

10. 1. Wann verstößt sog. klavischer Nachbau gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs?

2. Zum Gegenstand des Unterlassungsanspruchs

- a) im Fall sittenwidrigen klavischen Nachbaus,
- b) im Fall der vollendeten Werkspionage.

3. Ist das Eindringen in den Kundentkreis des Mitbewerbers durch Preisunterbieten ein Wettbewerbsverstoß?

UrtWGr. §§ 1, 17 Abs. 1 u. 2. BGB. § 826.

II. Zivilsenat. Urt. v. 23. Februar 1934 i. S. C., B. & J. AG. (Kl.) w. Firma G. R. (Bekl.). II 266/33.

- I. Landgericht Wuppertal (Barmen), Kammer für Handelsachen.
- II. Oberlandesgericht Düsseldorf.

Die Klägerin fertigt in ihrer Gummibandfabrik ein elastisches Band an, das zur Herstellung von Hosenträgern verwendet wird. Es ist ein Rippsgummiband mit einem Obergewebe aus Kunstseide und einem Untergewebe aus Baumwollatlas. Zwischen beiden Geweben liegen die Gummifäden. Die Eigenart dieses Bandes besteht in der besonderen Art der Verbindung des oberen Gewebes mit dem unteren Gewebe. Das Obergewebe besteht aus Oberkettfäden (Längsfäden), die durch Oberschußfäden (Querfäden) gehalten werden. Dementsprechend hat auch das Untergewebe Unterkettfäden, die durch Unterschlußfäden gehalten werden. Nach der bisher allgemein gebräuchlichen Herstellungsart wurden Obergewebe und Untergewebe durch besondere Schußfäden (Bindungsfäden) gebunden. Diese Bindungsfäden teilten gleichzeitig den zwischen diesen beiden Geweben liegenden Hohlraum in eine Anzahl feiner paralleler Kanäle. In diesen lagen bisher die Gummifäden.

Von dieser Herstellungsart weicht die von der Klägerin seit Ende Mai 1930 bei ihrem Bande angewandte Bindungstechnik

insofern ab, als hier jene Bindungsfäden und die Kanalform wegfallen, indem die Oberfettfäden sämtlich regelmäßig durch die Unterschußfäden abgefangen werden (Verzahnung). Dadurch werden die beiden Gewebelagen fest und gleichmäßig miteinander verbunden, ohne daß die zwischen ihnen liegenden Gummifäden erkennbar werden. Das Band wird im Verkehr infolgedessen als eine Ware von besonders guter Beschaffenheit angesehen. Ein formales gewerbliches Schutzrecht für die Herstellungsart ihres Bandes besitzt die Klägerin nicht und hat ein solches auch niemals besessen.

Die Beklagte, eine Mitbewerberin der Klägerin, stellt seit Ende 1931/Anfang 1932 ein Hosenträgerband her, bei dem sie dieselbe Bindungstechnik verwendet wie die Klägerin. Sie hat ihrer eigenen Angabe nach ihr Band nach einem Muster des Bandes der Klägerin hergestellt.

Die Klägerin hält die Beklagte nicht für berechtigt, ein solches Band herzustellen, dessen zwar früher schon bei unelastischem Band verwendete Bindungstechnik ihr, der Klägerin, als erster gelungen sei, auf gummielastisches Band zu übertragen. Das sei ihr erst nach langen Versuchen geglückt, die einen ungewöhnlichen Aufwand an geistiger Arbeit, Kosten, Mühen und Stoff erfordert hätten. Das Band habe für sie Verkehrsgeltung erlangt. Es habe sogleich im Jahre 1930 bei seinem ersten Erscheinen auf dem Markt wegen seiner Eigenart und besonderen Güte in Abnehmerkreisen Aufsehen erregt und besonderen Anklang gefunden. Überall in diesen Kreisen habe man alsbald gewußt, daß es aus dem Betrieb der Klägerin stamme. Sie habe in der zweiten Jahreshälfte 1930 die Menge von 17745 m dieses Bandes abgesetzt, obgleich es wegen seiner Hochwertigkeit nur von Herren-Sondergeschäften und erstklassigen Warenhäusern verlangt werde. Die Beklagte habe das Band, nachdem es für die Klägerin bereits Verkehrsgeltung erlangt habe, seit Dezember 1931/Januar 1932 sklavisch nachgeahmt. Sie habe insbesondere die eigenartige Bindungstechnik (Verzahnung) von dem Bande der Klägerin übernommen; nur in der Webart weiche es unwesentlich von derjenigen der Klägerin ab, das trete aber für den Verkehr nicht in Erscheinung. Vielmehr bestehe für diesen infolge der täuschenden Ähnlichkeit auf dem Gebiete der Bindungstechnik eine Verwechslungsgefahr. Weiter macht die Klägerin geltend, die Beklagte habe versucht, in den von ihr, der Klägerin, unter Aufwand von

Mühen und Kosten erworbenen Besitzstand einzubringen, indem sie das von ihr hergestellte Band zu Schleuderpreisen auf den Markt gebracht habe. Ferner behauptet die Klägerin, die Beklagte habe durch Werkspionage das Herstellungsgeheimnis ausgekundschaftet und dieses bei der Herstellung des Bandes verwendet.

Die Klägerin hat auf Unterlassung, Rechnungslegung, Auskunfterteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten geklagt. Ihr erstinstanzlicher Unterlassungsanspruch richtete sich ganz allgemein gegen die gewerbsmäßige Herstellung, Inverkehrsetzung, Feilhaltung und den Gebrauch von „kunstfeidenem Ripsgummiband mit Baumwollatlasunterkette“. Auf diesen Inhalt des begehrten Verbots bauten sich die übrigen Klagenprüche auf.

Das Landgericht hat den Klagenträgen stattgegeben, jedoch mit der Beschränkung auf solches kunstfeidene Ripsgummiband mit Baumwollatlasunterkette, „bei welchem die Mittellage der Gummifäden nicht erkennbar zwischen zwei gleichstarken Gewebeschichten ist“. Hiergegen hat die Beklagte Berufung, die Klägerin Anschlußberufung eingelegt. Die Berufung der Beklagten bezweckte die Abweisung der Klage, während die Klägerin mit der Anschlußberufung den Unterlassungsantrag dahin förmelte: „kunstfeidene Ripsgummibänder mit Ober- und Unterkette in der Bindungstechnik des klägerischen Modells 1088 herzustellen“. Dieser Fassung sind auch die übrigen Anträge der Klägerin angepaßt. Das Oberlandesgericht hat unter Zurückweisung der Anschlußberufung der Klägerin die Klage abgewiesen. Auf die Revision der Klägerin ist das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden.

#### Gründe:

Es handelt sich in erster Linie um den Anspruch auf wettbewerbsrechtlichen Schutz im Fall einer sog. klavischen Nachahmung. Der Schutz wird in Anspruch genommen für eine bestimmte Art der Herstellung eines aus kunstfeidenem Ripsgummiband mit Baumwollatlasunterkette bestehenden Hosenträgerbandes der Klägerin. Die Herstellungsweise der Klägerin, welche von der Beklagten unter unstrittiger Verwendung eines Modells des Bandes genau übernommen worden ist, besteht in der von der Klägerin angeblich als erster Firma bei einem gummielastischen Band angewendeten, bisher ihrer Behauptung nach

nur für die Herstellung unelastischen Bandes bekannten Bindungstechnik (sog. Verzahnung). Bei dieser wird nach der Feststellung des Berufungsgerichts das Obergewebe nicht durch besondere, sonst notwendige Bindungsfäden, sondern durch die Unterfäden selbst an das Untergewebe gebunden. Ein technischer Formalschutz (Patent- oder Gebrauchsmusterschutz) besteht für diese Herstellungsart der Klägerin nicht, hat auch niemals für sie bestanden. Sie nimmt aber an dem von ihr seit Ende Mai 1930 in dieser Art hergestellten und in den Verkehr gebrachten Hosenträgerband Verkehrsgeltung für sich in Anspruch in dem Sinne, daß die Preise, die für den Verkauf dieses auch vom Berufungsgericht als besonders wertvoll bezeichneten, zur Weiterverarbeitung zu vornehmen Hosenträgern bestimmten Bandes, wie sie besonders in feinen Herrenartikel-Geschäften und erstklassigen Warenhäusern gehandelt werden, in Betracht kommen, in diesem Bande das Kennzeichen für die Herkunft, d. h. für ein Erzeugnis aus ihrem, der Klägerin, Betrieb, erblicken. In diesem Verhältnisse hat sich nach der weiteren Behauptung der Klägerin die Beklagte mit ihrem Ende 1931/Anfang 1932 unter Übernahme der genau gleichen Herstellungsart in den Verkehr gebrachten Bande eingebracht, um die Arbeit und Werbung der Klägerin und den guten Ruf ihrer Ware für sich auszunutzen; die Beklagte habe deshalb die durch ihre sklavische Nachahmung geschaffene Verwechslungsgefahr auch gewollt. In diesem Verhalten der Beklagten erblickt die Klägerin einen Verstoß gegen § 1 UnWBG. und § 826 BGB.

Nach den durch die Rechtsprechung des erkennenden Senats zur Frage des sog. sklavischen Nachbaus entwickelten Grundsätzen verstößt selbst die maßgetreue Nachbildung einer patentamtlich nicht oder nicht mehr geschützten Vorrichtung, soweit sich dieser Nachbau auf die technisch-funktionelle Seite als solche bezieht, an sich nicht gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs (§ 1 UnWBG.) oder gegen § 826 BGB., sondern ist schlechthin zulässig. Deshalb kann die Klägerin der Beklagten die Anwendung des mit dem ihrigen übereinstimmenden, von ihr, der Klägerin, als erster bei einem gummielastischen Band angewendeten Herstellungsverfahrens allerdings nicht ohne weiteres verbieten. Andernfalls würde eine technisch-funktionelle Einrichtung, die weder Patent- noch Gebrauchsmusterschutz genießt, auf dem Umweg über das Wettbewerbsgesetz diesen technischen Schutz erlangen. Zu einer Schaffung oder Erweiterung

des Schutzes technischer Werte ist aber das Wettbewerbsrecht nicht berufen. Dieses kann in Fällen solcher Art nur diejenigen Werte schützen, die sich auf die Geltung im Verkehr stützen, aber durch die Art der Werbung eines anderen beeinträchtigt werden. Deshalb müssen noch besondere Umstände hinzutreten, die das durch die Vornahme genauer Nachbildung geschahene wettbewerbsliche Handeln sittenwidrig machen (§ 1 UnWbG., § 826 BGB.). Ein solcher besonderer Umstand läge regelmäßig dann vor, wenn zu der durch die genaue Nachbildung des Originals geschaffenen objektiven Verwechslungsgefahr hinzuträte die Absicht der Täuschung der beteiligten Verkehrskreise durch bewusste Irreführung über die Herkunft des durch die Nachbildung geschaffenen Gegenstandes, also die gewollte, zum mindesten gebilligte Herbeiführung der Verwechslbarkeit mit der nachgeahmten Ware des Mitbewerbers zwecks Ausnutzung ihres guten geschäftlichen Rufes. Hiervon könnte aber nur dann die Rede sein, wenn die Klägerin den Nachweis der Verkehrsgeltung ihrer Ware als Erzeugnis ihres Betriebs, zum mindesten stets eines und desselben Betriebs, und zwar schon zu der Zeit, als die Beklagte ihre durch Nachahmung geschaffene Ware in Verkehr setzte, erbrächte, mit der Rechtswirkung, daß sie alsdann gegen das durch die Herbeiführung von Verwechslungen seitens der Beklagten erfolgende Eindringen in ihren wettbewerbsrechtlichen Besitzstand nach den Grundsätzen des Wettbewerbsrechts geschützt würde (vgl. über alle diese Grundsätze die Urteile des erkennenden Senats in RGZ. Bd. 120 S. 94 [99] [Guthafen], MuW. Bd. 30 S. 529 = JW. 1931 S. 459 Nr. 37 [Elektrolux], MuW. Bd. 31 S. 378 = JW. 1931 S. 1904 Nr. 24 [Standardlampe] und MuW. Bd. 32 S. 134 = JW. 1932 S. 1880 Nr. 40 mit zustimmender Fußnote von Ulmer [Refordlichtpausmaschine]). Wäre auch der von der Klägerin noch mit dem Antrag der Anschlußberufung geltend gemachte Anspruch auf Verbot der Anwendung ihres Herstellungsverfahrens durch die Beklagte nicht schlechthin gegeben, wie bereits bemerkt, so könnte er doch mit der Beschränkung begründet sein, daß die Verwendung nur unter Anbringung deutlicher und augenfälliger Unterscheidungsmerkmale zulässig sei (vgl. das zuletzt genannte Urteil des erkennenden Senats in MuW. Bd. 32 S. 135 a. E.). Die Anordnung darüber, wie diese aussehen müßten, um ihren Zweck zu erfüllen, wäre nicht Sache des Gerichts, das nur über die konkrete

Rechtsverletzung zu entscheiden hat, wie der erkennende Senat wiederholt ausgesprochen hat.

Das Berufungsgericht steht grundsätzlich auf dem hier vertretenen Standpunkt, soweit es eine genaue Nachahmung des an sich nicht geschützten Originals dann als unlauter ansieht, wenn sie zum Zweck der Täuschung des Verkehrs geschieht, um auf diese Weise den guten Ruf der von der Klägerin vertriebenen Ware für sich auszunützen. Zutreffend führt es zur Begründung aus, daß die Nachahmung zwecks Täuschung die Herbeiführung einer Verwechslung im Verkehr mit der nachgeahmten Ware zum Ziele habe, eine solche Verwechslung aber erst dann möglich sei, wenn die durch die Nachahmung angegriffene Ware Verkehrsgeltung erlangt habe, d. h. wenn sich ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise daran gewöhnt habe, die Ware wegen ihrer kennzeichnenden Eigenart mit einer bestimmten — und zwar immer derselben — Herkunftsstätte in Verbindung zu bringen. Über das Berufungsgericht nimmt an, daß die Klägerin eine solche Verwechslungsgefahr nicht dargetan habe. Es stellt zwar ausdrücklich fest, daß das Band der Klägerin infolge seiner besonderen Bindung von so starker Eigenart sei, daß es an sich hinreichende Kennzeichnungskraft besitzen könnte. Aber es sieht den Nachweis nicht als geführt an, daß das Band der Klägerin Verkehrsgeltung erlangt habe. Es vermag die von der Klägerin zum Nachweise einer solchen vorgelegten Schreiben verschiedener Firmen für sich allein nicht als Stütze für ihre Angabe anzusehen, da diese Firmen als Abnehmer der Klägerin deren Erzeugnisse kannten. Deshalb hätte diese nach der weiteren Ausführung des Berufungsgerichts dartun müssen, daß ihr Band trotz der kurzen Zeit seit dessen Einführung Ende Mai 1930, bis die Beklagte das ihrige Ende 1931/Anfang 1932 auf den Markt brachte, auch außerhalb ihres regelmäßigen Kundenkreises als ihr Erzeugnis bekannt geworden sei auf Grund wirksamer Reklame oder anderer besonderer Umstände. Das Berufungsgericht erblickt in dem von der Klägerin angegebenen Umsatz von 17745 m dieses Bandes in dem zweiten Halbjahr 1930 eine so geringe Menge im Verhältnis zu der von der Beklagten allerdings etwas übertrieben hoch geschätzten inländischen Jahreserzeugung von 50 bis 60 Millionen Meter Hosenträgerband, daß hiernach das Band nur in einem unerheblichen Teil der beteiligten Abnehmerkreise eingeführt sein könnte. Dabei berücksichtigt das

Berufungsgericht auch seiner Angabe nach, daß das Band wegen seines höheren Preises nur für eine kleinere Zahl von Abnehmern in Frage komme. Es meint, daß, wenn sich das Band der Klägerin tatsächlich bei einer größeren Zahl von Hosenträgerfabrikanten durchgesetzt hätte, diese jedenfalls probeweise den Artikel aufgenommen haben würden mit der Wirkung, daß dann mindestens im Anfang der Umsatz der Klägerin hätte größer sein müssen.

Die Revision rügt die Ablehnung der Verkehrsgeltung des Bandes der Klägerin als rechtsirrig. Die Rüge ist begründet. Es handelt sich bei dem Bande der Klägerin um ein besonders hochwertiges Erzeugnis, wie zahlreiche Schreiben von Hosenträgerfabrikanten des In- und Auslandes (Schweiz, England, Australien) ausdrücklich erklären. Das Berufungsgericht unterstellt den Inhalt dieser Schreiben als richtig. Es bezeichnete auch selbst das Band als eine „besonders gute Qualität“. Die Klägerin hat zur Erläuterung ihrer Umsatzziffer von 17745 m in der zweiten Jahreshälfte 1930, also unmittelbar nachdem sie ihr neues Band herausgebracht, hervorgehoben: dabei sei zu berücksichtigen, daß bei weitem nicht das gesamte Hosenträgergewerbe für den Ankauf derart hochwertiger Erzeugnisse in Betracht komme, sondern nur diejenigen Firmen, die sich mit dem Vertrieb von Hosenträgern bei den feinen Herren-Sondergeschäften und den erstklassigen Warenhäusern befaßten. Hierfür hatte die Klägerin umfangreichen Beweis angetreten, indem sie sich berufen hatte auf die Auskunft einer Anzahl von Firmeninhabern ihres Geschäftszweiges, die sie als Zeugen hierfür benannt hat. Die Beklagte hat diese Angaben anscheinend nicht bestritten. Danach handelt es sich bei dem fraglichen Band der Klägerin, wie bis auf weiteres anzunehmen ist, nicht etwa um massenhaft hergestellte Duzendware, die der Eigenart und Kennzeichnungskraft überhaupt ermangelt, sondern um eine verhältnismäßig teure, ihrer Herstellungsart nach besonders ausgestattete, aus wertvollem Stoff bestehende Ware, die gegenüber anderen Erzeugnissen auf dem Gebiet der Herstellung von Hosenträgerband durch besondere Eigentümlichkeit herausgehoben ist. Auch das Berufungsgericht erkennt ausdrücklich an, daß das Band der Klägerin infolge seiner besonderen Bindungstechnik von so starker Eigenart ist, daß es an sich hinreichende Kennzeichnungskraft besitzen könnte. Der vernommene Sachverständige spricht in seinem Gutachten gleichfalls mit Bezug auf das Band

der Klägerin von der „ausgesprochenen Eigenart des unter Aufwand erfinderischer Tätigkeit zusammengestellten Gewebes“. In Anbetracht des hiernach schon jetzt feststehenden Luxuscharakters des Bandes der Klägerin im Vergleich zu der Masse der Erzeugnisse auf dem Gebiete der Herstellung von Gummihosenträgerband mußte das Berufungsgericht, wenn es bei der Prüfung der Frage der Verkehrsgeltung den Umfang des Umsatzes der Klägerin in ihrem Band in den ersten sechs Monaten, nachdem sie es auf den Markt gebracht, zugrundelegte, wie es das ausschließlich tut, einen relativen Maßstab anlegen. Da das Band der Klägerin wegen seines hohen Preises nur für eine kleinere Zahl von Abnehmern in Frage kommt, wie die Revision in Übereinstimmung mit den diesen Punkt behandelnden Ausführungen in dem Urteil des erkennenden Senats betr. Weißpunkt-Pfeifen in RGZ. Bd. 141 S. 110 (117/118) mit Recht geltend macht, so durfte die Erheblichkeit des Umsatzes nur im Verhältnis zu der Herstellung besonders hochwertiger Erzeugnisse beurteilt werden. Nur die Abnehmer der letzteren — die diese zu Hosenträgern weiterverarbeiten — gehören zu den „beteiligten Verkehrskreisen“, nicht aber die große Masse von Fabrikanten einfacherer Hosenträger aus Band, das mit dem der Klägerin nichts zu tun hat, und zwar weder nach Herstellungsart noch nach vornehmer Aufmachung. Deshalb stellt der vom Berufungsgericht angewendete absolute Maßstab, d. h. der Vergleich der Umsatzziffer des hochwertigen Bandes der Klägerin mit der inländischen Jahreserzeugung an Hosenträgerband überhaupt, eine Verletzung der die Frage der Verkehrsgeltung allgemein, also auch für das Gebiet des Wettbewerbs regelnden Vorschrift des § 15 WZG. dar, ganz abgesehen davon, daß diese Zahl von 50 bis 60 Millionen Metern offensichtlich außerordentlich überseht ist. Der Umstand, daß das Berufungsgericht im nächsten Satz diese Zahl als möglicherweise „etwas überschätzt“ bezeichnet, ändert nichts daran, daß es sie im wesentlichen seiner Begründung, mit der es die Verkehrsgeltung des klägerischen Bandes ablehnt, zugrundelegt. Auch die weitere Bemerkung des Berufungsgerichts, daß das Band der Klägerin wegen seines höheren Preises nur für eine kleinere Zahl von Abnehmern in Frage kommt, hat nach den sonstigen Ausführungen des Berufungsgerichts zu diesem Punkt lediglich theoretische Bedeutung; jedenfalls räumt es, wie gezeigt, diesem wichtigen Gesichtspunkt der durch die Art des frag-

lichen Gegenstandes sich von selbst ergebenden Beschränkung des Interessentenkreises praktisch keinen Einfluß ein.

Danach hat das Berufungsgericht die Verkehrsgeltung des Bandes der Klägerin als Erzeugnis aus ihrem Betriebe — zum mindesten stets aus demselben Betriebe, da es nicht erforderlich ist, den Namen des betreffenden Unternehmens zu kennen — zu der Zeit, als die Beklagte das ihrige auf den Markt brachte, zu Unrecht abgelehnt und damit die Verwechslungsgefahr rechtsirrig verneint.

Grundsätzlich verfehlt sind die Ausführungen des Berufungsgerichts unter Nr. 2 seiner Begründung. Es nimmt hier an, der Nachbau würde auch dann zu unlauterem Wettbewerb, wenn die beteiligten Verkehrskreise, die das Band als Erzeugnis der Klägerin kennen, nicht — wie vorher erörtert — durch Täuschung über die Herkunft der durch Nachahmung geschaffenen Ware, sondern durch Festsetzung eines geringeren Preises für sie von der Beklagten „der Klägerin abspenstig gemacht würden“. Das Berufungsgericht sieht „auch in diesem Fall nur den durch Verkehrsgeltung erworbenen Besitzstand als geschützt an, in den die Beklagte durch niedrigere Preisstellung einzubringen suche“. Da es aber, wie oben ausgeführt, an einer Verkehrsgeltung nach Ansicht des Berufungsgerichts fehlt, so gelangt es auch hier zur Ablehnung eines Verstoßes gegen das Wettbewerbsgesetz.

Mit Recht wendet sich die Revision auch gegen diesen Teil der Begründung des Berufungsgerichts; er ist in verschiedenen Beziehungen rechtsirrig. Nach der oben wiedergegebenen ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats ist die Nachbildung des Originals eines gemeinfreien Gegenstandes nicht schon grundsätzlich, sondern nur beim Hinzutreten besonderer Umstände sittenwidrig gemäß § 1 UnWG, § 826 BGB. Das mit Mühe und Kosten errungene Arbeitsergebnis eines anderen wird also nicht als solches geschützt, sondern nur gegen Eingriffe unter Anwendung unlauterer Mittel. Dazu gehört nicht schlechtthin das Eindringen in den Kundenkreis, das „Absperstigmachen“ von Kunden, wovon das Berufungsgericht spricht. Denn niemand hat im Geschäftsleben Anspruch auf die unveränderte Erhaltung seines Kundenkreises. Vielmehr ist der eigentliche Inhalt, Zweck und Sinn jedes Wettbewerbs, in den Kundenkreis des Mitbewerbers einzudringen, durch Güte und

Preise der eigenen gewerblichen Leistungen ihm die Kunden abspenstig zu machen, wie der erkennende Senat wiederholt ausgesprochen hat (vgl. z. B. das Tankstellen-Urteil in RGZ. Bd. 134 S. 342, ferner das Urteil in NuW. Bd. 33 S. 118 [120] und die anderen dort angeführten Urteile), nur darf das nicht mit unlauteren Mitteln geschehen, wie dort ebenfalls dargelegt ist. Zu diesen gehört keineswegs schon an sich das Preisunterbieten. Hierbei handelt es sich vielmehr, sofern es nicht durch den Hinzutritt besonderer Umstände unlauter wird, um eine erlaubte Maßnahme im Wettbewerbskampf (vgl. RGZ. Bd. 134 a. a. O., besonders S. 351). Der den Gegenstand dieser Entscheidung bildende Fall des fortgesetzten planmäßigen rücksichtslosen Preisunterbietens „kostete es was es wolle“ durch den wirtschaftlich starken Wettbewerber gegenüber dem schwächeren, um diesen zur Angleichung an die eigenen ursprünglich höheren Preise, deren künftige Wiederkehr beabsichtigt wird, zu zwingen oder ihn im Weigerungsfall zu vernichten, ein Handeln, das als Verstoß gegen die guten Sitten (§ 1 UnWbG. und § 826 BGB.) angesehen wurde, kommt hier nicht in Frage. — Der vom Berufungsgericht weiter vertretene Standpunkt, daß die niedrigere Preisfestsetzung der Beklagten rechtlich der durch bewußte Irreführung des Publikums über die Herkunft ihrer Ware etwa bewirkten Täuschung gleichzustellen sei, ist nicht recht verständlich. Anscheinend denkt das Berufungsgericht an den Fall, wo ohne Irreführung des Publikums, also ohne Begründung einer Verwechslungsgefahr, ein von einem anderen mit Mühe und Kosten errungenes Arbeitsergebnis dadurch ausgebeutet wird, daß die Schlagkraft eines Wortes, das für eine nicht gleiche oder gleichartige Ware eines anderen Verkehrsgeltung genießt, für die eigene Ware übernommen wird (vgl. die „Uralt“-Entscheidung des erkennenden Senats in NuW. Bd. 26 S. 334 = JW. 1927 S. 1563 Nr. 6). Aber die Heranziehung dieses Gesichtspunktes ist mangels jeder Rechtsähnlichkeit ausgeschlossen.

Es kann sich, wie bereits wiederholt betont, nur darum handeln, daß die Klägerin, falls ihr ein auf der Verkehrsgeltung ihres von der Beklagten nachgebildeten Bandes als Erzeugnisses ihres Betriebs beruhender Besitzstand zustehen sollte, in diesem durch das Wettbewerbsrecht geschützt wird gegen die bewußte Irreführung der beteiligten Kreise über die Herkunft des durch Nachbildung geschaffenen Gegenstandes, also gegen die gewollte und gebilligte Herbei-

führung der Verwechslungsgefahr dieser und ihrer eigenen Ware seitens der Beklagten. Darüber kann nach Lage der Umstände kein Zweifel bestehen, daß die hier durch Verwendung der gleichen Bindungstechnik in der Ware der Beklagten wie in dem bei der Nachbildung als Muster von ihr verwandten Marke der Klägerin unstrittig bestehende objektive Verwechslungsgefahr der beiderseitigen Erzeugnisse von der mit den einschlägigen Verhältnissen nach ihrem eigenen Vorbringen genau vertrauten Beklagten bewußt und gewollt herbeigeführt ist, um den guten Ruf der von der Klägerin vertriebenen Ware durch Täuschung und Irreführung für sich auszunützen. Das ist ein Verhalten, das eben schlechthin mit den guten Sitten und den Erfordernissen des lautereren Wettbewerbs unvereinbar ist. Dabei ist, wie in dem bereits erwähnten Elektroluz-Urteil des erkennenden Senats (MuW. Bd. 30 S. 529) unter Hinweis auf weitere von diesem erlassene Urteile betont worden, noch hervorzuheben, daß es der bewußten Herbeiführung der Verwechslungsgefahr rechtlich gleichsteht, wenn der Nachbauer es unterläßt, seiner Rechtspflicht gemäß alles zu tun, um die ihm bekannte Verwechslungsgefahr zu beseitigen, obgleich das z. B. durch Anbringung unterscheidender Merkmale möglich wäre (vgl. das auch in diesem Zusammenhang bereits erwähnte Urteil des erkennenden Senats betr. „Refordlichpausmaschinen“ in MuW. Bd. 32 S. 134). Daß diese Möglichkeit hier gegeben wäre, ist ohne weiteres klar.

Das Berufungsgericht prüft weiter, ob der Beklagten entsprechend der Behauptung der Klägerin die Nachahmung durch Erschleichen gelungen sei, nämlich durch Aushandspionage des Herstellungsgeheimnisses der Klägerin auf dem Wege der Werkspionage. Das Berufungsgericht hält auch diesen Klagegrund nicht für gegeben. Es sieht die unter Beweis gestellten Ausführungen der Klägerin zur Darlegung einer Erschleichung nicht als ausreichend an, weil diese keinen Beweis dafür angetreten habe, daß der Beklagten die Verleitung eines Angestellten der Klägerin zur Preisgabe des Herstellungsgeheimnisses gelungen sei...

Hiergegen wendet sich die Revision unter Hinweis darauf, daß die Klägerin in der Klage und später unter Beweis gestellt habe, daß die Angestellten und der Sohn des Inhabers der Beklagten im Dezember 1931 und im Januar 1932 wiederholt in hartnäckigster Weise versucht hätten, das Herstellungsgeheimnis auszutuschaffen,

daß der Angestellte R. dabei ausdrücklich erklärt habe, es sei der Beklagten trotz größter Mühe bisher nicht gelungen, das Band herzustellen, daß derselbe R. auch schon früher ein Herstellungsgeheimnis der Klägerin auszukundschaften versucht und gegenüber der Weigerung eines Bandwirkers der letzteren erklärt habe, er müsse sich dann eben an einen anderen wenden, erfahren müsse er es auf alle Fälle . . . Die Revision meint, daß, wenn bei dieser Sachlage die Beklagte kurze Zeit nach den Spionageversuchen das slavisch nachgeahmte Band hergestellt habe, so spreche eine so starke Vermutung für einen schließlichen Erfolg dieser Versuche bei einem nicht ermittelten Angestellten der Klägerin, daß nach den Grundsätzen des Beweises des ersten Anscheins die Beklagte diese Vermutung entkräften müsse.

Die Rüge der Revision konnte keinen Erfolg haben. Grundsätzlich ist zu diesem Klagegrund der unlauteren Geschäftsgeheimnis-Verwertung gemäß § 17 Abs. 2 und 1 UnWBG. in Verbindung mit § 1 das. und § 826 BGB. zu bemerken, daß es sich um einen selbständigen Klagegrund neben dem oben behandelten sog. slavischen Nachbau handelt. Eine genaue Nachbildung wie bei diesem mit der Folge der Begründung der Verwechslungsgefahr im Verkehr ist hier nicht erforderlich. Es genügt vielmehr die zu Zwecken des Wettbewerbs geschehene unbefugte Verwertung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses der Klägerin in Bezug auf die Herstellung ihres Bandes durch die Beklagte bei Herstellung des ihrigen, sofern sie die Kenntnis dieses Geheimnisses durch eine gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßende eigene Handlung oder durch eine Mitteilung erlangt hat, die ihr ein Angestellter oder Arbeiter der Klägerin während der Dauer seines Dienstverhältnisses unbefugt zu Zwecken des Wettbewerbs oder in der Absicht, der Klägerin Schaden zuzufügen, gemacht hat (§ 17 Abs. 2 und 1 UnWBG.). Ist die unerlaubte Handlung der Erlangung der Kenntnis auf diesem Wege begangen, so bleibt die so erlangte Kenntnis mit dem Makel der Gesetz- oder Sittenwidrigkeit behaftet und darf nicht verwertet werden. Der Schadensersatzanspruch gegen den Täter ist in § 19 UnWBG. gewährt; der Anspruch auf Unterlassung ist dort nicht erwähnt. Er ergibt sich, soweit ein sittenwidriges Tun vorliegt, schon aus § 1 UnWBG. (§ 826 BGB.), außerdem wegen objektiv widerrechtlicher Verletzung des die Geheimhaltung schützenden Rechts oder Rechtsguts auf uneingeschränkte Aus-

übung der gewerblichen Betätigung seitens der Klägerin aus der entsprechenden Anwendung des in § 1004 BGB. ausgesprochenen Rechtsgebankens, wie der erkennende Senat in ständiger Rechtsprechung angenommen hat. Außerdem ist der deliktische Unterlassungsanspruch stets dann gegeben, wenn ein Verstoß gegen § 17 UrWZ. in Vollendung vorliegt und die Gefahr besteht, daß die Ausnutzung der verbotswidrig erlangten Kenntnis wiederholt wird (RGZ. Bd. 53 S. 400; Rosenthal UrWZ. 8. Aufl. Anm. 4 zu § 19).

Danach bedarf es für das mit der Klage — abgesehen von dem Schadensersatzanspruch — betriebene Verbot der Herstellung des Bandes in der im einzelnen angegebenen Art, d. h. hier der Verwertung der angeblich auf jenem unlauteren Weg erlangten Kenntnis des Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses zur Herstellung des Bandes durch die Beklagte, der Vollendung der Handlung neben der Wiederholungsgefahr im obigen Sinne. Die Werkspionage muß also, wie das Berufungsgericht mit Recht annimmt, Erfolg haben. Es sieht die Klägerin in dieser Hinsicht als darlegungs- und beweispflichtig an. Das bemängelt auch die Revision an sich nicht, kann sie auch nicht bemängeln. Weiter beanstandet sie nicht, daß die Klägerin einen Erfolg der Beklagten oder eines ihrer Angestellten bei seinem auf Werkspionage gerichteten Verhalten nicht hat behaupten können. Mit Rücksicht auf die auch vom Sachverständigen bekundete Schwierigkeit der Nachbildung allein auf Grund des fertigen Bandes der Klägerin einerseits und auf die Tatsache andererseits, daß die Beklagte kurze Zeit nach den Spionageversuchen das Band völlig gleich demjenigen der Klägerin tatsächlich hergestellt hat, sucht sich die Klägerin freilich auf die Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins zu berufen und fordert danach die Entkräftung der ihrer Ansicht nach bestehenden Vermutung der vollendeten Werkspionage der Beklagten von dieser. Jedoch richtet sich dieser Angriff gegen die auf tatsächlichem Gebiet liegende Beweismäßigkeit des Berufungsgerichts, nämlich gegen seinen auf freier richterlicher Würdigung beruhenden Standpunkt, wie der Beweis zu führen und unter welchen Umständen er als geführt anzusehen ist.

Das Berufungsgericht stellt auf Grund des Gutachtens des Sachverständigen fest, daß eine Nachahmung des fertigen Bandes der Klägerin, das als Muster bei der Herstellung ihres Bandes unstreitig der Beklagten vorgelegen hat, wohl denkbar ist, wenn auch

erst nach kostspieligen und zeitraubenden Versuchen. Der Sachverständige erklärt ausdrücklich, ein dem Fachmann vorgelegtes längeres Muster der Ware der Klägerin lasse beim Berlegen die Anordnung der Fäden innerhalb des Gewebes erkennen.

Die sich gegen die Abweisung dieses Klagegrundes (§ 17 Abs. 2 und 1 in Verbindung mit § 1 UnWBG.) richtende Revisionsrüge war somit nicht begründet.

Dagegen war das Berufungsurteil, soweit es den ersten Klagegrund des slavischen Nachbaus wegen mangelnder Verkehrsgeltung des Bandes der Klägerin als ihres Erzeugnisses, zum mindesten als Erzeugnisses aus stets einem und demselben Betrieb, rechtsirrig nach den obigen Ausführungen abgewiesen hat, aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei ist darauf hinzuweisen, daß, falls es der Klägerin in dem künftigen Verfahren etwa gelingen sollte, den Nachweis der vollendeten Erschleichung der Nachbildung durch erfolgreiche Werkspionage im Sinne des § 17 UnWBG. zu erbringen, der Unterlassungsanspruch ohne die nur für den Fall des Durchgreifens des ersten Klagegrundes erforderliche Einschränkung gegeben sein würde. Denn im Falle des § 17 a. a. O. geht der Unterlassungsanspruch schlechthin auf Verbot der Ausnutzung der gesetzwidrig erlangten Kenntnis.