁷

Die gewerblichen Schutzrechte setzen an das Rechtsgut an; sie gehen also vom Schutzobjekt aus. Ausgangspunkt der Regelungen zum Recht des unlauteren Wettbewerbs ist hingegen das Verhalten; also ein unfaires Handeln. Dies lässt sich grob mit dem Schutz vor schädigenden Handlungen im Bereich des allgemeinen Zivilrechts vergleichen. Auch bei diesem gibt einerseits ein Schutzkonzept, das beim zu schüt-

zenden Rechtsgut anknüpft; etwa beim Eigentum. Andererseits gibt es ein Schutzkonzept, dessen Ausgangspunkt das Verhalten ist; etwa die Sittenwidrigkeit eines Handelns.

Dieses Nebeneinander der Regelungsbereiche führt zu den nachfolgend noch näher dargelegten Fragen des Verhältnisses zwischen den Ansprüchen aus dem Immaterialgüterrecht einerseits und aus dem Recht zum Schutz des lautereren Wettbewerbs andererseits (Fragen der sog. Anspruchskonkurrenz).³⁸

I. Gesetzliche Regelung

Das deutsche Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)³⁹ enthält zur Nachahmung in § 4 Nr. 3 folgende Regelung:

§ 4 Mitbewerberschutz

Unlauter handelt, wer ...

3. Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er

a) eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt,

b) die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt oder

c) die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat;...

II. Verhältnis zu den Ansprüchen aus dem Immaterialgüterrecht und zu anderen wettbewerbsrechtlichen Ansprüchen

Im deutschen Recht gilt grundsätzlich, dass das Immaterialgüterrecht die Anwendung des Wettbewerbsrechts insoweit ausschließt, als das Immaterialgüterrecht seiner Funktion nach reicht.⁴⁰ Begründet

³³ Ebenda, S. 23-24.

³⁴ Ebenda.

³⁵ Ebenda, S. 41.

³⁶ Spoenle in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 4 Nr. 3 UWG (Stand: 06.01.2025), Rn. 11

³⁷ BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 - I ZR 197/15 - GRUR 2017, 734, Rn. 21, auszugsweise abgedruckt unter B. IV. 1. a) aa)

³⁸ vgl. zu den Grundsätzen der sog. Anspruchskonkurrenz allgemein: Hagenloch, Verhältnis zwischen mehreren Anspruchsgrundlagen (sog. Anspruchskonkurrenz) im deutschen Zivilrecht, <https://lawjournal.ge/wp-content/uploads/Anspruchskonkurrenz-2025.pdf>

³⁹ https://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/_4.html; englische Textfassung: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_uwg/

⁴⁰ im Einzelnen: BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 - I ZR 197/15 - GRUR 2017, 734, Rn. 21, auszugsweise abgedruckt unter C. IV. 1. a) aa); BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 - GRUR 2015, 909, Rn. 23; BGH, Urteil vom 30. April

wird dies im Wesentlichen damit, dass der Gesetzgeber im Immaterialgüterrecht umfassende spezialgesetzliche Regelungen getroffen hat und dass die in diesen enthaltenen Wertentscheidungen nicht durch die gesetzlichen Regelungen zum Schutz des lauten Wettbewerbs unterlaufen werden dürfen.⁴¹ Für spezifisch wettbewerbsrechtliche Verhaltensweisen, die nicht dem Schutzbereich der Regelungen zum gewerblichen Rechtsschutz unterliegen, bleibt aber das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb anwendbar. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Ausführungen in dem unter C. IV. 1. a) aa) auszugsweise abgedruckten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 15. Dezember 2016 verwiesen.⁴²

Besteht beispielsweise bei einer eingetragenen Marke nach den markenrechtlichen Regelungen keine Verwechslungsgefahr, hat dies Vorrang. Dann darf nicht entgegen den Wertentscheidungen des Markenrechts über die gesetzlichen Bestimmungen zum Schutz des lauten Wettbewerbs doch eine Verwechslungsgefahr bejaht werden. Ebenso wenig kommt ein wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz in Betracht, wenn markenrechtliche Ansprüche wegen einer sog. Erschöpfung nach § 24 Markengesetz⁴³

ausscheiden.⁴⁴

Eine solche „Sperrwirkung“ besteht allerdings nur insoweit, als ein Schutz nach den Regelungen des Immaterialgüterrechts auch tatsächlich besteht. Hat es der Berechtigte unterlassen, sich den Schutz des Immaterialgüterrechts durch eine entsprechende Registrierung zu verschaffen (z.B. unterlassene Anmeldung als Patent oder als Marke), bleibt ihm der subsidiäre (in aller Regel aber geringere) Schutz nach den wettbewerbsrechtlichen Regelungen erhalten.⁴⁵ Die bloße Möglichkeit, einen gewerblichen Rechtsschutz zu erlangen, verdrängt den wettbewerbsrechtlichen Rechtsschutz also nicht. Soweit sich die Schutzkreise überschneiden, darf jedoch der wettbewerbsrechtliche Rechtsschutz nicht über jenen des (hier dann fiktiven) Schutzes des Patent- oder Markenrechts hinausgehen.

Inwieweit innerhalb der Regelungsgegenstände des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb den Sonderregelungen Vorrang gegenüber den Generalklauseln zukommt, ist in der Rechtsprechung nicht abschließend entschieden.⁴⁶ Es spricht aber Einiges dafür, dass die wettbewerbsrechtlichen Generalklauseln von § 4 Nr. 3 UWG jedenfalls insoweit verdrängt werden, als es um eine die hier erörterte Nachahmung geht.⁴⁷

III. Überblick über die Grundsätze

Bei dem sog. ergänzenden (gemeint im Sinne der die gewerblichen Schutzrechte ergänzenden) wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz bestehen im deutschen Recht folgende Prinzipien:

Das Recht zum Schutz des lauten Wettbewerbs gewährt (anders als die Immaterialgüterrechte) keinen allgemeinen Schutz einer unternehmerischen Leistung. Soweit nicht die Schutzvorschriften des Im-

2008 - I ZR 123/05 - GRUR 2008, 793, Rn. 26; BGH, Urteil vom 3. November 2005 - I ZR 29/03 - GRUR 2006, 329, Rn. 36; BGH, Urteil vom 30. April 1998 - I ZR 268/95 - BGHZ 138, 349, Rn. 14; zum Meinungsstand: Spoenle in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 4 Nr. 3 UWG (Stand: 06.01.2025), Rn. 12

⁴¹ vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 - I ZR 197/15 - GRUR 2017, 734, Rn. 24; BGH, Urteil vom 30. April 1998 - I ZR 268/95 - BGHZ 138, 349, Rn. 14.

⁴² BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 - I ZR 197/15 - GRUR 2017, 734, Rn. 21

⁴³ § 24 Erschöpfung

(1) Der Inhaber einer Marke oder einer geschäftlichen Bezeichnung hat nicht das Recht, einem Dritten zu untersagen, die Marke oder die geschäftliche Bezeichnung für Waren zu benutzen, die unter dieser Marke oder dieser geschäftlichen Bezeichnung von ihm oder mit seiner Zustimmung im Inland, in einem der übrigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum in den Verkehr gebracht worden sind.

(2) Absatz 1 findet keine Anwendung, wenn sich der Inhaber der Marke oder der geschäftlichen Bezeichnung der Benutzung der Marke oder der geschäftlichen Bezeichnung im Zusammenhang mit dem weiteren Vertrieb der Waren aus berechtigten Gründen widersetzt, insbesondere wenn der Zustand der Waren nach ihrem Inverkehrbringen verändert oder

verschlechtert ist.

⁴⁴ BGH, Urteil vom 30. April 2008 - I ZR 123/05 - GRUR 2008, 793, Rn. 26; BGH, Urteil vom 3. November 2005 - I ZR 29/03 - GRUR 2006, 329, Rn. 36).

⁴⁵ Spoenle in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 4 Nr. 3 UWG (Stand: 06.01.2025), Rn. 14.

⁴⁶ vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 2016 - I ZR 58/14 - BGHZ 210, 144, Rn. 97.

⁴⁷ Spoenle in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 4 Nr. 3 UWG (Stand: 06.01.2025), Rn. 33 ff.

materialgüterrechts (und unter sehr engen Voraussetzungen des allgemeinen zivilrechtlichen Deliktsrechts) eingreifen, ist jedermann grundsätzlich berechtigt, von anderen entworfene Konzepte oder Strategien nachzuahmen. Diese Freiheit fördert den technischen Fortschritt und inspiriert zur Entwicklung neuer Produkte. Zugleich wirkt sie einer Monopolisierung des Marktes entgegen und ist daher ein elementares Prinzip eines funktionierenden Wettbewerbs. Hieran ändert sich nichts dadurch, dass der Erstanbieter ggf. einen erheblichen geistigen und finanziellen Aufwand in Forschung und Produktion zu investieren hatte.⁴⁸ Will er sicherstellen, dass nur ihm der Nutzen seiner Investitionen zufließt, muss er, soweit rechtlich möglich, den Weg über die Eintragung von gewerblichen Schutzrechten beschreiten. Das Recht zum Schutz des lautereren Wettbewerbs bietet ihm einen solchen Schutz nur in begrenztem Umfang:

Wettbewerbsrechtlich unzulässig ist eine Nachahmung nämlich immer erst dann, wenn einer der in § 4 Nr. 3 UWG genannten weiteren Voraussetzungen vorliegen; schlagwortartig wird dies auch „sklavische Nachahmung“ genannt. Die in der Praxis bedeutendste Form einer unzulässigen Nachahmung ist dabei jene, die mit einer vermeidbaren Herkunftstäuschung einhergeht (§ 4 Nr. 3 lit. a UWG).

IV. Einzelne Voraussetzungen

Der Anwendungsbereich des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb setzt stets ein Handeln im geschäftlichen Verkehr voraus (vgl. §§ 1, 2 UWG). Die Ausbeutung privater Produktgestaltungen, etwa eines Hobbybastlers, oder eines wissenschaftlichen Experiments kann mit dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb daher nicht verhindert werden. Insofern kommen (letztlich in eher engen Grenzen) nur Ansprüche nach dem allgemeinen zivilrechtlichen Deliktsrecht in Betracht.⁴⁹

Bereits begrifflich setzt eine Nachahmung voraus, dass dem Hersteller im Zeitpunkt der Schaffung des beanstandeten Produkts das Vorbild bekannt war, al-

so ein „Abschauen“ vorliegt. Deshalb ist eine Nachahmung von vornherein ausgeschlossen, wenn es sich bei der angegriffenen Ausführung um eine selbstständige parallele Zweitentwicklung handelt (vgl. zur Beweislast hierfür unten C. V.).⁵⁰ Ebenso wenig handelt es sich um eine Nachahmung („Imitat“), wenn sich das Originalprodukt nach dem jeweiligen Gesamteindruck im beanstandeten Produkt - gemessen an unter C. IV. 1. b) dargelegten Kriterien - nicht wiedererkennen lässt.⁵¹ Es genügt also für eine Nachahmung bereits nach dem sprachlichen Verständnis nicht, wenn das Originalprodukt als Inspiration für eine eigene Produktgestaltung oder für eine Fortentwicklung dient oder wenn es bei den angesprochenen Verkehrskreisen bloße Assoziationen erweckt.

1. Herkunftstäuschung

Der Anwendungsbereich von § 4 Nr. 3 lit. a UWG ist eröffnet, wenn eine Dienstleistung oder eine Ware in einer Weise nachgemacht wird, die den Eindruck erweckt, es handele sich um das Original.

a) Wettbewerbliche Eigenart

Die Nachahmung setzt eine sog. wettbewerbliche Eigenart des Originals voraus, die in der konkreten Gestaltung der Ware oder Dienstleistung zum Ausdruck kommt. Das heißt, das Original muss sich durch besondere Merkmale von funktional vergleichbaren Dienstleistungen und Produkten abheben und hierdurch bei den betroffenen Verkehrskreisen als Unterscheidungsmerkmal, insbesondere hinsichtlich des Herstellers oder der Qualitätserwartungen, dienen.⁵²

aa) Wettbewerbliche Eigenart und früherer Patentschutz

Auch einem (zuvor) patentgeschützten Erzeugnis

⁴⁸ vgl. Spoenle in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 4 Nr. 3 UWG (Stand: 06.01.2025), Rn. 33 ff. mwN.

⁴⁹ vgl. Spoenle in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 4 Nr. 3 UWG (Stand: 06.01.2025), Rn. 9.

⁵⁰ BGH, Urteil vom 4. Mai 2016 - I ZR 58/14 - BGHZ 210, 144, Rn. 64; BGH, Urteil vom 13. September 2012 - I ZR 230/11 - BGHZ 194, 314, Rn. 68; BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 - I ZR 179/05 - GRUR 2008, 1115, Rn. 24.

⁵¹ BGH, Urteil vom 4. Mai 2016 - I ZR 58/14 - BGHZ 210, 144, Rn. 64; BGH, Urteil vom 13. September 2012 - I ZR 230/11 - BGHZ 194, 314, Rn. 68; BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 - I ZR 179/05 - GRUR 2008, 1115, Rn. 24.

⁵² BGH, Urteil vom 26. Januar 2023 - I ZR 15/22 - GRUR 2023, 736, Rn. 34; BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 144/06 - GRUR 2009, 1069, Rn. 12 ff.

kann grundsätzlich eine wettbewerbliche Eigenart zukommen. Dabei können jedoch nicht nur solche Merkmale eines derartigen Erzeugnisses wettbewerbliche Eigenart begründen, die von der patentierten technischen Lösung unabhängig sind.⁵³ Das Wettbewerbsrecht darf also nicht einen abgelaufenen Patentschutz in seinen faktischen Wirkungen verlängern oder gar perpetuieren.

Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus:⁵⁴

„Randnummer 21

Der Umstand, dass der nach Ablauf des Patentschutzes freie Stand der Technik für den Wettbewerb offenzuhalten ist, gebietet es nicht, vom abgelaufenen Patentschutz erfassten technischen Merkmalen eines Erzeugnisses aus Rechtsgründen von vornherein die Eignung abzusprechen, auf die betriebliche Herkunft oder die Besonderheiten des Erzeugnisses hinzuweisen (BGH, GRUR 2015, 909 Rn. 23 ...). Der lauterkeitsrechtliche Nachahmungsschutz ist nach Schutzzweck, Voraussetzungen und Rechtsfolgen anders als der Patentschutz ausgestaltet. Ansprüche aus wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz wegen der Verwertung eines fremden Leistungsergebnisses können unabhängig vom Bestehen von Ansprüchen aus einem Sonderschutzrecht gegeben sein, wenn besondere Begleitumstände vorliegen, die außerhalb des sondergesetzlichen Tatbestands liegen (zum Patent vgl. BGH, GRUR 2015, 909 Rn. 23...; zum Geschmacksmuster vgl. BGH, GRUR 2010, 80 Rn. 18 ...; zum Urheberrecht vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 2010 - I ZR 12/08, GRUR 2011, 134 Rn. 65 ...; Urteil vom 12. Mai 2011 - I ZR 53/10, GRUR 2012, 58 Rn. 41 ... zum Markenrecht vgl. BGH, GRUR 2013, 951 Rn. 20 ...).

Randnummer 22

bb) Die Annahme, dass vormals unter Patentschutz stehende technische Merkmale eines Erzeugnisses seine wettbewerbliche Eigenart begründen können, führt ... nicht zur Verlängerung des während des Patentschutzes bestehenden Verwertungsmonopols. Der wettbewerbsrechtliche Leistungsschutz darf

keinen in zeitlicher Hinsicht unbegrenzten Schutz vor Nachahmungen für eine Innovation gewähren. Ein solcher Schutz stünde im Gegensatz zu der gesetzlichen Befristung des Innovationsschutzes im Patentrecht (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - I ZR 30/02, BGHZ 161, 204, 213 ...; hierzu auch BGH, GRUR 2017, 79 Rn. 96 ...). Die Nachahmung eines nicht oder nicht mehr unter Patentschutz stehenden Erzeugnisses ist jedoch nur bei Hinzutreten besonderer Umstände - wie einer vermeidbaren betrieblichen Herkunftstäuschung (§ 4 Nr. 3 Buchst. a UWG) oder einer unangemessenen Rufausnutzung (§ 4 Nr. 3 Buchst. b UWG) - unlauter. Die Beurteilung der Unlauterkeit erfordert eine einzelfallbezogene Gesamtwürdigung unter Abwägung aller betroffenen Interessen. Dazu gehört auch das Interesse der Mitbewerber, sich einer zum freien Stand der Technik gehörigen technischen Lösung zu bedienen. Danach besteht kein sachlicher Grund, einem Erzeugnis im Hinblick auf den früheren Patentschutz seiner Merkmale die wettbewerbliche Eigenart von vornherein zu versagen und es dadurch schlechter zu stellen als andere technische Erzeugnisse, die nicht unter Patentschutz standen (...).

Randnummer 23

cc) Die rechtliche Beurteilung, dass technisch bedingte Gestaltungsmerkmale einem Erzeugnis wettbewerbliche Eigenart verleihen können, steht nicht im Widerspruch zu den Anforderungen an die Begründung von Markenschutz durch technische Merkmale einer Warenform.

Randnummer 24

(1) Bei der Anwendung der lauterkeitsrechtlichen Vorschriften zum Schutz vor Herkunftstäuschungen sind Wertungswidersprüche zum Markenrecht zu vermeiden (zu § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Abs. 2 UWG vgl. BGH, Urteil vom 15. August 2013 - I ZR 188/11, BGHZ 198, 159 Rn. 64 ...; Urteil vom 23. Juni 2016 - I ZR 241/14, GRUR 2016, 965 Rn. 23...).

In der Folge (Randnummer 25) legt der Bundesgerichtshof weiter dar, dass nach der (inzwischen konkludent aufgehobenen) Unionsmarkenverordnung vom 16. Dezember 2015 (Verordnung (EU) 2015/2424)⁵⁵ die Eintragung von Zeichen ausge-

⁵³ BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 - I ZR 197/15 - GRUR 2017, 734, Rn. 20 ff.; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 - GRUR 2015, 909, Rn. 22.

⁵⁴ BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 - I ZR 197/15 - GRUR 2017, 734, Rn. 21 ff.

⁵⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32015R2424>; vgl. jetzt: Verordnung (EU) 2017/1001 vom 14. Juni 2017; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1001>.

geschlossen ist, die ausschließlich eine technisch notwendige Form der Ware betreffen; anders formuliert: wenn alle wesentlichen Merkmale der Warenform einer technischen Funktion dienen. Ohne Belang ist hierbei, ob diese Form als einzige die Erreichung der technischen Wirkung erlaubt oder ob technisch auch andere Formen in Betracht kommen.⁵⁶ Dadurch soll verhindert werden, dass einem Unternehmen durch das Markenrecht ein zeitlich unbegrenztes Monopol für technische Lösungen und Gebrauchseigenschaften einer Ware eingeräumt wird, die nach dem Patentrecht nur für eine begrenzte Dauer schutzfähig sind.⁵⁷

Dieser (im Verhältnis Markenrecht zu Patentrecht entwickelte) Gedanke erstreckt sich gleicher Weise auf das Verhältnis des Wettbewerbsrechts zum Patentrecht. Ebenso wenig wie das Markenrecht darf also das Wettbewerbsrecht verhindern, dass (ohne Hinzutreten von wettbewerbsrechtlich spezifischen Aspekten) technische Lösungen und Gebrauchseigenschaften nach Ablauf des Patentschutzes Teil der technologischen Freiheit werden.

bb) Dauer der wettbewerbslichen Eigenart

Bestehen die Voraussetzungen des wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes fort, erfährt die wettbewerbsliche Eigenart keine zeitliche Begrenzung.⁵⁸

Die wettbewerbsliche Eigenart kann jedoch im Laufe der Zeit dadurch entfallen oder gemindert werden, dass die angesprochenen Verkehrskreise die prägenden Gestaltungsmerkmale der Ware oder der Dienstleistung entweder nicht (mehr) einem bestimmten Hersteller oder einem mit diesem durch einen Lizenz- oder Gesellschaftsvertrag verbundenen Unternehmen zuordnen⁵⁹ oder dass es durch andere Nachahmun-

gen zu Verwässerungen kommt.⁶⁰ Solches kommt beispielsweise in Betracht, wenn der Hersteller sein Erzeugnis an verschiedene Unternehmen liefert, die es in großem Umfang unter eigenen Kennzeichnungen vertreiben und der Verkehr diese weiteren Kennzeichnungen als Herstellerangaben und nicht als Handelsmarken ansieht.⁶¹

b) Unmittelbare und mittelbare Herkunftstäuschung

Eine Nachahmung dieser wettbewerbslichen Eigenart erfordert nicht, dass das Original mehr oder weniger 1 : 1 kopiert wird. Es genügt vielmehr, dass sich das Original im „Imitat“ wiedererkennen lässt.⁶² Das „Imitat“ muss also dem „Original“ so gleichen, dass es aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise (sog. Verkehrsanschauung)⁶³ trotz der vorgenommenen Veränderungen geeignet ist, dem Hersteller des „Originals“ zugeordnet zu werden. Maßgeblich ist hierfür die Sicht eines normal informierten, angemessenen aufmerksamen und verständigen durchschnittlichen Angehörigen des angesprochenen Verkehrskreises.⁶⁴

Eine Herkunftstäuschung liegt auch dann vor, wenn der Verkehr zwar (etwa wegen einer deutlich abweichenden sprachlichen Bezeichnung) erkennt, dass es sich nicht um die originale Ware oder Dienstleistung handelt, aber (objektiv unzutreffend) davon ausgehen darf, dass es sich um eine neue Serie oder eine Zweitmarke des Originals („Schwesterprodukt“) handle, etwa im Rahmen einer sog. Zweitmarkenstrategie (teureres „Luxusprodukt“ als Primärmarke;

lex.europa.eu/legal-content/de/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1001

⁵⁶ vgl. auch EuGH, Urteil vom 18. Juni 2002 - C-299/99, Slg. 2002, I-5475, Rn. 83; EuGH, Urteil vom 14. September 2010 - C-48/09, Slg. 2010, I-8403, Rn. 51 ff.

⁵⁷ vgl. auch EuGH, Urteil vom 16. September 2015 - C-215/14 - GRUR 2015, 1198, Rn. 44 f.

⁵⁸ BGH, Urteil vom 4. Mai 2016 - I ZR 58/14 - BGHZ 210, 144, Rn. 93 f.

⁵⁹ BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 - I ZR 197/15 - GRUR 2017, 734, Rn. 41; BGH, Urteil vom 4. Mai 2016 - I ZR 58/14 - GRUR 2017, 79, Rn. 52; BGH, Urteil vom 19. November 2015 - I ZR 109/14 - GRUR 2016, 720, Rn. 16; OLG Köln, Urteil vom 4. Juni 2021 - I-6 U 152/10 - WRP 2021, 1221, Rn. 26.

⁶⁰ OLG Düsseldorf, Urteil vom 2. Juni 2022 - I-20 U 259/20 - WRP 2021, 1221, Rn. 26 f.

⁶¹ BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 - I ZR 197/15 - GRUR 2017, 734, Rn. 41.

⁶² BGH, Urteil vom 7. Dezember 2023 - I ZR 126/22 - GRUR 2024, 139, Rn. 18; BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 192/20 - GRUR 2022, 160, Rn. 38; BGH, Urteil vom 23. September 2015 - I ZR 105/14 - BGHZ 207, 71, Rn. 78; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 20. Juni 2024 - 5 U 95/21 - juris Rn. 69.

⁶³ BGH, Urteil vom 4. Mai 2016 - I ZR 58/14 - GRUR 2017, 79, Rn. 52; BGH, Urteil vom 22. März 2012 - I ZR 21/11 - GRUR 2012, 1155, Rn. 19.

⁶⁴ BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 192/20 - GRUR 2022, 160, Rn. 16.

günstigeres Zweitmarke, ggf. über verbundene Unternehmen oder über andere Vertriebswege).⁶⁵

Der Bundesgerichtshof führt hierzu u.a. aus:⁶⁶

„Eine unmittelbare Herkunftstäuschung liegt vor, wenn die angesprochenen Verkehrskreise annehmen, bei der Nachahmung handele es sich um das Originalprodukt. Eine mittelbare Herkunftstäuschung liegt vor, wenn der Verkehr von geschäftlichen oder organisatorischen - wie lizenz- oder gesellschaftsvertraglichen - Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen ausgeht oder wenn er die Nachahmung für eine neue Serie oder ein unter einer Zweitmarke vertriebenes Produkt des Originalherstellers hält. Soll die Annahme einer vermeidbaren Herkunftstäuschung mit dem Argument bejaht werden, die angesprochenen Verkehrskreise könnten annehmen, dass lizenzvertragliche Verbindungen zwischen dem Hersteller des Originalprodukts und dem Anbieter der Nachahmung bestehen, müssen bei einer deutlichen Kennzeichnung der Produkte mit einem abweichenden Herstellerkennzeichen - über die Nachahmung hinausgehende - Hinweise vorliegen, die diese Annahme rechtfertigen. Ein solcher Hinweis kann beispielsweise darin liegen, dass die Beklagte zuvor Originalprodukte der Klägerin vertrieben hat oder die Parteien früher einmal durch einen Lizenzvertrag verbunden waren. Sofern die Gefahr einer Herkunftstäuschung damit begründet werden soll, dass bei den angesprochenen Verkehrskreisen der Eindruck erweckt werde, es handele sich bei dem Produkt des Wettbewerbers um eine neue Serie oder eine Zweitmarke des Unterlassungsgläubigers, müssen entsprechende Feststellungen zu den Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem in Rede stehenden Markt und zum Verständnis der von den Produkten angesprochenen Verkehrskreise getroffen werden (BGH, GRUR 2023, 736 [juris Rn. 46] ...).“

⁶⁵ BGH, Urteil vom 7. Dezember 2023 - I ZR 126/22 - GRUR 2024, 139, Rn. 29; BGH, Urteil vom 26. Januar 2023 - I ZR 15/22 - GRUR 2024, 139, Rn. 54; BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 192/20 - GRUR 2022, 160, Rn. 53 f.

⁶⁶ BGH, Urteil vom 7. Dezember 2023 - I ZR 126/22 - GRUR 2024, 139, Rn. 37.

c) Wechselwirkung zwischen Intensität der Nachahmung und deren Wettbewerbswidrigkeit

Zwischen dem Grad der wettbewerblichen Eigenart, der Art und der Intensität der Übernahme sowie den besonderen wettbewerblichen Umständen besteht eine Wechselwirkung. Je größer die wettbewerbliche Eigenart und je höher der Grad der Übernahme sind, desto geringere Anforderungen sind bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen an die nachfolgend noch dargelegten besonderen Umstände zu stellen, die eine Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung begründen; und umgekehrt.⁶⁷

Der Grad der wettbewerblichen Eigenart kann nicht nur durch produktspezifische Umstände, wie etwa eine besonders einprägsame und markante Gestaltung der Ware oder der Dienstleistung, sondern auch durch eine hohe Bekanntheit im Verkehr verstärkt werden.⁶⁸ Eine solche Marktstärke kann sich aus einer langjährigen Marktpräsenz, aus einer umfangreichen Bewerbung, aus den Absatzzahlen, aus dem Marktanteil und aus einer aktiven Verteidigung gegen Nachahmungen ergeben.⁶⁹ Spiegelbildlich hierzu kann es aber auch zu einer Minderung der wettbewerblichen Eigenart kommen, wenn diese Faktoren, insbesondere der Marktanteil und die Verteidigung gegen Nachahmungen, eher wenig ausgeprägt sind.

Der Bundesgerichtshof führt hierzu u.a. aus:⁷⁰

„Eine Nachahmung setzt voraus, dass das Produkt oder ein Teil davon mit dem Originalprodukt übereinstimmt oder ihm zumindest so ähnlich ist, dass es sich

⁶⁷ BGH, Urteil vom 7. Dezember 2023 - I ZR 126/22 - GRUR 2024, 139, Rn. 29; BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 192/20 - GRUR 2022, 160, Rn. 38; BGH, Urteil vom 19. November 2015 - I ZR 149/14 - GRUR 2016, 725, Rn. 12; BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 144/06 - GRUR 2009, 1069, Rn. 12; BGH, Urteil vom 24. Mai 2007 - I ZR 104/04 - GRUR 2007, 984, Rn. 14.

⁶⁸ BGH, Urteil vom 7. Dezember 2023 - I ZR 126/22 - GRUR 2024, 139, Rn. 25; BGH, Urteil vom 4. Mai 2016 - I ZR 58/14 - BGHZ 210, 144, Rn. 55; BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 - GRUR 2015, 909, Rn. 28.

⁶⁹ BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 192/20 - GRUR 2022, 160, Rn. 34; BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 192/20, GRUR 2022, 160, Rn. 34.

⁷⁰ BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 192/20 - GRUR 2022, 160, Rn. 38.

nach dem jeweiligen Gesamteindruck in ihm wiedererkennen lässt. Dabei müssen die übernommenen Gestaltungsmittel diejenigen sein, die die wettbewerbliche Eigenart des nachgeahmten Produkts begründen. Aufgrund der Merkmale, die die wettbewerbliche Eigenart ausmachen, muss der Grad der Nachahmung festgestellt werden. Bei einer (nahezu) unmittelbaren Übernahme sind geringere Anforderungen an die Unlauterkeitskriterien zu stellen als bei einer lediglich nachschaffenden Übernahme (st. Rspr.; vgl. nur BGHZ 210, 144, Rn. 64 ...). Eine nahezu identische Nachahmung liegt vor, wenn nach dem Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Erzeugnisse die Nachahmung nur geringfügige Abweichungen vom Original aufweist. Eine nachschaffende Übernahme ist demgegenüber gegeben, wenn die fremde Leistung lediglich als Vorbild genutzt wird und eine bloße Annäherung an das Originalprodukt festzustellen ist (BGH, Urteil vom 11. Januar 2018 - I ZR 187/16, GRUR 2018, 832 Rn. 50...).

d) Beseitigung der Herkunftstäuschung durch Herstellerangabe

Kommt gemessen hieran eine Herkunftstäuschung in Betracht, kann der Nachahmer dieser ggf. durch geeignete Maßnahmen entgegenwirken (vgl. zum Unvermeidbarkeit näher unter C. IV. 2.). Hierfür kommt insbesondere bei Waren des täglichen Bedarfs, etwa bei Lebensmitteln und tendenziell auch bei elektronischen Artikeln, auch eine klar erkennbare Herstellergabe in Betracht.⁷¹

Allerdings schließt eine Herstellerangabe für sich gesehen selbst bei Waren des täglichen Bedarfs eine Herkunftstäuschung nicht per se aus. Das Vorhandensein einer klaren Herstellerangabe muss aber in die Gesamtabwägung selbst dann einbezogen werden, wenn durch sie die Herkunftstäuschung nicht insgesamt entfällt.⁷²

Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus:⁷³

⁷¹ BGH, Urteil vom 7. Dezember 2023 - I ZR 126/22 - GRUR 2024, 139, Rn. 43; BGH, Urteil vom 26. Januar 2023 - I ZR 15/22 - GRUR 2023, 736, Rn. 50.

⁷² BGH, Urteil vom 26. Januar 2023 - I ZR 15/22 - GRUR 2023, 736, Rn. 50; OLG Köln, Urteil vom 12. Juli 2024 - I-6 U 155/23 - GRUR 2025, 256, Rn. 49.

⁷³ BGH, Urteil vom 7. Dezember 2023 - I ZR 126/22 - GRUR 2024,

„Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine Herkunftstäuschung durch eine deutlich sichtbare, sich vom Originalprodukt unterscheidende Kennzeichnung der Nachahmung mit einer Herstellerangabe ausgeräumt werden, wenn die angesprochenen Verkehrskreise die Nachahmung einem bestimmten Unternehmen nicht allein anhand ihrer Gestaltung zuordnen, sondern sich beim Kauf auch an den Herstellerangaben in der Werbung, den Angebotsunterlagen oder an der am Produkt angebrachten Herstellerkennzeichnung orientieren (vgl. BGH, Urteil vom 1. Juli 2021 - I ZR 137/20, GRUR 2021, 1544 [juris Rn. 52] ...). Bei Produkten des täglichen Bedarfs, die sich in ihrer äußeren Erscheinungsform und insbesondere in der Gestaltung ihrer Verpackung meist nicht wesentlich unterscheiden, sondern regelmäßig sehr stark ähneln, trotzdem aber von unterschiedlichen Herstellern stammen, wird sich der Verkehr an Produkt- und Herstellerangaben orientieren (vgl. BGH, GRUR 2001, 443 [juris Rn. 33]). Die Frage, welche Bedeutung der Verkehr der Anbringung von unterschiedlichen Produkt- und Herstellerkennzeichnungen beimisst, bedarf einer umfassenden tatgerichtlichen Würdigung aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls, um feststellen zu können, ob dadurch eine Täuschung des Verkehrs vermieden wird (vgl. BGH, GRUR 2001, 443 [juris Rn. 32] - Viennetta), insbesondere ist zu berücksichtigen, welche Produkt- und Herkunftsbezeichnungen auf der Nachahmung verwendet werden und in welcher Weise dies geschieht (BGH, GRUR 2023, 736 [juris Rn. 50])“.

e) Werbeslogans/Verpackung

Die Nachahmung kann sich nicht nur auf die Dienstleistung oder Ware selbst, sondern auch auf Werbeslogans oder auf die Verpackung beziehen.

Der Verpackung eines Produkts kann eine wettbewerbliche Eigenart zukommen, wenn die konkrete Gestaltung oder bestimmte Merkmale der Verpackung geeignet sind, die angesprochenen Verkehrskreise auf die betriebliche Herkunft des Produkts oder auf die Besonderheiten der darin verpackten Ware hinzuweisen.⁷⁴ Ebenso kann ein origineller, gleichzei-

139, Rn. 43.

⁷⁴ BGH, Urteil vom 7. Dezember 2023 - I ZR 126/22 - GRUR 2024,

tig einprägsamer und aussagekräftiger Werbeslogan auf einen bestimmten Anbieter des beworbenen Produkts hinzuweisen und hierdurch eine wettbewerbliche Eigenart erlangen.⁷⁵ Hierfür ist vor allem bei marktstarken Werbeslogans nicht erforderlich, dass in ihnen der Name des Herstellers oder die Bezeichnung der Marke genannt werden; wie etwa bei vielen Werbeslogans großer Automobilhersteller und Banken oder bei marktstarken Getränkeproduzenten. Eher allgemeine Anpreisungen ohne einen markanten Charakter genügen aber ebenso wenig wie Verpackungen ohne ein einprägsames und unterscheidungskräftiges Design.

Die wettbewerbliche Eigenart besagt nur, dass die Ausgestaltung des Erzeugnisses, der Werbung oder der Verpackung geeignet sein muss, als Hinweis auf die betriebliche Herkunft zu dienen oder besondere Gütevorstellungen zu wecken. Ein bereits erlangter Bekanntheitsgrad im Sinne eines wettbewerbsrechtlichen Besitzstandes (Premium-Produkt; Marktführerschaft) muss nicht notwendig vorliegen, da auch ein neu eingeführtes Erzeugnis grundsätzlich am wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutz teilhat.⁷⁶ Wie bereits erwähnt, erhöht jedoch eine hohe Bekanntheit des Produkts oder der Dienstleistung den Grad der wettbewerbsrechtlichen Eigenart und damit im Rahmen der Interessenabwägung die Schutzintensität.⁷⁷

f) kein wettbewerbsrechtlicher Schutz der Grundidee

Die gestalterische Grundidee, also der Ausgangspunkt der weiterführenden Entwicklung, genießt für sich gesehen keinen wettbewerbsrechtlichen Schutz.⁷⁸ Allein

die Übernahme eines „zündenden Gedankens“ („ingenious idea“) reicht daher nicht für eine unlautere Herkunftstäuschung aus.⁷⁹

Als Beispiel mag dienen, dass ein Weinproduzent in die Weinflaschen eine Metallplakette mit dem georgischen Wappen einschmilzt und durch diese Eigenart der „Verpackung“ für die angesprochenen Verkehrskreise ein leicht erkennbares Unterscheidungskriterium schafft. Die Grundidee, in eine Weinflasche eine Metallplakette als leicht erkennbares Zuordnungskriterium einzuschmelzen, genießt nicht den Schutz des Wettbewerbsrechts. Diese beschränkt sich auf die konkrete (erst die Zuordnung zu einem Hersteller eröffnende) Gestaltung, hier also das Einschmelzen des georgischen Wappens. Unbenommen bleibt es einem Wettbewerber deshalb grundsätzlich, sich von der Idee inspirieren zu lassen und eine Metallplakette mit dem Bild eines Weinstocks einzuschmelzen.

Ebenso fehlt es grundsätzlich an einer Herkunftstäuschung, wenn auf der Verpackung von Wurstprodukten bestimmte Tiere und eine bestimmte Landschaft dargestellt werden, um auf wesentliche Zutaten und auf die regionale Herkunft des Produkts hinzuweisen.⁸⁰ Anderes kann allerdings gelten, wenn die diese Tiere in den Vordergrund gerückt und mit pinkem Fell dargestellt werden. Dies kann dazu führen, dass die angesprochenen Verkehrskreise im Laufe der Zeit vor allem bei einem eher bekannten Produkt durch die markante farbliche Gestaltung des Fells der Tiere das verpackte Produkt einem bestimmten Hersteller zuordnen („die Wurst mit den pinken Kühen“)

139, Rn. 15; BGH, Urteil vom 26. Januar 2023 - I ZR 15/22 - GRUR 2023, 736, Rn. 34; BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 144/06 - GRUR 2009, 1069, Rn. 13; BGH, Urteil vom 19. Oktober 2000 - I ZR 225/98 - GRUR 2001, 443, Rn. 25

⁷⁵ BGH, Urteil vom 26. Januar 2023 - I ZR 15/22 - GRUR 2023, 736, Rn. 34; BGH, Urteil vom 17. Oktober 1996 - I ZR 153/94 - GRUR 1997, 308, Rn. 19.

⁷⁶ BGH, Urteil vom 17. Oktober 1996 - I ZR 153/94 - GRUR 1997, 308, Rn. 18.

⁷⁷ BGH, Urteil vom 26. Januar 2023 - I ZR 15/22 - GRUR 2023, 736, Rn. 40.

⁷⁸ BGH, Urteil vom 7. Dezember 2023 - I ZR 126/22 - GRUR 2024, 139, Rn. 23; BGH, Urteil vom 4. Mai 2016 - I ZR 58/14 - BGHZ 210, 144, Rn. 71; BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 144/06 - GRUR 2009, 1069, Rn. 22; Spoenle in: Seichter, jurisPK-UWG,

5. Aufl., § 4 Nr. 3 UWG (Stand: 06.01.2025), Rn. 90.

⁷⁹ BGH, Urteil vom 22. März 2012 - I ZR 21/11 - GRUR 2012, 1155, Rn. 35; Hinweis: Die deutsche Rechtsprechung formuliert an dieser Stelle nicht immer einheitlich. Teilweise wird geschrieben, dass die Grundidee bereits keine wettbewerbsrechtliche Eigenart begründe. Teils wird zwar (wohl zutreffender) zwar eine wettbewerbsrechtliche Eigenart für möglich gehalten, aber wegen der Freihaltungsbedürfnisse (Vermeidung einer Monopolisierung) die Übernahme der Grundidee nicht als Herkunftstäuschung verstanden.

⁸⁰ BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 144/06 - GRUR 2009, 1069, Rn. 21, für die Abbildung von Rindern und Schafen in türkischer Landschaft auf der Verpackung von Knoblauchwürsten türkischer Art; vgl. auch BGH, Urteil vom 26. Januar 2023 - I ZR 15/22 - GRUR 2023, 736, Rn. 43 ff., für die Abbildung weißer Kühe auf der Verpackung von Butter

und dadurch ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz entsteht. Gleiches kommt in Betracht, wenn bei Molkereiprodukten, die aus Ziegen- und aus Kuhmilch hergestellt werden, auf der Verpackung in markanter Weise der Kopf einer Ziege mit dem Körper einer Kuh kombiniert werden.

2. Unvermeidbarkeit der Herkunftstäuschung

Nicht jedes bei den angesprochenen Verkehrskreisen möglicherweise entstehende Fehlverständnis vom tatsächlichen Hersteller führt zur Wettbewerbswidrigkeit der Nachahmung. Vielmehr ist hierfür gemäß § 4 Nr. 3 lit. a UWG zusätzlich erforderlich, dass die Eignung zur Herkunftstäuschung vermeidbar ist.

a) Objektive Unvermeidbarkeit

Eine Unvermeidbarkeit kann sich aus technischen Notwendigkeiten,⁸¹ der Funktionstauglichkeit oder aus gesetzlichen Vorgaben, etwa zur Produktsicherheit oder zum Verbraucherschutz, ergeben. Nicht erfasst hiervon werden technisch notwendige Funktionen, die aber in der Art ihrer Gestaltung ausgetauscht werden können, ohne dass damit Qualitätseinbußen verbunden sind.⁸²

Diese Beschränkung des Schutzes gegen täuschende Nachahmungen beruht darauf, dass ansonsten der Erstanbieter bei einer aus technischen oder aus gesetzlichen Gründen notwendigerweise weitgehend identischen Gestaltung einer Dienstleistung oder einer Ware am Markt eine Monopolstellung erlangen würde. Eine solche darf aber nach dem gesetzlichen Schutzkonzept nur über die Sonderregelungen zum Immaterialgüterrecht erreicht werden.

⁸¹ BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 - I ZR 197/15 - GRUR 2017, 734, Rn. 19; BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 - GRUR 2013, 951, Rn. 19; BGH, Urteil vom 8. Dezember 1999 - I ZR 101/97 - GRUR 2000, 521, Rn. 24; OLG Köln, Urteil vom 4. Juni 2021 - I-6 U 152/10 - WRP 2021, 1221, Rn. 23; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 31. Januar 2019 - 3 U 204/17 - juris Rn. 72

⁸² BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 - GRUR 2013, 951, Rn. 19; BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 - I ZR 197/15 - GRUR 2017, 734, Rn. 19; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 31. Januar 2019 - 3 U 204/17 - juris Rn. 72.

b) relative Unvermeidbarkeit

aa) allgemeine Grundsätze

Gehört ein beim Original vorhandenes Merkmal dem freien Stand der Technik an, ist also nicht durch gewerbliche Schutzrechte geschützt, hindern die gesetzlichen Regelungen zum Schutz des lautereren Wettbewerbs grundsätzlich eine Übernahme dieser Merkmale selbst dann nicht, wenn hiermit die Gefahr einer Herkunftstäuschung oder einer Rufausnutzung (dazu unten C. IV. 2.) verbunden ist. Ist es dem Nachahmer jedoch möglich, diese Gefahr durch geeignete und zumutbare - nicht mit Qualitätseinbußen einhergehende - Maßnahmen zu beseitigen oder zumindest zu reduzieren, muss er diese ergreifen.⁸³ Die hierbei erforderliche Abwägung der beiderseitigen Interessen kann auch ergeben, dass dem Nachahmer zumutbar ist, sich für eine andere technische Lösung zu entscheiden, um das von ihm erstrebte funktionale Ziel zu erreichen.⁸⁴

Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus:⁸⁵

„Randnummer 33

a) Eine Herkunftstäuschung ist vermeidbar, wenn sie durch geeignete und zumutbare Maßnahmen verhindert werden kann. Ob und welche Maßnahmen Wettbewerbern zur Verhinderung einer Herkunftstäuschung zugemutet werden können, ist anhand einer umfassenden Interessenabwägung zu beurteilen. Bei dieser Abwägung sind unter anderem das Interesse des Herstellers des Originalerzeugnisses an der Vermeidung einer Herkunftstäuschung, das Interesse der Wettbewerber an der Nutzung nicht unter Sonderrechtsschutz stehender Gestaltungselemente sowie das Interesse der Abnehmer an einem Preis- und Leistungswettbewerb zwischen unterschiedlichen Anbietern zu berücksichtigen (vgl. BGH, GRUR 2013, 951 Rn. 35 f. ...).

Randnummer 34

⁸³ BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 - GRUR 2015, 909, Rn. 35; BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 - I ZR 53/10 - GRUR 2012, 58, Rn. 46.

⁸⁴ BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 - GRUR 2015, 909, Rn. 34 ff.

⁸⁵ BGH, Urteil vom 22. Januar 2015 - I ZR 107/13 - GRUR 2015, 909, Rn. 33 ff.

Dabei ist zu beachten, dass es Wettbewerbern mit Rücksicht auf ästhetische Gestaltungsmerkmale des Originalerzeugnisses, mit denen die angesprochenen Verkehrskreise Herkunftsvorstellungen verbinden, in aller Regel möglich und zumutbar ist, auf andere Gestaltungsformen auszuweichen, um einen ausreichenden Abstand zum Original zu wahren (vgl. BGH, GRUR 2013, 951 Rn. 38).

Randnummer 35

Dagegen kann die Übernahme von Merkmalen, die mangels Sonderrechtsschutzes dem freizuhaltenden Stand der Technik angehören und unter Berücksichtigung des Gebrauchszwecks, der Verkäuflichkeit der Ware sowie der Verbrauchererwartung der angemessenen Lösung einer technischen Aufgabe dienen, grundsätzlich nicht als wettbewerbsrechtlich unlauter angesehen werden. Wettbewerbern ist es regelmäßig nicht zuzumuten, auf eine angemessene technische Lösung zu verzichten, um die Gefahr einer Herkunftstäuschung zu vermeiden. Dagegen kann es ihnen zuzumuten sein, dieser Gefahr durch eine (unterscheidende) Kennzeichnung ihrer Produkte entgegenzuwirken (Urteil vom 12. Mai 2011 - I ZR 53/10, GRUR 2012, 58 Rn. 46 ...).

Randnummer 36

bb) Bei einer (nahezu) identischen Nachahmung gilt allerdings im Hinblick auf die Zulässigkeit der Übernahme von Merkmalen, die dem freien Stand der Technik angehören und der angemessenen Lösung einer technischen Aufgabe dienen, ein strengerer Maßstab als bei einem geringeren Grad der Übernahme (BGH, GRUR 2010, 80 Rn. 27 ...; Urteil vom 22. März 2012 - I ZR 21/11, GRUR 2012, 1155 Rn. 39 ...). Bei einer (nahezu) identischen Übernahme kann sich der Nachahmer grundsätzlich nicht darauf berufen, er habe lediglich eine nicht unter Sonderrechtsschutz stehende angemessene technische Lösung übernommen (vgl. ... BGH, Urteil vom 2. April 2009 - I ZR 199/06, GRUR 2009, 1073 Rn. 15 ...). Würde die Übernahme solcher Merkmale zu einer (nahezu) identischen Nachahmung führen, ist es einem Wettbewerber regelmäßig zuzumuten, auf eine andere angemessene technische Lösung auszuweichen, wenn er der Gefahr einer Herkunftstäuschung nicht auf andere Weise - etwa durch eine (unterscheidende) Kennzeichnung seiner Produkte - entgegenwirken kann.“

bb) Kompatibilitätsinteresses

In die gebotene Interessenabwägung hat ggf. auch einzufließen, ob bei den angesprochenen Verkehrskreisen ein Interesse an der Möglichkeit zur Kombination mit Produkten verschiedener Hersteller besteht (sog. Kompatibilitätsinteresse). Würden derartige Verbindungen mehrerer Produkte über die gesetzlichen Regelungen zum Wettbewerbsrecht wegen einer möglichen Herkunftstäuschung generell verhindert, wäre den Wettbewerbern des Herstellers des Originalprodukts ein Marktzutritt zumindest erschwert.

Eine praktische Bedeutung erlangt diese Frage zum einen bei den Ersatzteilen für aus verschiedenen Einzelteilen bestehenden Gesamtprodukten, etwa bei Kraftfahrzeugen. Zum anderen stellt sich diese Thematik, wenn bei den angesprochenen Verkehrskreisen typischerweise ein Erweiterungs- oder Austauschbedarf entstehen kann;⁸⁶ etwa durch einen im Laufe der Zeit erfolgenden Anschluss weiterer Geräte oder durch einen laufend notwendigen Austausch, wie etwa bei den Einkaufswagen eines Supermarktes oder bei den Patronen eines Tintenstrahldruckers.

Dieses Interesses der angesprochenen Verkehrskreise beschränkt sich nicht per se auf die technisch/funktionale Möglichkeit einer Verbindung oder Erweiterung, also die Kompatibilität im technischen Sinne, sondern kann auch eine gestalterische Ähnlichkeit oder gar ein identisches Design einschließen.⁸⁷ So besteht beispielsweise im Wohnungs- und Büroausstattungs-bereich die Erwartung, dass Möbel im Modul-Segment unter Wahrung eines homogenen Gesamtkonzepts („alles aus einem Guss“) erweitert oder ausgetauscht werden können.⁸⁸

Soweit bei den angesprochenen Verkehrskreisen ein solches Kompatibilitätsinteresse vorhanden ist,

⁸⁶ zu Einkaufswagen: BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 - I ZR 21/12 - GRUR 2013, 1052, Rn. 41; zu Regalsystem im Ladenbau: BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 - GRUR 2013, 951, Rn. 36 ff.; OLG Köln, Urteil vom 4. Juni 2021 - I-6 U 152/10 - WRP 2021, 1221, Rn. 21.

⁸⁷ BGH, Urteil vom 24. Januar 2013 - I ZR 136/11 - GRUR 2013, 951, Rn. 38 ff.

⁸⁸ OLG Düsseldorf, Urteil vom 2. Juni 2022 - I-20 U 259/20 - ZUM 2024, 282, Rn. 192 ff., nachfolgend auszugsweise wiedergegeben.

führt die gebotene Interessenabwägung zumindest tendenziell dazu, dass eine Herkunftstäuschung weniger über eine unterschiedliche Gestaltung, sondern mehr über eine „Aufklärung“ zu vermeiden ist; etwa in der Form von deutlichen Herstellerangaben und/oder von Hinweisen darauf, dass es sich nicht um ein „Originalprodukt“ handle. Würde schwerpunktmäßig auf die technische Notwendigkeit einer einheitlichen Gestaltung abgestellt, hätten selbst Mitbewerber, deren Ersatz- und Austauschteile dem Qualitätsstandard des Originalprodukts weitgehend entsprechen (nur diese verdienen einen spezifischen Schutz),⁸⁹ kaum eine Chance für einen Markteintritt. So kann beispielsweise ein auszutauschender Kotflügel an einem Kraftfahrzeug rein technisch selbst dann angebracht werden, wenn er ein anderes Design als das Original aufweist. Ohne eine optische Identität mit dem Original könnte sich das Ersatzteil aber am Markt nicht behaupten, da die Erwartungen der angesprochenen Verkehrskreise dahin gehen, dass der rechte und der linke Kotflügel eines Kraftfahrzeuges spiegelbildlich identisch sind.

*Beispielhaft soll auf folgendes Urteils des Oberlandesgerichts Düsseldorf, betreffend Möbel aus dem Modul-Segment (im Urteil V.1 und V.2 genannt), verwiesen werden:*⁹⁰

„Randnummer 192

Die Gefahr einer Herkunftstäuschung begründet allerdings nur dann die Unlauterkeit des Vertriebs von Produktnachahmungen, wenn sie vermeidbar ist. Eine Herkunftstäuschung ist vermeidbar, wenn sie durch geeignete und zumutbare Maßnahmen verhindert werden kann. Ob und welche Maßnahmen dem Wettbewerber zur Verhinderung einer Herkunftstäuschung zugemutet werden können, ist dabei anhand einer umfassenden Interessenabwägung zu beurteilen (st. Rspr., siehe nur BGH, GRUR 2017, 734, ... Rn. 54; BGH, GRUR 2013, 951 ... , Rn. 35). In die Interessenabwägung fließen nicht nur das Interesse des Herstellers des Originalerzeugnisses an der Vermeidung einer Herkunftstäuschung und das Interesse des Wettbe-

werbers an der Nutzung nicht unter Sonderrechtsschutz stehender Gestaltungselemente ein, sondern auch das Interesse der Abnehmer an einem Preis- und Leistungswettbewerb zwischen unterschiedlichen Anbietern (BGH, GRUR 2017, 734 ... Rn. 54; BGH, GRUR 2013, 951 ..., Rn. 36; BGH, GRUR 2000, 521 ..., Rn. 36), wobei letzteres Interesse nicht nur bei einer Erstan-schaffung anzuerkennen ist, sondern auch im Falle eines Ersatz- oder Ergänzungsbedarfs für ein bereits angeschafftes Erzeugnis (BGH, GRUR 2013, 951 ..., Rn. 36; BGH, GRUR 2000, 521 ..., Rn. 36). Besteht ein Ersatz- und Erweiterungsbedarf, sind dem Wettbewerber zur Vermeidung einer Herkunftstäuschung solche Maßnahmen nicht zuzumuten, die die Kompatibilität und - daraus folgend - die Verkäuflichkeit des Produkts entscheidend beeinträchtigen (BGH, GRUR 2013, 951 ..., Rn. 37; BGH, GRUR 2000, 521 ..., Rn. 44). Das Kompatibilitätsinteresse ist dabei in technischer Hinsicht (BGH, GRUR 2000, 521 ..., Rn. 44), aber auch in optischer Hinsicht anzuerkennen (BGH, GRUR 2013, 951 ..., Rn. 38). In letzterem Fall sind Herkunftsverwechslungen, die auf der übereinstimmenden Formgestaltung beruhen, hinzunehmen, sofern der Nachahmende durch andere geeignete und ihm zumutbare Maßnahmen Herkunftsverwechslungen so weit wie möglich entgegenwirkt (BGH, GRUR 2013, 951 ..., Rn. 38; BGH, GRUR 2000, 521 ..., Rn. 44). Schutzwürdig ist das Kompatibilitätsinteresse schließlich nur, wenn das kompatible Nachahmungsprodukt denselben oder jedenfalls im Wesentlichen denselben Qualitätsmaßstäben genügt wie das Originalprodukt (BGH, GRUR 2000, 521 ..., Rn. 45).

Randnummer 193

Nach diesen Grundsätzen ist die Gefahr einer Herkunftstäuschung im vorliegenden Fall vermeidbar.

Randnummer 194

Allerdings existiert am Markt ein Ersatz- oder Ergänzungsbedarf für das V.1 Möbelsystem. Die grundsätzlich langlebigen Möbelstücke der Klägerin bestehen aus einzelnen Komponenten; bei Beschädigungen wird daher meist kein Austausch des gesamten Möbelstücks erforderlich sein (Ersatzbedarf). Hinzu kommt, dass der Modulcharakter des V.1 Systems eine flexible Erweiterung in Anpassung an veränderte Wohn- oder Arbeitsverhältnisse ermöglicht (Ergänzungs-/Erweiterungsbedarf). Auch ist der Umfang des

⁸⁹ BGH, Urteil vom 8. Dezember 1999 - I ZR 101/97 - GRUR 2000, 521, Rn. 45; OLG Düsseldorf, Urteil vom 2. Juni 2022 - I-20 U 259/20 - ZUM 2024, 282, Rn. 192.

⁹⁰ OLG Düsseldorf, Urteil vom 2. Juni 2022 - I-20 U 259/20 - ZUM 2024, 282, Rn. 192 ff.

Ersatz- und Ergänzungsbedarfs im Verhältnis zum Geschäft mit der Erstausrüstung wirtschaftlich nicht so gering, dass er zu vernachlässigen wäre (vgl. BGH, GRUR 2013, 951 ..., Rn. 44). Dieser anzuerkennende Ersatz- und Ergänzungsbedarf kann im Hinblick auf die bestimmungsgemäße Verwendung der Möbelstücke in Geschäfts- oder Privaträumen nur dann befriedigt werden, wenn die Produkte der Beklagten nicht nur in technischer Hinsicht mit dem V.1 System kompatibel sind, sondern auch optisch mit diesem übereinstimmen.

Randnummer 195

Die Produkte der Beklagten weisen auch - jedenfalls im Wesentlichen - dieselbe Qualität auf wie die Produkte der Klägerin. ...

Randnummer 196

Damit sind grundsätzlich Herkunftsverwechslungen, die auf der übereinstimmenden Form- und Farbgestaltung der Produkte der Beklagten beruhen, hinzunehmen, allerdings nur, sofern die Beklagte durch andere geeignete und zumutbare Maßnahmen Herkunftsverwechslungen so weit wie möglich entgegenwirkt. Dabei sind im Streitfall angesichts der hohen Bekanntheit des V.1 Systems und der (fast) identischen Nachahmungen erhöhte Anforderungen an die Ausräumung der Gefahr einer Herkunftstäuschung zu stellen. Denen ist die Beklagte nicht gerecht geworden.

Randnummer 197

(a) Zum einen ist der Beklagten eine Anpassung ihres werblichen Auftritts im Online-Shop und Printkatalog im Sinne einer deutlicheren Abgrenzung zur Klägerin ohne weiteres möglich und zumutbar. Damit würde die Gefahr einer Herkunftstäuschung in der Erwerbssituation ausgeschlossen.

Randnummer 198

(b) Zum anderen muss die Gefahr einer Herkunftsverwechslung zumindest im Streitfall darüber hinaus auch für die Zeit nach dem ursprünglichen Erwerb der Produkte der Beklagten ausgeschlossen sein (sog. Post-Sale-Confusion; ... Relevanz im Rahmen von § 4 Nr. 3 UWG offengelassen in BGH, GRUR 2010, 1125 ..., Rn. 35). Der vorliegende Fall weist insoweit Besonderheiten auf, als das nachgeahmte Produkt im Markt überaus bekannt ist und vom Verkehr als das „Original“ angesehen wird, es sich zugleich um ein

modulares System handelt, welches gerade auf den Austausch und die Veränderung der einzelnen Komponenten ausgelegt ist, und das nachgeahmte Produkt nicht zuletzt ... für den professionellen Gebraucht Möbelmarkt interessant ist, weil es eine hohe Qualität aufweist, häufig Verwendung in Büros findet, die in stärkerem Maße als das häusliche Wohnumfeld Veränderungen unterliegen, und beständig nachgefragt wird. Dabei kann die Wahrscheinlichkeit der von der Klägerin ins Feld geführten Szenarien bösgläubiger gewerblicher Zwischenhändler, die aus Gebraucht Möbeln der Klägerin und Komponenten der Beklagten Möbel zusammensetzen (von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung als Chimären bezeichnet), die dann als „V.1 Möbel“ angeboten werden, und die rechtliche Relevanz solcher – wegen Irreführung selbst wettbewerbswidriger – Weiterverkäufe im Verhältnis der Parteien zueinander offen bleiben. Denn selbst der redliche Privatkäufer wird, wenn er an seinem V.1 Möbel einzelne Teile durch Komponenten der Beklagten austauscht, später nicht mehr sicher feststellen können, welches Teil von welchem Hersteller stammt, was im Fall einer späteren Veräußerung ... Bedeutung erlangen kann. In einer derartigen Situation muss der Anbieter der Nachahmung dafür Sorge tragen, dass die Gefahr der Herkunftsverwechslung verlässlich und dauerhaft beseitigt wird.

...

Randnummer 200

Die durch die Beklagte begründete Verwechslungsgefahr ist auch nicht dadurch ausgeräumt, dass die Klägerin ihre Einzelteile seit 2016 durchgängig, in Teilen bereits seit 2013, mit ihrem Firmenzeichen „V.1“ versieht (...), während die Komponenten der Beklagten unbeschriftet sind. Denn angesichts der ansonsten identischen Gestaltung der Produkte der Beklagten und dem Umstand, dass die Klägerin ihre Komponenten vor 2016 nicht durchgängig gekennzeichnet hat, wird der Verkehr allein aus dem Fehlen einer Kennzeichnung nicht schließen, dass das ungekennzeichnete Produkt von einem anderen Hersteller stammt (so auch BGH, GRUR 2000, 521 ..., Rn. 32).

Randnummer 201

Verlässlich und dauerhaft kann die Gefahr von Herkunftsverwechslungen nach alledem nur durch eine eigene Kennzeichnung der einzelnen Komponen-

ten der Beklagten beseitigt werden. Allerdings ist der Beklagten die Anbringung auffälliger Kennzeichen in dem für jedermann sichtbaren Bereich der Komponenten, die die Verwendbarkeit für die Abnehmer beeinträchtigen, nicht zumutbar (vgl. BGH, GRUR 2013, 951 ..., Rn. 41). Zumutbar ist aber beispielsweise die Anbringung dauerhafter Schriftzüge entsprechend der Handhabung der Klägerin (...), also an den nach Zusammenbau von außen nicht sichtbaren Innenseiten der Metallteile sowie auf den Verbindungskugeln. Soweit die Kennzeichnung der Verbindungskugeln auch nach dem Zusammenbau sichtbar bleibt, ist zu berücksichtigen, dass die Klägerin die Verbindungskugeln seit 2013/2014 durchgängig mit dem Schriftzug „V.2“ kennzeichnet, der Verkehr also daran gewöhnt ist, dass die Kugeln beschriftet sind.“

2. Rufausbeutung

Eine nach § 4 Nr. 3 lit. b UWG unzulässige Rufausbeutung setzt dennotwendig voraus, dass das nachgeahmte Produkt eine wettbewerbliche Eigenart besitzt⁹¹ und am Markt bereits einen „Ruf“, also ein gewisse Marktstärke, erreicht hat. Diese Marktstärke haben aber meist nur Produkte, die gegen eine Nachahmung bereits durch die gewerblichen Schutzrechte oder wegen der mit einer Nachahmung verbundenen Herkunftstäuschung über § 4 Nr. 3 lit. a UWG geschützt sind (ausgenommen die nachfolgend erörterten Fälle einer Herkunftstäuschung Dritter). In der Praxis hat deshalb § 4 Nr. 3 lit. b UWG als alleinige Grundlage des Verbots der Nachahmung eine eher geringe Bedeutung.⁹²

a) allgemeine Grundsätze

Die allgemeinen Grundsätze für eine unzulässige Rufausbeutung werden vom Bundesgerichtshof wie folgt zusammengefasst:⁹³

„aa) Nach § 4 Nr. 3 Buchst. b UWG handelt unlauter, wer Waren oder Dienstleistungen anbietet, die

eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt. Eine unlautere Rufausnutzung kann nicht nur auf einer Täuschung der angesprochenen Verkehrskreise über die betriebliche Herkunft der Nachahmung, sondern auch auf einer Anlehnung an die fremde Leistung beruhen, die eine erkennbare Bezugnahme auf den Mitbewerber oder seine Produkte erfordert. Die Frage, ob hierdurch eine Gütevorstellung im Sinne von § 4 Nr. 3 Buchst. b Fall 1 UWG unangemessen ausgenutzt wird, ist im Wege einer Gesamtwürdigung zu beantworten, bei der alle relevanten Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Grad der Anlehnung sowie die Stärke des Rufs des nachgeahmten Produkts, zu berücksichtigen sind. Dabei kann grundsätzlich schon die Annäherung an die verkehrsbekannten Merkmale eines fremden Produkts als solche zu einer für die Annahme einer Rufausbeutung erforderlichen Übertragung der Gütevorstellung führen. Bei einer identischen Nachahmung gilt insofern ein strenger Maßstab (vgl. BGH, GRUR 2015, 909 Rn. 40 ...; BGHZ 210, 144 Rn. 86 ..., BGH, GRUR 2019, 196 Rn. 23). Allerdings reicht es für eine Rufausbeutung nicht aus, wenn lediglich Assoziationen an ein fremdes Produkt und damit Aufmerksamkeit erweckt werden (vgl. BGH, Urteil vom 2. Dezember 2004 - I ZR 30/02, BGHZ 161, 204, 214 f. [juris Rn. 35] ...; BGH, GRUR 2013, 1052 Rn. 38 ...; BGHZ 210, 144 Rn. 86 ...; BGH, GRUR 2019, 196 Rn. 23 ...).“

b) Rufausbeutung durch Irreführung des allgemeinen Publikums

Nicht abschließend beantwortet ist in der deutschen Rechtsprechung, ob eine unangemessene Ausnutzung der Wertschätzung durch eine Produktnachahmung vorliegen kann, wenn nicht die unmittelbar angesprochenen Verkehrskreise, sondern „nur“ das allgemeine Publikum über die Echtheit des Produkts getäuscht wird. Diese Thematik stellt sich insbesondere dann, wenn (nicht durch das Immaterialgüterrecht geschützte) Nachbildungen von Luxusgütern mit hohem Prestigewert in Verkehr gebracht werden und dabei zwar nicht bei dem (um das Vorliegen eines Immitats wissenden) Erwerber, sondern „nur“ bei Dritten

⁹¹ vgl. OLG Köln, Urteil vom 18. Juni 2021 - I-6 U 158/20 - GRUR-RR 2022, 232, Rn. 79.

⁹² vgl. Spoelke in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 4 Nr. 3 UWG (Stand: 06.01.2025), Rn. 139.

⁹³ BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 192/20 - GRUR 2022, 160, Rn. 57.

eine (vom Erwerber gewollte) Herkunftstäuschung hervorgerufen wird.

Im Rahmen der wettbewerbsrechtlichen Generalklauseln hat der Bundesgerichtshof die Sittenwidrigkeit eines solchen Handelns in einer älteren Entscheidung bejaht. Die Möglichkeit, mit der billigen Nachahmung die Wirkung einer typischen Luxusware erreichen zu können, appelliere an das Prestigedenken der Käufer und locke diesen mit dem vom Hersteller des Originalprodukts durch seine Gestaltungsform geschaffenen Image zum Kauf an. Indem der Nachahmer sich dieses Streben nach Prestige zunutze mache, hänge er sich in einer den guten Sitten im Wettbewerb widersprechenden Weise an den Prestigewert und den guten Ruf des dem Luxussegment angehörigen Originals an.⁹⁴

Ob er dieser früheren Auffassung im Rahmen der Rufausbeutung nach § 4 Nr. 3 lit. b UWG beitreten würde, hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich offen gelassen.⁹⁵ Jedenfalls soll aber eine Rufausbeutung nicht vorliegen, wenn das „Original“ und die Nachahmung qualitativ ebenbürtig sind und sich im gleichen hochpreisigen Marktsegment bewegen.⁹⁶ Dies gelte selbst dann, wenn das Originalprodukt berühmt und auch Jahrzehnte nach der Markteinführung noch gleichsam ein objektiver Maßstab für das Angebot anderer Hersteller ist;⁹⁷ also quasi „Kultstatus“ hat.

3. Verwertung unredlich erlangter Kenntnisse

Soweit eine Nachahmung im vorgenannten Sinne vorliegt, ist diese gemäß § 4 Nr. 3 lit. c UWG unzulässig, wenn sie auf der Verwertung unredlich erlangter Kenntnisse beruht.

Unredlich erlangt i.S.v. § 4 Nr. 3 lit. c UWG sind Informationen, die sich ein Mitbewerber unter Verstoß gegen §§ 3, 4 GeschGehG⁹⁸ oder aufgrund eines Ver-

trauensbruchs beschafft hat.⁹⁹ Das Erfordernis einer wettbewerbslichen Eigenart des Originals bleibt aber Voraussetzung für jedwede Form des ergänzenden wettbewerbslichen Leistungsschutzes, also auch bei einer Nachahmung, die auf der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen beruht.¹⁰⁰

V. Darlegungs- und Beweislast

Einen Ansprüche wegen einer wettbewerbswidrigen Nachahmung verfolgenden Kläger trifft grundsätzlich die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen aller Tatbestandsvoraussetzungen des § 4 Nr. 3 UWG.¹⁰¹

Soweit es um die wettbewerbsliche Eigenart des

(1) Ein Geschäftsgeheimnis darf insbesondere erlangt werden durch

1. eine eigenständige Entdeckung oder Schöpfung;
2. ein Beobachten, Untersuchen, Rückbauen oder Testen eines Produkts oder Gegenstands, das oder der
 - a) öffentlich verfügbar gemacht wurde oder
 - b) sich im rechtmäßigen Besitz des Beobachtenden, Untersuchenden, Rückbauenden oder Testenden befindet und dieser keiner Pflicht zur Beschränkung der Erlangung des Geschäftsgeheimnisses unterliegt;
3. ein Ausüben von Informations- und Anhörungsrechten der Arbeitnehmer oder Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmervertretung.

(2) Ein Geschäftsgeheimnis darf erlangt, genutzt oder offengelegt werden, wenn dies durch Gesetz, aufgrund eines Gesetzes oder durch Rechtsgeschäft gestattet ist.

§ 4 Handlungsverbote

- (1) Ein Geschäftsgeheimnis darf nicht erlangt werden durch
1. unbefugten Zugang zu, unbefugte Aneignung oder unbefugtes Kopieren von Dokumenten, Gegenständen, Materialien, Stoffen oder elektronischen Dateien, die der rechtmäßigen Kontrolle des Inhabers des Geschäftsgeheimnisses unterliegen und die das Geschäftsgeheimnis enthalten oder aus denen sich das Geschäftsgeheimnis ableiten lässt, oder
 2. jedes sonstige Verhalten, das unter den jeweiligen Umständen nicht dem Grundsatz von Treu und Glauben unter Berücksichtigung der anständigen Marktgepflogenheit entspricht.

⁹⁹ vgl. OLG Köln, Urteil vom 18. Juni 2021 - I-6 U 158/20 - GRUR-RR 2022, 232, Rn. 48; Spoenle in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 4 Nr. 3 UWG (Stand: 06.01.2025), Rn. 168.

¹⁰⁰ Spoenle in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 4 Nr. 3 UWG (Stand: 06.01.2025), Rn. 165; umstritten

¹⁰¹ BGH, Urteil vom 1. Juli 2021 - I ZR 137/20 - GRUR 2021, 1544, Rn. 22, für § 4 Nr. 3 lit. a UWG; BGH, Beschluss vom 16. Dezember 2021 - I ZR 186/20 - juris Rn. 32, für § 4 Nr. 3 lit. c UWG.

⁹⁴ BGH, Urteil vom 8. November 1984 - I ZR 128/82 - GRUR 1985, 876, Rn. 17 f.

⁹⁵ BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 192/20 - GRUR 2022, 160, Rn. 63.

⁹⁶ BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 192/20 - GRUR 2022, 160, Rn. 62.

⁹⁷ BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 192/20 - GRUR 2022, 160, Rn. 67.

⁹⁸ Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) § 3 Erlaubte Handlungen

Produkts geht, muss er zu dem Produkt und zu jenen Merkmalen, die dessen wettbewerbliche Eigenart begründen sollen, konkret vortragen. Hierfür kann er sich Abbildungen bedienen, soweit diese die in Rede stehende Ware und die eine wettbewerbliche Eigenart begründenden Merkmale deutlich erkennen lassen.¹⁰² Im Regelfall ist der Kläger aber gehalten, dem Gericht das Produkt vorzulegen.¹⁰³ Hat der Kläger seiner Darlegungs- und Beweislast genügt, trifft den nachahmenden Wettbewerber die Darlegungs- und Beweislast für diejenigen Tatsachen, die das Entstehen der schlüssig vorgetragenen wettbewerblichen Eigenart hindern oder diese schwächen oder entfallen lassen.¹⁰⁴ Ob und inwieweit die nicht primär darlegungsbelastete Partei ihren Sachvortrag substantiieren muss, bestimmt sich entsprechend den allgemeinen zivilprozessualen Grundsätzen aus dem Wechselspiel von Vortrag und Gegenvortrag.¹⁰⁵

Eine sekundäre Darlegungslast¹⁰⁶ trifft den Pro-

zessgegner der primär darlegungsbelasteten Partei, wenn diese keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachaufklärung hat, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm unschwer möglich und zumutbar ist, nähere Angaben zu machen.¹⁰⁷ Dies gilt beispielsweise, wenn der Mitbewerber geltend macht, bei dem von ihm auf den Markt gebrachten identischen oder ähnlichen Produkt handle es sich um keine Nachahmung, sondern um parallele eigenständige Entwicklung (dazu oben C. IV.).¹⁰⁸

VI. Gläubiger/Schuldner/Rechtsfolgen

Hinsichtlich der Gläubiger und Schuldner von Ansprüchen aus § 4 Nr. 3 UWG sowie hinsichtlich der Anspruchsinhalte gelten die allgemeinen Grundsätze des Rechts zum Schutz des lautereren Wettbewerbs.

¹⁰² BGH, Urteil vom 1. Juli 2021 - I ZR 137/20 - GRUR 2021, 1544, Rn. 22; BGH, Urteil vom 16. November 2017 - I ZR 91/16 - GRUR 2018, Rn. 17.

¹⁰³ BGH, Urteil vom 1. Juli 2021 - I ZR 137/20 - GRUR 2021, 1544, Rn. 22; BGH, Urteil vom 16. November 2017 - I ZR 91/16 - GRUR 2018, Rn. 17.

¹⁰⁴ BGH, Urteil vom 1. Juli 2021 - I ZR 137/20 - GRUR 2021, 1544, Rn. 23; BGH, Urteil vom 16. November 2017 - I ZR 91/16 - GRUR 2018, Rn. 17; BGH, Urteil vom 6. November 1997 - I ZR 102/95 - GRUR 1998, 477, Rn. 29.

¹⁰⁵ BGH, Beschluss vom 16. Dezember 2021 - I ZR 186/20 - juris Rn. 32.

¹⁰⁶ dazu Hagenlocher, https://lawlibrary.info/ge/books/GIZ_CivilProcedureCode_Commentary.pdf. Art. 102 unter 3. b) aa) (3).

¹⁰⁷ BGH, Beschluss vom 16. Dezember 2021 - I ZR 186/20 - juris Rn. 32.

¹⁰⁸ Spoenle in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 4 Nr. 3 UWG (Stand: 06.01.2025), Rn. 64, geht von einer Vermutung, also einem Anscheinsbeweis aus.

Berechnung des Schadens des Wettbewerbers bei unlauterem geschäftlichen Handeln in Georgien und Deutschland

Assoz. Prof. Dr. Giorgi Rusiashvili
Staatliche Universität Tiflis

Ulrich Hagenloech
Präsident des Oberlandesgerichts Dresden im Ruhestand

A. Schadenersatz bei unlauterem Wettbewerb in Georgien

Nach der neuen Fassung von Artikel 53 des Gesetzes über gewerbliche Unternehmen ist es einem Geschäftsführer einer Unternehmungsgesellschaft gesetzlich untersagt, dieselbe Tätigkeit selbstständig auszuüben oder zugunsten eines im gleichen Bereich tätigen Unternehmens zu arbeiten. Ein Verstoß gegen dieses Verbot wird ohne Möglichkeit der Exkulpation als Delikt des unlauteren Wettbewerbs gemäß Artikel 11³ Abs. 1 des Gesetzes über unlauteren Wettbewerb eingestuft und führt zu einer zivilrechtlichen Haftung des „abwerbenden“ Wettbewerbers nach Artikel 992 des Zivilgesetzbuches (ZGB). Gleichmaßen haftet der unlautere Wettbewerber gemäß den oben genannten Vorschriften, wenn er einen Handelsvertreter, einen Prokuristen oder einen anderen Mitarbeiter abwirbt. Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich mit dem Haftungsumfang, insbesondere mit der Berechnung des Schadens, der durch den unlauteren Wettbewerber verursacht wurde, wenn die „abgeworbene“ Person ihr gesamtes Können, Wissen und ihre Erfahrung in den Dienst des unlauteren Unternehmens stellt.

Der durch den unlauteren Wettbewerb verursachte Schaden und die Kriterien für dessen Berechnung werden in der georgischen juristischen Literatur nicht behandelt, und es gibt keine dazugehörige Rechtsprechung. Im Gegensatz dazu bietet die deutsche Praxis und Literatur ein detailliertes Bild und eine Reihe von Kriterien, auf deren Grundlage die Höhe des Schadens durch einen unlauteren Wettbewerb berechnet werden kann. Eines der Hauptkriterien, zugunsten dessen in Einzelfällen eine Vermutung spricht, ist der Gewinn, der durch den unlauteren Wettbewerb erzielt wurde.¹

I. Die Stellung und Funktion von Artikel 411 Abs. 2 im System der Schadenersatzdogmatik

Als entgangener Gewinn im Sinne der Artikel 408 Abs. 1 und 411 S. 1 stellen sich alle Vermögenspositionen dar, die der Geschädigte ohne das schadens-

¹ BGH, Urteil vom 3. April 1996 - VIII ZR 3/95 - NJW 1996, 2098, juris Rn. 34; BGH, Urteil vom 26. September 2013 - VII ZR 227/12 - NJW 2014, 381, juris Rn. 15; BGH, Urteil vom 21. Januar 2016 - I ZR 90/14 - GRUR 2016, 860, juris Rn. 20; BGH, Urteil vom 30. Mai 2001 - VIII ZR 70/00 - NJW-RR 2001, 1542, juris Rn. 8 ff. MüKoBGB/Oetker, 9. Aufl. 2022, BGB § 252 Rn. 37

verursachende Ereignis hätte erlangen können.² Die Bandbreite der möglichen Vermögensvorteile, die der Geschädigte aufgrund der Handlung des Schädigers verliert, ist recht weit gefasst und umfasst sowohl Erwerbseinkünfte als auch Gewinne aus der Veräußerung von Vermögensgütern.³

1. Wahrscheinlichkeit der Gewinnerzielung

Artikel 411 Abs. 2 enthält das Kriterium zur Bestimmung des entgangenen Gewinns – als entgangen gilt der Gewinn, den der Schuldner bei ordnungsgemäßer Erfüllung der Verpflichtung erzielt hätte.⁴ Hierfür ist die bloße Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts (nach allgemeiner Lebenserfahrung)⁵ für den Nachweis einer Schadensverursachung nicht ausreichend.⁶ Ob ein Gewinn entgangen ist, muss auf der Grundlage einer retrospektiven Prognose bewertet werden, bei der auch die nachfolgenden Entwicklungen nach der schädigenden Handlung berücksichtigt werden.⁷ Beispielsweise wird im Falle des Diebstahls eines gewinnbringenden Lottoscheins der gesamte Gewinn als entgangener Gewinn ersetzt, obwohl die Wahrscheinlichkeit der Realisierung des Gewinns zum Zeitpunkt des Diebstahls bei 1:10.000 lag.⁸ Auch die durch die Handlung des Schädigers verpasste Wert-

steigerung von Aktien (sog. spekulativer Gewinn) stellt einen ersatzfähigen entgangenen Gewinn dar, selbst wenn diese nicht vorhersehbar war, sofern der Kurswert der Aktien tatsächlich gestiegen ist und der Geschädigte geplant hatte, das vom Schädiger zu zahlende Geld in diese Aktien zu investieren.⁹

2. Artikel 411 Abs. 2 als Modifikation der Adäquanztheorie

Artikel 411 Abs. 2 des ZGB dient in erster Linie der Erleichterung der Beweislast.¹⁰ Zudem besitzt die Norm auch einen materiell-rechtlichen Inhalt. Insbesondere ist das übliche Adäquanzkriterium bei der Bestimmung des entgangenen Gewinns nicht anwendbar.¹¹ Daher stellt diese Norm eine Modifikation der Adäquanztheorie¹² speziell für Fälle des entgangenen Gewinns dar.¹³ Das Adäquanzkriterium in seiner „gewöhnlichen“ Form zielt darauf ab, ungewöhnliche Schäden auszuschließen – es wird nicht ersetzt, was nach allgemeiner Lebenserfahrung als unwahrscheinlich galt. Im Gegensatz dazu verfolgt Artikel 411 Abs. 2 des ZGB das Ziel, gerade diesen unwahrscheinlichen Schaden als ersatzfähig anzuerkennen, wenn er tatsächlich in Form des „entgangenen Gewinns“ eingetreten ist, den der Geschädigte zu erzielen plante (siehe oben, Beispiel mit dem Lottoschein). Entscheidend ist nicht, welche Erwartungen man hatte oder welche Wahrscheinlichkeiten im Moment der Schadenszufügung für den Schädiger (oder eine dritte Person) bestanden, sondern vielmehr, wie sich die Ereignisse tatsächlich entwickelten – eine retrospektive Bewertung der alternativen Ereignisentwicklung. Maßgeblich ist, ob der Geschädigte diesen Gewinn hätte erzielen können und ob er dies geplant hatte, nicht jedoch, ob die Realisierung

² *Rusiashvili/Batlidze*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch (Hrsg. Chanturia), Tiflis 2019, Art. 411, Rn. 10; BGH, Urteil vom 11. Mai 1989 - VII ZR 39/88 - NJW-RR 1989, 981, juris Rn. 24

³ *Rusiashvili/Batlidze*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch (Hrsg. Chanturia), Tiflis 2019, Art. 411, Rn. 10; BGH, Urteil vom 11. Mai 1989 - VII ZR 39/88 - NJW-RR 1989, 981, juris Rn. 24

⁴ Natürlich gilt Artikel 411 nicht nur bei vertraglichen, sondern auch bei deliktischen Schäden. In diesem Fall entspricht der „ordnungsgemäßen Erfüllung der Verpflichtung“ (als hypothetischer Ausgangspunkt des Schadens) das Unterlassen der Verletzung eines durch Deliktsrecht geschützten Rechtsguts, siehe *Rusiashvili/Batlidze*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch (Hrsg. Chanturia), Tiflis 2019, Art. 411, Anm. 11.

⁵ *Rusiashvili/Batlidze*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch (Hrsg. Chanturia), Tiflis 2019, Art. 412, Rn. 6 ff.

⁶ *Rusiashvili/Batlidze*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch (Hrsg. Chanturia), Tiflis 2019, Art. 411, Rn. 8.

⁷ *Rusiashvili/Batlidze*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch (Hrsg. Chanturia), Tiflis 2019, Art. 411, Rn. 8; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, München 2007, § 31, Rn. 17.

⁸ *Rusiashvili/Batlidze*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch (Hrsg. Chanturia), Tiflis 2019, Art. 411, Rn. 8; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, München 2007, § 31, Rn. 17.

⁹ BGH NJW 1983, 758.

¹⁰ *Rusiashvili/Batlidze*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch (Hrsg. Chanturia), Tiflis 2019, Art. 411, Rn. 9; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, München 2007, § 31, Rn. 18.

¹¹ *Rusiashvili/Batlidze*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch (Hrsg. Chanturia), Tiflis 2019, Art. 411, Rn. 9, 5.

¹² *Rusiashvili/Batlidze*, Kommentar zum Zivilgesetzbuch (Hrsg. Chanturia), Tiflis 2019, Art. 411, Rn. 9; Art. 412, Rn. 6 ff.

¹³ *Johannes W. Flume*, in Beck OK BGB, 41. Aufl., 2016, § 252 Rn. 16.

eines solchen Gewinns in solchen Situationen üblich ist.

II. Schaden durch unlauteren Wettbewerb

Der durch unlauteren Wettbewerb verursachte Schaden stellt einen speziellen Fall des entgangenen Gewinns dar. Die Berechnung oder Beweisführung eines konkret bestimmten Schadensbetrags wird hier durch die Tatsache erschwert, dass es nicht um den Verlust eines einzelnen Vertrags oder eines einzelnen Kunden geht, sondern um den Verlust eines gesamten Kundenkreises, um Dutzende oder Hunderte von Verträgen, die mit diesen Kunden hätten geschlossen werden können, um die Verhinderung von kommerziellen Wachstumschancen und um viele andere negative Folgen. Diese lassen sich weder mathematisch präzise kalkulieren noch beweisen und sind maßgeblich durch die Komplexität der „Marktdynamik“ geprägt. Ein Unternehmen, das durch unlauteren Wettbewerb geschädigt wurde, kann unmöglich mit absoluter Genauigkeit oder auch nur mit hoher Wahrscheinlichkeit nachweisen, dass es ohne die rechtswidrigen Handlungen des Wettbewerbers in der Zukunft alle bestehenden Kunden behalten, neue Kunden gewinnen, neue Marktsegmente erschließen und eine bestimmte prozentuale wirtschaftliche Wachstumsrate erreichen würde. Ein durch unlauteren Wettbewerb Geschädigter wird niemals Beweise mit derselben Präzision für entgangenen Gewinn vorlegen können, wie dies beispielsweise ein zu Unrecht entlassener Arbeitnehmer für seine entgangenen Gehälter der kommenden Monate tun könnte (als entgangener Gewinn).

Es würde zu einer direkten Förderung des unlauteren Wettbewerbs führen, wenn für den Schadensnachweis die für diesen sonst maßgebenden Beweismaßstäbe gelten würden. Würde das Gericht dem Geschädigten nur denjenigen Schaden ersetzen, der mit dem Verlust eines bereits bestehenden Kunden verbunden ist, und dies zudem unter der Voraussetzung, dass die Beibehaltung dieses Kunden nur für einen kurzen Zeitraum als „garantiert“ angesehen wird, wäre der unlautere Wettbewerber in solchen Situationen stets der Gewinner. Insbesondere müsste der unlautere Wettbewerber, selbst wenn seine

Handlungen aufgedeckt würden (was ohnehin nicht immer geschieht und sein Risiko weiter senkt), lediglich auf minimale Gewinne verzichten (nämlich die kurzfristigen Einnahmen aus den abgeworbenen Kunden). Alles andere, was in der Regel den Wert der einzelnen Kunden deutlich übersteigt, würde ihm unwiderruflich verbleiben. Dazu gehören: zukünftige Einnahmen aus den abgeworbenen Kunden, neue Kunden sowie allgemein Vorteile aus günstigen Entwicklungen am Markt und der gestiegenen Bekanntheit - wie die Erschließung neuer Nischen, vorteilhafte Kredite, die nur einem expandierenden und aggressiv marketingorientierten Unternehmen zugänglich sind, etc.

In einer solchen Konstellation ist es kaum zu vermeiden, dass ein Marktteilnehmer den Wunsch und die Versuchung verspürt, unlautere Handlungen vorzunehmen, wenn das Recht ihm erlaubte, den daraus erzielten Hauptgewinn sanktionslos zu behalten. Zwar bietet die Eingriffskondition (Art. 982 Abs. 1, Art. 985 ZGB) die Möglichkeit, den gesamten Gewinn des Eingreifenden „abzuschöpfen“¹⁴, ohne dabei eine Korrelation zum Schaden des Berechtigten herzustellen, jedoch erweist sie sich nicht immer als wirksames Instrument zur Lösung solcher Fälle. Der Grund hierfür liegt darin, dass die Voraussetzung der Eingriffskondition – der „Eingriff in den Zuweisungsgehalt eines geschützten Rechts“¹⁵ (die Verletzung eines absoluten oder quasi-exklusiven Rechts) – in Fällen des unlauteren Wettbewerbs in der Regel nicht erfüllt ist.

1. Zusammenfallen von Gewinn des unlauteren Wettbewerbers und Schaden des geschädigten Unternehmens - BGH GRUR 2016, 860

In der deutschen Rechtsprechung gilt der anerkannte Grundsatz, dass der durch unlauteren Wettbewerb verursachte Schaden abstrakt berechnet werden muss. Konkret wird im Sinne von Artikel 411 Abs. 2 des ZGB das ohnehin bereits gelockerte „Wahrscheinlichkeitskriterium“ angewandt, und die Beweislast wird zugunsten des Geschädigten erheb-

¹⁴ *Rusiashvili*, Reformvorschlag zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung, Tiflis 2020, S. 87 ff.

¹⁵ *Rusiashvili/Sirdadze/Egnatashvili*, Sachenrecht, Tiflis 2020, S. 101 ff.; *Rusiashvili*, DGZR 4/2019, S. 50 ff.

lich erleichtert. Dies stützt die deutsche Rechtsprechung nicht nur auf § 252 BGB, sondern auch (oft vorrangig) auf § 287 der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO), der dem Richter ein besonderes Ermessen einräumt, bei der Feststellung der Schadenshöhe nach freier Überzeugung zu entscheiden.¹⁶ Während in anderen Fällen der Nachweis erforderlich ist, der nahezu keinen Zweifel an der Existenz des zu beweisenden Umstands lässt („an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“), genügen hier Beweise, die lediglich die Position der Gegenseite und deren Beweismittel überwiegen („eine mehr oder minder hohe, mindestens aber überwiegende Wahrscheinlichkeit“).¹⁷

Daher bewertet das Gericht bei der Berechnung des Schadens aus unlauterem Wettbewerb gemäß Art. 411 Abs. 2 ZGB zunächst retrospektiv die Kausalität des Schadens - ersatzfähig ist auch der entgangene Gewinn, dessen Realisierung nur theoretische Chancen hatte, wenn der Geschädigte beabsichtigte, diese Chance zu nutzen, und sie sich später tatsächlich realisierte. Dies gilt allgemein für alle Arten von entgangenem Gewinn (siehe oben).

Darüber hinaus wird speziell in Fällen von unlauterem Wettbewerb die Beweislast zusätzlich zugunsten des Geschädigten erheblich erleichtert.

Auf die konkrete Anwendung dieser Prinzipien stützte sich der deutsche Bundesgerichtshof¹⁸ in einem Fall, der die Eröffnung einer parallelen Importlinie für identische Pestizide durch ein niederländisches Unternehmen unter Verstoß gegen die Regeln des lauterer Wettbewerbs betraf, wodurch ein deutsches Unternehmen geschädigt wurde. Der Bundesgerichtshof ließ sich von folgenden Überlegungen leiten:

„26(1) Sowohl § 287 ZPO wie § 252 BGB verlangen für die Schadensberechnung die schlüssige Darlegung von Ausgangs- bzw. Anknüpfungs-

tatsachen. Sie sind die Grundlage, auf der das Ermessen bei einer Beweismwürdigung nach § 287 ZPO und die Wahrscheinlichkeitsprüfung nach § 252 S. 2 BGB gründen. Für die Schadensberechnung benötigt der Richter als Ausgangssituation greifbare Tatsachen, da sich nur anhand eines bestimmten Sachverhalts sagen lässt, wie die Dinge sich weiterentwickelt hätten (BGH, NJW 1988, 3016 [3017]). Im Rahmen des § 287 I ZPO soll das Gericht die Schadenshöhe schätzen, wobei in Kauf genommen wird, dass das Ergebnis unter Umständen mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt (BGH, NJW 1964, 589; Zöller/Greger, ZPO, 31. Aufl., § 287 Rn. 2). Diese Prognose kann zwar nur dann angestellt werden, wenn der Geschädigte konkrete Anknüpfungstatsachen darlegt und nachweist; an die Darlegung solcher Anknüpfungstatsachen dürfen jedoch keine zu hohen Anforderungen gestellt werden (BGH, GRUR 2008, 933 Rn. 19 – Schmiermittel). ...

27(2) Danach begegnet es keinen durchgreifenden Bedenken, dass die Kl. zur Darlegung des entgangenen Gewinns die Umsätze herangezogen hat, die die Bekl. mit ihrem Pflanzenschutzmittel erzielt hat. Es kann zwar nicht einfach davon ausgegangen werden, dass der Umsatz des Verletzers in vollem Umfang dem Berechtigten zu Gute gekommen wäre. Der Umsatz des Verletzers kann jedoch als Anhaltspunkt für die Gewinneinbußen des Berechtigten von Bedeutung sein. Desgleichen ist es nicht zu beanstanden, dass die Kl. bei der Berechnung des Schadens den Gewinn zu Grunde gelegt hat, den sie üblicherweise bei der Veräußerung ihres Pflanzenschutzmittels erzielt (vgl. BGH, GRUR 1993, 757 [759] = NJW 1993, 1989 – Kollektion Holiday [insoweit in BGHZ 122, 262 nicht abgedruckt]; BGH, GRUR 2008, 933 Rn. 20 – Schmiermittel) und dass sie sich darauf berufen hat, die Anbieter von parallelimportierten, Deltamethrin enthaltenden Pflanzenschutzmitteln hätten auf dem Markt nur eine geringe Bedeutung gehabt. ...

43bb) Diese tatrichterliche Beurteilung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Es liegt nahe, dass Käufer von parallelimportierten Pro-

¹⁶ BGH, Urteil vom 21. Januar 2016 - I ZR 90/14 - GRUR 2016, 860, juris Rn. 21; BGH, Urteil vom 26. September 2013 - VII ZR 227/12 - NJW 2014, 381, juris Rn. 15 f.; Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl., § 86 Rn. 32.

¹⁷ BGH, Urteil vom 21. Januar 2016 - I ZR 90/14 - GRUR 2016, 860, juris Rn. 21

¹⁸ BGH, Urteil vom 21. Januar 2016 - I ZR 90/14 - GRUR 2016, 860, juris Rn. 21

dukten Wert darauf legen, ein mit dem Original identisches Produkt zu erhalten. Der Parallelimport zielt auf Kunden, die sich für das Originalprodukt interessieren, jedoch nicht bereit sind, den hierfür geforderten Preis zu zahlen und deshalb auf ein herstelleridentisches, aber preisgünstigeres Produkt ausweichen. Es entspricht deshalb der Lebenserfahrung anzunehmen, dass der Kunde, der ein parallelimportiertes Produkt kauft, bei Wegfall eines Parallelimporteurs nicht auf Alternativprodukte ausweichen würde. Das BerGer. musste dies nicht näher aufklären, sondern konnte gem. § 252 S. 2 BGB diesen Umstand seiner Berechnung des der Kl. entstandenen Schadens zu Grunde legen.“

In dem vorliegenden Fall entschied der Bundesgerichtshof, entgegen den Urteilen der ersten und zweiten Instanz, dass der allgemeine Hinweis des Klägers darauf, vor der Verdrängung vom Markt (durch unlautere Methoden) einen Marktanteil von 77,7 % besessen habe, nicht ausreichte, um 90 % des von dem unlauteren Wettbewerber nach der Verdrängung erzielten Gewinns als seinen Schaden zu qualifizieren. Zum Zeitpunkt der Streitigkeit gab es auf dem Markt mindestens fünf weitere Anbieter identischer Produkte, und es war nicht auszuschließen, dass diese Zahl zum Zeitpunkt der schadensverursachenden Handlung sogar höher war, da der Erwerb der entsprechenden Handelslizenz in den Vorjahren einfacher möglich war. Unter Berücksichtigung dieser Umstände verwies der Bundesgerichtshof den Fall an die Vorinstanz zurück, um eine detaillierte Untersuchung der Marktsituation durchzuführen.

Dieses Urteil ist, unabhängig von seinen konkreten Details und dem Ergebnis, in diesem Kontext insofern von Bedeutung, als es die Arbeitshypothese verdeutlicht, mit der deutsche Gerichte die Berechnung des Schadens aus unlauterem Wettbewerb beginnen: der Gewinn des unlauteren Wettbewerbers. Zwar hat dieser die Möglichkeit, die Korrelation zwischen Schaden und Gewinn durch Vorlage spezifischer Beweise zu entkräften – beispielsweise durch den Hinweis auf alternative, gleichwertige Anbieter identischer Produkte. Hierfür genügt aber der Verweis auf alternative Anbieter nicht. Im Gegenteil, es gilt die

Vermutung, dass die Kundschaft einem identischen Produkt treu bleibt und im Falle der Verdrängung eines Anbieters durch unlautere Methoden zu dem unlauteren Akteur wechselt, sofern dieser dasselbe Produkt anbietet. Dies bedeutet, dass, wenn es auf dem Markt nur zwei Akteure gibt, der erhöhte Gewinn des einen nach der Verdrängung des anderen als dessen Schaden vermutet wird. Wenn hingegen der einzige Marktakteur ganz oder teilweise durch unlautere Methoden ersetzt wird, gilt die Vermutung, dass der gesamte Gewinn des unlauteren neuen Akteurs den Schaden des ersten Akteurs darstellt. Selbstverständlich kann der unlautere Wettbewerber diese Vermutung entkräften, indem er beispielsweise darlegt, dass er durch Preisreduzierungen neue Kundensegmente gewinnen konnte, die der verdrängte Wettbewerber aus bestimmten Gründen nicht hätte erreichen können. Dennoch wirkt die Möglichkeit eines autonomen, immanenten Marktwachstums primär zugunsten des durch unlautere Methoden verdrängten Akteurs. Diese Problematik und eine weitere, in diesem Kontext relevante Fragestellung werden in den nachfolgenden Gerichtsentscheidungen behandelt.

2. Verletzung der Treuepflicht durch ein Organ der Gesellschaft - BGH, NJW 1996, 2097

Von dem oben beschriebenen Fall zu unterscheiden und gesondert zu betrachten ist die Situation, in der unlauterer Wettbewerb nicht von einem anderen Unternehmen, sondern unmittelbar von einem Organ der geschädigten Gesellschaft, wie beispielsweise einem Geschäftsführer, oder von einem Mitarbeiter, etwa einem Handelsvertreter, betrieben wird. Durch eine solche Handlung verletzt der Schädiger nicht nur die Vorschriften über den Wettbewerb, sondern auch seine Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft. In diesem Fall wird die Korrelation zwischen Schaden und Gewinn zusätzlich dadurch gestützt, dass der Schaden durch das Verhalten einer Person verursacht wurde, die verpflichtet war, im Interesse der geschädigten Gesellschaft zu handeln und ihre Fähigkeiten in deren Dienst zu stellen. Es ist naheliegend, dass ihre Tätigkeit mindestens ebenso effektiv für die geschädigte

Gesellschaft gewesen wäre, wie sie es für den konkurrierenden Akteur war.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände stellte der Bundesgerichtshof in seinem Urteil aus dem Jahr 1996¹⁹, das als wichtiger Präzedenzfall zu diesem Thema anerkannt ist, Folgendes fest (der Fall betraf die Tätigkeit eines Versicherungsvertreters für ein konkurrierendes Unternehmen):

A. I. 1.b): „Kann der von dem Handelsvertreter verbotswidrig für Konkurrenzunternehmen vermittelte Umsatz als Grundlage einer Schadensschätzung nach § 287 ZPO dienen, wovon auch das BerGer. ausgeht, so kann die Eignung der von der Kl. verlangten Auskunft für die Vorbereitung eines Schadensersatzanspruchs nicht verneint werden. Es kann deshalb auch keine Rede davon sein, dem Bekl. sei die Auskunftserteilung nicht zumutbar. Anders, als das BerGer. möglicherweise verstanden werden könnte, setzt ein Schadensersatzanspruch der Kl. wegen der verbotswidrigen Vermittlungstätigkeit des Bekl. ferner nicht voraus, daß dieser Stammkunden abgeworben hat; denn der Kl. ist Gewinn auch aus solchen Geschäften entgangen, die der Bekl. mit Neukunden für Konkurrenzunternehmen abgeschlossen hat. Entgegen der Auffassung der Vorsinstanz kann ein Schaden der Kl. auch nicht deshalb verneint werden, weil diese keinen Rückgang ihres Gesamtumsatzes dargetan hat; hierfür ist vielmehr allein entscheidend, ob und in welcher Höhe sie im Falle vertragsgerechten Verhaltens des Bekl. zusätzlichen Umsatz aus den von diesem vermittelten Geschäften erzielt hätte.“

Die Schadensberechnung wird direkt an die Person gekoppelt, die gegen die Treuepflicht verstoßen hat. Als Schadensursache wird in erster Linie angesehen, dass diese Person nicht zugunsten ihres Unternehmens tätig war, keine neuen Kunden für das Unternehmen gewonnen hat und dadurch ihre Pflichten verletzt hat.

Dieser Fall unterscheidet sich erheblich von der Konstellation, in der ein Wettbewerber zwar die Grenzen des zulässigen Wettbewerbs überschritten hat, es jedoch nicht mit absoluter Genauigkeit vorhersehbar ist, wie viele Kunden er mit erlaubtem, aber aggressivem Marketing hätte abwerben können. Hier wird die Abwerbung von Kunden von einer Person betrieben, der gemäß § 9 Abs. V des damals geltenden Handelsgesetzes nicht nur unlauterer oder lauterer Wettbewerb untersagt ist, sondern die auch ausdrücklich verpflichtet ist, ihre gesamten beruflichen Fähigkeiten dem eigenen Unternehmen zu widmen (§ 9 Abs. VI Handelsgesetz). Selbst Unterlassungen werden dabei als Pflichtverletzung gewertet. Ein derart dreifacher Verstoß eines Unternehmensorgans gegen rechtmäßige Verhaltensregeln sollte zumindest dadurch sanktioniert werden, dass die gegen ihn gerichtete Vermutung – die im Allgemeinen gegenüber jedem „gewöhnlichen“ unlauteren Wettbewerber besteht – einen festeren und schwerer zu widerlegenden Charakter erhält.

Das Unternehmen wird bereits dadurch geschädigt, dass sein Organ nicht zu seinen Gunsten tätig ist. Die Tatsache, dass die Tätigkeit dieses Organs zugunsten eines Dritten effektiv war, schafft eine derart klare Kongruenz bzw. Deckungsgleichheit zwischen dem Gewinn des Wettbewerbers und dem Schaden des Geschädigten, dass eine Entkräftung dieser Vermutung nur durch den Nachweis völlig außergewöhnlicher Umstände möglich ist. Ein solcher außergewöhnlicher Umstand könnte beispielsweise eine Infrastruktur sein, die ausschließlich dem Wettbewerber zur Verfügung stand und deren Entwicklung für den Geschädigten unmöglich war, sodass die Gewinnung neuer Kunden ohne diese Infrastruktur ausgeschlossen war. Kann der Unternehmensvertreter, der unlauteren Wettbewerb betreibt, das Vorliegen solcher außergewöhnlicher Umstände nicht nachweisen, wird die Vermutung der Kongruenz zwischen Schaden und Gewinn nicht erschüttert. Verweise auf Marktdynamik, das Vorhandensein anderer Wettbewerber, Änderungen der Handelsregulationen oder andere externe Faktoren reichen nicht aus, um diese Vermutung zu entkräften.

¹⁹ BGH, Urteil vom 3. April 1996 - VIII ZR 3/95 - NJW 1996, 2097, juris Rn. 35 f.

Der Bundesgerichtshof hat diese Rechtsprechung mehrfach in seinen Urteilen aus den Jahren 2009²⁰ und 2014²¹ bestätigt. Anders als im Falle unlauteren Wettbewerbs durch einen Konkurrenten gilt bei Untreue und Tätigkeit eines Organs der geschädigten Gesellschaft zugunsten eines Wettbewerbers eine nicht nur standardisierte, sondern eine noch stärkere Vermutung, dass der Gewinn, den der untreue Vertreter dem Wettbewerber verschafft hat, genau den Schaden darstellt, den er seiner eigenen Gesellschaft zugefügt hat. Diese Vermutung kann nicht durch Hinweise auf externe Marktbedingungen widerlegt werden. Aus diesem Grund prüfte das Gericht in den genannten Fällen, von denen einer die Versicherungsbranche und der andere die Getränkeindustrie betraf (siehe oben BGH, NJW 1996, 2097), Bereiche mit einer Vielzahl von Drittanbietern, überhaupt nicht, inwiefern andere Unternehmen dem Geschädigten hätten Kunden abwerben können. Hinsichtlich der Abwerbung bestehender treuer Kunden gilt die Vermutung der vollständigen Übereinstimmung zwischen dem Gewinn des Wettbewerbers und dem Schaden des Geschädigten praktisch als nicht zu entkräften.

B. Deutsches Recht

I. Gesetzliche Regelungen zur Schadensermittlung bei unlauterem Wettbewerb

Das deutsche Recht enthält im Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) eine gesonderte Schadenersatznorm. Diese ist notwendig, weil ansonsten im deutschen Recht bei einem unlauteren Handeln mangels der Verwirklichung eines deliktischen Haftungstatbestandes (absolut geschützten Rechts i.S.v. § 823 Abs. 1 BGB) meist keine Schadenersatzansprüche bestünden. Die Haftungsnorm lautet:

§ 9 Schadenersatz

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vor-

nimmt, ist den Mitbewerbern zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Wer vorsätzlich oder fahrlässig eine nach § 3 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt und hierdurch Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst, die sie andernfalls nicht getroffen hätten, ist ihnen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Dies gilt nicht für unlautere geschäftliche Handlungen nach den §§ 3a, 4 und 6 sowie nach Nummer 32 des Anhangs.

(3) Gegen verantwortliche Personen von periodischen Druckschriften kann der Anspruch auf Schadenersatz nach den Absätzen 1 und 2 nur bei einer vorsätzlichen Zuwiderhandlung geltend gemacht werden.

Diese Haftungsnorm nimmt hinsichtlich der Voraussetzungen für ein unlauteres geschäftliches Handeln u.a. auf folgende Bestimmungen Bezug:

§ 3 Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen

(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig.

(2) Geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, sind unlauter, wenn sie nicht der unternehmerischen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen.

(3) Die im Anhang dieses Gesetzes aufgeführten geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern sind stets unzulässig.

(4) Bei der Beurteilung von geschäftlichen Handlungen gegenüber Verbrauchern ist auf den durchschnittlichen Verbraucher oder, wenn sich die geschäftliche Handlung an eine bestimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe abzustellen. Geschäftliche Handlungen, die für den Unternehmer vorhersehbar das wirtschaftliche Verhalten nur einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern wesentlich beeinflussen, die auf Grund von geistigen oder körperlichen Beeinträchtigungen, Alter oder Leichtgläubigkeit im Hinblick auf diese geschäftlichen Handlungen oder die diesen zugrunde liegenden Waren oder Dienstleistungen besonders schutzbedürftig sind, sind aus der Sicht

²⁰ BGH, Urteil vom 24. Juni 2009 - VIII ZR 332/07 - NJW-RR 2009, 1404, juris Rn. 15 f.

²¹ BGH, Urteil vom 26. September 2013 - VII ZR 227/12 - NJW 2014, 381, juris Rn. 15

eines durchschnittlichen Mitglieds dieser Gruppe zu beurteilen.

§ 3a Rechtsbruch

Unlauter handelt, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß geeignet ist, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen.

In §§ 3 ff. UWG ist ein ganzer Katalog von weiteren Handlungen enthalten, die unlauter sind. Hierbei wird zwischen Handlungen gegenüber den Mitbewerbern und Handlungen gegenüber den Verbrauchern differenziert. Im Folgenden werden ausschließlich Schadenersatzansprüche nach § 9, § 3 Abs. 1 UWG, also Schadenersatzansprüche der Mitbewerber, behandelt.

II. Grundzüge der Schadensermittlung bei unlauterem Wettbewerb

Auf den Schadenersatzanspruch aus § 9 UWG sind die allgemeinen Grundsätze des deutschen Schadenersatzrechts anwendbar. Grundlegend ist deshalb auch die Unterscheidung zwischen der Verwirklichung eines Haftungstatbestandes (haftungsbegründende Kausalität) und der als Rechtsfolge entstehenden Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz (§§ 249 ff. BGB), insbesondere zur Bemessung des zu ersetzenden Schadens (haftungsausfüllende Kausalität). Während es bei der haftungsbegründenden Kausalität grundsätzlich keine Unterschiede zum vertraglichen und deliktischen Schadenersatzrecht gibt, haben sich bei der Schadensberechnung im Bereich des Wettbewerbsrechts einige spezifische Ausprägungen entwickelt. Insoweit wird vorab auf die Ausführungen in Abschnitt A. II. verwiesen.

Diese Spezifika bei der haftungsausfüllenden Kausalität betreffen aber nur die Ermittlung des Schadens, also den Rechenweg, sowie die Anforderungen an die dem Geschädigten obliegende Darlegungs- und Beweislast. Jede über den Ausgleich des erlittenen Vermögensnachteils hinausgehende Ersatzleistung, mithin jede pönale Sanktion für den Wettbewerbsverstoß an sich oder jede gewollte „Bereiche-

rung“ des Geschädigten, ist dem deutschen Schadenersatzrecht fremd.

1. Haftungsbegründende Kausalität

Der Schadenersatzanspruch aus § 9 UWG unterliegt demnach den im deutschen Schadenersatzrecht entwickelten Rechtsgrundsätze zum Schutzzweck der Norm und zum Zurechnungszusammenhang (dazu sogleich näher).²² Hierzu sei angemerkt, dass in der Rechtsprechung und in der Literatur Aspekte des Zurechnungszusammenhangs teilweise als eine bloße Ausgestaltungsform (als eine Art Unterfall) der Schutzzweckthematik verstanden werden. Im Folgenden werden sie als gesonderte Rechtsprinzipien behandelt.

a) Schutzzweck der Norm

Die Haftungsbegrenzung auf Grund des Schutzzwecks der Norm²³ besagt, dass nur solche Schäden zu ersetzen sind, vor deren Eintritt die verletzte Norm schützen will. Ein rein äußerlicher, gleichsam zufälliger Zusammenhang genügt mithin für eine Schadenersatzpflicht nicht.²⁴ Deshalb ist es für die Verwirklichung eines Haftungstatbestandes aus § 9 UWG grundsätzlich notwendig, dass das unlautere Verhalten dem Schutz des geschädigten Mitbewerbers dient. Das ist beispielsweise bei einem unlauteren Verhalten gegenüber einem Verbraucher nicht ohne weiteres der Fall. Allerdings ist dabei folgende Besonderheit zu beachten:

²² dazu Hagenloch, Patientenaufklärung in Deutschland, Zeitschrift für Medizinrecht und Management 2(3) 2023, 1, 55 ff.; <https://lawjournal.ge/wp-content/uploads/MedLaw-232023.pdf> = <https://lawjournal.ge/wp-content/uploads/DGZR-6-2023.pdf>, Seite 30, 86 ff.

²³ dazu: Rusiashvili/Hagenloch, Haftung der Fahrzeughalter bei Verkehrsunfällen: Abwägung der Mitverursachungsanteile, DGZR 5/2024, Seite 1, 21 ff.; <https://lawjournal.ge/wp-content/uploads/DGZR-5-2024.pdf>.

²⁴ allgemein: BGH, Urteil vom 21. März 2023 - XIII ZR 2/20 - RdE 2023, 496, juris Rn. 39; BGH, Urteil vom 24. Mai 2022 - VI ZR 206/21 - NJW 2022, 2747, juris Rn. 29; BGH, Urteil vom 22. September 2016 - VII ZR 14/16 - BGHZ 211, 375, juris Rn. 14; zu § 9 UWG: Raue in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 3. Auflage, § 9 UWG Rn 26 ff.; Rose in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 9 UWG (Stand: 15.01.2021) Rn. 35 ff.

Liegt das unlautere Verhalten in einem Verstoß gegen eine gesetzliche Bestimmung, die im Interesse der Marktteilnehmer (einschließlich der Verbraucher) das Marktverhalten regelt, erstreckt sich der Schutzbereich der verletzten Norm auf die Mitbewerber, soweit der Rechtsbruch deren Interessen spürbar beeinträchtigen kann (§ 3a UWG). Die Wettbewerbswidrigkeit im Verhältnis zum Mitbewerber liegt dann (auch bei einer unmittelbar den Verbraucher schützenden Norm) darin, dass sich der unlauter handelnde Wettbewerber durch die Verletzung der sog. Marktverhaltensregelung einen Vorsprung im Wettbewerb verschaffen kann. Anders formuliert, wird also der Schutzbereich einer gesetzlichen Verpflichtung, deren primäre Schutzrichtung die Verbraucher sind, auf die Mitbewerber erstreckt, sofern die gesetzliche Pflicht auch das Marktverhalten regeln soll.²⁵ Die im Verhältnis zwischen dem Wettbewerber und dem Verbraucher geltenden „Spielregeln“ werden dann zu „Spielregeln“ des Marktes und schützen damit alle Marktteilnehmer.

Ein solcher Bezug zur Regelung des Marktverhaltens ist vielen primär das Verbraucherschutzrecht betreffenden gesetzlichen Pflichten immanent, so dass über § 3a UWG eher häufig ein mittelbarer Schutz des Mitbewerbers entsteht. Als Beispiel sei auf eine Entscheidung zu Art. 72 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO ((EU) Nr. 528/2012) verwiesen, nach der die Werbung für ein Biozidprodukt auf keinen Fall bestimmte Angaben (ungiftig usw.) oder ähnliche Hinweise enthalten darf. Unmittelbares Ziel der in der Biozid-VO enthaltenen Bestimmungen ist der Gesundheitsschutz als Teil des Verbraucherschutzes. Dies gilt im Ausgangspunkt auch für die in Art. 72 Abs. 3 Biozid-VO einer zulässigen Werbung gesetzten Schranken, da auch mit diesen der Verbraucher vor jenen Gesundheitsrisiken bewahrt werden soll, die sich aus einer Verharmlosung der Produktrisiken ergeben. Dieser gesetzlich zulässige Rahmen der Werbung gegenüber den Verbrauchern regelt aber zugleich das Marktverhalten (hier: Werbeverhalten) aller Mitbewerber, so dass diese bei Wettbewerbsverstößen in den Schutzbe-

reich einbezogen sind. Der Bundesgerichtshof führt hierzu aus:²⁶

„Die Vorschrift des Art. 72 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO ist auch dazu bestimmt, das Marktverhalten der Unternehmer im Interesse der Verbraucher zu regeln. Das Ziel der Biozidverordnung nach ihrem Art. 1 Abs. 1 ist es, das Funktionieren des Binnenmarkts durch die Harmonisierung der Vorschriften für die Bereitstellung auf dem Markt und die Verwendung von Biozidprodukten bei gleichzeitiger Gewährleistung eines hohen Schutzniveaus für die Gesundheit von Mensch und Tier und für die Umwelt zu verbessern. Die Bestimmungen der Verordnung beruhen auf dem Vorsorgeprinzip, mit dem der Schutz der Gesundheit von Mensch und Tier sowie der Umwelt sichergestellt werden soll (Art. 1 Abs. 1 Satz 2 Biozid-VO). Art. 72 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO enthält Regelungen zur Werbung für Biozidprodukte, mit denen Verharmlosungen der Risiken des Produkts für die Gesundheit von Mensch oder Tier oder die Umwelt oder seiner Wirksamkeit unterbunden werden sollen (...). Art. 72 Abs. 3 Satz 2 Biozid-VO regelt mithin das Verhalten der Unternehmer betreffend die Werbung für Biozidprodukte zum Schutz der Gesundheit und damit im Interesse der Verbraucher.“

Ob eine Eignung zur spürbaren Interessenbeeinträchtigung besteht, ist nach dem Schutzzweck der jeweils verletzten Marktverhaltensregelung zu beurteilen. Hierbei sind (nur) diejenigen Zwecke zu berücksichtigen, aus denen folgt, dass die Vorschrift als Marktverhaltensregelung einzuordnen ist.²⁷ Die Spürbarkeitsklausel hat den Zweck, solche Fälle des Verstoßes gegen eine Marktverhaltensregelung von dem Mitbewerberschutz auszunehmen, die keine nennenswerte Auswirkung auf andere Marktteilnehmer haben und an denen daher kein Interesse der Allgemeinheit besteht.²⁸

²⁵ OLG Frankfurt, Urteil vom 20. Mai 2021 - 6 U 39/20 - WRP 2021, 1480, juris Rn. 41; Rose in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 9 UWG (Stand: 15.01.2021D), Rn 35 f.

²⁶ BGH, Urteil vom 10. Oktober 2024 - I ZR 108/22 - GRUR 2024, 1736, juris Rn. 19

²⁷ BGH, Urteil vom 29. Mai 2024 - I ZR 43/23 - GRUR 2024, 1041, juris Rn. 44; BGH, Urteil vom 6. Juni 2019 - I ZR 206/17 - GRUR 2019, 1071, juris Rn. 54)

²⁸ BGH, Urteil vom 29. Mai 2024 - I ZR 43/23, GRUR 2024, 1041, juris Rn. 44

Im Gegenschluss folgt ist dieser Argumentationskette aber zugleich, dass all jene Rechtsbrüche eines Mitbewerbers, die nicht das Marktverhalten betreffen, in den Schutzbereich der Schadenersatzpflicht aus § 9 UWG nicht einbezogen sind. Dies gilt selbst dann, wenn der sich rechtstreu verhaltende Mitbewerber durch die Rechtsbrüche eines Wettbewerbers wirtschaftliche Nachteile erleidet, etwa weil dieser kostengünstiger produzieren kann (hinterzogene Steuern; Verstöße gegen arbeitsrechtliche Vorschriften; unzulässige Schadstoffemissionen usw.) und hierdurch im Preiswettbewerb auf dem Markt einen Vorsprung erlangt.

b) Zurechnungszusammenhang

Der Zurechnungszusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und dem eingetretenen Schaden wird grundsätzlich unterbrochen, wenn die schädigende Handlung auf einem freien Entschluss des Geschädigten beruht; er also in den Kausalverlauf eingegriffen hat, nachdem dieser vom Verletzter bereits in Gang gesetzt war. Die haftungsrechtliche Zurechnung des Verhaltens des Verletzers bleibt von dem Verhalten des Geschädigten aber unberührt, wenn für dieses ein rechtfertigender Anlass bestand oder wenn es durch das Vorgehen des Verletzers herausgefordert wurde und eine nicht ungewöhnliche oder unangemessene Reaktion darauf darstellt.²⁹

Im Rahmen von Schadenersatzansprüchen aus § 9 UWG stellt sich diese Thematik vor allem dann, wenn ein Mitbewerber nach einem erfolgten Wettbewerbsverstoß nicht den tatsächlichen Störer, sondern einen nicht störenden Dritten (die „falsche Person“) in Anspruch nimmt und er hierdurch mit Abmahn- und sonstigen Rechtsverfolgungskosten belastet wird. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass das Risiko einer Rechtsverfolgung gegen eine „falsche Person“ grundsätzlich dem tatsächlichen Verletzer

(Störer) nicht zuzurechnen ist.³⁰ Anders verhält es sich aber dann, wenn der tatsächliche Verletzer den Mitbewerber durch eine unrichtige oder irreführende Auskunft (die ggf. auch einen eigenständigen Wettbewerbsverstoß begründen kann) erst dazu verleitet hat, einen Nichtstörer in Anspruch zu nehmen.³¹ Mit anderen Worten: Hat der tatsächliche Verletzer den Mitbewerber quasi auf eine falsche Fährte gelockt, hat er im dargelegten Sinne „herausgefordert“, dass der Mitbewerber sich an einen Nichtstörer wendet.

Ein weiteres Beispiel für die haftungsrechtliche Zurechnung der durch einen Willensentschlusses des Geschädigten ausgelösten wirtschaftlichen Nachteile bildet, dass der geschädigte Mitbewerber zur Beseitigung einer vom Verletzer ausgelösten Marktverwirrung mit entsprechenden Kosten verbundene Maßnahmen zur Marktaufklärung (Werbemaßnahmen; Informationen in den Medien usw.) veranlasst (dazu unten B. II. 2.a) cc) (2)).

2. Haftungsausfüllende Kausalität

Der darlegungs- und beweispflichtige Geschädigte muss bei der Verfolgung seiner Schadenersatzansprüche wegen einer wettbewerbsrechtlichen Pflichtverletzung sowohl den entgangenen Gewinn als auch einen erlittenen Reputationsschaden grundsätzlich konkret ermitteln. Hierbei kommen ihm aber wegen der typischerweise vorhandenen Beweisproblemen Erleichterungen bei der Darlegungs- und Beweislast zu Gute (dazu sogleich). Die bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten eröffnete Schadensberechnung über eine Herausgabe des Verletzergewinns oder über eine Lizenzanalogie kommen beim Schadenersatzanspruch aus § 9 UWG hingegen nur ausnahmsweise in Betracht (dazu unten B. II. 2. b) bb)).

a) Konkrete Schadensberechnung

Im Wettbewerbsrecht besteht der allgemeine Erfahrungssatz, dass dem von einem Wettbewerbsver-

²⁹ bei Wettbewerbsverstoß: BGH, Urteil vom 17. September 2015 - I ZR 47/14 - GRUR 2016, 526, juris Rn. 31; BGH, Urteil vom 23. November 2006 - I ZR 276/03 - GRUR 2007, 631, juris Rn. 23; allgemein: Dzlierishvili / Hagenloch, Schadenersatz für Personenschäden in Georgien und Deutschland, DGZR 10/2024, 18, 25 ff.; <https://lawjournal.ge/wp-content/uploads/DGZR-10-2024.pdf>.

³⁰ BGH, Urteil vom 23. November 2006 - I ZR 276/03 - GRUR 2007, 631, juris Rn. 24; BGH, Urteil vom 5. November 1987 - I ZR 212/85 - GRUR 1988, 313, juris Rn. 14 f.

³¹ BGH, Urteil vom 17. September 2015 - I ZR 47/14 - GRUR 2016, 526, juris Rn. 32 ff.

stoß unmittelbar betroffenen Mitbewerber regelmäßig ein Schaden entsteht.³² Da der Nachweis dieses Schadens, insbesondere der Höhe des entgangenen Gewinns, im Wettbewerbsrecht mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, müssen dem Geschädigten (auch zur Wahrung eines effektiven Rechtsschutzes) Beweiserleichterungen zu Gute kommen.

aa) Grundsätze

Hinsichtlich der Grundsätze der Schadensberechnung wird auf die Ausführungen in Teil A. und das dort auszugsweise wiedergegebene Urteil des Bundesgerichtshofs vom 21. Januar 2016³³ (dazu oben A. II. 1.) Bezug genommen.

bb) Art und Weise der Schadensberechnung

Zu der konkreten Schadensberechnung führt der Bundesgerichtshof an anderer Stelle weiter aus:³⁴

„Berechnet der Verletzte seinen Schaden in konkreter Weise und verlangter Ersatz entgangenen Gewinns, muss er Tatsachen darlegen, die die Feststellung erlauben, dass sich seine Umsätze oder die Umsätze seines Lizenznehmers ohne die Verletzungshandlungen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit (§ 252 BGB) in einem gegebenenfalls nach § 287 ZPO zu schätzenden Umfang erhöht hätten. Dabei kann allerdings nicht unabhängig von den konkreten Verhältnissen des Einzelfalls davon ausgegangen werden, der Schutzrechtsinhaber oder sein Lizenznehmer hätten die Umsätze des Verletzers einfach übernommen (...). Um einen entsprechenden Zusammenhang darzulegen, bedarf der Verletzte deshalb im Regelfall nicht nur der Zeit- und Mengenangaben zu den Lieferungen und Angeboten des Verletzers, sondern auch der Angabe der Liefer- und Angebotspreise. Denn ohne Kenntnis dieser Preise lässt sich regelmäßig nicht beurteilen, ob und in

welchem Umfang der Schutzrechtsinhaber oder sein Lizenznehmer zu ihren eigenen Preisen in der Lage gewesen wären, die Umsätze des Verletzers zu erzielen, oder ob der Verletzer eine zusätzliche Nachfrage erschlossen hat, die vom Berechtigten nicht erreicht worden wäre. Angaben zu den Gestehungskosten und zum erzielten Gewinn des Verletzers benötigt der Verletzte für eine konkrete Schadensberechnung hingegen nicht; denn für die Ermittlung des entgangenen Gewinns ist allein der Betrag zugrunde zu legen, den der Verletzte üblicherweise erzielt (...).

Bei dieser Schadensberechnung muss sich der Verletzte gemäß den allgemeinen schadensrechtlichen Bemessungskriterien im Wege des Vorteilsausgleichs seine ersparten variablen Kosten (sog. Spezialunkosten), etwa für den Wareneinkauf, für die produktbezogenen Energiekosten oder für Handelsvertreterprovisionen, anrechnen lassen; nicht aber die anteiligen Fixkosten.³⁵

cc) Einzelfragen

(1) Schaden durch Anlockeffekt

Ersatzfähig kann ein Schaden sein, der dadurch entsteht, dass der Verletzer den Wettbewerbsverstoß als „Köder“ für Umsatzsteigerungen bei anderen, nicht unmittelbar vom Wettbewerbsverstoß betroffenen Produkten und Dienstleistungen genutzt hat; so etwa, wenn der Verletzer ein Produkt in irreführender Weise bewirbt und damit Kunden gewinnt, die sonst bei dem geschädigten Mitbewerber gekauft hätten (sog. Anlockeffekt).³⁶ Zu solchen Anlockeffekten kann es insbesondere bei Waren des täglichen Bedarfs kommen. Beispielsweise können Kunden in Folge einer wettbewerbswidrigen Werbung ein Ladengeschäft aufsuchen und bei dieser Gelegenheit auch Waren kaufen, für die nicht wettbewerbswidrig geworben wurde. Gleiches kommt im online-Handel

³² BGH, Urteil vom 21. Januar 2016 - I ZR 90/14 - GRUR 2016, 860, juris Rn. 21

³³ BGH, Urteil vom 21. Januar 2016 - I ZR 90/14 - GRUR 2016, 860

³⁴ BGH, Urteil vom 20. Mai 2008 - X ZR 180/05 - GRUR 2008, 896, juris Rn. 32

³⁵ allgemein: BGH, Urteil vom 1. März 2001 - III ZR 361/99 - NJW-RR 2001, 985, juris Rn. 26 ff.; BGH, Urteil vom 10. Mai 1989 - VIII ZR 88/88 - NJW-RR 1989, 1451, juris Rn. 11; OLG Hamm, Urteil vom 24. Januar 2019 - I-18 U 57/09 - RdTW 2019, 429, juris Rn. 71; OLG München, Urteil vom 16. April 2015 - 23 U 3528/14 - juris Rn. 28

³⁶ Raue in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 3. Auflage, § 9 UWG, Rn. 82

in Betracht; und sei es auch nur, um gesonderte Versandkosten zu sparen oder weil es bequemer ist, sich nicht durch die Angebote mehrerer Anbieter durcharbeiten zu müssen.

(2) Marktverwirrungsschaden

Sind durch den Wettbewerbsverstoß am Markt Unsicherheiten oder Irritationen aufgetreten, können der Marktverwirrungsschaden oder Schäden durch die eine Beeinträchtigung der Produkt- oder Anbieterreputation (Reputationsschaden) zu ersetzen sein (Raue in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 3. Auflage, § 9 UWG, Rn. 79).

Allerdings führt die Irritation des Marktes nicht per se zu einem Vermögensnachteil. Vielmehr löst sie zunächst lediglich einen Störungszustand aus, dem mit den wettbewerbsrechtlichen Unterlassungs- und (gegen den Verletzer gerichteten) Beseitigungsansprüchen (§ 8 Abs. 1 UWG)³⁷ zu begegnen ist.³⁸ Soweit dies erforderlich ist, kann der Verletzte aber (in einem verhältnismäßigen Rahmen) auch selbst verstärkte Werbemaßnahmen oder Informationskampagnen in den Medien veranlassen und die Aufwendungen hierfür als Schaden geltend machen. Notwendig hierfür ist allerdings, dass solche Maßnahmen der Schadensminderung oder der Schadensvermeidung dienen,³⁹ also keine verdeckten sonstigen Werbemaßnahmen auf Kosten des Verletzers darstellen. Hiervon unberührt bleibt der Ersatz eines konkret eingetretenen Schadens.

(3) Gewinnentgang bei rechtswidrigem Verhalten

Der geschädigte Mitbewerber hat grundsätzlichen einen Anspruch auf den Ausgleich aller erlittener

Vermögenseinbußen (vgl. oben A. I. 1.). Die Rechtsordnung schließt allerdings den Ersatz jener Vermögensvorteile aus, die der Verletzte nur durch die Verletzung eines die zivilrechtliche Wirksamkeit missbilligenden gesetzlichen Verbots oder mit rechtswidrigen Mitteln hätte erzielen können.⁴⁰ Der Geschädigte soll nämlich im Wege des Schadensersatzes nicht einen Gewinn erhalten, dessen Erzielung andere gesetzliche Vorschriften gerade verhindern wollen.⁴¹ Dies gilt selbst dann, wenn er diesen Gewinn tatsächlich erzielt hätte.

b) Herausgabe des Verletzergewinns/Lizenzanalogie

aa) Rechtslage bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten

Bei Schadenersatzansprüchen wegen der Verletzung von Immaterialgüterrechten, die dem Verletzten zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen sind (sog. Ausschließlichkeitsrechte), kann der Schaden anhand des Verletzergewinns oder der Lizenzanalogie ermittelt werden (vgl. § 14 Abs. 6 MarkenG;⁴² § 97 Abs. 3 UrheberrechtsG; § 139 Abs. 2 PatentG; im georgischen Recht: Art. 45 Nr. 6 ff. საქართველოს კანონი სასაქონლო ნიშნების შესახებ) (Grundsatz der sog. dreifachen Schadensberechnung).⁴³

³⁷ § 8 UWG - Beseitigung und Unterlassung

(1) Wer eine nach § 3 oder § 7 unzulässige geschäftliche Handlung vornimmt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Der Anspruch auf Unterlassung besteht bereits dann, wenn eine derartige Zuwiderhandlung gegen § 3 oder § 7 droht.

³⁸ BGH, Urteil vom 6. Juni 1991 - I ZR 234/89 - GRUR 1991, 921, juris Rn. 32; bei Verletzung eines gewerblichen Schutzrechts: BGH, Urteil vom 17. Mai 2001 - I ZR 291/98 - GRUR 2001, 841, juris Rn. 52

³⁹ umfassende Darstellung bei Raue in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 3. Auflage, § 9 UWG, Rn. 91 ff.

⁴⁰ BGH, Versäumnisurteil vom 24. Februar 2005 - I ZR 101/02 - GRUR 2005, 519, juris Rn. 24; BGH, Beschluss vom 20. Dezember 1990 - III ZR 150/89 - juris Rn. 3

⁴¹ BGH, Beschluss vom 20. Dezember 1990 - III ZR 150/89 - juris Rn. 3; BGH, Urteil vom 28. Januar 1986 - VI ZR 151/84 - NJW 1986, 1486-, juris Rn. 18; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Urteil vom 29. April 2010 - 12 U 184/09 - Schaden-Praxis 2010, 28, juris Rn. 16; Staudinger/Höpfner (2021) BGB § 252), Rn. 11

⁴² § 14 Abs. 6 Markengesetz

Wer die Verletzungshandlung vorsätzlich oder fahrlässig begeht, ist dem Inhaber der Marke zum Ersatz des durch die Verletzungshandlung entstandenen Schadens verpflichtet. Bei der Bemessung des Schadensersatzes kann auch der Gewinn, den der Verletzer durch die Verletzung des Rechts erzielt hat, berücksichtigt werden. Der Schadensersatzanspruch kann auch auf der Grundlage des Betrages berechnet werden, den der Verletzer als angemessene Vergütung hätte entrichten müssen, wenn er die Erlaubnis zur Nutzung der Marke eingeholt hätte.

⁴³ BGH, Urteil vom 26. Februar 2013 - XI ZR 345/10 - ZfSch 2013, 406, juris Rn. 54; BGH, Urteil vom 29. Juni 2010 - KZR 31/08 -

(1) Verletzergewinn

Der Verletzergewinn verkörpert den wirtschaftlichen Wert, der dem verletzten Ausschließlichkeitsrecht auf dem Markt zukommt⁴⁴. Der Anspruch auf seine Auskehrung ist damit zwar nicht unmittelbar auf den Ersatz des konkret entstandenen Schadens gerichtet. Er zielt aber dennoch auf einen angemessenen Ausgleich jenes Vermögensnachteils ab, den der Rechtsinhaber durch die Verletzung seines Ausschließlichkeitsrechts erlitten hat.⁴⁵ Ein (gewollter) Nebeneffekt der Abschöpfung des Verletzergewinns liegt in dessen präventiver Wirkung.⁴⁶

Um dem Ausgleichsgedanken Rechnung zu tragen, wird bei dieser Berechnungsmethode fingiert, dass der Inhaber des Ausschließlichkeitsrechts ohne die Rechtsverletzung durch die Verwertung seines Schutzrechts den gleichen Gewinn wie der Verletzer erzielt hätte.⁴⁷ Die Auskehrung des Verletzergewinns trägt damit keinen pönalen Charakter, sondern bleibt innerhalb der durch das Schadenersatzrecht gezogenen Grenzen. Ihre Besonderheit liegt nur darin, dass sie auf der (von den Realitäten des Wirtschaftslebens getragenen) These basiert, nach welcher erfahrungsgemäß der Inhaber des Rechts denselben wirtschaftlichen Nutzen wie der Verletzer des Rechts gezogen hätte.

(2) Lizenzanalogie

Alternativ kann der Geschädigte im Wege der sog. Lizenzanalogie als Schadensersatz die Lizenzgebühr verlangen, die er selbst am Markt erzielt hätte. Ein entstandener Marktverwirrungsschaden kann (wie

auch bei der Auskehrung des Verletzergewinns) zusätzlich berücksichtigt werden.⁴⁸

Für die Schadensberechnung nach den Grundsätzen der Lizenzanalogie ist maßgeblich, was vernünftige Vertragsparteien bei Abschluss eines Lizenzvertrags als Vergütung für die Benutzung des Immaterialgüterrechts vereinbart hätten. Entscheidend ist mithin der objektive Wert der angemessenen Benutzungsberechtigung, also die angemessene und übliche Lizenzgebühr.⁴⁹ Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die auch bei freien Lizenzverhandlungen auf die Höhe der Vergütung Einfluss gehabt hätten.⁵⁰

Eine Schadensberechnung auf der Grundlage der Lizenzanalogie setzt voraus, dass bei dem von der Rechtsverletzung betroffenen Ausschließlichkeitsrecht die Erteilung von Lizenzen im Geschäftsverkehr (ganz allgemein betrachtet) üblich ist; nicht entscheidend sind die Gepflogenheiten in der konkret in Rede stehenden Branche.⁵¹ Unerheblich ist angesichts der abstrakten Berechnungsweise, ob es bei einem rechtmäßigen Vorgehen des Verletzers im konkreten Fall tatsächlich zu einer entsprechenden Lizenzerteilung gekommen wäre.⁵² Allerdings scheidet eine derartige Schadensberechnung aus, wenn der Inhaber des Immaterialgüterrechts (etwa wegen seines gemeinnützigen Charakters) in ständiger Lizenzierungspraxis ausschließlich unentgeltliche Lizenzen erteilt.⁵³

Die Schadensberechnung nach der Lizenzanalogie stellt einen Anwendungsfall der abstrakten/normativen Schadensberechnung beim Entzug

GRUR Int 2011, 16, juris Rn. 47; OLG Köln, Urteil vom 6. Februar 2024 - I-15 U 314/19 - K&R 2024, 426, juris Rn. 321 ff.; Raue in: Teplitzky/Peifer/Leistner, UWG, 3. Auflage, § 9 UWG, Rn. 101

⁴⁴ BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 - I ZR 201/20 - GRUR 2022, 229, juris Rn. 87; BGH, Urteil vom 24. Juli 2012 - X ZR 51/11 - GRUR 2012, 1226, juris Rn. 16

⁴⁵ BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 - I ZR 201/20 - GRUR 2022, 229, juris Rn. 87; BGH, Urteil vom 2. November 2000 - I ZR 246/98 - GRUR 2001, 329, juris Rn. 24

⁴⁶ BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 - I ZR 201/20 - GRUR 2022, 229, juris Rn. 87; BGH, Urteil vom 14. Mai 2009 - I ZR 98/06 - GRUR 2009, 856, juris Rn. 76

⁴⁷ BGH, Urteil vom 2. November 2000 - I ZR 246/98 - GRUR 2001, 329, juris Rn. 24

⁴⁸ BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 - I ZR 201/20 - GRUR 2022, 229, juris Rn. 85; BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 20/21 - GRUR 2022, 82, juris Rn. 30

⁴⁹ BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 20/21 - GRUR 2022, 82, juris Rn. 13; BGH, Urteil vom 18. Juni 2020 - I ZR 93/19 - GRUR 2020, 990, juris Rn. 12; BGH, Urteil vom 29. Juli 2009 - I ZR 169/07 - GRUR 2010, 239, juris Rn. 20

⁵⁰ BGH, Urteil vom 22. September 2021 - I ZR 20/21 - GRUR 2022, 82, juris Rn. 14

⁵¹ BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 - I ZR 201/20 - GRUR 2022, 229, juris Rn. 81; BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 - I ZR 263/02 - GRUR 2006, 143, juris Rn. 23

⁵² BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 - I ZR 263/02 - GRUR 2006, 143, juris Rn. 22

⁵³ BGH, Urteil vom 16. Dezember 2021 - I ZR 201/20 - GRUR 2022, 229, juris Rn. 82

von Nutzungsrechten dar.⁵⁴ Sie hält sich deshalb innerhalb des schadensrechtlichen Grundsatzes, nach welchem das Schadensersatzrecht den Vermögensnachteil auszugleichen hat, nicht aber die Rechtsverletzung als solche pönal sanktionieren darf. Auch ihr liegt nämlich die These zu Grunde, dass die übliche Lizenzgebühr den wirtschaftlichen Nutzungswert des Immaterialgüterrechts verkörpert und dieser Nutzungswert durch die Rechtsverletzung entzogen wurde.

bb) Rechtslage bei Verstößen gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

Diese Grundsätze wendet die Rechtsprechung auf Schadenersatzansprüche aus Wettbewerbsverstößen (§ 9 UWG) aber nur ausnahmsweise an.

Anerkannt ist diese Berechnungsmethode, soweit es eine wettbewerbswidrige Nachahmung einer durch die Immaterialgüterrechte geschützten Leistung geht (sog. ergänzender wettbewerbsrechtlicher Nachahmungsschutz). Dies beruht darauf, dass dieser wettbewerbsrechtliche Schutz den in den gesetzlichen Bestimmungen zu den Immaterialgüterrechten enthaltenen Schutzbereich um das wettbewerbs-

rechtliche Nachahmungsverbot (früher als „sklavische Nachahmung“ bezeichnet) erweitert⁵⁵ und dass es wegen dieser Nähe sachgerecht ist, die Methoden der Schadenermittlung gleichartig auszugestalten. Gegenstand dieses wettbewerbsrechtlichen Nachahmungsschutzes (§ 4 Nr. 3 UWG)⁵⁶ ist nur der Schutz von Waren und Dienstleistungen in ihrer konkreten Gestaltung, nicht die dahinterstehende abstrakte Idee.⁵⁷

In gleicher Weise lässt die deutsche Rechtsprechung bei der unredlichen Verwertung eines Betriebsgeheimnisses, das dem geschädigten Mitbewerber eine den Immaterialgüterrechten angenäherte Rechtsposition verschafft (etwa innovative technische Lösungen, „Originalwerke“ oder „Erfindungen“), eine Schadenermittlung auf der Basis einer Lizenzanalogie zu.⁵⁸ Dies rechtfertigt sich daraus, dass derartige Betriebsgeheimnisse (selbst wenn sie noch nicht dem Patent- oder Urheberrecht unterliegen) eine Nähe zum Schutzbereich des Immaterialgüterrechts aufweisen und es daher sachgerecht ist, die bei deren Verletzung eröffneten Schadensberechnungen auch auf den wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutz zu übertragen.

⁵⁴ vgl. (BGH, Urteil vom 23. Juni 2005 - I ZR 263/02 - GRUR 2006, 143, juris Rn. 22; BGH, Urteil vom 22. März 1990 - I ZR 59/88 - GRUR 1990, 1008, juris Rn. 20

⁵⁵ vgl. Spoenle in: Seichter, jurisPK-UWG, 5. Aufl., § 4 Nr. 3 UWG (Stand: 06.01.2025, Rn. 12)

⁵⁶ § 4 Mitbewerberschutz

Unlauter handelt, wer ...

3. Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn er

a) eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeiführt,

b) die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausnutzt oder beeinträchtigt oder

c) die für die Nachahmung erforderlichen Kenntnisse oder Unterlagen unredlich erlangt hat;

⁵⁷ BGH, Urteil vom 7. Dezember 2023 - I ZR 126/22 - GRUR 2024, 139, juris Rn. 23; BGH, Urteil vom 4. Mai 2016 - I ZR 58/14 - GRUR 2017, 79, juris Rn. 71

⁵⁸ vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 2010 - KZR 31/08 - GRUR Int 2011, 165, juris Rn. 47; BGH, Beschluss vom 19. März 2008 - I ZR 225/06 - WRP 2008, 938, juris Rn. 6; BGH, Urteil vom 18. Februar 1977 - I ZR 112/75 - GRUR 1977, 539, juris Rn. 41

Text and data mining research exception: the path to the legal woods

Assoc. Prof. Nino Eloshvili

Business and Technology University, Georgian Institute of Public Affairs (Guest Lecturer)

Abstract

The paper addresses the legal framework related to research exemption for text and data mining purposes in the digital era. Copyright has played a vital role in the cultural, intellectual and economic development of countries. Its impact on the development of science is undeniable. Copyright is not an absolute right and is subject to exceptions.¹ These limitations have been considered as an individual and very traditional aspect of each country.² The paper illustrates the challenges associated with the digital era, especially when the intersection of copyright and technology have always been closer rather than other areas of law. Copyright has been perceived that it 'closely follows the evolution of technology.'³ The rapid development of technology requires adaptation to new challenges, but balancing the interests has always been a core value of IP regulation. The paper examines recent approaches and the challenges that have emerged in the context of the interpretation and competition between jurisdictions regarding text and data mining research exemption. The recent judgement from Hamburg District Court has illustrated a set of standards and elements to consider the

Key words: copyright, AI training, text and data mining exception, flexibility, research exception, fair balance.

1. Introduction

AI brings essential merits to society and enhances the process of development, social welfare especially

by providing automatization of human activities.⁴ Consequently, AI has become a leading influence in the evolution of sectors.⁵ Especially, Generative AI become well spread and these rapid technological changes, innovations are paving the path for new regulations. The key question pertains to the timing and methodology of laws. Whether changes to legal rules is fast or ill-conceived, it could lead negative or positive impact for the development of such field.

¹ Hugenholtz P.B., Senftleben M. R. F., Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities, 2011, 6, <<https://www.ivir.nl/publicaties/download/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>> [15.01.2025].

² WIPO, Introduction to Intellectual Property: Theory and Practice, 2nd ed., Wolters Kluwer, 2017, 141.

³ Dreier Th., Developments and Perspective of Copyright From Gutenberg to Data Highways, in: Brunnstein, Sint P.P. (eds.), Intellectual Property Rights and New Technologies: Proceedings of the Knowright'95 Conference, Österreichische Computer Gesellschaft Komitee für Öffentlichkeitsarbeit, 1995, 42.

⁴ Smuclerova M., Kral L., Drchal J., AI Life Cycle and Human Rights Risks and Remedies, in: Quintavalla A., Temperman J., (eds.) Artificial Intelligence and Human Rights, 2023, 16.

⁵ Picht P. G., Brunner V., Schmid R., Artificial Intelligence and Intellectual Property Law: From Diagnosis to Action, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 22-08, 2022, 8.

The purpose of this paper is to address the question of how to respond to technological advancements and what frame is considered 'balanced,'⁶ when the discussion turns to research and text and data mining (TDM) and copyright infringement.

Copyright is not an absolute right and is subject to exceptions.⁷ Over the centuries, technological advances have been a reason for new regulations. International treaties have been updated and recreated over the years, but balancing the interests has always been a core value of IP framework. At WIPO (World Intellectual Property Organization) SCCR (Standing Committee on Copyright and Related Rights) it has been several times underlined that – 'Limitations and exceptions are a fundamental component of a balanced copyright system'.⁸ Copyright has a 'special role in the context of development'⁹ and primarily considering the vital role of the Copyright in the digital age, more caution should be exercised in amending existing rules.¹⁰ The limitations and exceptions have been considered as an individual and very traditional aspect of each country.¹¹ The importance of research exception is undeniable, and almost every copyright systems provides, but whether this regulation covers the emerging technologies become the subject of debate between academia,¹² policymakers and relevant business sector. Therefore, maintaining the balance between the rights of copyright holders and the interests of society has become increasingly

challenging,¹³ especially in our time. Countries are offering open consultations and trying to involve all interested parties.¹⁴ The complexity of AI engenders a more challenging environment, particularly when there are a number of misconceptions related to AI.¹⁵ Consequently, it is imperative that all relevant stakeholders shall participate, and that national stakeholders collectively pursue a globally harmonized course of action.

A number of ongoing cases are being discussed in different parts of the world, but the decision of the Hamburg Regional Court in the case - LAION v Robert Kneschke in September 2024 was the most eagerly awaited decision. It was expected to regulate the essential aspects related to data mining for research and development purposes. The case has attracted significant global attention, with observers eagerly awaiting its further outcome.

The paper provides an overview of development existing regulations and practices, as well as the various of approaches adopted by countries with regard to research exceptions for copyright. The present paper examines frameworks and efforts of to identify suitable solution. As it was declared in the Directive on Copyright in the Digital Single Market (DSM) one of the primary aims of this directive is to address the legal uncertainty related to text and data mining (TDM) for research and cultural heritage institutions.¹⁶ However, how this challenge is being addressed, and the future of research in technologies

⁶ Brownsword R., Scotford E., Yeung K. (eds.), *Law, Regulation, and Technology*, Oxford University Press, 2017, 225.

⁷ Hugenholtz P.B., Senftleben M. R. F., *Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities*, 2011, 6, <<https://www.ivir.nl/publicaties/download/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>> [15.01.2025].

⁸ WIPO, Standing Committee on Copyright and Related Rights, SCCR/43/INF/14, 2023, 13, <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_43/sccr_43_inf_4.pdf> [15.01.2025].

⁹ WIPO, *Introduction to Intellectual Property: Theory and Practice*, 2nd ed., Wolters Kluwer, 2017, 65.

¹⁰ Eloshvili N., *Exploring Copyright Flexibilities and Challenges in the Digital Age: Exceptions and Limitations from the Georgian Perspective*, Vol 13., WIPO-WTO Colloquium for IP Teachers 2022, 2024, 80.

¹¹ WIPO, *Introduction to Intellectual Property: Theory and Practice*, 2nd ed., Wolters Kluwer, 2017, 141.

¹² Trimble M., *Artificial Intelligence and Human Intelligence*, GRUR Int., 2023, 1.

¹³ Eloshvili N., *Exploring Copyright Flexibilities and Challenges in the Digital Age: Exceptions and Limitations from the Georgian Perspective*, Vol 13., WIPO-WTO Colloquium for IP Teachers 2022, 2024, 79.

¹⁴ In 2021, the UK initiated a series of open consultations. The most recent document pertaining to this process was published on 17 December 2024; <<https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-ip-copyright-and-patents>>, <<https://www.gov.uk/government/consultations/copyright-and-artificial-intelligence>> [15.01.2025].

¹⁵ Hoeren Th., *Three myths and a death: Copyright issues in the generation of AI data*, becklink 2032196, 2024, 1.

¹⁶ DIRECTIVE (EU) 2019/790 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, recitals (11).

that are both ambiguous and uncertain, remains to be elucidated. Finally, the paper examines the first decision in the EU regarding TDM exception and ‘lessons learned’.

2. The evolution of the ‘Digital Era’ and the interplay of IP

In the technology-driven era, legislators are more concerned on the regulatory framework. Decades have passed, but the world still faces diverse solutions and lack of unification on IP law and AI issues. Following the release of the Chatgpt, the large language model trained by OpenAI, the discussion on Generative AI has become the spotlight,¹⁷ freely accessible and mostly available for free with various of tools, features being updated on a regular basis.¹⁸ In brief, AI has become a ‘game changer’ and is affecting on people’s lives in various ways.¹⁹

It should be emphasized, the impact of copyright law on the development of AI-based technologies is quite clear.²⁰ Data is the fuel for AI.²¹ This digital era is also known as the ‘big data era’,²² where ‘data drives economies’.²³ Generative AI can’t produce out-

puts without relevant training.²⁴ The importance of data has been discussed worldwide, and various of stakeholders have already pointed out major concerns regarding AI: accessibility and use of data, and necessity of transparency of AI systems.²⁵

Despite the number of attempts, it is still impossible to define the term ‘AI’, the definition is still ambiguous and most of the time it is more than one could imagine.²⁶ Regardless of the technological landscape and current developments, defining AI remains the foremost challenge and the world lacks a notion of AI.²⁷

The OECD is constantly working to update the concept of AI, and the latest updated version is formulated as follows, underling the role of system input-output and the element of autonomy: ‘An AI system is a machine-based system that, for explicit or implicit objectives, infers, from the input it receives, how to generate outputs such as predictions, content, recommendations, or decisions that can influence physical or virtual environments. Different AI systems vary in their levels of autonomy and adaptiveness after deployment.’²⁸

Even in the absence of a harmonized and globally recognized notion of AI, the interplay between AI and IP could be explored in various aspects and components.²⁹

¹⁷ Strowel A., ChatGPT and Generative AI Tools: Theft of Intellectual Labor?, IIC, 2023, 491.

¹⁸ Schönfelder U., Editorial, in: LICHTGEDANKEN – The Research Magazine of the Friedrich Schiller University, 13, 2024, 3.

¹⁹ Artificial intelligence and copyright: use of generative AI tools to develop new content, European Innovation Council and SMEs Executive Agency, 16 July 2024, < https://intellectual-property-helpdesk.ec.europa.eu/news-events/news/artificial-intelligence-and-copyright-use-generative-ai-tools-develop-new-content-2024-07-16-0_en > [15.01.2025].

²⁰ Globocnik J., Desaunettes L., Richter H., ‘Artificial Intelligence, Innovation and Competition: New Tools, New Rules?’ – Report on the Conference of the Max Planck Institute for Innovation and Competition in collaboration with the MPI Alumni Association in Munich, 5 July 2019, GRUR Int., 2019, 795.

²¹ Young S., Harvard’s Library Innovation Lab launches Institutional Data Initiative, 2024, <<https://hls.harvard.edu/today/harvards-library-innovation-lab-launches-initiative-to-use-public-domain-data-to-train-artificial-intelligence/>> [15.01.2025].

²² Geiger Ch, Frosio G, Bulayenko O., Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform - Making the EU Ready for an Age of Big Data?, IIC 2018, 815.

²³ Alpin T., Radauer A., Bader M.A., Searle N., The Role of EU Trade Secrets Law in the Data Economy: An Empirical Analysis, ICC, 2023, 826.

²⁴ Weissert L., Who owns AI-generated works?, in: LICHTGEDANKEN – The Research Magazine of the Friedrich Schiller University, 13, 2024, 38.

²⁵ Globocnik J., Desaunettes L., Richter H., ‘Artificial Intelligence, Innovation and Competition: New Tools, New Rules?’ – Report on the Conference of the Max Planck Institute for Innovation and Competition in collaboration with the MPI Alumni Association in Munich, 5 July 2019, GRUR Int., 2019, 795.

²⁶ Slowinski P. R., Rethinking Software Protection, in: Lee J., Hilty R. M., Liu K-Ch., (eds.), Artificial Intelligence and Intellectual Property, Oxford University Press, 2021, 341.

²⁷ Hoeren Th., Three myths and a death: Copyright issues in the generation of AI data, becklink 2032196, 2024, 1.

²⁸ Explanatory Memorandum on the Updated OECD Definition of an AI System, OECD Artificial Intelligence Papers, No. 8., 2024, 4-6, <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2024/03/explanatory-memorandum-on-the-updated-oecd-definition-of-an-ai-system_3c815e51/623da898-en.pdf> [15.01.2025].

²⁹ Picht P. G., Thouvenin F., AI and IP: Theory to Policy and Back Again – Policy and Research Recommendations at the Inter-

As early as 1995s, during the Proceedings of the Knowright 95 Conference, keynote speaker Dr. Thomas Dreier stated that future scenarios with technologies should be critically examined and 'which one may fairly safely assume', and shall be accompanied by the analysis of economic and policy reasons.³⁰ The role of neural networks was decades ago as a ground for growing economic importance in a number of ways in the future.³¹

In accordance with one of the approaches to the role of IP, is to promote 'fair trading in a way that contributes to economic and social development'.³² In this technology-driven era, AI has taken the leading position and it has become more challenging to define terms and generally framework in all aspects.

Countries define respective exceptions and limitations to copyright law based on their individual approaches. Balanced regulations are a guarantee for economic development, alongside with the protection of rightsholders. The core principle of 'balance' has been several times reiterated at WIPO SCCR – 'Limitations and exceptions are a fundamental component of a balanced copyright system'.³³ The 'balance' needs to be adapted to the rapid technological advancements.

It is important to emphasise, that 'the whole of human development is derivative,' in other words, scientists develop what is already has been done by

precedents.³⁴ This further outlines the essential role of research in the development of every stage and every area. Technological progress has changed the scope and methods of research.

The Covid-19 pandemic was one of the illustrations of the need to move to a new framework.³⁵

The complexity of the technology leads us to ambiguity and, even after decades, lack of the certain definition of what AI means³⁶ and how far it could be developed. Machine learning (ML) and AI are chaotically combined.³⁷ AI has raised new challenges and topics for discussion related to subjects, objects, standards for protection, scope, limitations and exceptions.³⁸ The current technology landscape requires new regulations to be addressed and these exemptions require adaptation to the modern reality. Policy and judicial guidance are of paramount importance at such times. In recent years, it has become quite common to lodge a case on the aspects of AI and copyright at the court in the different parts of the world.³⁹

3.Text and Data mining

The data economy has emerged as a topic of debate around the world. As stated by the EU Commission, data economy was referred to as the 'Fourth Industrial Revolution'.⁴⁰ Respectfully, the relevant technologies and methods play a vital role in the economy,⁴¹ and of course AI is just a key element of 4IR.⁴²

section of Artificial Intelligence and Intellectual Property, IIC, 2023, 937.

³⁰ Dreier Th., Developments and Perspective of Copyright From Gutenberg to Data Highways, in: Brunnstein, Sint P.P. (eds.), Intellectual Property Rights and New Technologies: Proceedings of the Knowright'95 Conference, Österreichische Computer Gesellschaft Komitee für Öffentlichkeitsarbeit, 1995, 31.

³¹ Springorum H., The Protection of Neural Networks According to German and European Law, in: Brunnstein, Sint P.P. (eds.), Intellectual Property Rights and New Technologies: Proceedings of the Knowright'95 Conference, Österreichische Computer Gesellschaft Komitee für Öffentlichkeitsarbeit, 1995, 205.

³² WIPO, Introduction to Intellectual Property: Theory and Practice, 2nd ed., Wolters Kluwer, 2017, 3.

³³ WIPO, Standing Committee on Copyright and Related Rights, SCCR/43/INF/14, 2023, 13, <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_43/sccr_43_inf_4.pdf> [15.01.2025].

³⁴ Laddie J., Copyright: over-strength, over-regulated, over-rated?, in: Vaver D. (eds.), Intellectual Property Rights Critical Concepts in Law II, 2006, 105.

³⁵ Esteve A., Copyright and Open Access to Scientific Publishing, IIC, 2024, 904.

³⁶ Hoeren Th., Three myths and a death: Copyright issues in the generation of AI data, becklink 2032196, 2024, 1.

³⁷ Ibid.

³⁸ Lee J., Hilty R. M., Liu K-Ch. (eds.), Roadmap to Artificial Intelligence and Intellectual Property, in Artificial Intelligence and Intellectual Property, Oxford University Press, 2021, 1.

³⁹ Leistner M., TDM und KI-Training in der Europäischen Union Erste Fingerzeige des LG Hamburg im 'LAION'-Urteil, GRUR, 2024, 1665.

⁴⁰ Geiger Ch, Frosio G, Bulayenko O., Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform - Making the EU Ready for an Age of Big Data?, IIC 2018, 815.

⁴¹ Ibid.

The operation system of ML could be various. Consequently, several types of ML exists, depending on the nature of the formula components,⁴³ with different scenarios of operation.⁴⁴ Therefore, a multitude of machine learning definitions exists, however according to Tom Mitchell it could be formulated as follows: 'A computer program is said to learn from experience E with respect to some class of tasks T, and performance measure P, if its performance at tasks in T, as measured by P, improves with experience E'.⁴⁵

Even ML itself has various of forms and uses different algorithms.⁴⁶ Notwithstanding the nature of the model and algorithm for machine learning, the content of the training data itself has its important part in the learning process.⁴⁷ ML algorithms reflect the theory of computational problem solving, where the search is relevant in the whole process.⁴⁸ However, ML-based AI system are still not transparent for humans and represent 'a black box' and the accelerated pace of development process additionally brings challenges.⁴⁹

Another crucial component is the process of mining is the possibility of copying, which may in some cases infringe the right of reproduction.⁵⁰ As Prof. Dr. M. Leistner points out, 'datasets created and made

available shall not infringe copyright.'⁵¹ The CJEU has persistently interpreted the notion of reproduction very broadly, although it considers that temporary reproduction is 'intended to enable the completion of a technological process of which it forms an integral and essential part' and it must not exceed the required level.⁵²

The concept of text and data mining itself could be variously construed. The DSM directive emphasizes the core principles of the activity, stating in the recitals: 'New technologies enable the automated computational analysis of information in digital form, such as text, sounds, images or data, generally known as text and data mining'.⁵³

Therefore, it should be defined what types of data could be a training material for AI. The types of data could be various: facts, information or copyrighted works.

Original databases are protected under article 10.2 of the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement), while the protection of non-original databases is enshrined in the EU legislation.⁵⁴ The former protection is designed for investment purposes and does not ensure that it could be deemed as 'intellectual property'.⁵⁵ It is noteworthy to mention, that the US Supreme Court has refused copyright protection for factual databases, and the scientific and librarian communities have been against offering a European type of protection for databases in the US.⁵⁶

The data could be categorized into four groups: (1) Uncopyrightable training data, including data which are under public domain (2) Licensed training data, (3) Market-Encroaching Uses, (4) Non-Market-

⁴² Sanders A. K., *Competition and IP Policy for AI – Socio-economic Aspects of Innovation, Artificial Intelligence and Intellectual Property*, Oxford University Press, 2021, 403.

⁴³ Murphy K.P., *Probabilistic Machine Learning – An Introduction*, Massachusetts Institute of Technology, 2022, 1.

⁴⁴ So A. M-Ch., *Technical elements of machine learning for IP Law*, in: Lee J., Hilty R., Liu K-Ch., *Artificial Intelligence and Intellectual property*, Oxford University Press, 2021, 12.

⁴⁵ Murphy K.P., *Probabilistic Machine Learning – An Introduction*, Massachusetts Institute of Technology, 2022, 1.

⁴⁶ *Ibid*, 19.

⁴⁷ *Ibid*.

⁴⁸ Kim D., 'AI-Generated Inventions': Time to Get the Record Straight?, *GRUR Int.* 2020, 449.

⁴⁹ Globocnik J., Desautettes L., Richter H., 'Artificial Intelligence, Innovation and Competition: New Tools, New Rules?' – Report on the Conference of the Max Planck Institute for Innovation and Competition in collaboration with the MPI Alumni Association in Munich, 5 July 2019, *GRUR Int.*, 2019, 797.

⁵⁰ Geiger Ch, Frosio G, Bulayenko O., *Text and Data Mining in the Proposed Copyright Reform – Making the EU Ready for an Age of Big Data?*, *IIC*, 2018, 817.

⁵¹ Leistner M., *TDM und KI-Training in der Europäischen Union Erste Fingerzeige des LG Hamburg im 'LAION'-Urteil*, *GRUR*, 2024, 1667.

⁵² Riccio G. M., *AI, Data Mining and Copyright Law: Remarks about Lawfulness and Efficient Choices*, *MIPRO*, 2024, 1458.

⁵³ DIRECTIVE (EU) 2019/790 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, recitals (8).

⁵⁴ Correa C.M., *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, A Commentary on the TRIPS Agreement*, 2nd ed., 2020, Oxford University Press, 35.

⁵⁵ *Ibid*.

⁵⁶ *Ibid*.

Encroaching Uses;⁵⁷ Data could be collected in a variety of ways, either keeping the copy of the respective file, or to having a temporary copy for the purposes of extracting data.⁵⁸ Any physical work could be digitized and once it is done, this data becomes raw material for computational analysis.⁵⁹ At the initial stage the data collection means access to the data, that will be subject of further analysis.⁶⁰ 'The outcome of any learning process depends, among other things, on the material from which the learner learns.'⁶¹ In summary, the content of training material is of paramount importance to the AI.

The DSM directive provides a broad definition of TDM to cover all existing technologies.⁶² It could therefore be argued that it also covers future technologies.⁶³ The definition of TDM in the directive is construed as following: 'text and data mining' means any automated analytical technique aimed at analysing text and data in digital form in order to generate information which includes but is not limited to patterns, trends and correlations;⁶⁴ As per the UhrG (Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte - Act on Copyright and Related Rights, the definition of TDM is more specific.⁶⁵

4. The scope of the research exception for TDM

The EU and the USA are approaching the new challenges posed by AI differently.⁶⁶ The EU's approach to updating copyright to make it 'fit for the digital age' is indicated in the DSM directive.⁶⁷ The EU regulations on TDM are not harmonized and there are a number of different copyright regimes in EU countries.⁶⁸

As stated in the DSM directive - 'The exceptions and limitations provided for the Directive seek to achieve a fair balance between the rights and interests of authors and other rightsholders, and on the one hand, and of users on the other'.⁶⁹ As part of the changes to the copyright system in 2021, the German Legislator introduced new provisions for TDM in Section 44b, and modified existing limitations in Section 60d.⁷⁰ At every stage of technological advancements the core aim should be to define a 'balance' and taking into account all relevant factors.

In the data-driven age, the purpose of these regulations is to support the development of AI, but the Article 3 of the DSM directive only covers research organisations and cultural heritage institutions for the purposes of scientific research.

A number of cases have been lodged on these matters to the courts in various jurisdictions all over the world regarding the scope of the limitations.⁷¹

⁵⁷ *Sobel B.*, A Taxonomy of Training Data, in: Lee J., Hilty R., Liu K-Ch., Artificial Intelligence and Intellectual property, Oxford University Press, 2021, 229.

⁵⁸ *Guadamuz A.*, A Scanner Darkly: Copyright Liability and Exceptions in Artificial Intelligence Inputs and Outputs, GRUR Int., 2024, 113.

⁵⁹ *Carroll M.W.*, Copyright and the Progress of Science: Why Text and Data Mining is Lawful, American University Washington College of Law, Research Paper, Vol. 53, 2019, 900.

⁶⁰ *Guadamuz A.*, A Scanner Darkly: Copyright Liability and Exceptions in Artificial Intelligence Inputs and Outputs, GRUR Int., 2024, 115.

⁶¹ *So A. M-Ch.*, Technical elements of machine learning for IP Law, in: Lee J., Hilty R., Liu K-Ch., Artificial Intelligence and Intellectual property, Oxford University Press, 2021, 12.

⁶² *Margoni Th., Kretschmer M.*, A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership, and the Future of Technology, GRUR Int., 2022, 687.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ DIRECTIVE (EU) 2019/790 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, Article 2 (2).

⁶⁵ Section 44b (1), Text and data mining, UhrG.

⁶⁶ *Sobel B.*, A Taxonomy of Training Data, in: Lee J., Hilty R., Liu K-Ch., Artificial Intelligence and Intellectual property, Oxford University Press, 2021, 237.

⁶⁷ *Margoni Th., Kretschmer M.*, A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership, and the Future of Technology, GRUR Int., 2022, 685.

⁶⁸ *Wulf J., Löbeth T-J.*, Text und Data Mining: Wenn gewolltes und geschaffenes Recht auseinanderfallen, GRUR, 2024, 738.

⁶⁹ DIRECTIVE (EU) 2019/790 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, recitals (6).

⁷⁰ *Wulf J., Löbeth T-J.*, Text und Data Mining: Wenn gewolltes und geschaffenes Recht auseinanderfallen, GRUR, 2024, 737.

⁷¹ *Leistner M.*, TDM und KI-Training in der Europäischen Union Erste Fingerzeige des LG Hamburg im 'LAION'-Urteil, GRUR, 2024, 1665.

This battle for balance could be similar to the battle over patents in the smartphone era.⁷²

The DSM directive defined a mandatory article for the EU member states ‘to provide for an exception or limitation to the rights for in for reproductions and extractions of lawfully accessible works and other subject matter for the purposes of text and data mining.’⁷³

There is no internationally harmonized notion of what constitutes ‘research’ for all countries. In the EU, the DSM has established the definition of the research institute and its requirements.⁷⁴ In general, almost all jurisdictions provide exemptions for research purposes, but it is uncertain whether such exemptions are still adequate in the digital era or whether the current regime could be considered as outdated.⁷⁵ As discussed, there are a number of ways in which AI can operate, and certainly the operation of training models can be varied, and such a process is another essential aspect of generative models for determining copyright infringement. E. g. generative AI is trained to automatically collect specific data for the learning process from internet sources using web crawlers.⁷⁶

It is possible to train solely the links and a temporary copy of the work in the dataset.

Furthermore, the latent space as another character of the Generative AI means that from the billions of datasets there is no need of having a copy of the images for example, rather for the AI it would be enough to use the clustered and statistical representations of the works instead of having a copy of the

works.⁷⁷ As already discussed, there are different types of technology with various operational systems. Approaches to whether or not there an infringement should be revised for each specific case. There could not be identical decisions or outcomes.

The generative model, which has become the most popular in recent years, is an unsupervised learning task. The information extracted from the training data can itself build a model to generate new data that is similar or related to the training data.⁷⁸

The Hamburg Regional Court is the first court in the EU, to decide a case whether TDM exception is applicable to AI training.⁷⁹ In LAION case, the limitation of TDM and its interplay with AI training were discussed.⁸⁰ The decision is complex in nature and addresses several essential dimensions.

The intricacy of the issue has led to a number of considerations around the decision. The decision has been the subject of both praise and criticism, and has even been described as ‘incomplete’.⁸¹

The main facts of the case were as follows, LAION provides available publicly and free of charge a dataset of image-text pairs. This document contains hyperlinks to the respective images and information related to description of each image. This dataset includes 5.85 billion image-text pairs. Such a dataset can be used for Generative AI training.⁸² For the creation of the dataset, already existing datasets were

⁷² *Waters R.*, ‘Generative AI: how will the new era of machine learning affect you?’ Financial Times, 2023, <<https://www.ft.com/content/1e34f334-4e73-4677-9713-99f85eed7ba0>> [15.01.2025].

⁷³ DIRECTIVE (EU) 2019/790 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, Article 4 (1).

⁷⁴ *Ibid.*, Article 2 (1).

⁷⁵ *Picht P. G., Thouvenin F.*, AI and IP: Theory to Policy and Back Again – Policy and Research Recommendations at the Intersection of Artificial Intelligence and Intellectual Property, IIC, 2023, 927.

⁷⁶ *Lennartz J., Kraetzig V.*, AI Learning as Pastiche Technical Reproduction as Artistic Imitation, GRUR, 2024, 1259.

⁷⁷ *Guadamuz A.*, A Scanner Darkly: Copyright Liability and Exceptions in Artificial Intelligence Inputs and Outputs, GRUR Int., 2024, 114.

⁷⁸ *So A. M-Ch.*, Technical elements of machine learning for IP Law, in: Lee J., Hilty R., Liu K-Ch., Artificial Intelligence and Intellectual property, Oxford University Press, 2021, 21.

⁷⁹ *Pukas J., Nordemann J. B.*, LG Hamburg bereitet Weg für das Speichern von Werken als KI-Trainingsdaten, GRUR-Prax, 2024, 639.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ *Rosati E.*, The German LAION decision: A problematic understanding of the scope of the TDM copyright exceptions and the transition from TDM to AI training, 2024, <<https://ipkitten.blogspot.com/2024/10/the-german-laion-decision-problematic.html>> [15.01.2025].

⁸² Hamburg Regional Court, Germany, Robert Kneschke v LAION e.V., Case No. 310 O 227/23, 7 September 2024, statement of facts, 2.

re-checked for correctness of matching by the respective software.⁸³

In particular, LAION used the ‘Common Crawl’ dataset of the Common Crawl Foundation. The defendant downloaded these files from the indicated links and used software to check whether the image descriptions matched with the content itself.⁸⁴ Among other key facets of the decision, the central issue for interpretation in this case was whether the limitations are applicable for creating datasets.⁸⁵

The interpretation for reservation rights and machine-readability form represented one of core issues in this case. The following wording was mentioned as ‘reservation’ in the terms and conditions of the respective web-page where data was allocated:

‘RESTRICTIONS
YOU MAY NOT:

18. Use automated programs, applets, bots or the like to access the XXX.com website or any content thereon for any purpose, including, by way of example only, downloading Content, indexing, scraping or caching any content on the website.’⁸⁶

According to the 4 (3) Article of the DMS directive limitations apply unless if such rights have been reserved by their rightsholders in an appropriate manner, e.g. in machine-readable form in the case of content made publicly available online. The same approach is enshrined in Section 44b (3) of the UrhG. The court explicitly indicated that research institutes are allowed for TDM even against reservation of rights.⁸⁷

Another complex set of issues may arise in relation to ‘machine-readable form’. As the court stated in the decision, ‘a reservation of use written in natural language is also machine-readable’, but this reflects viewpoint of the minority.⁸⁸ How should the reservation be drafted, expressed and what criteria shall it satisfy represents another theme for exploring. A number of questions may arise in the practice.⁸⁹ In the context of *obiter dictum*, the issue of defining machine-readability proved to be the most challenging of all the questions that were posed.⁹⁰ Natural language may also be a machine-readable form where a case-by-case assessment is required from the technical development overview.⁹¹ The term of ‘machine-readable form’ is very controversial, which could be interpreted in a broad or narrow way⁹² and itself depends on technological advancements.⁹³ Another matter, which was not overviewed by the court is accessibility to the reservation. If the reservations are hidden, it is more difficult for the machine to detect such a reservation.⁹⁴ A further concern may be who should make such reservations. If the author has no control over the website where the reservation is published, how should be such case resolved? Who will ultimately be responsible for and to what extent?⁹⁵

The only undisputed point is that the ‘training activities’ within the meaning of the UrhG, constitute a

⁸³ Hamburg Regional Court, Germany, Robert Kneschke v LAION e.V., Case No. 310 O 227/23, 27 September 2024, statement of facts, 2.

⁸⁴ Pech S., Löwe im Schafspelz? – Urheberrechtliche Zulässigkeit der Erstellung eines Datensatzes für KI-Training, Rdi, 2024, 628.

⁸⁵ Leistner M., TDM und KI-Training in der Europäischen Union Erste Fingerzeige des LG Hamburg im ‘LAION’-Urteil, GRUR, 2024, 1665.

⁸⁶ Hamburg Regional Court, Germany, Robert Kneschke v LAION e.V., Case No. 310 O 227/23, 27 September 2024, statement of facts, 2-3.

⁸⁷ Hoeren Th., Three myths and a death: Copyright issues in the generation of AI data, becklink 2032196, 2024, 3.

⁸⁸ Leistner M., TDM und KI-Training in der Europäischen Union Erste Fingerzeige des LG Hamburg im ‘LAION’-Urteil, GRUR, 2024, 1667.

⁸⁹ *Ibid*, 1671.

⁹⁰ *Ibid*, 1672.

⁹¹ *Ibid*.

⁹² Paal B.P., Copy-Paste oder Copyright? – Urheberrechtliche Herausforderungen beim KI- Training, 2024, 1242; see also: Wulf J., Löbeth T-J., Text und Data Mining: Wenn gewolltes und geschaffenes Recht auseinanderfallen, GRUR, 2024, 738.

⁹³ Amos M., Fotograf unterliegt: Verein durfte Bild öffentlich für KI-Training anbieten, beck-aktuell eds., becklink 2032062, 2024, 3672.

⁹⁴ Leistner M., TDM und KI-Training in der Europäischen Union Erste Fingerzeige des LG Hamburg im ‘LAION’-Urteil, GRUR, 2024, 1673.

⁹⁵ Wulf J., Löbeth T-J., Text und Data Mining: Wenn gewolltes und geschaffenes Recht auseinanderfallen, GRUR, 2024, 738.

reproduction.⁹⁶ AI is very much a complex interaction of neural networks, but these models do not contain a copy of the specific work.⁹⁷ When AI receives a prompt, it does not need to go back to the work, and it works based on the leaner and set of abstract concepts.⁹⁸ Japanese law on this matter focuses on the nature of the reproduction in relation to the AI training process and underlines that if the copies are not recognized by human senses there should be no obligation to obtaining the consent from the right holder.⁹⁹

The court further analysed the concept of ‘temporary reproduction’ concluding that it was not applicable to the specific facts of the case, regarded as a sound valid legal assessment.¹⁰⁰ In spite the defendant position that these images were deleted in an automated manner and therefore such reproduction had no independent economic significance and only, hyperlinks were included.¹⁰¹ In this case, ‘deletion’ was not an automatic format and it was controlled by the individual. Although the datasets are of a ‘temporary nature’ it does not satisfy the requirements set forth by UrhG and does not constitute a ‘temporary reproduction.’¹⁰² Further, the crucial aspect of no independent economic significance for the creation of datasets would not be applied, because of the importance of the development of AI models or the creation of a datasets.¹⁰³ To summarize, according to the judgement of this landmark case, temporary re-

production was not relevant due to the absence of automatic deletion.¹⁰⁴

The judgement deals with Section 44b of the UrhG in *obiter dictum*.¹⁰⁵ Due to text and data mining, the creation of datasets is the subject to this article in any case¹⁰⁶ and regardless of the production of a dataset.¹⁰⁷ While the court affirmed that the limitations of Section 60d of the UrhG apply, other limitations were not relevant to this case, including Section 44b of the UrhG (Text and Data Mining).¹⁰⁸ Generally, two stages shall be identified – one is text and data mining, and the next step would be AI training using the dataset. As per Prof. Dr. Volker Michael Jänich has contended: ‘such AI training represents a breach of copyright.’ And from the legal point, whether this provision covers the training of AI models with copyright-protected works remains ambiguous.¹⁰⁹ It should be emphasized, that ‘DSM directive does not mention the used of text and data by AI systems.’¹¹⁰

A further aspect which was defined in the decision was the commercial angles of research institute. Funding is essential to research institute; however, it remains to be defined which elements will be considered in the assessment of the institute’s commercial aspects. It is worth noting that, each and every tech giant has research teams but the scope of the research institute in the EU shall satisfy the requirements defined by DSM directive. Research institutes and universities have a pivotal role in shaping ‘innovation ecosystem’, with numerous efforts being carried out for technology transfer and commercializa-

⁹⁶ Leistner M., TDM und KI-Training in der Europäischen Union Erste Fingerzeige des LG Hamburg im ‘LAION’-Urteil, GRUR, 2024, 1666.

⁹⁷ Guadamuz A., A Scanner Darkly: Copyright Liability and Exceptions in Artificial Intelligence Inputs and Outputs, GRUR Int., 2024, 115.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ Lennartz J., Kraetzig V., AI Learning as Pastiche Technical Reproduction as Artistic Imitation, GRUR, 2024, 1260.

¹⁰⁰ Leistner M., TDM und KI-Training in der Europäischen Union Erste Fingerzeige des LG Hamburg im ‘LAION’-Urteil, GRUR, 2024, 1666.

¹⁰¹ Hamburg Regional Court, Germany, Robert Kneschke v LAION e.V., Case No. 310 O 227/23, 27 September 2024, statement of facts, 5.

¹⁰² Leistner M., TDM und KI-Training in der Europäischen Union Erste Fingerzeige des LG Hamburg im ‘LAION’-Urteil, GRUR, 2024, 1666.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Hamburg Regional Court, Germany, Robert Kneschke v LAION e.V., Case No. 310 O 227/23, 27 September 2024, 8.

¹⁰⁵ Leistner M., TDM und KI-Training in der Europäischen Union Erste Fingerzeige des LG Hamburg im ‘LAION’-Urteil, GRUR, 2024, 1666.

¹⁰⁶ *Ibid.*, 1668.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Pech S., Löwe im Schafspelz? – Urheberrechtliche Zulässigkeit der Erstellung eines Datensatzes für KI-Training, Rdi, 2024, 629.

¹⁰⁹ Weissert L., Who owns AI-generated works?, in: LICHTGEDANKEN – The Research Magazine of the Friedrich Schiller University, 13, 2024, 39.

¹¹⁰ Picht P. G., Thouvenin F., AI and IP: Theory to Policy and Back Again – Policy and Research Recommendations at the Intersection of Artificial Intelligence and Intellectual Property, IIC, 2023, 928.

tion of the projects.¹¹¹ Considering these elements and its role formulation in DSM directive provides a broader version, but the question of what should be considered a commercial research institute remains open to debate. One potential interpretation is if the research institute is engaged in projects for and on behalf of the clients, it becomes similar to commercial entity rather than research institute.

In this respect, some countries approaches are quite specific and they are making additional reference to non-commercial dimension - e.g. in the UK research exception applies only for non-commercial purposes.¹¹² The non-commercial requirement – in the LAION case was quite clear. They offered datasets publicly available and free of charge. The organisation and even its funding were not considered as a relevant aspect to define as a commercial entity.¹¹³ It might be debated whether LAION represented a pure scientific research institute, as its staff also worked for profit-oriented organization (Stability AI), but the court rejected this opinion. The court stated that private company did not influence the research institute. Furthermore, the copyright holder did not even question the claim if any preference were given to the Stability AI for the research result.¹¹⁴ An additional matter for debate for the future represents, how should be used such datasets and whether companies are entitled or not to implement during their business operation.¹¹⁵ However, the answer to this question is still vague.

As it has been already indicated, the court dealt with numerous essential aspects and for certain details it tried to interpret broadly. Section 60d of the UrhG imposes limitation for copyright holders for re-

search purposes. In the Hamburg Case in spite of the fact that the data could be used to further train AI, did not affect the court's outcome.¹¹⁶ The LG Hamburg Court has issued a definitive ruling affirming permissibility of data mining for scientific research purposes.¹¹⁷ 'Creating a dataset for training artificial intelligence (AI) models through web scraping publicly available images, ... constitutes a legitimate form of text and data mining (TDM) for scientific research purposes.'¹¹⁸ The ruling implies the idea that even the EU legislator did not consider the implications of artificial intelligence 'AI problem' on its 'radar' when adopting the DSM directive, it still shall be applied for.¹¹⁹ A further crucial consideration of the court decision was a rejection of a restrictive interpretation of the three-step-test from Infosoc, Article 5.¹²⁰ To summarize, the court dismissed the action and justified dependants' activities in accordance with the Section 60d of the UrhG.

The interpretation and scope of the definition is still the subject of continual discussion. While the Directive is a very recent one, as of yet there is no ECJ case law on these issues, but the LG Hamburg has already decided the case in favour of LAION, particularly in favour to research activities regarding AI.

The plaintiff lodged an appeal against LAION¹²¹ and the stance of the higher court remains the focal point.

If one of the objectives of DSM is a development of new applications or technologies,¹²² the question

¹¹¹ WIPO, Incentives in Technology Transfer A guide to encourage, recognize and reward researchers and professionals, 2024, 17, <<https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo-pub-2002-en-incentives-in-technology-transfer.pdf>> [15.01.2025].

¹¹² Guadamuz A., A Scanner Darkly: Copyright Liability and Exceptions in Artificial Intelligence Inputs and Outputs, GRUR Int., 2024, 119.

¹¹³ Hoeren Th., Three myths and a death: Copyright issues in the generation of AI data, becklink 2032196, 2024, 3.

¹¹⁴ Ibid, 3-4.

¹¹⁵ Guadamuz A., A Scanner Darkly: Copyright Liability and Exceptions in Artificial Intelligence Inputs and Outputs, GRUR Int., 2024, 119.

¹¹⁶ Amos M., Fotograf unterliegt: Verein durfte Bild öffentlich für KI-Training anbieten, beck-aktuell eds., becklink 2032062, 2024, 3672.

¹¹⁷ Hoeren Th., Three myths and a death: Copyright issues in the generation of AI data, becklink 2032196, 2024, 3.

¹¹⁸ EUIPO, Germany - Hamburg District Court, 310 O.22723, LAION v Robert Kneschke, 27 September 2024, <<https://www.euipo.europa.eu/en/law/recent-case-law/germany-hamburg-district-court-310-o-22723-laion-v-robert-kneschke>> [15.01.2025].

¹¹⁹ Pukas J., Nordemann J. B., LG Hamburg bereitet Weg für das Speichern von Werken als KI-Trainingsdaten, GRUR-Prax, 2024, 639.

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Pech S., Löwe im Schafspelz? – Urheberrechtliche Zulässigkeit der Erstellung eines Datensatzes für KI-Training, Rdi, 2024, 631.

raises whether judicial bodies should accord precedence to technological advancements over the interests of copyright holders. These inquiries persist in the absence of definitive regulations.

5. Way forward: What are the next steps?

The interplay between AI and IP is a complex and multifaceted one, with many nuances and implications. One of the most challenging aspects of this relationship is determining which party has the capacity to influence or modify the scope of the other. This question is not easily answered and requires a detailed understanding of the correlation between these two fields. And it represents harder to respond.¹²² Meanwhile, AI tools are extensively utilised, even for IPR purposes.¹²⁴ The nature of AI is inherently global and cross-border in nature¹²⁵ and there is a pressing need for harmonization the regulations on AI training.¹²⁶ Along with protection of copyright holders a number of initiatives have emerged, such as creation platforms for the verification of training.¹²⁷ The website <https://haveibeenentrained.com/about> offers help to authors to identify if their works were used for AI training.¹²⁸ A similar tool is a 'Nightshade'.¹²⁹

From a negative point of view on the development of AI, 'horror scenarios' have also spread pointing to the replacement of humanity by AI.¹³⁰ Moreover, one may analyse the impact of digital technology on cognitive abilities. A number of studies have shown that when people have access to information, they do not remember information but the place where they can access it. This effect is known as the 'Google effect'. Such position may lead to negative changes in human memory and learning ability.¹³¹ What has to be admitted, is that rejecting technologies by avoiding the provision of relevant legislation could have a negative impact rather than a positive.

A notable development is the recent announcement by Harvard's Library Innovation Lab of a significant institutional data initiative. The initiative involves the utilization of public domain works which are reserved in libraries, for the training of AI. The programme director, Greg Leppert, underscores the mission – to build a better AI future.¹³² As long as the quality of data remains essential, the dataset of Harvard will be a healthy diet for AI training.¹³³ It has been previously observed that utilising public domain works alone for training AI may result in suboptimal outcomes.¹³⁴ However, this approach, in conjunction with the digitisation of public domain works, is likely to lead to more favourable results. Along with these initiatives, there are numerous open access datasets, including Creative Commons data.¹³⁵ Besides, the internet offers access to a variety of works suitable for use in AI training.¹³⁶

It should be noted, that the UK Intellectual Property Office periodically conducts open consultations

¹²² DIRECTIVE (EU) 2019/790 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, recitals (18).

¹²³ *Gervais D.*, Is Intellectual Property Law Ready for Artificial Intelligence? GRUR Int., 2020, 117.

¹²⁴ *Picht P. G., Thouvenin F.*, AI and IP: Theory to Policy and Back Again – Policy and Research Recommendations at the Intersection of Artificial Intelligence and Intellectual Property, IIC, 2023, 936.

¹²⁵ *Thongmeensuk Th.*, Rethinking copyright exceptions in the era of generative AI: Balancing innovation and intellectual property protection, The Journal of World Intellectual Property, 27, 2024, 280.

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ *Strowel A.*, ChatGPT and Generative AI Tools: Theft of Intellectual Labor?, IIC, 2023, 494.

¹²⁸ Have I been trained?, <<https://haveibeenentrained.com/about>> [15.01.2025].

¹²⁹ *Weissert L.*, Who owns AI-generated works?, in: LICHTGEDANKEN – The Research Magazine of the Friedrich Schiller University, 13, 2024, 39. <<https://nightshade.cs.uchicago.edu/aboutus.html>> [15.01.2025].

¹³⁰ *Schönfelder U.*, Editorial, in: LICHTGEDANKEN – The Research Magazine of the Friedrich Schiller University, 13, 2024, 3.

¹³¹ *Trimble M.*, Artificial Intelligence and Human Intelligence, GRUR Int., 2023, 1-2.

¹³² *Young S.*, Harvard's Library Innovation Lab launches Institutional Data Initiative, 2024, <<https://hls.harvard.edu/today/harvards-library-innovation-lab-launches-initiative-to-use-public-domain-data-to-train-artificial-intelligence/>> [15.01.2025].

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ *Guadamuz A.*, A Scanner Darkly: Copyright Liability and Exceptions in Artificial Intelligence Inputs and Outputs, GRUR Int., 2024, 116.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ *Ibid.*, 112.

on the intersection of IP and AI. The most recent consultation document was published on 17th of 2024 December.¹³⁷

The EU has already stated that such regulations are essential ‘... there is a risk that the Union’s the competitive position as a research area will suffer, unless steps are taken to address the legal uncertainty concerning text and data mining.’¹³⁸ A number of countries have enacted more detailed regulation at the national level. Swiss Copyright Act is significantly broader, and its broader wording should cover the use of copyrighted works by AI system, for research and commercial setting.¹³⁹ Before the directive, some countries, including Germany, France, legislation provided with such exception for non-commercial purposes. On the other hand, other countries like Japan offered to cover commercial purposes as well.¹⁴⁰ Chinese Copyright law does not provide provision on exception related to TDM, and there is ambiguity.¹⁴¹

Ultimately, the differences between jurisdictions will lead to competitive disadvantages.¹⁴² Choosing the ‘appropriate legislation’ becomes more challenging as competition between legal systems has already begun.¹⁴³ The option of fair use is also obscure until it comes to final court decision. But the non-exhaustive

list of exceptions provides flexibility to consider of current technological possibilities. In the Google Books case regarding making digital copies of the books, it was declared that the even Google’s commercial interests didn’t justify denying fair use.¹⁴⁴

Additionally, this could also be challenging for commercial purposes, as the current framework does not provide for specific rates for copyright holders and specific procedures for granting consent. Such enormous data itself makes it impossible to obtain licenses for each and every work.¹⁴⁵ It will be impossible to obtain relevant confirmations and to coordinate with individual rightsholders. In this scenario, collecting societies should play a vital role.¹⁴⁶ Afterwards, the concern will be raised how should be remuneration determined.¹⁴⁷

The EU should consider explicit provisions and broader research exceptions in copyright law, even for the *sui generis* right in databases.¹⁴⁸ It is important to note, that the CJEU emphasizes that the Infosoc Directive must to be interpreted in accordance with fundamental rights.¹⁴⁹

Research is closely linked to development, and in this era, when AI remains to be ‘a black box’, additional efforts shall be made at the legislative level to ensure a full understanding of the emerging technologies.

Despite the recent decision of the LG Hamburg in the LAION Case, it still is unclear under which circum-

¹³⁷ Copyright and AI: Consultation, Crown Copyright, UK, 2024, <<https://www.gov.uk/government/consultations/copyright-and-artificial-intelligence/copyright-and-artificial-intelligence#copyright-and-artificial-intelligence>> [15.01.2025].

¹³⁸ DIRECTIVE (EU) 2019/790 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, recitals (10).

¹³⁹ Picht P. G., Thouvenin F., AI and IP: Theory to Policy and Back Again – Policy and Research Recommendations at the Intersection of Artificial Intelligence and Intellectual Property, IIC, 2023, 928.

¹⁴⁰ Riccio G. M., AI, Data Mining and Copyright Law: Remarks about Lawfulness and Efficient Choices, MIPRO, 2024, 1458.

¹⁴¹ Lu W., Yozhi W., Chongwu W., Application of Copyright Exceptions under Text and Data Mining Technology, Proceedings of the 2nd International Conference on Intelligent Data Communication Technologies and Internet of Things, IEEE, 2024, 1147-1148.

¹⁴² Riccio G. M., AI, Data Mining and Copyright Law: Remarks about Lawfulness and Efficient Choices, MIPRO, 2024, 1458.

¹⁴³ Paal B.P., Copy-Paste oder Copyright? – Urheberrechtliche Herausforderungen beim KI-Training, 2024, 1242.

¹⁴⁴ Strowel A., ChatGPT and Generative AI Tools: Theft of Intellectual Labor?, IIC, 2023, 493.

¹⁴⁵ Thongmeensuk Th., Rethinking copyright exceptions in the era of generative AI: Balancing innovation and intellectual property protection, The Journal of World Intellectual Property, 27, 2024, 280.

¹⁴⁶ Riccio G. M., AI, Data Mining and Copyright Law: Remarks about Lawfulness and Efficient Choices, MIPRO, 2024, 1459; see also Paal B.P., Copy-Paste oder Copyright? – Urheberrechtliche Herausforderungen beim KI-Training, 2024, 1242.

¹⁴⁷ Riccio G. M., AI, Data Mining and Copyright Law: Remarks about Lawfulness and Efficient Choices, MIPRO, 2024, 1461.

¹⁴⁸ Picht P. G., Thouvenin F., AI and IP: Theory to Policy and Back Again – Policy and Research Recommendations at the Intersection of Artificial Intelligence and Intellectual Property, IIC, 2023, 927.

¹⁴⁹ Lennartz J., Kraetzig V., AI Learning as Pastiche Technical Reproduction as Artistic Imitation, GRUR, 2024, 1261.

stances could be copyright infringement avoided, even for research purposes.

‘Nature teaches us another lesson’¹⁵⁰ – and this should simply be an answer to the persistent discourse. The decision in the LAION case is considered a ‘gold standard’ in the context of TDM for research purposes, which is essential for relevant non-commercial research activities in Germany.¹⁵¹ The LAION case has illustrated there is a need for a prompt reaction, for a precise, explicit legal framework for research purposes.

6. Conclusion

We are in the ‘phase’ when AI and IP in particular have a ‘increasing practical relevance.’¹⁵² AI is revolutionizing almost every industry and AI itself urges the countries for a legislative formation. International economic forums or policy meetings typically include deliberations regarding AI. The most recent World Economic Forum also dedicated its discussions to ‘AI, tech and the Intelligent Age.’¹⁵³ Moreover, the 46th WIPO SCCR, to be held in April 2025, has already indicated on its agenda the discussion of limitations and exceptions for educational and research institutions, as well as an analysis of the opportunities and challenges posed by generative AI in relation to copyright.¹⁵⁴ Considering the capacity of AI – a deep understanding of AI has a core value for society. For the time being, it remains as ‘a black box,’ and further research is needed.

Whereas, Copyright is not an absolute right and is subject to limitations and exceptions,¹⁵⁵ relevant amendments shall be defined in line with the modern technology. Consequently, it would be impossible to achieve a comprehensive understanding without relevant exceptions for scientific research.

Beside the concerns raised during the era of accelerated technology, these limitations have been considered as an individual and very traditional aspect of each country.¹⁵⁶ While, globalisation has led the world towards de-territorialization, this phenomenon will not disappear; rather, it is gradually eroding.¹⁵⁷ National solutions may be diverse and very individual, but in the end, it impacts the formation of AI ecosystems, which are becoming a major component of economy and has a worldwide influence. In the context of global challenges, harmonised actions are imperative, requiring the development of a harmonised framework and system. The exceptions to copyright, particularly those related to fair use, are recognised as a means for countries to gain a competitive advantage in their respective markets.

However, it should be noted that divergent regulations and practices can impede the development process, potentially could result in reduction of benefits for the country.¹⁵⁸

Copyright has always had a pivotal role in the development process. Technology and other evolutionary developments should not constitute a challenge to the IP law, rather it should serve as a catalyst for relevant changes to the existing regulations and practice. If the printing machine had been refused due to concerns over infringement cases, the vast opportunities and possibilities we often take as granted today might not exist. As Prof. Dr Christoph Demmerling

¹⁵⁰ Hugenholtz P.B., *Fierce Creatures – copyright exemptions: towards extinction?*, in: Vaver D. (eds.), *Intellectual Property Rights Critical Concepts in Law II*, 2006, 239.

¹⁵¹ Leistner M., *TDM und KI-Training in der Europäischen Union Erste Fingerzeige des LG Hamburg im „LAION“-Urteil*, GRUR, 2024, 1674-1675.

¹⁵² Picht P. G., Brunner V., Schmid R., *Artificial Intelligence and Intellectual Property Law: From Diagnosis to Action*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 22-08, 2022, 2.

¹⁵³ *AI, tech and the intelligent age at Davos 2025: What to know*, 2025, <<https://www.weforum.org/stories/2025/01/industries-in-the-intelligent-age-ai-tech-theme-davos-2025/>> [31.01.2025].

¹⁵⁴ WIPO, SCCR/46/1 PROV., *Draft Agenda*, 15.01.2025, 1, <https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_46/sccr_46_1_prov.pdf> [15.01.2025].

¹⁵⁵ Hugenholtz P.B., Senftleben M. R. F., *Fair Use in Europe. In Search of Flexibilities*, 2011, 6, <<https://www.ivir.nl/publicaties/download/Fair%20Use%20Report%20PUB.pdf>> [15.01.2025].

¹⁵⁶ WIPO, *Introduction to Intellectual Property: Theory and Practice*, 2nd ed., Wolters Kluwer, 2017, 141.

¹⁵⁷ Dutfield G., Sithersaen U., *Global Intellectual Property Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 2015, 3.

¹⁵⁸ *Adopting AI-friendly regulations could generate additional income and contribute to economic growth. Guadamuz A., A Scanner Darkly: Copyright Liability and Exceptions in Artificial Intelligence Inputs and Outputs*, GRUR Int., 2024, 119.

noted: 'AI is a tool, just as a saw, a car and a pocket calculator are all tools.'¹⁵⁹ And even though, maintaining the balance between the rights of copyright holders and the interests of society has become increasingly challenging,¹⁶⁰ an adequate and comprehensive legal framework for research exception is required.

DSM directive has an essential purpose in technology development process, but the recent case from Germany has illustrated several issues which in future shall be clarified at a legislative level. The decision on the LAION case is regarded as 'a gold standard' in terms of considering relevant elements and aspects of the text and data mining process. However, the extent to which exemptions should be inter-

preted remains unclear. The ambiguity of the regulations is likely to have a detrimental effect on the development of AI.¹⁶¹

The purpose of the paper was to illustrate that, notwithstanding the amendments to the regulations, a precisely outlined legal framework remains necessary.

To summarize, research has always played a vital role in development of technology. In this era, AI has become leading subject for discussion, which still represents 'a black box' and science have to acquire substantive knowledge. Considering these reasons, the path to the future relates to obtaining in-depth insights regarding AI in other words - 'Learn and let learn.'¹⁶²

¹⁵⁹ *Laudien S.*, Lacking consciousness and rationality, in: LICHTGEDANKEN – The Research Magazine of the Friedrich Schiller University, 13, 2024, 40.

¹⁶⁰ *Elovshvili N.*, Exploring Copyright Flexibilities and Challenges in the Digital Age: Exceptions and Limitations from the Georgian Perspective, Vol 13., WIPO-WTO Colloquium for IP Teachers 2022, 2024, 79.

¹⁶¹ *Thongmeensuk Th.*, Rethinking copyright exceptions in the era of generative AI: Balancing innovation and intellectual property protection, The Journal of World Intellectual Property, 27, 2024, 280.

¹⁶² *Schönfelder U.*, Editorial, in: LICHTGEDANKEN – The Research Magazine of the Friedrich Schiller University, 13, 2024, 3.

Aspekte der Unabhängigkeit eines Richters: Innere Unabhängigkeit – Mission Impossible?

Lia Shatberashvili

Privatdozentin an der Staatlichen Universität Tbilisi

Coram iudice et in alto mari sumus in manu Dei¹

1. Einführung: Worüber reden wir überhaupt?

Es ist bereits zum Axiom geworden, dass die Unabhängigkeit des Richters eine notwendige Voraussetzung für die Existenz eines fairen und unabhängigen Justizsystems ist. Wir haben dies im ersten Teil dieser Artikelserie ausführlich besprochen.² Der Begriff der Unabhängigkeit eines Richters gilt in der Rechtswissenschaft als vielschichtiges und komplexes Phänomen. Man unterscheidet zwischen der institutionellen (äußeren, objektiven) und der persönlichen (inneren, internen) Unabhängigkeit des Richters. Institutionelle Unabhängigkeit impliziert die Ausübung der Tätigkeit eines Richters unter den Bedingungen vielfältiger interagierender externen Faktoren – Regierung, Gesellschaft, Medien, Gerichtsverwaltung, Politik in einem miteinander verflochtenen Netzwerk. Alle diese Faktoren können einen Richter beeinflussen. Deshalb ist es wichtig, den Grundsatz der Gewaltenteilung zu schützen und das richtige Gleichgewicht

zwischen der Exekutive, der Legislative und der Judikative herzustellen, um die Unabhängigkeit der Judikative von anderen Gewalten zu gewährleisten. Die Justizverwaltung ist ebenso so zu gestalten, dass die Möglichkeit einer Beeinflussung der Unabhängigkeit des Richters weitestgehend vermieden wird.

Doch wie Gerd Pfeiffer, Vorsitzender des deutschen Bundesgerichtshofs von 1977 bis 1987, sagte, es *müßte schon „... fast primitiv anmuten, wenn man die Unabhängigkeit des Richters nur in der Sicherung seiner Freiheit von Weisungen oder sonstigen Eingriffen der Exekutive sehen wollte. Zwangsläufig müssen Faktoren, die für das Vorverständnis des Richters prägend sind und auf diese Weise die Entscheidungsfindung beeinflussen können, ein stärkeres Gewicht erlangen. Die innere Unabhängigkeit wird ein Thema“*.³

Nach den vom Deutschen Richterbund verabschiedeten Regeln der Richterethik ist ein ... *Bestandteil der Unabhängigkeit ... „immer auch die innere Unabhängigkeit des Richters.“ Seine Entwicklung und Aufrechterhaltung ist eine Aufgabe, die persönlich*

¹ Vor Gericht und auf hoher See ist man allein in Gottes Hand (Römisches Sprichwort)

² Lia Shatberashvili / Koba Kalichava, Ausgewählte Aspekte der richterlichen Unabhängigkeit im Kontext der europäischen Integration: Eine vergleichende Analyse (Teil 1), Journal of Public Law, 1/2023, TSU Press, 2023, 94.

³ Gerd Pfeiffer, Die innere Unabhängigkeit des Richters, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 1, Berlin 1987, 68.

dem Richter und Staatsanwalt obliegt und in deren alleiniger Verantwortung liegt“⁴.

Selbst die Schaffung idealer Bedingungen für die institutionelle Unabhängigkeit wird daher vergeblich sein, wenn der Richter selbst nicht innerlich frei und unabhängig ist. Diese sehr dramatisch klingende Aussage verdient eine detaillierte Analyse.

Wir sind uns einig, dass ein Richter frei von jeglichen äußeren Einflüssen sein sollte, die seine institutionelle Unabhängigkeit gefährden würden, er sollte sich jedoch gleichzeitig durch innere Unabhängigkeit auszeichnen, was unserer Vorstellung eines „idealen Richters“ entsprechen würde.

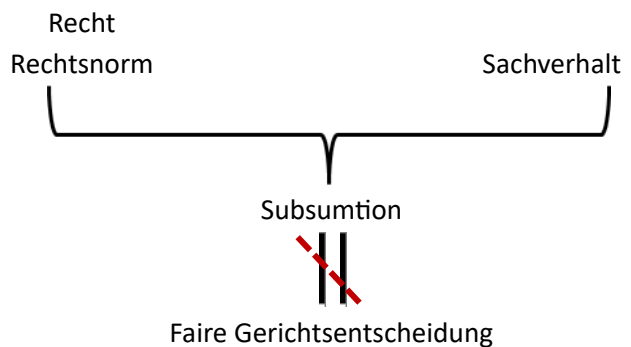
Während die institutionelle Unabhängigkeit durch die Schaffung der Rahmenbedingungen rund um den Richter mehr oder weniger gewährleistet werden kann, unterliegt die innere Unabhängigkeit nicht der Festlegung, Messung und erst recht nicht der externen Steuerung. Studien über die interne Unabhängigkeit von Richtern sind im Vergleich zu Fragen der institutionellen Unabhängigkeit noch seltener.

2. Was ist überhaupt diese „innere Unabhängigkeit“ – Unabhängigkeit von was oder von wem?

Der berühmte Ausspruch aus römischen Quellen: „Vor Gericht und auf hoher See ist man allein in Gottes Hand“ bedeutet nichts anderes, als dass man vor Gericht vor nichts geschützt und sicher ist, denn die Richter willkürlich nach Gutdünken entscheiden, und man nur dem Gottes Gnaden ausgeliefert sei. Obwohl der Ursprung dieses Aphorismus in ganz anderen Zeiten und Beziehungen liegt, hört man ihn immer noch oft z.B. in Deutschland.

Das Ziel der unabhängigen Justiz besteht darin, eine korrekte und gerechte Rechtsprechung zu gewährleisten, was unter der Bedingung erreicht wird, dass der Richter nur das bestehende Recht und Gesetz anwendet, ohne äußere und innere Einflüsse zu berücksichtigen – also, dass er nur vom Recht und Gesetz abhängig ist. Das ist unsere Vorstellung von einem „idealen Richter“. Das heißt, „gute“, „richtige“ Justiz impliziert die Anwendung der **Rechtsnorm** in-

nerhalb des **Rechtsrahmens** auf einen bestimmten **Sachverhalt** und ein faires Gerichtsurteil, das als Ergebnis einer **logischen Subsumtion** gefällt wird.



Diese Formel ist ebenso abstrakt wie Newtons Binomial. Voraussetzung für die ideale Umsetzung dieser Formel ist, dass Rechtsprechung im luftleeren Raum ausgeübt wird und der Richter ein vom realen Leben und der Gesellschaft völlig isoliertes Wesen – „ein Rechtsprechungsautomat“⁵ – ist und dass er nur vom Recht und Gesetz geleitet wird. Diese Vorstellung wird in Europa seit langem, seit den 20er Jahren des vorigen Jahrhunderts, in Frage gestellt.⁶

a) Wovon sollte ein Richter also innerlich frei sein?

Die Tätigkeit eines Richters, egal wie qualifiziert er ist, egal wie sehr er sich der Verantwortung aufgrund seiner hochrangigen Tätigkeit, seiner Zwänge durch das Recht und Gesetz bewusst ist, kann dennoch nicht vom öffentlichen Leben und den politischen Umständen, kultureller oder sozialer Phänomene isoliert werden, sie kann nicht im „Vakuum“ durchgeführt werden. Und vor allem kann sie nicht außerhalb der Persönlichkeit des Richters, seiner emotional-intellektuellen Welt, umgesetzt werden. Ein Richter ist ein Teil der Gesellschaft, er gehört einer bestimmten sozialen Schicht an, er hat eine eigene Lebensge-

⁴ Richterethik in Deutschland, Deutscher Richterbund e. V., Berlin 2018, 5.

⁵ Eva-Maria Steinberger, Umfang und Grenzen der Kritik an Richtern in Deutschland, den Vereinigten Staaten von Amerika und in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1. Auflage, Hamburg 2010, 54.

⁶ Joachim Bauer, Richter sind Menschen. Ein rechtspsychologisch-neurowissenschaftlicher Blick auf die richterliche Arbeit, Zeitschrift der Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZVG 2016/7, 616: <https://doi.org/10.33196/zvg201607061601> (27.01.2025).

schichte und Herkunft, er hat politische oder soziokulturelle Sympathien oder Antipathien, religiöse Überzeugungen, seine Persönlichkeitsbildung wurde durch seine Familie, Bildung und Erziehung geprägt, er kann emotional, einfühlsam oder im Gegenteil zurückhaltend, rational sein. Ein Richter ist nicht in der Lage, seine Gefühle und Wahrnehmungen immer und vollständig abzukoppeln, er wird durchaus Sympathien oder Antipathien gegenüber den Parteien haben... - **Denn Richter sind Menschen!**⁷

Jede Entscheidung wird von einem bestimmten Richter auf der Grundlage seiner subjektiven Wahrnehmungen und Einschätzungen getroffen. Für welche Partei wird beispielsweise ein Richter in einem Wohnungsstreit mehr Verständnis haben, wenn er selbst mehrere Mietwohnungen besitzt? Oder wird beispielsweise ein Richter, der mit dem Bus zur Arbeit fährt, in einem Verkehrsunfallfall die gleiche Entscheidung treffen wie sein Kollege, der einen S-Klasse-Mercedes fährt? Allein die Tatsache, dass in verschiedenen Instanzen oft widersprüchliche Entscheidungen in ähnlichen Fällen getroffen werden, zeigt, wie subjektiv das Recht sein kann.⁸

Ein Sitzstreik von Irakkriegsgegnern, die den Zugang zu einem amerikanischen Truppenübungsplatz in Deutschland blockierten, wurde vom Bundesgerichtshof als Straftat (Nötigung) gewertet, später jedoch vom Bundesverfassungsgericht als Ordnungswidrigkeit eingestuft. Das heißt, derselbe Fall wurde von den beiden höchsten Gerichten des Landes völlig unterschiedlich bewertet. Viele Richter des Verfassungsgerichtshofs waren zuvor Richter des Bundesgerichtshofs, einige waren zuvor Richter der unteren Instanz, die die erste Entscheidung über den jeweiligen Fall traf. Während des Karrierewechsels von der Vorinstanz zum Bundesverfassungsgericht kam es weder zu einer wesentlichen Änderung der Qualifikation dieser Richter, noch änderten sich die objektiven rechtlichen Voraussetzungen, wenn der Fall von Instanz zu Instanz wechselte. Trotzdem ist es klar, dass die Richter in der Obersten Instanz des Landes das Recht mit anderen Augen betrachten. Es gibt keine

zwingende Rechtsnorm, die man für diese Entscheidungen anwenden müsste, daher kann der Unterschied in diesen Entscheidungen nur durch **die politischen Präferenzen** der Richter erklärt werden.⁹

Im Jahr 1970 stellte der deutsche Rechtsphilosoph Josef Esser erstmals das Unaussprechliche fest, das jeder gedacht, aber niemand zuvor öffentlich ausgesprochen hatte: „...dass Richter niemals jungfräulich und unbefleckt an einen Fall herangehen, sondern immer mit einem bestimmten „Vorverständnis“.“¹⁰

Ein Richter muss also frei von all diesen Faktoren und inneren Tendenzen sein – das heißt, er muss im wahrsten Sinne des Wortes frei **von sich selbst** sein,¹¹ er muss blind sein für jede andere Manifestation, die dem von ihm behandelten Fall eine solche Qualität verleiht, die nicht mit rechtlichen Umständen zusammenhängt: Erinnern wir uns doch an die Justitia mit verbundenen Augen...

Ist das jedoch möglich? Verlangen wir von einem Richter, der auch „nur“ ein Mensch ist, womöglich das Unmögliche?

Die einzige Möglichkeit, das Vorverständnis des Richters, seine inneren Belastungen zu überwinden, besteht darin, sich dieser Einstellungen **bewusst zu werden** und sich von ihnen zu distanzieren. Und je mehr er sich dieser Tatsache bewusst wird, desto größer wird seine innere Unabhängigkeit sein. Dazu soll er die Bereitschaft und den **freien Willen** haben, seiner inneren Verbundenheit bewusst zu werden.

b) Freier Wille? Wie bitte?

Wie oben erwähnt, kann der Grad der inneren Unabhängigkeit nicht gemessen¹² und erst recht nicht kontrolliert werden. Auch wenn die politischen, religiösen oder sonstigen Neigungen des Richters bis zu einem gewissen Grad bestimmt werden können, ist es unmöglich festzustellen, wie diese Faktoren einen Entscheidungsprozess beeinflussen, welche emotio-

⁷ Ebenda, 617.

⁸ Rolf Lamprecht, Die Richterperson als Rechtsquelle, in Neue Richtervereinigung – Bayern, November 2005, 18.

⁹ Ebenda, 18.

¹⁰ Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/M, 1970, 10.

¹¹ Steinberger (Fn 5), 54.

¹² Michel Luminati/Filippo Contarini, Das Richterbild in der Schweiz: richterliche Unabhängigkeit auf dem Prüfstand, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Band 138/II, 2019, 224.

nalen, bewussten oder unbewussten Prozesse in seinem Gehirn ablaufen, während er darüber nachdenkt und den Fall entscheidet. Inwieweit kann er seinen eigenen Vorstellungen, Neigungen und Emotionen widerstehen, inwieweit hat er **den freien Willen**, all dies in den Hintergrund zu rücken, um maximale Objektivität zu erreichen? Hier haben wir es bereits mit menschlichen biologischen und psychologischen Herausforderungen zu tun, insbesondere wenn es um den „freien Willen“ geht. Laut Hirnforschern und Neurowissenschaftlern kann der Wille nicht völlig frei sein, und der sogenannte „Freie Wille“ nur teilweise durch das Diktat der Vernunft hervorgebracht wird. Er ist nicht nur das Ergebnis mentalen Verstehens und Bewusstseins, sondern beruht vor allem auf unbewussten, psychologischen Faktoren. Folglich ist die Entscheidung, die eine Person trifft, nur teilweise ein Produkt der Selbstreflexion, sondern wird größtenteils von unbewussten Impulsen und emotionalen Wahrnehmungen bestimmt.¹³ Es scheint, dass es so etwas wie **absolute Willensfreiheit nicht gibt**, ebenso wenig wie es so etwas wie absolute Freiheit eines Menschen gibt. Obgleich, es bedarf keiner uneingeschränkten Willensfreiheit, um jemandem Verantwortung für sein Handeln zuzuschreiben.¹⁴

Als Ergebnis dieser Überlegungen, wenn wir den Blick auf den Richter richten, unter Berücksichtigung der ihm übertragenen wichtigen Aufgabe und der hohen Anforderungen, die an ihn gestellt werden, ist die Mehrheit der Wissenschaftler der Meinung, dass er – im Gegensatz zu den Vertretern anderer Berufe – über relativ mehr **physiologische und intellektuelle Ressourcen** verfügen sollte, um in der Lage zu sein, Selbstreflexion zu nutzen und die eigenen inneren

Einstellungen so weit wie möglich zu neutralisieren.¹⁵ Dies ist eine schwierige Aufgabe, ist doch die Aufgabe des Gerichts, den Streit beizulegen, generell eine paradoxe Situation: „... *man kann nur entscheiden, wenn und weil man **nicht entscheiden kann***“¹⁶. Wir werden im Folgenden versuchen, die Voraussetzungen für die Identifizierung der genannten physiologischen und intellektuellen Ressourcen und ihrer Verwendung zu ermitteln.

c) Psychologie und Einflüsse

Der Schweizer Professor Markus Müller sagt in einer seiner Reden,¹⁷ dass das Gerichtsverfahren keine rechtliche, sondern eine **psychologische Herausforderung** für den Richter sei. In den Vereinigten Staaten von Amerika wurde Anfang des 21. Jahrhunderts eine Studie durchgeführt, um festzustellen, inwieweit nicht rechtliche, sondern psychologische Aspekte im Zusammenhang mit der Persönlichkeit des Richters den Entscheidungsprozess beeinflussen. Mehr als 300.000 Entscheidungen wurden analysiert.¹⁸ Es wurde festgestellt, dass beispielsweise die Gewährung von Asyl an Flüchtlinge wahrscheinlicher war, wenn die Richterin weiblich war oder wenn der Richter/die Richterin über Erfahrung in der Arbeit für internationale Entwicklungshilfeorganisationen in verschiedenen Entwicklungsländern verfügte. Wenig später stell-

¹³ Gerhard Roth, *Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, 2. Aufl. Frankfurt am Main 2003; Wolf Singer, *Ein neues Menschenbild. Gespräche über Hirnforschung*, Frankfurt am Main 2003; ebd., *Vom Gehirn zum Bewusstsein*, Frankfurt am Main 2006; Franz M. Wuketits, *Der freie Wille. Die Evolution einer Illusion*, 2. Aufl. Stuttgart 2008; Wolf Singer, *Verschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören, von Freiheit zu sprechen*, in: Christian Geyer (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit* (2004), 30 ff.

¹⁴ Ulrich Baltzer, *Das Gespenst „richterlicher Ethik“*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV), 4/2008, 487.

¹⁵ Markus Müller, *Die innere Unabhängigkeit des Richters. Gedanken zu einem Diamanten*, in: Ruth Herzog / Reto Feller (Hrsg.), *Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart. 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern*, Bern, Geiger, 532 ff.

¹⁶ Marie Theres Fögen, *Rechtsverweigerungsverbot. Anmerkungen zu einer Selbstverständlichkeit*, in: Urteilen/Entscheiden, Cornelia Vismann / Thomas Weitin (Hrsg.), Frankfurt/Main 2006, 37; s. auch: Marie Theres Fögen, *The Tragedy of Making Decisions. A Commentary on Aeschylus' "Eumenides"* / Die Tragödie des Entscheidens. Eine Anmerkung zu den „Eumeniden“ des Aischylos, in: Ancilla Iuris (www.anci.ch (27-01-2025)) 2007, 42-47.

¹⁷ Markus Müller, *Psychologie im Gerichtsverfahren*, Referat anlässlich der GV der ZVR am 22.11.2011 in Sarnen, Universität Bern, 2011, 2.

¹⁸ Linda Camp Keith/Jennifer S. Holmes, *U.S. Asylum Decision: Who You Face on the Bench is as important as What You Face at Home*, Conference Paper, Annual Meeting of the American Political Science Association APSA, September 2010.

te eine Studie¹⁹ ebenfalls in den Vereinigten Staaten außerdem fest, dass in einem ausschließlich aus Männern bestehenden Spruchkörper die Wahrscheinlichkeit, dass weiblichen Flüchtlingen der Flüchtlingsstatus zuerkannt wurde, doppelt so hoch war wie bei Männern, und in einem rein weiblichen Spruchkörper war die Wahrscheinlichkeit, dass den männlichen Flüchtlingen den Status zuerkennen dreimal so hoch war als den Frauen...²⁰

Ein Aspekt der unvermeidlichen psychologischen Prozesse, die im Gehirn ablaufen, wenn eine Person eine andere Person wahrnimmt, besteht darin, dass wir Menschen, die uns ähnlicher sind, positiver wahrnehmen als Menschen, die im Aussehen oder in anderen körperlichen Merkmalen oder Verhaltensweisen uns völlig fremd sind²¹ (neben unterschiedlicher Hautfarbe zum Beispiel auch ein halbrasierter Kopf, grün oder blau gefärbte Haare, „Piercing“ und Bemalung im Gesicht und an anderen Körperstellen, eine muslimische „Burka“, die Körper und Gesicht vollständig bedeckt, oder umgekehrt, sehr provokante minimalistische Kleidung usw.). Dies erklärt beispielsweise die in den 80er Jahren in Amerika etablierte Tendenz, dass weiße Richter schwarze Kriminelle für die gleichen Verbrechen zu höheren Strafen verurteilten als weiße.²²

Zu Beginn des 21. Jahrhunderts führten israelische und amerikanische Wissenschaftler eine gemeinsame Studie durch, deren Ziel es auch war, den Einfluss externer Faktoren, die nichts mit den rechtlichen Umständen des Falles zu tun haben, auf die Entscheidung des Richters zu ermitteln.²³ Es wurden 1112 Strafgerichtsentscheidungen analysiert, die in einem Zeit-

raum von 10 Monaten von Richtern gefällt wurden, deren Berufserfahrung im Durchschnitt 22 Jahre betrug. Anhand zahlreicher Parameter und als Ergebnis mathematischer Berechnungen wurde festgestellt, dass der Richter beispielsweise zu Beginn des Arbeitstages eine mildere Strafe verhängt als am Ende des Tages bei gleichen Voraussetzungen. Es war auch wichtig, ob der Richter eine Essenspause hatte oder nicht. Nach der Pause wurde mit einer mildereren Strafe als zuvor gerechnet. Letztlich, so die Autoren der Studie, seien Richter – auch erfahrene Richter – in ihrem Entscheidungsprozess wohl äußeren Einflüssen (in diesem Fall der Möglichkeit einer Pause oder einer Mahlzeit) ausgesetzt. Ihre Schlussfolgerung klang wie folgt: *„In der Tat könnte die Karikatur, dass Gerechtigkeit das ist, was der Richter zum Frühstück gegessen hat, eine angemessene Karikatur für die menschliche Entscheidungsfindung im Allgemeinen sein ...“*.²⁴

Diese nicht allzu optimistische Schlussfolgerung sollte kein Grund sein, die Hoffnung auf Existenz eines unabhängigen Richters aufzugeben, sie zeigt nur einmal mehr, wie schwierig es ist, eine allseitig gerechte Gerichtsbarkeit zu schaffen. Die Erfahrung der demokratischer Länder gibt uns jedoch Hoffnung, dass die Schaffung von Justizsystemen, die auf dem Vertrauen der Bevölkerung basieren, doch keine unüberwindbare Aufgabe ist – viele westeuropäische Länder sowie die Vereinigten Staaten von Amerika, Kanada und Australien sind Beispiele dafür.

3. Systematisierungsversuch

Wie oben erwähnt, ist es sehr schwierig, praktisch unmöglich, die psychologischen oder emotionalen Stimmungen des Richters und seine Beweggründe zu berechnen oder zu erkennen. Wir können nur versuchen, die größten potenziellen Einflussfaktoren zu identifizieren und Möglichkeiten zu ihrer Reduzierung zu finden.

a) Bestehende Gerichtspraxis – Entscheidungen höherer Instanzen

Es ist interessant zu sehen, wie sehr der Richter von der bestehenden höchstrichterlichen Rechtspre-

¹⁹ Rebecca Gill/Michael Kagan/Fatma Marouf, Chivalry, Masculinity, and the Importance of Maleness to Judicial Decision Making, University of Las Vegas William S. Boyd School of Law Legal Studies Research Paper. June 9, 2015.

²⁰ Ebenda (Fn 20).

²¹ Bauer (Fn 6), dort S. 618, Fn 10: Birte English / Madeleine Bernhardt, Urteil mit Schlagseite, Geist und Gehirn 3 (2012), 14 ff.

²² C.R. Pruitt / J.Q. Wilson, A longitudinal study of the effect of race sentencing, Law and Society Review 17, 613 ff.

²³ S. Danziger / J. Levav / L. Avnaim-Pesso, Extraneous Factors in Judicial Decisions, Proceedings of the National Academy of Sciences 108, (2011): www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1018033108 (27.01.2025).

²⁴ Ebenda, 4

chung abhängt. Eine Verpflichtung zur vorbehaltlosen Nutzung dieser Praxis ist gesetzlich nicht vorgesehen. Einerseits ist die Stabilität der gerichtlichen Praxis von großer Bedeutung, was damit begründet wird, dass das Vertrauen in das Gericht nicht durch widersprüchliche Entscheidungen zu ähnlichen Fragen erschüttert werden darf. Es wird auch davon ausgegangen, dass es unverantwortlich wäre, eine Entscheidung zu treffen, die im Widerspruch zur einheitlichen Praxis der unteren Gerichte steht und eine Partei dadurch zu zwingen, den Fall bei einem höheren Gericht anzufechten, was mit den damit verbundenen Kosten und dem damit verbundenen Zeitaufwand verbunden ist, wenn praktisch sicher ist, dass das höhere Gericht erneut die gleiche Entscheidung treffen wird. Andererseits bedeutet die Unabhängigkeit des Richters aber auch, dass er sich kritisch mit der bestehenden Praxis auseinandersetzen und auf der Grundlage seiner inneren Überzeugung eine Entscheidung treffen muss, die mit der „einheitlichen Praxis“ übereinstimmen kann oder auch nicht. Kompliziert wird der Fall, wenn der Richter zu einem bestimmten Sachverhalt eine völlig andere Meinung vertritt als die bisherige Praxis. Um dieses Problem zu lösen, greife ich auf die Meinung von Professor Kissel, dem Autor des Kommentars zum deutschen Gerichtsverfassungsgesetz, zurück²⁵: Kommt der Richter aufgrund seiner Analyse zu einem anderen Ergebnis, aber die vorliegende höchstgerichtliche Entscheidung und deren Begründung nach seiner Einschätzung innerhalb des rechtlichen Rahmens liegt und er deshalb beschließt, dem Prinzip der Einheitlichkeit zu folgen und gleiche Entscheidung zu treffen, auch wenn diese seiner Überzeugung nicht entspricht, so kann man ihm die fehlende innere Unabhängigkeit nicht vorwerfen. Kommt der Richter aufgrund der Analyse des Falles und der bestehenden Praxis zu dem Schluss, dass die bestehende Rechtsprechung im absoluten Widerspruch zu seiner inneren Überzeugung steht und für ihn absolut inakzeptabel ist, ist er dazu verpflichtet, aufgrund seiner Bindung an Recht und Gesetz und auf der Grundlage seiner inneren Unabhängigkeit, eine abweichende

Entscheidung zu treffen und diese ausführlich zu begründen.

b) Beständigkeit gegenüber den Medien

Eine weitere Einflussquelle auf die innere Stärke eines Richters sind die öffentliche Meinung und die Medien. Gleichzeitig kommt den Medien bekannterweise eine wichtige Aufgabe zu: Sie haben die Funktion, sowohl die Regierung als auch die Justiz zu kontrollieren. Wie gewissenhaft und verantwortungsbewusst Medienvertreter diese Aufgabe erfüllen werden, ist eine eher schwierige Frage und Gegenstand gesonderter Diskussion. Forscher, die sich mit der Beziehung zwischen Medien und Justiz befassen, sind sich bewusst, dass die Medien von anderen Zielen und Motiven als die Justiz angetrieben werden:²⁶ Die Medien sind ihrem Wesen nach bestrebt, Effekte und Skandale darzustellen, während das Ziel der Justiz darin besteht, Streitigkeiten auf der Grundlage des Rechts und Gesetzes zu lösen. Aufgrund zahlreicher Studien wurde festgestellt, dass die Medien und die öffentliche Meinung, die sich maßgeblich durch Medienberichte bildet, teilweise erheblichen Einfluss auf den Richter und damit auf die Gerichtsentscheidung haben können.²⁷ Und da in demokratischen Systemen die Kritik- und Meinungsfreiheit offensichtlich als wichtigeres Gut als die Autorität der Gerichte anerkannt wird und Kritik an den Medien daher praktisch unbeantwortet bleibt, beschränken sich diese nicht mehr auf die Kritik an der Gerichtsentscheidungen, sondern bereits in vielen Fällen direkt in das laufende Gerichtsverfahren eingreifen.²⁸

²⁵ Otto Rudolf Kissel / Herbert Mayer, Gerichtsverfassungsgesetz: GVG Kommentar, 10., neubearbeitete Auflage 2021, C.H.Beck, 74.

²⁶ Lia Shatberashvili, Das Verhältnis zwischen Justiz und Öffentlichkeit: Dialog oder Konfrontation? in: Deutsch-Georgische Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 6/2024, Tbilisi 2024, 24: <https://lawjournal.ge/wp-content/uploads/DGZR-6-2024-DE.pdf> (27.01.2025).

²⁷ Ebenda, Fn. 48: Hans Mathias Kepplinger, Thomas Zerback, Der Einfluss der Medien auf Richter und Staatsanwälte. Art, Ausmaß und Entstehung reziproker Effekte, in: Publizistik, January 2012, 9.

²⁸ Vanessa C. Duss Jacobi, Zusammenfassung in: Ruth Herzog / Reto Feller (Hrsg.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart. 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern: http://www.forhistiur.de/zitat/1210duss_jacobi.htm (27.01.2025), Rdn 23.

In vielen Werken schweizerischer und deutscher Autoren liegt die Lösung dieser schwierigen Situation darin, dass der Richter die Medien nicht meiden, sondern sich des Interesses der Öffentlichkeit an wichtigen Gerichtsverfahren bewusst sein und der Öffentlichkeit seine Urteile erläutern sollte durch Gerichtspressemitteilungen oder in der Presse veröffentlichte Spalten.²⁹ Einige Autoren rufen nicht nur Gerichtssprecher, sondern auch einzelne Richter dazu auf, in den Medien aktiv zu werden, um das Vertrauen und den Respekt der Öffentlichkeit gegenüber der dritten Gewalt zu stärken.³⁰ Allerdings sind nicht alle mit dieser Meinung einverstanden: Der Präsident des Schweizer Bundesgerichts, Ulrich Mayer, fordert die Richter auf, auf öffentliche Reden zu verzichten und bescheidener zu sein.³¹ Ihm zufolge ist die Tätigkeit eines Richters ihrem Wesen nach eine selbstlose und bescheidene Arbeit, die keine Reden in den Medien, die Teilnahme an großen Empfängen und Präsentationen, Popularität usw. beinhaltet. Dennoch hält er übrigens den Beruf des Richters für den besten Beruf.³²

Allerdings scheint es letztendlich mehr Stimmen für eine Offenheit des Gerichts zu geben, da sich die Zeiten ändern und die heutigen Forderungen nach einer kommunikativeren Justiz die Oberhand gewinnen.³³

Auch die Berufsordnung für Richter des Deutschen Richterbundes weist darauf hin, dass das Gericht das Interesse der Medien und der Öffentlichkeit an Gerichtsverfahren anerkennen und akzeptieren muss und rät Richtern, stärker mit der Öffentlichkeit zu kommunizieren und in Rücksicht auf Personalrechte der Verfahrensbeteiligten, dem öffentlichen Interesse an ihren Urteilen durch verständliche Erklärung der wichtigsten Urteile gerecht zu werden.³⁴

Generell sind sich alle darüber einig, dass ein Richter in der Lage sein sollte, dem Druck der Medien standzuhalten, er sollte so weit wie möglich auf die Wahrung seiner inneren Unabhängigkeit achten, denn nur unter diesen Bedingungen ist es möglich, eine unparteiische und objektive Entscheidung zu treffen.³⁵

c) Meinungsfreiheit und innere Unabhängigkeit

Die Unabhängigkeit bedeutet doch auch Meinungsfreiheit und die Freiheit, diese offen zu äußern. Wie verhält sich die innere Freiheit des Richters zu seiner öffentlichen Meinungsäußerung außerhalb des Gerichts, insbesondere zu brisanten öffentlichen oder politischen Themen? Hat ein Richter das Recht, sich öffentlich zu verteidigen, wenn er wegen seiner Entscheidung angegriffen und beleidigt wird? Aus der jüngeren Geschichte Georgiens sind z. B. Fälle bekannt, in denen Richter aufgrund ihrer Entscheidungen in den Medien und sozialen Netzwerken angegriffen wurden, was sich praktisch nicht in sachlicher Kritik, sondern in persönlichen Beleidigungen äußerte.³⁶

Gemäß Artikel 751, Absatz b. e) des Gesetzes über die allgemeinen Gerichte Georgiens ist es einem Richter verboten, „... öffentlich eine politische Meinung zu äußern“ sowie (Absatz b.z) „die öffentliche Meinungsäußerung eines Richters, wenn dadurch gegen Grundsatz der politischen Neutralität verstoßen wird“.³⁷ Tatsächlich ist es georgischen Richtern untersagt, ihre politische Meinung öffentlich zu äußern. Etwas andere Akzente setzt § 39 des deutschen Richtergesetzes: „Der Richter hat sich innerhalb und außerhalb seines Amtes, auch bei politischer Betätigung, so zu verhalten, daß das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird.“³⁸ Das heißt, dass das deutsche Recht praktisch nicht nur die Äußerung politischer Meinungen, sondern auch die politische Be-

²⁹ Ebenda, Rdn 23.

³⁰ Luminati/Contarini, 263.

³¹ Ulrich Meyer, Vom Vierwaldstättersee an den Lac Léman. Ausgewählte Schriften aus den Jahren 2014–2023, 26: <https://eizpublishing.ch/publikationen/vom-vierwaldstaettersee-an-den-lac-leman/> (27.01.2025).

³² Ebenda, 26.

³³ Luminati/Contarini, 264.

³⁴ Richterethik in Deutschland, Deutscher Richterbund e. V., Berlin 2018, 21.

³⁵ Luminati/Contarini, 217.

³⁶ Shatberashvili (Fn. 26), 28.

³⁷ Gesetz über allgemeine Gerichte Georgiens: <https://matsne.gov.ge/en/document/view/90676?publicationn=52> (27.01.2025).

³⁸ Deutsches Richtergesetz: <https://dejure.org/gesetze/DRiG/39.html> (27.01.2025).

tätigung der Richter nicht verbietet, stellt aber eine Voraussetzung fest, dass keine Zweifel an seiner Unabhängigkeit geweckt werden dürfen. Der im Text erwähnte Begriff der „Unabhängigkeit“ kann sich nur auf die **innere Unabhängigkeit** des Richters beziehen und nicht auf institutionelle oder persönliche Unabhängigkeit, wie der Kommentator des Gesetzes betont.³⁹ Gleichzeitig, so Kommentatoren des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes, verlange das Gesetz in diesem Fall nicht die Stärkung der inneren Unabhängigkeit (dies sollte selbstverständlich sein), sondern, dass die äußere Manifestation der Existenz der Unabhängigkeit nicht untergraben wird. Das Gesetz verpflichtet den Richter, alles zu vermeiden, was diese Unabhängigkeit in Frage stellen könnte – auch wenn der Richter nicht grundsätzlich frei ist, z.B. aus bestimmten politischen Erwägungen. Das heißt, es geht dem Gesetz nicht in erster Linie darum, ob ein Richter innerlich wirklich unabhängig ist, sondern darum, dass sein Verhalten bei Menschen nicht den **Eindruck mangelnder Unabhängigkeit** hinterlässt und nicht den Verdacht erweckt, dass seine Tätigkeit irgendwelchen äußeren Einflüssen unterliegt.⁴⁰

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch Meinung von Schweizer Wissenschaftlern, die wir hier als Zitat einbringen: *„Gerät die richterliche Unabhängigkeit als biologisch-psychologische Realität zwar unter Druck, hat sie als juristisches Institut ihre Existenzberechtigung, zumindest als „Schein“, denn ihr Vorhandensein ist nicht ermittelbar, sondern kann nur vermutet werden. Und dieser Schein ist juristisch sogar als verbindliches rechtsstaatliches Gebot ausgestaltet.“*⁴¹

Ein ähnlicher Inhalt ist zu lesen im ersten Teil von Artikel 10 der „Ethischen Regeln der Richter Georgiens“, nach dem ein Richter sein Recht auf Vereinigungs-, Meinungs-, Versammlungs-, Glaubens-, Geständnis- und Gewissensfreiheit stets so ausüben muss, dass die Würde des Richters sowie die Unab-

hängigkeit und Unparteilichkeit der Justiz gewahrt werden.“⁴²

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte betont die Wichtigkeit von Justizkritik und den hohen Stellenwert der Meinungsfreiheit. In einer seiner Entscheidungen stellt das Straßburger Gericht fest, dass ein Richter das Recht hat, an öffentlichen Debatten teilzunehmen, auch wenn diese Debatten hitziger politischer Natur sind.⁴³ Gleichzeitig wird darauf hingewiesen, dass ein Gleichgewicht zwischen Meinungsfreiheit und dem Ansehen der Justiz hergestellt werden muss.⁴⁴

Was die (unbegründete) harsche Kritik oder Beleidigung gegenüber dem Richter angeht, ist zunächst einmal zu sagen, dass vom Richter erwartet wird, dass er ein innerlich starker, selbstbewusster Mensch⁴⁵ ist, der sich nicht den Gefühlen unterwirft und akute Situationen und psychologische Dilemmata vermeiden kann. Dementsprechend muss er die gegen ihn geäußerte **Kritik** ertragen, auch wenn diese unberechtigt ist. Im Falle einer **Beleidigung** sollte der Richter nicht auf die in der Öffentlichkeit gegen ihn geäußerten unrichtigen und verleumderischen Bewertungen reagieren: In diesem Fall kann er sich wie jede andere Person mit einer Verleumdungsklage verteidigen.

Ein bayerisches Gericht (AG Weißenburg) verurteilte den Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe von fünf Monaten wegen Beleidigung des Richters, in dem der Angeklagte den Richter infolge seiner Entscheidung als „Menschlicher Abschaum“ bezeichnet hatte.⁴⁶ Die Revisionsinstanz bestätigte die Entscheidung und führte auf, dass im vorliegenden Fall der Angeklagte ein ...*„herabwürdigendes Schimpfwort verwendet hat, das eine kontextunabhängig gesellschaftlich absolut missbilligte und tabuisierte Begrifflichkeit darstellt...“*

³⁹ Kissel/Mayer (Fn. 25), 75.

⁴⁰ Kissel/Mayer (Fn. 25), 76

⁴¹ Vanessa C. Duss Jacobi, Zusammenfassung in: Herzog/Feller (Hrsg.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart. 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern (Oct. 30, 2012), in forum historiae iuris, Rdn. 21: <https://forhistiur.net/2012-10-duss-jacobi/> (27.01.2025).

⁴² NORMS OF JUDICIAL ETHICS OF GEORGIA (hcoj.gov.ge) (27.01.2025).

⁴³ ECtHR, *Wille v. Liechtenstein*, § 67.

⁴⁴ Lado Chanturia, Richterliche Unabhängigkeit und Ruf des Gerichts, in: Festschrift für Nona Todua 60, Tbilisi, Meridian, 2021, 31 (in georgischer Sprache)

⁴⁵ Simon Katzlberger, Ausgewählte Aspekte der Richterethik, Magisterarbeit, Linz, 2021, 38; Luminati/Contarini, 217

⁴⁶ BayObLG, Beschluss vom 03.02.2022: <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2022-N-10408?hl=true> (27.01.2025).

Die verwendete Beschimpfung verlässt das absolute Mindestmaß menschlichen Respekts und kann unabhängig von den Umständen grundsätzlich nicht mit der Meinungsfreiheit vereinbar sein.“ Außerdem stellte das Gericht fest, dass „der betroffene Richter als Träger einer hervorgehobenen staatlichen Funktion im Interesse einer wirkungsvollen Erfüllung öffentlicher Aufgaben des besonderen staatlichen Schutzes bedarf“⁴⁷ und dass sich die beleidigende Rede in diesem speziellen Fall nur auf die Person des Richters bezog und nicht auf seine Tätigkeit oder sein Verhalten, das inakzeptabel ist und gegen die Mindestanforderungen des gesellschaftlichen Verhaltens verstößt und vor allem den Ruf des Gerichts untergräbt.

Laut Professor Lado Chanturia, Richter am Europäischen Gericht für Menschenrechte in Straßburg, sollten Kritik und Beleidigung strikt voneinander unterschieden werden. Zu letzterem gehört die persönliche Beleidigung des Richters, der Vorwurf von Verstößen wie Lügen, Verzerrung der Sachlage oder Verbreitung unrichtiger Informationen etc.⁴⁸ Diese Position ist unserer Meinung nach besonders wichtig für Georgien, wenn man die politische Kontroverse berücksichtigt, die sich in den letzten Jahren entwickelt hat und die Spannungen in der Gesellschaft, die oft dazu führen, dass die Medien die Justiz heftiger und oft ungerechtfertigter Kritik unterwerfen (s. auch Fn. 37).

Generell sind wir uns jedoch einig, dass ein Richter auch in solchen Fällen mehr Stärke und mehr innere Unabhängigkeit zeigt, wenn er auf unfaire Kritik oder Beleidigungen nicht reagiert.

d) Lösung – Die Berufsethik der Richter?

Wie bereits erwähnt, kann die innere Unabhängigkeit des Richters weder gesetzlich geregelt, noch gemessen noch kontrolliert werden.

Es gibt jedoch ein Instrument, das dem Richter helfen soll, seine inneren Widersprüche zu überwinden und ein Höchstmaß an Neutralität bei der Entscheidungsfindung zu erreichen: die von den Richtern selbst aufgestellten Ethikregeln, die einen Versuch

darstellen, das Verhalten des Richters zu regulieren. Das Verhalten eines Richters sowohl bei der Ausübung seiner Arbeit als auch im Privatleben soll die Wahrnehmung der Öffentlichkeit des Richters als unabhängig von äußeren und inneren Einflüssen stärken und das Vertrauen in die Justiz festigen.

In praktisch allen Ländern gibt es richterliche Ethikregeln. Auf Initiative der Vereinten Nationen wurden auf internationaler Ebene allgemeine ethische Normen verabschiedet, über die sich die Richter der Welt einig waren: Das sind die sogenannten Bangalore-Prinzipien, die im Jahr 2000 entwickelt wurden und 2002 in Kraft traten. In Europa und insbesondere in Westeuropa wird dieses Dokument jedoch kritisiert, da es – unter Berücksichtigung des angelsächsischen Geistes – Disziplinarmaßnahmen bei Verstößen gegen ethische Normen vorsieht.⁴⁹ Auf Wunsch des Europäischen Rates hat der Beratende Rat Europäischer Richter (Conseil Consultatif des Juges Européens, CCJE) im Jahr 2002 außerdem das Dokument „Berufsethik eines Richters“ erarbeitet.

Nach Ansicht europäischer Rechtswissenschaftler ist ethisches Verhalten immer das Ergebnis einer Entscheidung, die auf dem freien Willen beruht,⁵⁰ weshalb weder die vom Beirat vorgelegten Regeln noch die deutsche „Richterethik in Deutschland“ oder die österreichische „Welzer-Erklärung“ keine Sanktionen für „unethisches“ Verhalten vorsehen, sondern lediglich Grundwerte und Standards des ethischen Verhaltens festlegen, die für die selbstbewusste und verantwortungsvolle Arbeit eines Richters notwendig sind. Auch die „Regeln der richterlichen Ethik“ Georgiens sehen keine Sanktionen vor, sie weisen lediglich darauf hin, dass „Verstöße gegen die Regeln nur in den Fällen, die in einschlägigen, besonderen Gesetzgebungsakten festgelegt sind, zu strafrechtlicher, disziplinarischer, zivilrechtlicher oder anderer Art von Verantwortung führen.“⁵¹

⁴⁹ Elisabeth Kreth, Zur Ethik richterlichen Verhaltens in: Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 4/2008, 478: <https://doi.org/10.5771/2193-7869-2008-4-475> (27.01.2025).

⁵⁰ Ebenda, 478

⁵¹ Regeln der richterlichen Berufsethik Georgiens: საქართველოს სამოსამართლო ეთიკის წესები - საქართველოს იუსტიციის უმაღლესი საბჭო (hcoj.gov.ge) (27.01.2025).

⁴⁷ Ebenda, Fn. 16

⁴⁸ Lado Chanturia, Richterliche Unabhängigkeit und Ruf des Gerichts, in: Festschrift für Nona Todua 60, Tbilisi, Meridian, 2021, 32 (in georgischer Sprache).

Die Festlegung von Normen der richterlichen Ethik – also des Verhaltens – ist weitgehend ein Versuch, Einfluss auf den individuellen, **unveränderlichen inneren Kern der Persönlichkeit** des Richters, der ihn von einem absolut neutralen „Subsumtionsroboter“ unterscheidet und folglich der Realisierung der inneren Unabhängigkeit im Wege steht, zu nehmen. Diese Normen sollen ihm helfen, seine eigenen Überzeugungen, Neigungen und Versuchungen zu „überwinden“ und einer völligen Neutralität möglichst nahe zu kommen. Diese Normen können jedoch nicht alle Aspekte der inneren Welt eines Menschen widerspiegeln (denken wir nur an den „freien Willen“ wie oben unter 2b) beschrieben) und nicht das gesamte Spektrum der vor ihm stehenden Aufgaben abdecken und können ihm daher nur teilweise bei der Erfüllung dieser Aufgabe helfen. Der Rest ist die Sache der persönlichen Stärke des Richters, des Grades seiner inneren Freiheit und seines Gewissens ...

e) Lösung – richtige Richterwahl?

Vielleicht besteht die Lösung darin, den „richtigen“ Richter auszuwählen? Natürlich ist es sehr wichtig, dass es klar festgelegte Kriterien gibt, deren Erfüllung Voraussetzung für die Wahl eines Richters sein sollte. Die Befragung eines Richters bietet die Möglichkeit, zumindest bis zu einem gewissen Grad seine beruflichen und persönlichen Qualitäten festzustellen. Dafür müssen die Mitglieder der Auswahlkommission jedoch über die entsprechenden Fähigkeiten und Interview-Techniken verfügen und sich mit den psychologischen⁵² und beruflichen Aspekten zwischenmenschlicher Beziehungen auskennen.

Zunächst brauchen wir Richter, die entsprechend ihrer Persönlichkeitsstruktur möglichst die Annahme an den Tag legen, dass sie in der Lage sind, ein möglichst hohes Maß an innerer Unabhängigkeit zu bil-

den⁵³ und zu bewahren. Hierzu können folgende Fähigkeiten notwendig sein:

- Fachliche Kompetenz: Fallkenntnis und hohe Professionalität geben dem Richter eine Grundlage für Selbstvertrauen und fördern seine Unabhängigkeit;
- Soziale Kompetenz: Charakterstärke und Mut geben dem Richter die Kraft, sich keinen Einflüssen zu unterwerfen;
- Erfahrung und angemessenes Alter: Lebenserfahrung impliziert eine bessere Kenntnis der Menschen und sich selbst und dementsprechend eine bessere Fähigkeit zur Selbstkontrolle;
- Kommunikationsfähigkeiten: Ein höflicher und respektvoller Umgang mit den Prozessbeteiligten schafft Vertrauen und ein Gefühl der Unparteilichkeit.

Auch die Schweizer Wissenschaftlerin Regina Kiener betont besonders die Bedeutung sozialer Kompetenz und Eigenschaften wie Menschenkenntnis, Einfühlungsvermögen, Realitätsnähe und insbesondere die Bereitschaft zur Diskussion und damit zum Verzicht auf eigene Ideen.⁵⁴

Martin Hirsch, ehemaliger Richter am deutschen Bundesverfassungsgericht, geht sogar noch weiter: Er glaubt, dass Gerechtigkeitsinn möglicherweise nichts mit hoher Professionalität zu tun hat. Natürlich sollten Juristen mit den besten Noten zunächst die Chance erhalten, Richter zu werden, aber „... *Zum Richter gehört keinesfalls nur Paragraphen-Kenntnis, sondern auch ein Gefühl für Recht und Gerechtigkeit, allgemeine Bildung und menschliche Wärme.*“⁵⁵

Das Verfahren zur Auswahl von Richtern in Georgien stellt nicht nur für den Kandidaten für das Richteramt, sondern auch für die Mitglieder der Auswahlkommission eine große Herausforderung dar. Die georgische Öffentlichkeit hatte die Möglichkeit, die Auswahlgespräche für den Obersten Gerichtshof in den Jahren 2021 - 2024 zu verfolgen. Stundenlange

⁵² Vanessa C. Duss Jacobi, Zusammenfassung in: Herzog/Feller (Hrsg.), Bernische Verwaltungsgerichtsbarkeit in Geschichte und Gegenwart. 100 Jahre Verwaltungsgericht des Kantons Bern (Oct. 30, 2012), in forum historiae iuris, Fn. 70: <https://forhistiur.net/2012-10-duss-jacobi/> (27.01.2025).

⁵³ Markus Müller, Psychologie im Gerichtsverfahren, Referat anlässlich der GV der ZVR am 22.11.2011 in Sarnen, Universität Bern, 2011, 6.

⁵⁴ Regina Kiener, Richterliche Unabhängigkeit. Verfassungsrechtliche Anforderungen an Richter und Gerichte, Habil. Bern 2001, 265; s. auch: *Luminati/Contarini*, 217, 221.

⁵⁵ Hans-Jürgen Wipfelder, Was darf ein Richter sagen? Gedanken zum Verhältnis des Richters zur Öffentlichkeit am Beispiel des ehemaligen Bundesverfassungsrichters Martin Hirsch, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1982, 15. Jahrg., Heft 5, 123.

unstrukturierte Interviews, die mit dem Zeichen „Transparenz“ gekennzeichnet und daher öffentlich zugänglich sind, erwecken nicht den Eindruck, dass es irgendeine Methode zur Durchführung der Interviews gibt, sie ähneln eher Verhören und erwecken nicht den Eindruck, dass dadurch nicht nur die fachliche, sondern auch die soziale Kompetenz, Lebenserfahrung und menschliche Qualitäten des Richters annähernd festzustellen sind. Wir können dieses Thema nicht im Rahmen dieses Artikels diskutieren, die Frage der Auswahl von Richtern ist zweifellos ein separates Diskussionsthema. Wir möchten jedoch ein aktuelles Beispiel anführen: Im Mai 2024 wurde der Kandidat Z. D. für den vakanten Sitz des Obersten Gerichts Georgiens im Obersten Justizrat interviewt. Zuvor war er zehn Jahre lang Richter am selben Gericht. Die Anhörung dauerte anderthalb Stunden, die Aufzeichnung ist im Internet verfügbar.⁵⁶ Es wurden Fragen aus allen Rechtsgebieten gestellt: Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht, Völkerrecht, internationalen Konventionen und Vereinbarungen. Die Fragen betrafen auch politische Themen, das georgische Justizsystem und die häufige Kritik am Justizrat selbst. Allerdings gab es in den gestellten Fragen keinen Versuch, die soziale Kompetenz des Kandidaten, seine menschlichen Qualitäten, seine Kommunikationsfähigkeiten, seine Charakterstärke – kurz gesagt, jene Qualitäten und Fähigkeiten, die die innere Unabhängigkeit des Richters ausmachen – zu klären. Das Wissen und die Erfahrung des Kandidaten waren beeindruckend, er gab auf praktisch alle Fragen umfassende, kompetente und ausgewogene Antworten. Trotzdem stimmte der Rat seiner Kandidatur nicht zu. Es ist unmöglich, den Grund für diese negative Entscheidung zu verstehen, zumindest nachdem man sich dieses Interview angehört hat. Wir können jedoch ohne weiteres sagen, dass der Grund nicht in Zweifeln an der Unabhängigkeit des Kandidaten, insbesondere an seiner inneren Unabhängigkeit, liegen konnte, da es nicht einmal einen Versuch gab, dieses Problem zu untersuchen.

Mit den richtigen Kriterien, einem gut strukturierten Auswahlverfahren und der guten Vorbereitung der Interviewer ist die Auswahl eines Richters sicherlich eine wichtige Gelegenheit, potenziell gute Richter

auszuwählen. Allerdings ist es immer noch nur ein Teil der Voraussetzungen, die uns helfen, den „idealen“ oder idealnahen Richter zu „errechnen“, denn – wie oben bereits mehrfach erwähnt – bleibt der innere unveränderliche Kern der persönlichen Qualitäten eines Menschen unsichtbar und unberechenbar, und es ist unmöglich, vorherzusagen, wie er sich in der Ausübung der richterlichen Tätigkeit manifestieren wird.

f) Also?

Es gibt keine perfekte Lösung. Es gibt nur Möglichkeiten, ihr näher zu kommen. Nur der Richter selbst kann sich von eigenen Neigungen, subjektiven Wahrnehmungen, psychischen Abhängigkeiten, politischen oder sozialen Stereotypen oder anderen vorgefassten Meinungen distanzieren. Bei der Bewältigung dieser Aufgabe wird der Richter nur von seinem eigenen Gewissen kontrolliert.⁵⁷

Esser, der oben bereits erwähnte Rechtsphilosoph, sagt, es gehe nicht darum, dass der Richter im Inneren völlig unabhängig und neutral sein solle – das sei unmöglich –, sondern dass er sich vor allem darüber im Klaren sei, dass er immer ein Vorverständnis haben werde, der durch die Faktoren bestimmt wird, die seine Persönlichkeit prägen. Und dass er in der Lage sein sollte, sich dadurch nicht befangen zu lassen, sondern sie in Ruhe zu analysieren und die Bereitschaft zu erlangen, seine eigene vorgefertigte Position zu revidieren oder sie gar abzulehnen.⁵⁸

Auch Rainer Foss, der ehemalige Vorsitzende des Deutschen Richterbundes, stellt fest, dass ein Richter auf der Suche nach innerer Unabhängigkeit zunächst einmal **seine eigenen Einstellungen** kennen sollte, die durch seine Persönlichkeitsstruktur bestimmt sind. Wir alle haben bestimmte Neigungen, bestimmte Vorurteile, jeder von uns verlässt sich in gewissem

⁵⁷ Eberhard Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz: Erläuterungen zur Strafprozessordnung und zum Einführungsgesetz zur Strafprozessordnung, Vandenhoeck & Ruprecht, 1952, 296.

⁵⁸ Ulrich Meyer, Grundvoraussetzungen richterlicher Tätigkeit. Ansprache vom 18. Januar 2019 anlässlich der Inaugurationsfeier der zum 1. Januar 2019 geschaffenen Berufsabteilung des Bundesstrafgerichts Vom Vierwaldstättersee an den Lac Léman (eizpublishing.ch) (27.01.2025), 34.

⁵⁶ <https://www.youtube.com/watch?v=vARAA0oJt0> (25.12.2024)

Maße auf die Werte, die uns seit der Kindheit vermittelt wurden. Nur wenn er dies erkennt, erlangt der Richter die Fähigkeit, sich von seinen eigenen Vorurteilen zu distanzieren, sich ihnen kritisch zu nähern und offen für die Aufnahme von Gegenmeinungen zu sein.⁵⁹

Ulrich Mayer, ehemaliger Richter am Schweizerischen Bundesgericht, meint: „Nur wir [Richter] können Gerechtigkeit üben, und deshalb dürfen wir nichts anderes tun, als jeden Tag und jede Minute darüber nachzudenken, den Auftrag zu erfüllen: „... wir haben eines, und nur eines, zu tun: tagtäglich unsere verfassungsmäßige und gesetzliche Aufgabe zu erfüllen, Recht zu sprechen. Punkt.“⁶⁰

Das bedeutet, dass der Richter sich immer an die ihm übertragene wichtigste Staatsaufgabe erinnern und die Fähigkeit und Kraft haben muss, sich von seinen inneren Fesseln zu befreien, um diese Aufgabe zu erfüllen. Es reicht nicht aus, sich der eigenen Schwäche und inneren Einstellung bewusst zu sein, der Richter muss ständig und täglich danach streben, die Ideen und Überzeugungen seiner individuellen Persönlichkeit zu neutralisieren.⁶¹

4. Wenn Humor uns wieder retten soll ...

Aus den bisher beschriebenen Überlegungen und Beispielen haben wir nichts anderes gelernt, als dass die innere Natur des Richters etwas nebliges, Unerkennbares, Unüberschaubares und sogar etwas Gefährliches sein kann. Der Individualismus des Richters, seine angeborenen oder erworbenen Qualitäten, seine Gefühlswelt – also was im gegebenen Kontext die Ursache des Problems ist – können sich jedoch auf eine ganz andere, positive und amüsante Weise zeigen. Diese innere Natur kann in einer humorvollen Heran-

gehensweise an die gerichtliche Arbeit und den Rechtsstreit zum Ausdruck kommen.

Bereits 1881 widmete Rudolf von Jhering, ein berühmter deutscher Rechtshistoriker, Begründer der juristischen Methodenlehre und des Konzepts der „culpa in contrahendo“ im Privatrecht, dem Humor in der Rechtswissenschaft ein eigenes Buch.⁶² In diesem 425-seitigen Buch kritisiert er scherzhaft seine Kollegen – z. B. Puchta und Savigny, auch beschreibt er humorvoll das „Gesetz der zwölf Tafeln“ des römischen Rechts, wonach beispielsweise ein Schuldner, der nicht in der Lage war, seine Schulden zurückzahlen, von den Gläubigern in Teile geschnitten („in partes secare“) und seine Teile entsprechend der Höhe ihrer Anteile an Schulden unter den Gläubigern aufgeteilt werden sollte.⁶³ Jhering beschreibt diese Regel scherzhaft, die nur dazu diente, den Schuldner einzuschüchtern, denn die Fälle ihrer Anwendung praktisch unbekannt sind.

In der modernen deutschen Gerichtspraxis gibt es Richter, die ihre tägliche richterliche Tätigkeit aufheitern, indem sie beispielsweise die von der Natur gegebene dichterische Begabung nutzen und Urteile in Versform verfassen. In einigen Fällen erhob die unterlegene Partei Einwände gegen die dichterische Form des Urteils und warf dem Richter Respektlosigkeit vor. Gleichzeitig gibt es jedoch auch Fälle, in denen die verurteilte und unterlegene Partei die Antwort als Vers auf das vom Richter verkündete Urteil vorlegte.⁶⁴

Im deutschen Recht gibt es kein Verbot „poetischer“ Urteile. Bereits in den 1950er Jahren gab es eine Entscheidung des Karlsruher Oberlandesgerichts, wonach aus der Gestaltung eines Gerichtsurteils keine Respektlosigkeit gegenüber einer Partei und mangelnde Seriosität resultieren.⁶⁵

⁵⁹ Steinberger (Fn 5), 61.

⁶⁰ Ulrich Meyer, Grundvoraussetzungen richterlicher Tätigkeit. Ansprache vom 18. Januar 2019 anlässlich der Inaugurationsfeier der zum 1. Januar 2019 geschaffenen Berufsabteilung des Bundesstrafgerichts Vom Vierwaldstättersee an den Lac Léman (eizpublishing.ch) (27.01.2025), 26.

⁶¹ Hans-Joachim Faller, Die Richterliche Unabhängigkeit im Spannungsfeld von Politik, Weltanschauung und öffentlicher Meinung in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Berlin 1987, 95.

⁶² Rudolf von Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Darmstadt, 1980.

⁶³ Max Radin, Secare Partis: The Early Roman Law of Execution against a Debtor, The American Journal of Philology, Vol. 43, No. 1 (1922), The Johns Hopkins University Press.

⁶⁴ AG Höxter, 21.06.1995 - 8 Cs 47 Js 655/95 (96/95), s. auch: <https://www.youtube.com/watch?v=Hr4-wxigVWk&t=47s> (0:56 – 3:17) (27.01.2025).

⁶⁵ OLG Karlsruhe, 26.04.1956 - 2 Ss 27/56: <https://beck-onli-nul.beck.de/Dokument?VPath=bibdata%2Fzeits%2Fnjw%2F19>

Das Finanzgericht Köln sprach eine poetische Entscheidung mit einer ebenfalls in Versform verfassten Entscheidung frei: *„Deutsch ist Sprache des Gerichts und deutsch auch Sprache des Gedichts. So sprechen in der streit'gen Sache Gedicht und Spruch die gleiche Sprache.“*⁶⁶

Laut Thomas Albrecht, Vorsitzender des Richterbundes Rheinland-Pfalz, *„Selbstverständlich müssen alle Urteile den gesetzlichen Anforderungen entsprechen.“* Und wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, sei es nicht verboten, in eine Entscheidung Humor einfließen zu lassen - *„vor allem natürlich dann, wenn sich der Fall dazu eignet“*.⁶⁷

Es lohnt sich Auszüge aus dem Urteil eines solchen Streits an, der schon seinem Inhalt nach Anlass gibt, ihn mit Humor zu diskutieren, anzuführen. Es geht um eine Dame, die Schweinebraten liebt. Ihr Onkel bietet ihr an, ein Ferkel von ihm günstig zu kaufen, das er aufziehen wird. Die Dame soll dann Schlachtkosten übernehmen.⁶⁸ Am Ende werden sich die Verwandten so sehr ums Geld streiten, dass es sogar zu einem Fall vor Gericht kommt, bei dem weder die eine noch die andere Seite gewinnt...

Die Klägerin liebt Schweinebraten -
besonders wenn er billig ist -,
drum hat der Onkel ihr geraten:
"Kauf dieses süßes Ferkelchen

von mir für hundert Märkelchen -
wenn das nicht superbillig ist! –
ich mäste es im Koben hier
und du ersetzt das Schrotgeld mir!"

...

Das Ferkelchen bleibt lange klein,

will gar nicht gerne schlachtreif sein,
statt nur vier Monat, wie gedacht,
benötigt es beinahe acht.

Ums Schrotgeld nun für diesen Braten
ist man sich in die Haar' geraten.

...

„Noch zwanzig Mark, das reicht nicht aus,
dann bleibt das Schwein bei mir im Haus.
Ich werd es für mich selber schlachten
und in die Tiefkühltruhe' verfrachten!“
so spricht der Onkel, der besagte,
im Rechtsstreit nunmehr der Beklagte.
Gesagt getan, das fette Schwein,
paßt grad noch in die Truhe rein!

...

Weil keine hat gewonnen' von beiden
drum haben – das ist einzusehen
– sie beide auch gleich stark zu leiden
und für die Kosten einzustehn.

...

So wurde aus dem Ferkelchen
für ach nur hundert Märkelchen
– so billig sollt es sein –
ein furchtbar teures Schwein!

Und die Moral von der Geschicht:
Um Kleinigkeiten streit' man nicht,
zieh' jedenfalls nicht vors Gericht!
Das gilt nicht nur in diesem Fall,
das gilt beinahe überall.
Sonst kann Gerechtigkeit auf Erden
ganz unerfreulich teuer werden!

Diese gereimte Entscheidung offenbart die Einzigartigkeit der inneren Natur des Richters und sein poetisches Talent: der Richter fasst bildlich den Sachverhalt zusammen und begründet seine Entscheidung in einer völlig verständlichen Sprache (siehe die vollständige Entscheidung, Fußnote 69). Gleichzeitig zieht er – wie es in kreativen Werken oft geschieht – die Moral aus dem Fall darüber, dass Menschen oft über unbedeutende Sachen vor Gericht streiten und am Ende selbst verlieren – sowohl materiell als auch moralisch.

90%2Fcont%2Ffnjw.1990.2009.1.htm&JumpType=SingleHitJum p (27.01.2025).

⁶⁶ FG Köln, Urteil vom 09.11.1987 - 11 K 3382/87: <https://openjur.de/u/888400.html> (27.01.2025).

⁶⁷ Skurrile Urteile In: Legal Tribune Online, 12.10.2019 , https://www.lto.de/persistent/a_id/38137 (26.01.2025); Till Zimmermann, Scherz und Witz in der Jurisprudenz, Ein Handbuch des Rechtshumors als Festgabe für das juristische Publikum.

⁶⁸ AG Oldenburg (Oldenburg), Urteil 16.03.1987 – 3 C 443/86; <https://rabüro.de/der-oldenburger-schweinemastprozess/> (27.01.2025).

5. Anstelle einer Schlussfolgerung

Wir haben den wichtigsten Aspekt der Unabhängigkeit des Richters besprochen – über seine innere Unabhängigkeit – also die Fragen, die maßgeblich über die Existenz einer gerechten und vertrauenswürdigen Justiz bestimmen. Als Ergebnis kamen wir zu dem Schluss, dass die gerichtliche Entscheidung in gewissem Maße eine Handlung ist, die auf den subjektiven Wahrnehmungen und emotionalen Einstellungen des Richters beruht, und wenn der Richter – egal wie qualifiziert er ist – letztendlich nicht den Willen hat, objektiv, unparteiisch und innerlich frei zu sein, können wir nichts tun und sind seiner Entscheidung einfach ausgeliefert...

Es ist möglich, einen gewissen Beitrag zur Umsetzung der Aufgabe zu leisten, indem die Richter für die **Einhaltung ethischer Normen** sensibilisiert werden. Gleichzeitig sollte die Orientierung an ethischen Normen nicht bereits bei der Auswahl oder Ernennung eines Richters, sondern bereits in der Ausbildung von Juristen eingeführt werden, damit sich zukünftige Richter der hohen Verantwortung der Justiz gegenüber der Gesellschaft bewusst werden.⁶⁹

Ein ordnungsgemäß organisiertes Verfahren zur **Auswahl von Richtern** kann einen gewissen Beitrag zur Lösung der Aufgabe leisten, die darauf abzielt, neben der Qualifikation des Kandidaten seine soziale Kompetenz, persönliche Stärke und Fähigkeit zur Ausübung seiner Tätigkeit in der zutiefst bewussten Verantwortung gegenüber der Gesellschaft zu identifizieren.

Es lohnt sich auch, darüber nachzudenken, **elementäre Arbeitsbedingungen** für Richter zu schaffen,

damit diese ein angenehmes Arbeitsumfeld und eine stressfreie Möglichkeit haben, zwischen den Prozessen eine Pause einzulegen.

Es ist auch möglich, über **spezielle Schulungen** für Richter nachzudenken, die psychologische, soziologische und ethische Komponenten umfassen und ihnen helfen sollen, Probleme im Zusammenhang mit inneren Einstellungen zu verstehen und zu überwinden.

Die Autonomie des Richters und die Annahme einer unabhängigen Entscheidungsfindung und damit die Notwendigkeit, ihm zu vertrauen, wurden bereits im XVII Jahrhundert von georgischem König Wachtang VI., dem Schöpfer des ersten georgischen „Kodex“ – „Der Kodex Wachtang den Siebten“ – wahrgenommen, als er in der Einleitung zum Kodex die Richter so ansprach: *„Seid gütig und rücksichtsvoll, und wen ihr wollt und besser wisst, bestraft und bringt ihn zur Rechenschaft“, und weiter unten sagte er: „Wie auch immer der Richter will, soll der Recht sprechen.“*⁷⁰

Auch der deutsche Jurist und Journalist Heribert Prantl sagt, dass die Unabhängigkeit des Richters und insbesondere die Unmöglichkeit, seine innere Unabhängigkeit zu kontrollieren, das Risiko birgt, dass er eine ungerechte Entscheidung trifft: *„Falsche, manchmal unsäglich falsche Urteile sind der Preis der Unabhängigkeit – ein Preis, der aber bezahlt werden muss, wenn man nicht will, dass abhängige Richter nach Gutdünken der Politik oder des Boulevards diszipliniert oder angesetzt werden. An der Rechtsprechung kann man in so einem Einzelfall verzweifeln. Ohne Unabhängigkeit müsste man es immer.“*⁷¹

⁶⁹ Ulrich Baltzer, Das Gespenst „richterlicher Ethik“, in Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV), 4/2008, 488

⁷⁰ Giorgi Russiashvili, Die Stelle des georgischen Rechts in der europäischen Rechtsfamilie, Rechtszeitschrift der TSU, 2015, Nr. 1, 118 (in georgischer Sprache).

⁷¹ Heribert Prantl, Koran-Alarm, SZ vom 23.03.2007, 1: Aufregung um "Skandalrichterin" - Koran-Alarm in Deutschland - Politik - SZ.de (27.01.2025).