

sondere folgende Erwägungen. Die Klägerin ist eines der in den Konzernen der Deutschen Telekom AG integrierten Unternehmen und kann daher die strukturellen Vorteile, die die Deutsche Telekom AG infolge der Übernahme der Monopolstruktur des Staatsunternehmens Deutsche Post im Festnetzbereich immer noch hat, mitnutzen. Die verschiedenen Sparten der Telekom, Internet, Mobilfunk und Festnetz, sind bekanntermaßen im Rahmen des sogenannten „Happy Digits“-Systems derart miteinander verbunden, dass der Kunde durch Teilnahme an einer der Sparten Bonusleistungen in den jeweils anderen erlangen kann. Durch die Sogwirkung eines Kundenbindungssystems<sup>11)</sup> innerhalb eines Konzerns greift der strukturell bedingte Vorteil der Telekom im Festnetzbereich auch auf den Geschäftsbereich der Klägerin über. Dazu kommt noch, dass, wie die *Kammer* anführt, die Erfahrung dafür spricht, dass Kunden verschiedene Angebote möglichst von einem einzigen Anbieter in Anspruch nehmen.

Dagegen steht das überwiegende Interesse der Beklagten zu 1) an freier wirtschaftlicher Betätigung. Die Konsequenz, die aus der Annahme eines Anspruchs der Klä-

gerin gezogen werden müsste, wäre nämlich, dass die Beklagte zu 1) entweder keinem oder jedwedem Wettbewerber auf einem Markt das Angebot machen müsste, an dem Bonusflugmeilensystem der Deutschen Luftansa AG teilzunehmen. Dies liefe praktisch auf einen Kontrahierungszwang für alle Märkte, auf denen die Beklagte zu 1) jeweils auch nur einen Vertragspartner hat, hinaus. Unter Berücksichtigung der Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG kann ein solcher Kontrahierungszwang nur ganz ausnahmsweise angenommen werden und entspricht auch grundsätzlich nicht der Zwecksetzung des GWB, einen freien Leistungswettbewerb zu ermöglichen.

Schließlich ist noch anzuführen, dass sich die Wettbewerber auf dem Mobilfunknetzmarkt mit der Klägerin in einem „Aufholwettbewerb“ befinden und die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post das Kundenbindungssystem der Deutschen Telekom AG gerade deshalb für zulässig erachtet hat, weil andere Unternehmen ebenfalls derartige Systeme entwickeln können. Es wäre geradezu paradox, wenn diese Entscheidung dadurch nivelliert würde, dass der Klägerin ein Anspruch auf Aufnahme in ein Kundenbindungssystem zugestanden würde, weil einer ihrer Wettbewerber ebenfalls Teilnehmer dieses Systems ist.

11) Vgl. zur Sogwirkung von Rabattsystemen Langen/Bunte/Schultz, § 19, Rn. 142.

## Friedrich Bernreuther

Rechtsanwalt, München\*

## Das Vertragsangebot in der Werbung

### Zur erfolgreichen Durchführungshandlung bei entgegenstehendem wettbewerbsrechtlichen Durchführungsverbot

#### Inhaltsübersicht

##### Einleitung

1. Zustandekommen des Vertrages
- 1.1 Das Zustandekommen des Vertrages aufgrund Angebotserklärung des Kunden
- 1.2 Zustandekommen des Vertrages mit der Werbung
  - 1.2.1 Werbung und invitatio
  - 1.2.2 Werbung und Zusicherung
  - 1.2.3 Werbung und Sachmangel
  - 1.2.4 Werbung und Gewinnzusage gem. § 661 a BGB
  - 1.2.5 Werbung und Vertragsangebot
    - 1.2.5.1 Voraussetzungen für ein in der Werbung vorhandenes Angebot; Abgrenzungen
      - 1.2.5.1.1 Festlegung von Inhalt und Grenzen der Begriffe „Werbliches Angebot“
      - 1.2.5.1.2 Festlegung von Inhalt und Grenzen der Begriffe „Rechtsgeschäftliches Angebot“ i.S.d. § 145 BGB
      - 1.2.5.1.3 Vergleich von wettbewerbsrechtlichem Angebot und rechtsgeschäftlichem Angebot
      - 1.2.5.1.4 Rechtliche Einordnung des in der Werbung verlautbarten rechtsgeschäftlichen Angebots; Abgrenzungen
      - 1.2.5.1.5 Beispiele in Hinblick auf in der Werbung zugleich vorhandene Angebote und dessen rechtliche Bewertung

- 1.2.5.1.5.1 Gutscheinangebot betreffend eine einzige Ware/Leistung
- 1.2.5.1.5.2 Gutscheinangebot betreffend eine allgemeine Preisherabsetzung
- 1.2.5.1.5.3 Personenmäßig nicht eingegrenztes Angebot betreffend eine bestimmten Ware/Leistung
- 1.2.5.1.5.4 Personenmäßig nicht eingegrenztes Angebot betreffend die Preisherabsetzung einer gesamten Warengruppe oder des gesamten Warenangebots
- 1.2.5.2 Folgen des in der Werbung vorhandenen Angebots für den Anbieter
- 1.3 Zwischenergebnis zu Ziff. 1
2. Wettbewerbsrechtliche Durchführungsverbote
  - 2.1 Wettbewerbsrechtliches Durchführungsverbot nach deutschem Recht
    - 2.1.1 Gesetzliche Durchführungsverbote
      - 2.1.1.1 § 1 UWG und § 20 Abs. 4 GWB als ausgewählte Anspruchsgrundlagen
      - 2.1.1.2 Inhalt und Folgen gesetzlicher Durchführungsverbote in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht
    - 2.1.2 Vertragliche Durchführungsverbote
      - 2.1.2.1 Der Vertrag als Anspruchsgrundlage
      - 2.1.2.2 Inhalt des vertraglichen Durchführungsverbots
      - 2.1.3 Auf Titeln beruhende Durchführungsverbote
        - 2.1.3.1 Der Titel als Anspruchsgrundlage
        - 2.1.3.2 Inhalt des titulierten Durchführungsverbots

\*) Rechtsanwälte Braun, Bergmaier, Preiß.

- 2.2 Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 28 EGV und deren Auswirkung auf nationale wettbewerbsrechtliche Durchführungsverbote
- 2.3 Zwischenergebnis zu Ziff. 2
- 3. Wirksamkeit des Vertrages bei entgegenstehendem wettbewerbsrechtlichen Durchführungsverbot
- 3.1 Wirksamkeit des Vertrages, der auf einem der Werbung nachfolgenden Angebot fußt und dessen Erfüllung mit dem zugleich vorhandenen wettbewerbsrechtlichen Durchführungsverbot konkurriert
- 3.2 Wirksamkeit des Vertrages, der auf einem in der Werbung zugleich enthaltenen Vertragsangebot fußt und dessen Erfüllung mit dem zugleich vorhandenen wettbewerbsrechtlichen Durchführungsverbot konkurriert
- 3.2.1 Vertragswirksamkeit und kartellrechtliches Durchführungsverbot gem. § 20 Abs. 4 GWB
- 3.2.2 Vertragswirksamkeit und wettbewerbsrechtliches Durchführungsverbot gem. § 1 UWG
- 3.2.2.1 Verletzungen des LMBG/AMG, wettbewerbsrechtliches Durchführungsverbot und Vertragswirksamkeit
- 3.2.2.2 Verletzungen der HwO/SchwArbeitG, wettbewerbsrechtliches Durchführungsverbot und Vertragswirksamkeit
- 3.2.2.3 Verletzung der PreisangabenVO, wettbewerbsrechtliches Durchführungsverbot und Vertragswirksamkeit
- 3.2.2.4 Verletzung des LadenschlussG, wettbewerbsrechtliches Durchführungsverbot und Vertragswirksamkeit
- 3.2.2.5 Verletzung der Sonn- und Feiertagsgesetze, wettbewerbsrechtliches Durchführungsverbot und Vertragswirksamkeit
- 3.3 Zwischenergebnis zu Ziff. 3
- 4. Umfang der wettbewerbsrechtlichen Pflicht zur Unterlassung der Durchführungshandlung bei Vorhandensein eines vertraglichen Erfüllungsanspruchs
- 4.1 Umfang der auf Gesetz beruhenden Pflicht zur Unterlassung der Durchführungshandlung
- 4.1.1 Vertragsangebot nach Durchführungsverbot
- 4.1.1.1 Durchführungshandlung vor Erlass und vor Zustellung einer einstweiligen Verfügung
- 4.1.1.2 Durchführungshandlung nach Erlass der einstweiligen Verfügung, aber vor deren Zustellung
- 4.1.1.3 Durchführungshandlung nach Erlass und nach Zustellung der einstweiligen Verfügung bei einem der Werbung nachfolgenden Vertragsschluss
- 4.1.1.4 Durchführungshandlung nach Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung
- 4.1.2 Umfang der auf Gesetz beruhenden Pflicht zur Unterlassung der Durchführungshandlung bei einem zugleich in der Werbung verlautbarten Vertragsangebot
- 4.1.2.1 Durchführungshandlung vor Erlass und vor Zustellung einer einstweiligen Verfügung
- 4.1.2.2 Durchführungshandlung nach Erlass einer einstweiligen Verfügung, aber vor deren Zustellung
- 4.1.2.3 Durchführungshandlung nach Erlass und nach Zustellung einer einstweiligen Verfügung
- 4.1.2.4 Durchführungshandlung nach Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung
- 4.2 Umfang der auf Vertrag beruhenden Pflicht zur Unterlassung
- 4.3 Umfang der auf einem Titel beruhenden Pflicht zur Unterlassung
- 4.4 Zwischenergebnis zu Ziff. 4
- 5. Erfolgreiche Vertragserfüllung, Unterlassung und Schadensersatz
- 6. Tempora mutantur, et nos mutamur in illis

## Einleitung

Die Beanstandung unzulässiger Werbeaussagen erstreckt sich häufig nicht allein auf die Werbung selbst. Vielmehr geht es vielfach darum, die Durchführung der angekündigten Wettbewerbshandlung zu verhindern. Wird etwa eine täuschende Werbung für die Teilnahme an einer sogenannten Kaffeefahrt untersagt, kann bei Ausbleiben eines insoweit möglichen, zusätzlichen Verbots die Fahrt wie angekündigt durchgeführt<sup>1)</sup> werden. Getrennt vom wettbewerbsrechtlichen Durchführungsverbot beurteilt sich die zivilrechtliche Frage, ob ein Vertragsanspruch, der die Verwirklichung der werblichen Aussage zum Gegenstand hat, wirksam ist oder nicht. Dies deshalb, weil für die Bewertung der Wirksamkeit dieser Verträge ausschließlich bürgerlich-rechtliche Maßstäbe gelten. Bestehen vertragliche Ansprüche, ob schon nicht nur die Werbung, sondern sogar die Durchführungshandlungen nach Wettbewerbsrecht unzulässig sind, ist die weitere Frage aufgeworfen, ob diese vertraglichen Ansprüche ohne mögliche Auslösung wettbewerbsrechtlicher Sanktionen entstehen bzw. erfüllt werden können. Dies zu klären dienen die nachstehenden Ausführungen<sup>2)</sup>.

- 1) Kein Durchführungsverbot (Gewährung der Zugabe) enthielt die Entscheidung OLG Saarbrücken WRP 1999, 224 „Lands End“ (Nichtannahmebeschluss des BGH GRUR 2000, 92). Die Beklagte warb sodann eine gewisse Zeit damit, dass sie eine unbegrenzte Garantie zwar nicht mehr anpreisen, diese aber nach wie vor gewähren dürfe. In Hinblick auf diese unbegrenzte Garantie wurde nach Aufhebung der ZugabeVO von nicht unmaßgeblicher Seite geäußert, dass insoweit ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot gem. § 3 UWG bzw. gem. § 5 Abs. 2 d.E. vorliegt, da die Garantie tatsächlich nicht einlösbar ist, sofern sich sämtliche Werbeadressaten auf sie berufen. Nach meiner Auffassung liegt eine Verletzung von § 1 UWG bzw. von § 3 d.E. vor, da mit einem Sachverhalt zu Lasten Anständiger geworben wird. U.a. wer nur blöd und billig kann, wird sich über diese meine Begründung erheitern.
- 2) Die Anwendung des Wettbewerbsrechts kann in Anknüpfung an den ursprünglichen Gesetzeszweck – hierzu *Baumbach/Hefermehl*, UWG, 22. Auflage 2001, Einleitung Rz. 76 (weitere Nachweise in meinem Beitrag WRP 1995, 452, 457 Fn. 56 u. Fn. 58 sowie WRP 1998, 584 Fn. 1) – dazu dienen und dazu führen, den Mitbewerber zu schützen. Liegt ein Wettbewerbsverstoß zu Lasten von Mitbewerbern vor, bedeutet solches in der Regel die Beendigung der auf Seiten der Verbraucher gegebenen Möglichkeit, günstige Verträge abzuschließen. Wie der Verbraucher trotz eines solchen Wettbewerbsverstoßes seine zivilrechtlichen Rechte gleichwohl mit den ausschließlich zivilrechtlich vorhandenen Mitteln durchsetzen kann, ist Gegenstand der Ausführungen im Fliesstext. Die Anwendung des Wettbewerbsrechts kann aber auch dazu führen, dass dem Gedanken des Verbraucherschutzes Geltung verschafft wird. Dann taucht die Frage auf, wie der Verbraucher seine bereits begründeten zivilrechtlichen Pflichten mit den ausschließlich zivilrechtlich vorhandenen Mitteln lösen kann. Vorschläge, die über die vorhandenen gesetzlichen Möglichkeiten, sich vom Vertrag zu lösen, hinausgehen, werden erörtert von *Fezer*, WRP 2003, 127 ff. („Lauterkeitsrechtliches Vertragslösungsrecht“). Hiergegen wendet sich *Weiler*, WRP 2003, 423 ff. Meine Vorschläge (*Bernreuther*, WRP 1998, 584 ff.), wonach der durch den Wettbewerbsverstoß belastete Verbraucher die Einrede des Unterlassens jeder weiteren Durchsetzungsmaßnahme gegenüber dem Wettbewerbsverletzer hat, wonach ferner bei fehlender wettbewerbsrechtlicher Erkennbarkeit eines Vertragsangebots als solchen die erleichterte Möglichkeit des Verneinens übereinstimmender Willenserklärungen besteht, wonach schließlich der Rücktritt erklärt werden kann, wenn die wettbewerbswidrige Handlung sich fortlaufend nachteilig auf den Vertrag auswirkt, wurden in Entsprechung zu § 11 UklG (bis 31. 12. 2001; § 21 AGBG) entwickelt. Nach § 11 UklG kann sich der betroffene Vertragspartner auf ein durch einen Verbandskläger betreffend die Verwendung bestimmter AGB erstrittenes Unterlassungsurteil berufen, wenn er auf der Grundlage dieser AGB individuell in Anspruch genommen wird. Dieser Vorschlag von mir wird in der gegenwärtigen Diskussion um ein Vertragsauflösungsrecht des Verbrauchers nicht erwähnt. Den Begründungen von *Fezer* wollte sich der Gesetzgeber in seinem Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 23. 01. 2003 S. 24 allerdings nicht anschließen. Seitens der EU hat man unter Anlegung einer ungeschichtlichen und daher unzutreffenden Sichtweise das Wettbewerbsrecht lange Zeit ausschließlich als Verbraucherschutzrecht verstanden, vgl. z.B. meine Hinweise in WRP 1998, 584 Fn. 2. Erstmals – soweit ersichtlich – taucht der Gedanke des Schutzes des Mittelstandes in der „Mitteilung über Verkaufsförderung im Binnenmarkt“ v. 02. 10. 2001 S. 8, letzter Absatz und S. 13 als vorausgehendem Dokument zum Entwurf einer VO der EU über Verkaufsförderung im Binnenmarkt auf (BR Drucksache 853/01; geplantes Inkrafttreten zunächst: 01. 01. 2005. Augenblicklich wird unter der Ratspräsidentschaft Griechenlands allerdings eine Rahmenrichtlinie zum unlauteren Wettbewerb beauftragt).

## 1. Zustandekommen des Vertrages

Ein Vertrag kommt durch Angebot und Annahme dieses Angebots zustande. Regelmäßig wird dabei das Angebot vom Kunden erklärt, wobei dieses Kundenangebot nicht selten durch Werbung des Gewerbetreibenden bzw. freiberuflich Tätigen<sup>3)</sup> auf den Weg gebracht wurde. Zwar gibt es auch Vertragsschlüsse jeweils zwischen Privaten (als Gegenbegriff zu Gewerbetreibenden) und jeweils zwischen Gewerbetreibenden, darüber hinaus werben auch Private gegenüber Privaten, dasselbe gilt für Gewerbetreibende. Dies ändert aber nichts an dem Regelfall des sich Gegenüberstehens von Gewerbetreibenden und privaten Kunden. In einigen Fällen wird im Rahmen dieser Beziehung das Vertragsangebot aber auch vom Anbieter der Ware bzw. Dienstleistung, hier vom Gewerbetreibenden, also vom Anbieter im wettbewerbsrechtlichen Sinn erklärt. Dann kann diese Erklärung auch zusammen mit der Erklärung der Werbung erfolgen. Dies macht deutlich: Das Angebot als erste Voraussetzung für eine vertragliche Einigung ist nicht an die Person des Kunden, mithin nicht an Adressaten von vorausgegangenen Erklärungen im wettbewerbsrechtlichen Sinn gebunden. Die Annahmeerklärung ist nicht bedingt durch eine entsprechende Verlautbarung des Gewerbetreibenden, also nicht untrennbar verknüpft mit der Person des Anbieters im wettbewerbsrechtlichen Sinn als Antwortenden.

### 1.1 Das Zustandekommen des Vertrages aufgrund Angebotserklärung des Kunden

Als Regelfall führt das Zustandekommen des Vertrages aufgrund einer Angebotserklärung des Kunden zu keinen Besonderheiten. Was die praktische Häufigkeit von Annahmeerklärungen durch den Gewerbetreibenden im Rahmen unserer Fragestellung – nicht nur die Werbung, sondern auch die Durchführungshandlung ist wettbewerbsrechtlich unzulässig – anbelangt, so fehlt es an dieser Häufigkeit dann, wenn die Annahme und damit der Vertragsschluss gegen einen das Durchführungsverbot aufweisenden strafbewehrten Unterlassungsvertrag verstieße oder einer mit der Androhung von Ordnungsmitteln versehenen vollziehbaren, auf die Unterlassung der Durchführung gerichtete gerichtliche Entscheidung zuwiderliefe.

### 1.2 Zustandekommen des Vertrages mit der Werbung

Um erkennen zu können, wann mit der Werbung zugleich ein Vertragsangebot unterbreitet wird, ist es zunächst tunlich, Erscheinungsformen und Bedeutungsweisen von Werbung einerseits und Rechtsgeschäft andererseits aufzuzeigen und gegeneinander abzugrenzen.

#### 1.2.1 Werbung und invitatio

Werbeaussagen stellen grundsätzlich nur die Aufforderung<sup>4)</sup> zur Abgabe eines Angebots dar. Werbung ist regelmäßig nicht gleichzusetzen mit einem Vertragsange-

bot, welches der Werbeadressat nur noch anzunehmen braucht. Heißt es: „Kaufe jedes Auto“, ist nur bei Hinzutreten ganz besonderer Umstände von einem Vertragsangebot i.S.d. § 145 BGB auszugehen. Nachdem zusätzliche, ganz besondere Umstände in Hinblick auf das Werbeziel und im Zusammenhang mit der Werbung sonst regelmäßig fehlen, kann der Werbeadressat aus einem werblichen Angebot zumeist keine Rechte herleiten.

#### 1.2.2 Werbung und Zusicherung

Nach § 459 Abs. 2 BGB a. F. haftete der Verkäufer auch dafür, dass die Sache zur Zeit des Gefahrübergangs die zugesicherte Eigenschaft hatte. Nach der seit 01. 01. 2002 geltenden Rechtslage ist gem. § 434 Abs. 1 BGB die Sache mangelfrei, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit hat. Nachdem „Zusicherung“ nie eine werbliche Zusicherung, sondern immer eine vertraglich vereinbarte Zusicherung betraf, dürften sachliche Unterschiede zur Neufassung („vereinbarte Beschaffenheit“) nicht bestehen. Auch wenn Zusicherung i.S.d. § 459 Abs. 2 BGB a. F. nur die vertraglich vereinbarte Zusicherung betraf, gab und gibt es doch Fälle, in denen eine werbliche Angabe so ausgelegt wurde und wird, dass sie aufgrund der besonderen Umstände zugleich als nur noch anzunehmendes Vertragsangebot anzusehen war.

Werbliche Angebote, die nicht allein die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, sondern ein Vertragsangebot selbst beinhalten, sind vor allem zu finden in Reiseprospekten oder -katalogen. Der Interessent darf mangels Überprüfungsmöglichkeiten von der Richtigkeit der Werbung ausgehen. Dies hat dazu geführt, dass § 4 Abs. 1 Satz 2 BGB-InfoV die Verbindlichkeit von Prospektangaben für den Reiseveranstalter regelt, es sei denn, vor Vertragsschluss erklärt der Reiseveranstalter eine Änderung, weil er sich diese Möglichkeit im Prospekt vorbehalten hatte.

Im Kaufrecht ist die Unterscheidung zwischen Werbung und Zusicherung – wegen der Möglichkeit eines Sachmangels durch Werbung betreffend die Eigenschaften der Kaufsache (s. u. 1.2.3) – nur bei Angabe des Preises noch bedeutsam. Denn der Preis ist keine Eigenschaft der Sache. Vor dem 01. 01. 2002 war bei Kaufverträgen die Unterscheidung zwischen werblicher Aufforderung zur Abgabe eines Angebots und dem Angebot selbst bedeutsam vor allem bei dem Angebot von Kfz. Geprüft werden musste, ob „der Käufer von seinem Erwartungshorizont aus etwaige zusicherungsrelevante Äußerungen des Verkäufers bei objektiver Würdigung der Umstände nach Treu und Glauben“ als Aufforderung zur Abgabe eines Angebots oder als Invitatio verstehen dürfte<sup>5)</sup>. Hatte es geheißen: „PS laut Fahrzeugbrief“ und waren dort 220 kW eingetragen, während dessen der Motor lediglich 153 kW als Mittelwert leistete, war nach Auffassung des BGH<sup>6)</sup> keine Zusicherung einer bestimmten Motorleistung gegeben.

Die Auslegung von Verträgen mit dem Ergebnis, dass diese als Bestandteil eine werblich verlautbarte Zusicherung enthalten, bedeutet allerdings nicht, dass die die Zusicherung enthaltende Werbung zugleich ein An-

3) Die Unterscheidung im Fließtext wird dort nachfolgend nicht aufrecht erhalten, da sie im Rahmen meiner Themenstellung keine sachliche Bedeutung besitzt. Bezug genommen wird allein auf den Gewerbetreibenden unter Einschluss der freiberuflich Tätigen.

4) Zur invitatio *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, 291 ff.

5) BGH NJW 1997, 2318 = MDR 1997, 828.

6) BGH NJW 1997, 2318 = MDR 1997, 828.

gebot i.S.d. § 145 BGB darstellt. Auch insoweit ist das Hinzutreten besonderer Umstände erforderlich, um von einer entsprechenden Schlussfolgerung ausgehen zu können.

### 1.2.3 Werbung und Sachmangel

Gem. § 434 BGB ist es möglich, dass eine Kaufsache mangelhaft ist, wenn die werblich verlaubliche Eigenschaft in der Sache selbst nicht verkörpert ist. Heißt es: „Super – Cool – Ice – Tiger – Crazy – Schüttelfrost 100 Liter 90-60-90 statt € 199,00 nur € 99,00 bei Schlawurm-Mansa“ und fehlt ein Hinweis in der Anzeige der Tageszeitung darauf, dass ein Auslaufmodell<sup>7)</sup> beworben wird, hat der Käufer Rechte gem. § 437 BGB (insbesondere Minderung gem. § 437 Ziff. 3 BGB) unabhängig davon, welches Preis-Leistungs-Verhältnis gegeben war. Die Sache ist mithin – entgegen früherer Rechtslage – auch dann mangelhaft, wenn der Gefrierschrank spätestens länger als ein halbes Jahr nach Erscheinen der Werbung nicht weiter lieferbar ist, ohne daß solches Gegenstand der Kaufverhandlungen war.

Diese Aufwertung der Werbung als mangelbegründend i.S.d. § 434 BGB bedeutet aber nicht, dass die Werbung allein zu einem Erfüllungsanspruch führt. Rechte entstehen gegebenenfalls dann, wenn es zu einem Vertragsabschluss kam<sup>8)</sup>.

### 1.2.4 Werbung und Gewinnzusage gem. § 661 a BGB

Wer Gewinnzusagen an Verbraucher sendet und hierbei den Eindruck erweckt, der Verbraucher habe gewonnen, hat den Gewinn herauszugeben<sup>9)</sup>. Heißt es in Kundenanschriften: „Nimm mich mit Kapitän auf die Reise ... Jeder Teilnehmer erhält garantiert einen Farbfernseher für die Gewinnnummern 1, 3, 5, 7, 9 (auf der Rückseite dürfen Sie rebellen). Zusätzlich gibt es: einen Hand-Mix-Stab, Teppich 500 x 400 (bitte sorgen Sie für Transportmöglichkeiten bei der Rückkehr) ...“, wird ein Erfüllungsanspruch<sup>10)</sup> begründet. Dem lobenswerten Zweck der Vorschrift – Werbegewinnen hauptsächlich im Zusammenhang mit Kaffeefahrten das Handwerk zu legen – steht nicht nur ein enger Anwendungsbereich zur Seite, sondern auch die Tatsache, dass die Durchsetzung von § 661 a BGB die Identifizierbarkeit des Urhebers der Werbung voraussetzt. Vor Normerlass wäre ein Gespräch mit denjenigen günstig gewesen, welche bereits zuvor hauptberuflich mit der Eingrenzung dieser illustren Zeitgenossen befasst sind bzw. waren.

### 1.2.5 Werbung und Vertragsangebot

#### 1.2.5.1 Voraussetzungen für ein in der Werbung zugleich vorhandenes Angebot; Abgrenzungen

In Ausnahmefällen enthalten werbliche Angebote zugleich ein Angebot auf Vertragsschluss gem. § 145 BGB.

Zu beachten ist dabei, dass „werbliches Angebot“ einen engeren Wirklichkeitsausschnitt beschreibt als „Werbung“. Wenn gleichwohl in der Überschrift hier nicht „werbliches Angebot“ und „vertragliches Angebot“ einander gegenübergestellt sind, so geschieht dies zur Betonung des Gegensatzes von Werbung und Vertrag.

Heißt es in gleichlautenden Kundenanschriften eines Veranstalters für Kaffeefahrten

„Durch Ihre Anmeldung (sc: vermittels beigefügter Antwort – Postkarte) zur Preisübergabe erhalten Sie ... den Stadt-Hauptpreis, auf den Sie ein Anrecht haben (erster für Ihre Stadt zur Verfügung stehende Preis:) Phillips 28 PW/6301 – Farbfernsehgerät“,

liegt nicht nur ein Angebot im wettbewerbsrechtlichen, sondern zugleich ein Angebot im rechtsgeschäftlichen Sinn vor. Das LG Oldenburg führt insoweit aus:

„Entsprechend den Ausführungen des AG ... stellt die Zusendung des Anschreibens in Verbindung mit der Antwort-Postkarte ein Angebot der Beklagten hinsichtlich der Teilnahme an einer Kaffeefahrt gegen Übergabe des Farbfernsehers dar<sup>11)</sup>.“

Damit ist im Grundsatz die Frage aufgeworfen, unter welchen Voraussetzungen allgemein ein Unterschied zwischen werblichem und vertraglichem Angebot besteht und wann dies nicht der Fall ist.

Diese Frage wird im Nachfolgenden beantwortet. Sind sodann die grundsätzlichen Voraussetzungen insoweit geklärt, kann nicht nur zuverlässig die rechtliche Einordnung des „Angebots“ vorgenommen werden. Möglich ist es auch, vermittels Blicks auf die Praxis zu erkennen, ob alle Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne eines bestmöglichen kaufmännischen Erfolgs im Rahmen des Erlaubten genutzt werden.

#### 1.2.5.1.1 Festlegung von Inhalt und Grenzen der Begriffe „werbliches Angebot“

Das UWG enthält keine Definition, wann von einem „werblichen Angebot“ auszugehen ist. Anders als bei dem Begriff der Werbung – „Werbung ist ein Verhalten, das darauf angelegt ist, andere dafür zu gewinnen, die Leistung desjenigen in Anspruch zu nehmen, für den geworben wird“<sup>12)</sup> –, fehlt es in Hinblick auf „werbliches Angebot“ darüber hinaus an einer inhaltlichen Beschreibung durch die Rechtsprechung bzw. die Literatur.

Geht man vom tatsächlichen geschäftlichen Verhalten aus, sind Gegenstand des werblichen Angebots im Rahmen des § 3 UWG (Irreführungsverbot) tatsächliche Angaben über geschäftliche Verhältnisse bzw. gem. § 5 Abs. 2 des Entwurfs eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (Referentenentwurf, Stand: 23. 01. 2003; im Folgenden: §... d.E.) Angaben über die Merkmale der Waren oder Dienstleistungen (Ziff. 1), über den Anlass des Verkaufs und den Preis (Ziff. 2) oder über die geschäftlichen Verhältnisse (Ziff. 3), wobei schwer-

7) BGH WRP 1999, 839 = GRUR 1999, 757 = NJW 1999, 2190 „Auslaufmodelle I“ (s. u. Fn. 29).

8) Vgl. zum Ganzen meinen Beitrag in WRP 2002, 368 „Sachmangelhaftung durch Werbung“; ferner meinen Beitrag in MDR 2003, 63 ff., „Sachmangelhaftung und Werbung“.

9) Z. B. OLG Nürnberg, NJW 2002, 3637; w.N. bei *Leible*, NJW 2003, 407; zur internationalen Zuständigkeit BGH NJW 2003, 426.

10) Zur Rechtsnatur des Anspruchs gem. § 661 a BGB, *Lorenz* NJW 2000, 3305 einerseits und *Feuchtmeyer*, NJW 2002, 3598 andererseits; entschieden nunmehr durch BGH NJW 2003, 426, 427 f.

11) LG Oldenburg v. 13. 11. 1998 – 2 S 909/98 (AG Cloppenburg v. 20. 07. 1998 – 1 b C 23/98). Nach Inkrafttreten von § 661 a BGB ist es heute nicht mehr erforderlich, zur Begründung eines Anspruchs betreffend die Herausgabe des Gewinns auf ein Angebot i.S.d. § 145 BGB verweisen zu müssen. Der Beispielscharakter des im Fließtext wiedergegebenen Werbezitats bleibt aber wegen der Übertragbarkeit des in der Werbung enthaltenen Angebots auf andere Vertragsarten/Geschäftsbereiche bestehen (s. u. Fn. 52).

12) BGHZ 147, 71 = WRP 2001, 923 = GRUR 2002, 84 = NJW 2001, 2087 – „Anwaltswerbung II“.

punktmäßig unrichtige Angaben zu den Preisen von Waren oder Dienstleistungen beliebt sind. Gegenstand des werblichen Angebots im Rahmen des § 1 UWG bzw. der §§ 3 und 4 d.E. sind alle Wettbewerbshandlungen als solche, die für Dritte bemerkbar sind und der Gewinnung von Neukunden und dem Erhalt des Kundenstamms dienen.

Ein werbliches Angebot scheidet dem gegenüber aus bei scherzhaften Übertreibungen<sup>13)</sup>. Insoweit fehlt es bereits an einer „Werbung“ im Rechtssinn.

Ein werbliches Angebot scheidet aus, wenn Gegenstand der Werbung die Marke oder die geschäftliche Bezeichnung ist<sup>14)</sup>, ferner, wenn das Image<sup>15)</sup> beworben wird. In beiden Fällen liegen werbliche Angebote unter Zugrundelegung eines nach den §§ 1, 3 UWG (bzw. der §§ 3 und 4 d.E. einerseits und § 5 d.E. andererseits) bedeutsamen kaufmännischen Verhaltens nicht vor, da Werbegegenstand das Kennzeichen an sich bzw. das Eintreten für ein nicht primär auf den Absatz gerichtetes Ziel ist.

Eine Relativierung dieser Aussage ergibt sich dann, wenn Produkt- und Markenwerbung zusammenfallen, wie dies häufig bei der Werbung für Coca-Cola der Fall ist.

Ein Angebot als werbliches scheidet schließlich dann aus, wenn weder eine scherzhafte Übertreibung noch die Marke/geschäftliche Bezeichnung noch das Image noch die Eigenschaften der Ware/Leistung bzw. deren Preis oder die Eigenschaften des Geschäftsbetriebes Gegenstand der Ankündigung sind. Heißt es: „Das Geheimnis für ein besseres, ausgefülltes und aktives Leben“ bzw. „Was das Leben wirklich besser macht“<sup>16)</sup>, liegt eine Werbung, nicht aber ein Angebot vor. Ähnliche Erwägungen gelten dann, wenn es um das Vorhandensein von Werbung einerseits und vergleichender Werbung andererseits geht. Fehlt es an einem für den Verkehr erkennbaren Bezug zwischen mindestens zwei Wettbewerbern, zwischen deren Waren oder Dienstleistungen bzw. ihren Tätigkeiten oder sonstigen Verhältnissen, liegt Werbung nicht aber vergleichende Werbung vor<sup>17)</sup>.

13) BGH WRP 2002, 1138 = GRUR 2002, 982 = NJW 2002, 3399 – „Die ‚Steinzeit‘ ist vorbei“; w. N. in meinem Beitrag MDR 2003, 63, 64.

14) Marken und geschäftliche Bezeichnungen müssen beworben werden. Nur in Ausnahmefällen ist die Marke/geschäftliche Bezeichnung so besonders weil z. B. innovativ, dass über sie von dritter Seite aus berichtet wird. Erfolgt eine entsprechende Bewerbung, ist es in Ausnahmefällen möglich, dass der Wert der Marke den Firmenwert übersteigt. Nach Heller, Markentag der IHK München, 07. 11. 2002 ist der Markenwert von NIVEA größer als der Firmenwert von Beiersdorf. Zum Markenwert der bekanntesten und damit problemlos berühmtesten Marke „Coca Cola“, Ströhl, MarkenR 2002, 313: 69,6 Mrd. Dollar.

15) Die bekannteste Image-Werbung dürfte die von Benetton geworden sein, BGH WRP 1995, 679 = GRUR 1995, 598 = NJW 1995, 2488 – „Ölverschmutzte Ente“; BGH WRP 1995, 682 = GRUR 1995, 595 = NJW 1995, 2490 – „Kinderarbeit“; beide Verbotsentscheidungen wurden aufgehoben durch BVerfGE 102, 347 = WRP 2001, 129 und nach Zurückverweisung an den BGH vom Kläger nicht weiter verteidigt. Ferner BGH WRP 1995, 686 = GRUR 1995, 600 = NJW 1995, 2482 – HIV Positiv I; nach Aufhebung durch das BVerfGE 102, 347 = WRP 2001, 129 = GRUR 2001, 170 = NJW 2001, 591 entschied der BGH erneut nach Zurückverweisung auf Unterlassung, BGHZ 149, 247 = WRP 2002, 434 = GRUR 2002, 360 = NJW 2002, 1200 – „HIV positiv II“. Der erneut von Gruner und Jahr eingelegten Verfassungsbeschwerde wurde erneut stattgegeben, BVerfG WRP 2003, 633 (hierzu Hartwig, WRP 2003, 582). Die Verfassungsbeschwerden gegen die Entscheidungen des BGH aus dem Jahr 1995 wurden durch Hoffmann-Riem begründet und sind veröffentlicht in ZUM 1996, 1. Hoffmann-Riem ist mittlerweile Mitglied des 1. Senats des Bundesverfassungsgerichts. Einen Fall der Produkt- und der Imagewerbung betrifft auch die Entscheidung des BGH WRP 1997, 724 „umweltfreundliches Reinigungsmittel“ (s. u. Fn. 93) vgl. ferner Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, 297.

16) OLG München NJWE-WettBR 1999, 254.

17) BGH WRP 2001, 1291 = GRUR 2002, 75 = NJW-RR 2002, 38 – „SOOOO ... BILLIG!“?

Über die bloße Werbung hinausgehend kann daher in Hinblick auf die §§ 1 und 3 UWG (bzw. der §§ 3 und 4 d.E. einerseits und § 5 d.E. andererseits) vom Vorhandensein eines werblichen Angebots dann ausgegangen werden, wenn die Werbung Eigenschaften der Ware/Leistung bzw. deren Preis oder Eigenschaften des Geschäftsbetriebs nennt.

Ist dies der Fall, so ist beachtlich, dass zumindest bislang der insoweit eröffnete Anwendungsbereich des UWG nicht an dem Einwand scheiterte, das werbliche Angebot sei zu unbestimmt. M. a. W., der Werbungtreibende, dem es um eine Eigenschaft oder den Preis seines Angebots geht, hat bereits aus kaufmännischen Gründen kein Interesse an einem unbestimmten Angebot. Von daher ist es auch nur folgerichtig, wenn bislang Fälle ausgeblieben sind, in denen sich der Unterlassungsschuldner gegenüber einem Unterlassungsgläubiger mit fehlender Bestimmtheit gegenüber einer Abmahnung des Unterlassungsgläubigers verteidigte. Und Unterlassungsgläubiger haben bislang schon gar nicht von einer Abmahnung Abstand genommen mit der Begründung, das werbliche Angebot sei zu unbestimmt.

Die Bestimmtheit des werblichen Angebots liegt mithin immer dann vor, wenn eine bestimmte Eigenschaft der Ware, der Leistung oder des Geschäftsbetriebs genannt oder Hinweis auf den Preis gegeben ist. Zwar ist es möglich, dass jene Nennung bzw. jener Hinweis klare Umrisse vermissen lässt. Nachdem solches allerdings dem Ziel, einen Vertrag zu schließen, widerspricht, sind entsprechende Fälle zumindest selten.

Was die zweite Voraussetzung, den Rechtsbindungswillen anbelangt, so ist dieser in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht gegeben. Heißt es: „Kaufe jedes Auto“, so will sich hieran der werbende Auto-Händler im Sinne des keinesfalls bedeutungsloses Hinweises, er kaufe Kfz unabhängig von deren Marke und Zustand, an und er verkaufe solche Kfz, festhalten lassen. Der Rechtsbindungswille im wettbewerbsrechtlichen Sinn würde besonders deutlich in der vergleichenden, den tatsächlichen Verhältnissen widersprechenden Werbeaussage eines Mitbewerbers, jener kaufe im Gegensatz zu diesem „jedes Auto“, weil dieser nur mit ganz bestimmten Marken handele bzw. keinen Autohandel betreibt. Einer derartigen, unrichtigen vergleichenden Werbung, könnte der andere Händler mit Hilfe des Wettbewerbsrechts erfolgreich begegnen. Ohne Bindungswille im wettbewerbsrechtlichen Sinn gelänge solches aber nicht.

#### 1.2.5.1.2 Festlegung von Inhalt und Grenzen der Begriffe „rechtsgeschäftliches Angebot“ i.S.d. § 145 BGB

§ 145 BGB lautet: „Wer einem anderen die Schließung eines Vertrages anträgt, ist an den Antrag gebunden, es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat“.

Damit der Antrag die Bindungswirkung i.S.d. § 145 BGB auslösen kann, ist es zunächst erforderlich, dass die tatsächlichen Verhältnisse klar sind, auf die der Antrag sich bezieht. M. a. W., der Erklärungsempfänger muss ausgehend vom Antrag wissen, hinsichtlich welcher Tatsachen der Erklärende eine rechtsgeschäftliche Bindung herbeiführen will.

Der Erklärungsempfänger besitzt dieses Wissen, wenn die im Antrag genannten Tatsachen, auf die der rechtsgeschäftliche Bindungswille sich bezieht, bestimmt sind. Der Erklärungsempfänger besitzt ferner das Wissen, zu welchen Tatsachen der Antragende seine rechtsgeschäftliche Bindung herbeiführen will, wenn diese Tatsachen für den Erklärungsempfänger bestimmbar sind. Bestimmtheit liegt vor, wenn das Ergebnis des Bestimmungsvorgangs zuordenbar der rechtsgeschäftlichen Bindungserklärung des Antragenden ausgehend von objektiven Empfängerhorizont bzw. im Sinne eines übereinstimmenden Parteiwillens ist<sup>18)</sup>. Die Auslegung empfangsbedürftiger Willenserklärungen, deren Hauptfall ein Vertragsangebot darstellt, erfolgt objektiv, also unter dem Blickwinkel der Verstehensmöglichkeiten des Erklärungsempfängers. Da in Werbemitteln verlautbarte Angebote sich regelmäßig an einen größeren, zahlenmäßig unbestimmten Personenkreis richten, ist der Empfängerhorizont regelmäßig nicht durch bestimmte, nur zwischen den Parteien vorhandenen Umstände geprägt. Entscheidend ist grundsätzlich, was allgemein objektiv aufgrund des Angebots erwartet werden konnte. Geht man von den drei Arten der Auslegung rechtsgeschäftlicher Handlungen aus, weist die Auslegung von in Werbemitteln verlautbarten Angeboten die größte Entfernung zu nichtempfangsbedürftigen Willenserklärungen auf, deren Hauptfall letztwillige Verfügungen unter Anwendung von § 133 BGB<sup>19)</sup> bilden. Eine größere Nähe besteht zur empfangsbedürftigen Willenserklärung, die aber regelmäßig vor dem Hintergrund von gegenständlichen Vertragsbeziehungen verlautbart werden, vermittelt über den Maßstab des § 157 BGB<sup>20)</sup>. Losgelöst von gegenständlichen Vertragsbeziehungen und daher sehr ähnlichen Erklärungen an einen unbestimmten Personenkreis sind die hier gegenständlichen in Werbemitteln verlautbarten Angebote zu verstehen. Teilweise wird unter „Erklärungen an einen unbestimmten Personenkreis“ auch die Auslobung<sup>21)</sup> gem. § 657 ff. BGB verstanden. Nachdem es dort anders als hier für den rechtsgeschäftlichen Erfolg auf den Zugang allerdings nicht mehr ankommt, dürfte es eher zweifelhaft sein, ob die Auslegung im Zuge von Auslobungen vorgenommenen Erklärungen gänzlich gleich dem Auslegungsgegenstand hier ist. Auch muss beachtet werden, dass das in Werbemitteln verlautbarte Angebot jedenfalls auch dann bindet, wenn der Inhalt der Willensübereinstimmung zwar objektiv nicht so zu verstehen war, die Parteien allerdings subjektiv überein-

stimmend eine bestimmte Deutung vornahmen. Dann kommt eine andere Sichtweise nicht mehr in Betracht<sup>22)</sup>.

Heißt es: „Die Ford AG übernimmt für das ... Fahrzeug ... Ihnen als Käufer ... gegenüber beiliegend beschriebene Garantie. Die Ford AG garantiert Ihnen bei Material- oder Herstellungsfehlern an Ihrem Fahrzeug je nach Wahl ... kostenlose Reparatur oder kostenlosen Ersatz des betreffenden Teils während der Dauer von 12 Monaten nach Erstzulassung ...“<sup>23)</sup>, ist unbestimmt, für welches Fahrzeug wem gegenüber welche gegenständliche Garantieleistung wann in welchem wertmäßigen Umfang versprochen wird. Gleichwohl hat sich der BGH – zutreffend – mit der Frage der Bestimmtheit nicht auseinandergesetzt, sondern diese ohne weitere Erörterung bejaht, in dem er das Vorhandensein eines Antrags i.S.d. § 145 BGB für gegeben erachtet hatte, nachdem zuvor das zweite Erfordernis eines Antrags, der rechtsgeschäftliche Bindungswille, gleichfalls bestätigt worden war.

Dies deshalb, weil aus der Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers nicht unklar war, unter welchen tatsächlichen Voraussetzungen das Angebot gelten würde: das Angebot galt gegenüber jeder Person, die rechtmäßig als bezugsberechtigt im Garantieschein genannt war, es galt für alle in der beiliegenden Beschreibung genannten Reparaturfälle, wie sie das im Garantieschein genannte Fahrzeug betreffen konnten unabhängig davon, was die Reparaturleistung kosten würde, bei einer zeitlichen Begrenzung von 12 Monaten.

Dies konnte der Erklärungsempfänger objektiv so verstehen. Die Garantie wurde im Übrigen nicht wegen Irreführung aufgrund Mehrdeutigkeit und hieraus resultierend wegen einer den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechenden Aussage wettbewerbsrechtlich beanstandet.

Damit der Antrag die Bindungswirkung i.S.d. § 145 BGB auslösen kann, ist es zum zweiten erforderlich, dass der Antragende seine Erklärung mit rechtsgeschäftlichem Bindungswillen verlautbart hat. Das Nichtvorhandensein oder Vorhandensein des rechtsgeschäftlichen Bindungswillens – neben dem wettbewerbsrechtlichen Bindungswillen – hängt vom Wortlaut der Erklärung im Zusammenhang mit den Umständen der Erklärung ab. M. a. W., ob das Angebot als Willenserklärung und damit als Teil eines – beabsichtigten – Vertragsschlusses anzusehen ist, ob mithin eine Geltungserklärung<sup>24)</sup> nicht nur im wettbewerbsrechtlichen Sinn, sondern zugleich im rechtsgeschäftlichen Sinn gegeben ist, wird bei Enthaltensein dieses Angebots im Rahmen einer Werbeaussage maßgebend dadurch bestimmt, dass der Werbende die zusätzliche rechtsgeschäftliche Bindung seiner Erklärung durch die Erklärung gegebenenfalls im Zusammenhang mit weiteren Umständen besonders und deutlich zum Ausdruck bringt. Diese Bewertung kommt auch – teilweise – in Art. 14 Abs. 2 UN-Kaufrecht zum Ausdruck, wonach ein „Vorschlag, der nicht an eine oder mehrere bestimmte Personen gerichtet ist“, grundsätz-

18) Vgl. statt vieler *Kramer*, in: Münchner Kommentar zum BGB, 4. Auflage 2001, § 145, Rz. 4: „Der Antrag bedarf zu seiner Wirksamkeit „Bestimmtheit“ und „Bestimmbarkeit“.“

19) Der Wortlaut von § 133: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“ ähnelt – allerdings vor dem Hintergrund eines anderen Wahrheitsanspruchs – den Worten Paulus, 2. Korinther 3, 6: „Der Buchstabe tötet, aber der Geist macht lebendig“. Ferner sind Regelungen wie die §§ 133, 157 BGB überflüssig, da die Methode, der Weg zur Erkenntnis, als Sache des Denkens nicht vorschreibbar ist, vgl. meine Ausführungen und Nachweise in WRP 2001, 513, 517 Fn. 27 und WRP 2002, 368, 370 Fn. 18. Zur fehlenden Möglichkeit des Gesetzgebers, Fragen der Dogmatik durch Gesetz (anders: als Gesetz) zu regeln, mein Beitrag WRP 1995, 452, 459; zustimmend *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 8. Auflage 2002, Kap. 13 Fn. 54 und Fn. 125.

20) § 133 BGB regelt ausgehend vom Wortlaut die Auslegung von Willenserklärungen, § 157 BGB bestimmt die Auslegung von Verträgen. Tatsächlich wird allerdings § 133 BGB auf die Auslegung von nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen und § 157 BGB auf die Auslegung von empfangsbedürftigen Willenserklärungen angewandt.

21) Nach *Kirchhof*, Private Normsetzung, 1987, 466 ff. ist in Hinblick auf die Auslobung von einer privaten Rechtsnorm auszugehen.

22) BGH NJW 2002, 2102.

23) BGH NJW 1981, 275, 276.

24) Zum Charakter einer Willenserklärung als Geltungserklärung *Larenz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, 1930, 45 bis 49, 52, 53, 56 bis 58, 62, 68, 69. Diese erstrangige Habilitationsschrift hat einen Umfang von 106 Seiten.

lich als Aufforderung zur Abgabe eines Angebots zu bewerten ist, es sei denn „die Person, die den Vorschlag macht, (bringt) das Gegenteil deutlich zum Ausdruck“<sup>25)</sup>.

#### 1.2.5.1.3 Vergleich von wettbewerbsrechtlichem Angebot und rechtsgeschäftlichem Angebot

Stellt man das wettbewerbsrechtliche Angebot dem rechtsgeschäftlichen Angebot gegenüber, wird zunächst deutlich, dass die beiderseitig vorhandenen Voraussetzungen der „Bestimmtheit“ und des „Rechtsbindungswillens“ vom Begriff her die selben sind. Damit ist die weitere Frage aufgeworfen, welche Unterschiede zu diesen Voraussetzungen vorliegen.

Was die Bestimmtheit anbelangt, wird sich auch und gerade in Hinblick auf das zu Ziff. 1.2.5.1.2 aufgeführte Beispiel aus der Rechtsprechung zunächst im Rahmen wettbewerbsrechtlich zulässiger Werbung kaum mit guten Gründen behaupten lassen, in diesem Bereich würden geringere Anforderungen gelten als hinsichtlich der rechtsgeschäftlichen Bestimmtheit des Angebots. Nachdem dem Verfasser entsprechende Beispiele nicht geläufig sind, genügt der allgemeine Hinweis, wonach ein Kaufmann schon um seines geschäftlichen Erfolgswillens nicht so unbestimmt wirbt, dass für den Werbeempfänger diese Angebote als willensbildend ausschneiden.

Im übrigen hat sich – wie erwähnt – noch kein Unterlassungsschuldner gegenüber einem Unterlassungsgläubiger mit dem Einwand verteidigt, die Werbung scheide als Gegenstand einer wettbewerbsrechtlichen Beanstandung mangels Bestimmtheit des – wettbewerbsrechtlichen – Angebots aus. Schließlich ist der Einwand fehlender Bestimmtheit nicht nur durch die Art und Weise der Vereinbarung, sondern auch durch die Tatsache des Vorhandenseins übereinstimmender Willenserklärungen in Hinblick auf die tatsächlichen Verhältnisse begrenzt. So ist es zum einen möglich, dass die Parteien nur über gewisse Punkte eine Vereinbarung getroffen haben und andere Punkte einer späteren Vereinbarung vorbehalten, da gem. § 154 Abs. 1 S. 1 BGB bei fehlender Einigung über alle Punkte der Vertrag nicht unbedingt als nicht geschlossen, sondern lediglich im Zweifel als nicht geschlossen gilt<sup>26)</sup>. Zum anderen – und dies dürfte tatsächlich eine große Zahl von Fällen betreffen – geht ein übereinstimmender Wille der Parteien dem Wortlaut des Vertrags oder einer anderweitigen Interpretation vor<sup>27)</sup>. Würde in einem derartigen Fall eine Entscheidung feststellen, die Parteien hätten sich auf keinen oder einen anderen Sachverhalt geeinigt, würde eine solche Feststellung sich vom Parteivortrag lösen und hätte eine Tatsache zum Gegenstand, die keine Partei vorgetragen hat<sup>28)</sup>.

Geht man somit davon aus, dass die Bestimmtheit des wettbewerbsrechtlichen Angebots nicht verschieden von der Bestimmtheit des rechtsgeschäftlichen Angebots ist, bedeutet es einen Widerspruch, wenn der Un-

terlassungsgläubiger zwar die Wettbewerbswidrigkeit des Angebots beanstandet, gegen den Einwand der Durchführungsmöglichkeit aufgrund Erfüllungsverlangens des Vertragspartners allerdings den Gegeneinwand der rechtsgeschäftlichen Unbestimmtheit setzt.

Somit ist noch die Frage offen, ob bei unzulässigem, insbesondere irreführendem wettbewerbsrechtlichem Angebot die Unzulässigkeit Folge der Unbestimmtheit bei Fortbestand einer Rügemöglichkeit durch den Unterlassungsgläubiger sein kann.

Heißt es: „Super – Cool – Ice – Tiger – Crazy – Schüttelfrost 100 Liter 90-60-90 statt € 199,00 nur € 99,00 bei Schlawurm-Mansa“ und wird ein Auslaufmodell beworben ohne entsprechenden Hinweis in der Werbeanzeige einer Tageszeitung, ist die Anzeige irreführend gem. § 3 UWG<sup>29)</sup> bzw. von § 5 d.E. Auch wenn das Angebot unrichtig ist, fehlt ihm aber doch nicht die Bestimmtheit. Dies gilt auch dann, wenn die Werbung selbst mehrere Deutungsmöglichkeiten zulässt, mithin die Kenntnis der Unrichtigkeit nicht von einer zweiten Erkenntnisquelle stammt. Mehrere Deutungsmöglichkeiten können nur vorhanden sein, wenn diese Deutungen hinreichend bestimmt sind. Somit bleibt es bei dem Befund, dass wettbewerbsrechtliches und rechtsgeschäftliches Angebot sich hinsichtlich der Bestimmtheit nicht unterscheiden.

Was den rechtsgeschäftlichen Bindungswillen anbelangt, so kommt es erneut darauf an, ob dieser verlautbart wurde. Er fehlt<sup>30)</sup> im Rahmen der Aussage „Kaufe jedes Auto“, er ist vorhanden im Rahmen der Aussage „Nehmen Sie uns beim Wort, unser Angebot hier gilt für Sie schon jetzt“. Es ist also nicht so, dass ein werbliches Angebot nicht zugleich ein rechtsgeschäftliches Angebot aufweisen kann, das selbe gilt für den Umkehrfall. Maßgebend ist die Wortwahl selbst, in Ausnahmefällen aber auch der Kreis der Umstände. Von daher dürfte auch die Entscheidung des OLG Frankfurt<sup>30a)</sup> zur Anfechtbarkeit einer invitatio (!) kaum richtig sein. Entweder war das werbliche Angebot zusätzlich zugleich mit rechtsgeschäftlichen Bindungswille erklärt worden (was die Anfechtung der Willenserklärung erlaubte), oder das werbliche Angebot blieb werbliches Angebot (keine Anfechtungsmöglichkeit). Die Anfechtbarkeit der invitatio zu begründen, nur um daran festzuhalten, dass das erste Angebot kein rechtsgeschäftliches sein kann, ist etwas erstaunlich.

#### 1.2.5.1.4 Rechtliche Einordnung des in der Werbung verlautbarten rechtsgeschäftlichen Angebots; Abgrenzungen

Der Vertrag kommt durch Angebot und Annahme dieses Angebots zustande. Dies gilt unabhängig davon, ob z. B.

29) BGH WRP 1999, 839 = GRUR 1999, 757 „Auslaufmodelle I“, s.o. Fn 7.

30) Lehmann, Vertragsanbahnung durch Werbung, 1981, 117: „Allein entscheidend ist, gleich ob diese Erklärungen ‚ad incertas personas‘ oder ‚ad certas personas‘ ergehen, dass der Erklärende üblicherweise seine werblichen Verlautbarungen ohne das für das Vorliegen der Willenserklärung notwendige rechtsgeschäftliches Erklärungsbewusstsein und ohne Geschäftswillen ... kundtut“.

30a) OLG Frankfurt v. 20. 11. 2002 – 9 U 94/02. WRP, GRUR und MarkenR drucken die äußere Erscheinungsform, mithin die Werbung/das Zeichen/den Gegenstand im Zusammenhang des Tatbestandes einer Entscheidung ab, wenn es auf die äußere Erscheinungsform der Werbung/des Zeichens/der Erfindung in den Urteilsgründen ankommt. Wann endlich werden NJW, MDR, BB usw. erkennen, dass rechtliche Erwägungen zur äußeren Erscheinungsform ohne deren Abbildung für Dritte bedeutungslos sind (s. u. Fn. 80).

25) Kramer in: Münchner Kommentar, § 145, Rz. 23.

26) BGH NJW 1967, 153.

27) BGH NJW 1994, 1528, 1529; BGH NJW 1996, 1678, 1679; Palandt-Heinrichs, 62. Auflage 2002, § 133, Rz. 8.

28) BGH NJW 2001, 1285, 1287 (s. u. Fn. 54).

der Käufer oder der Verkäufer der erste Anbieter i.S.d. § 145 BGB ist. Tatsächlich wird allerdings der Antragende mit dem Käufer und der Annehmende mit dem Verkäufer gleichgesetzt werden. Diese Gleichsetzung wird auch dann deutlich, wenn die hier dargelegte und zum möglichen Ausgangspunkt der Überlegungen zu Grunde gelegte Rollenverteilung (der Verkäufer unterbreitet das Vertragsangebot und zwar in der Werbung) zurückgewiesen wird mit der Erwägung, in der Werbung könne schon deshalb kein rechtsgeschäftliches Angebot enthalten sein, weil auf eine Werbung hin das Angebot vom Werbeadressaten – im Falle des Kaufs vom Käufer – unterbreitet wird. Nur: Der Hinweis auf die ständige Praxis widerlegt nicht, dass diese Praxis auch anders ausfallen kann. Aber auch wenn ausnahmsweise der Umkehrfall erörtert wird – „Die Option auf einen Kaufvertrag nennt man auch Ankaufsrecht“<sup>31)</sup> – bleibt die erwähnte feste Einordnung aufrecht erhalten. Gleichwohl ist diese feste Zuordnung auch dort nicht zwingend, da eine Option auch der Käufer dem Verkäufer einräumen kann.

Was die Abgrenzung des Angebots i.S.d. § 145 BGB als zumeist unverändert<sup>32)</sup> bleibender Bestandteil des Vertrages von in diesem Zusammenhang diskutierten anderen oder ähnlichen Erscheinungsformen anbelangt, so stellt die Aufforderung, Angebote zu machen (invitatio ad offerendum) den ersten Bezugspunkt einer Gegenüberstellung dar. „Der Unterschied zwischen dem Angebot und der ... invitatio ... liegt vor allem im fehlenden Bindungswillen ... Maßgebend ist in allen Fällen der Abgrenzung ... die Auslegung nach dem Empfängerhorizont ... Angebote an Unbekannte ... sind ebenso möglich wie ein Angebot an jeden aus einer Allgemeinheit ... Als bloße Mittelung der Bereitschaft zum Vertragsschluss ... sind zu werten ... Zeitungsanzeigen ... Werbung und Marketingmaßnahmen aller Art sind in der Regel nur eine invitatio ad offerendum“<sup>33)</sup>.

Wir meinen dem gegenüber: Wenn – zutreffend – maßgeblich für eine Abgrenzung die Auslegung nach dem Empfängerhorizont ist und gleichzeitig gesagt wird, Zeitungsanzeigen seien rechtlich als invitatio einzuordnen, ist diese Aussage richtig, wenn ihre Grundlage der – bisherige – tatsächliche Befund ist. Die Aussage ist zu ergänzen, wenn in Anzeigen (womöglich nunmehr erstmals im größeren Umfang) die Auslegung vom Empfängerhorizont nicht nur den wettbewerbsrechtlichen Bindungswillen, sondern zugleich einen rechtsgeschäftlichen Bindungswillen ergibt.

Nachdem der Satz richtig ist, dass der Antragsempfänger durch eigenes Handeln den Vertrag zustande bringen kann und muss<sup>34)</sup>, ist es nicht begründbar, dass der Antragsempfänger nicht der Käufer sein kann, welcher

den Antrag zugleich – ausnahmsweise – mit der Werbung empfangen hat.

Somit gilt: Der Antrag steht der invitatio gegenüber. Werbung ist typischerweise invitatio, Aufforderung zur Abgabe eines rechtsgeschäftlichen Angebots. Werbung kann zugleich ein rechtsgeschäftliches Angebot i.S.d. § 145 BGB enthalten, wenn die Auslegung vom Empfängerhorizont das Vorhandensein eines über den wettbewerbsrechtlichen Bindungswillen hinausgehenden rechtsgeschäftlichen Bindungswillen ergibt. Dabei kann sich der Bindungswille aus den verwendeten Wörtern selbst ergeben, maßgebend können aber auch die äußeren Umstände sein. Diskutiert man hiervon ausgehend, ob „Preislisten, Katalog, Muster, ... Proben, Zeitungsanzeigen, Ausschreibungen ..., Ankündigungen von Theatervorstellungen oder Filmvorführungen, von Sport- oder sonstigen Veranstaltungen, Ausstellungen von Waren mit Preisschildern in Schaufenstern ... (Mitteilungen) des eigenen Leistungsangebots (auf Nachfrage), ..., Preisschilder in Läden und Schaufenstern ... Sondervorkaufaktionen, ... (das Aufstellen von) Waren in Selbstbedienungsläden, ... die Ankündigung der Leistung (beim Beförderungsunternehmen), ... das Anbieten von Waren und Dienstleistungen über Bildschirmtext oder Internet, ... Prospekte einer Versicherungsgesellschaft, ... Kataloge oder Speisekarten, ... das Aufstellen von Automaten, ... die Freigabe der Zapfsäule (beim Tanken), ... das Auslegen von Zeitungen und Zeitschriften (bei sogenannten stummen Verkäufern), ... (von) auf dem Verkaufstisch stehenden Backwaren und Süßigkeiten, das Vorlegen oder Zusenden unbestellter Ware ..., eine unberechtigte Rücktrittserklärung oder Kündigung, ... ein Klageantrag ..., das (Miet-) Erhöhungsverlangen“<sup>35)</sup> als Aufforderung zu Angeboten oder als Antrag anzusehen sind, entspräche dies den Darlegungen hier. Würde man dem gegenüber unter Hinweis auf den vorbekannten Formenschatz gewohnter Einteilungen formulieren, andere Einteilungen scheiden aus, ist solches ebenso zutreffend wie die Unmöglichkeit von Änderungen anderen Orts. Was weitere Gegenüberstellungen zum Vertrag einschließlich bestimmter oder bestimmbarer Angebote anbelangt, so wird als nächstes das Verhältnis zum Vorvertrag<sup>36)</sup> erörtert.

Mit dem Vorvertrag wird die Verpflichtung übernommen, in dessen äußeren Rahmen später einen die gegenseitigen Rechte und Pflichten im Einzelnen festlegenden Hauptvertrag abzuschließen. Dem gegenüber zielt das Vertragsangebot des werbenden Vertragspartners nicht auf einen Vertragsschluss, der als äußeren Rahmen den Ausgangspunkt für später im Einzelnen zu regelnde Rechte und Pflichten bildet.

Eine Abgrenzung wird ferner vorgenommen zum letter of intend<sup>37)</sup>. Ob sich auch im Bereich des Rechts neue oder alte Gedanken besser vermarkten lassen, wenn die Erklärung der Abschlussbereitschaft mit so schlichten Wörtern im Englischen sich findet wie „letter of intend“ bleibt abzuwarten. Fest steht im rechtlichen Sinn, dass diese Erklärung der Abschlussbereitschaft die einseitige

31) *Staudinger/Bork*, BGB 13, Auflage 1996 vor § 145 Rz. 69.

32) Wenn es dem gegenüber heißt, dass „ein Vertragsschluss ... häufig mehr oder weniger langwierige Vertragsverhandlungen voraus(gehen)“, *Staudinger/Bork*, vor § 145, Rz. 45 bzw. „Dem Vertragsschluss gehen sehr oft Vorverhandlungen (bzw. ein geschäftlicher Kontakt) voraus“ – Vorverhandlungen und geschäftlicher Kontakt sind zweierlei –, so finden diese Aussagen nur schwer Entsprechungen in der Wirklichkeit. Der Vertragsschluss wird heute so gut wie nie verhandelt, dies kann jeder an sich selbst überprüfen angefangen, wenn er morgens Semmeln beim Bäcker kauft. Dass ein Vertrag Ergebnis von Verhandlungen ist, gilt für die Idylle von Flohmärkten und im Zuge des Erwerbs eines Kfz.

33) *Wolf* in: *Soergel* in BGB, 13. Auflage 2000, § 145, Rz. 6 u. Rz. 7; ferner *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, 291 ff.

34) *Wolf* in: *Soergel*, § 145, Rz. 15.

35) *Wolf* in: *Soergel*, § 145, Rz. 7 u. Rz. 8.

36) *Wolf* in: *Soergel*, vor § 145, Rz. 57 ff.; *Staudinger/Bork*, Münchner Kommentar 4. Auflage 2001 vor § 145, Rz. 43 ff.; *Henrich*, Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965, 84 bis 226.

37) *Kramer* in: Münchner Kommentar vor § 145 Rz. 41.



Erklärung eines möglichen Vertragspartners darstellt, unter bestimmten Voraussetzungen bereit zu sein, einen Vertrag zu schließen. Anders als insoweit stellt der in der Werbung zugleich ein Vertragsangebot verlautbarende Verkäufer nicht den Umriss für einen möglichen Vertragsschluss mit einem ausgesuchten Vertragspartner in Aussicht, über dessen zu vereinbarenden Inhalt noch verhandelt werden kann und gegebenenfalls noch verhandelt werden muss. Vielmehr ist bei dem in der Werbung vorhandenen Vertragsangebot des Verkäufers mit Ausnahme der Annahmeerklärung nichts mehr offen. Und es ist ohne Belang, wer das Angebot annimmt.

Rahmenverträge des Weiteren sind „dadurch gekennzeichnet, dass sie in einer auf längere Dauer angelegten Geschäftsbeziehung die für alle künftig abzuschließenden Verträge gemeinsamen Fragen regeln“<sup>38)</sup>. Ein Rahmenvertrag „legt nur bestimmte Einzelheiten künftiger Verträge fest, begründet aber keine Hauptpflicht zum Abschluss eines Einzelvertrages“<sup>39)</sup>. Sind Rahmenverträge als AGB ausgestaltet, müssen die Einbeziehungsvoraussetzungen gem. § 305 Abs. 2 BGB beachtet werden, vgl. § 305 Abs. 3 BGB.

Erneut anders als insoweit erzeugt der in der Werbung zugleich ein Vertragsangebot verlautbarenden Verkäufer keine Bindung für bestimmte Einzelheiten künftiger Verträge. Es geht um den bezweckten Vertragsschluss selbst, wobei das Angebot anders als im Regelfall nur noch der Käufer anzunehmen braucht.

Was zusätzlich die Abgrenzung zum Optionsrecht anbelangt, so verblasst – im Gegensatz zu den Fällen zuvor – der Unterschied zum Vertragsangebot des Werbenden erheblich. Blickt man zunächst auf die Praxis, so taucht dort das Optionsrecht hauptsächlich als Bestandteil eines Vertrages mit zeitlicher Begrenzung auf, wobei ein Vertragsteil sich vorab für einen weiteren Zeitraum bindet, während dessen der andere Vertragsteil durch einseitige Erklärung die Vertragsgeltung für diesen weiteren Zeitraum herbeiführen kann, ohne hierzu – im Gegensatz zum anderen Vertragspartner – verpflichtet zu sein. Aber auch unabhängig von dem Vorhandensein eines vorhergehenden Vertrags „kann der Verpflichtete dem Berechtigten einseitig ein Optionsrecht verschaffen, das der Berechtigte nach Belieben annehmen kann“<sup>40)</sup>. In beiden Fällen hat der Anbieter dem anderen Teil ein rechtsgeschäftliches Angebot unterbreitet, welches die h. M. als Festofferte bezeichnet. Beide Fälle gehören „zum Recht des Vertragsschlusses“<sup>41)</sup>, „die Ausübung des Optionsrechts (ist) nichts anderes ... als die Annahme eines Vertragsangebots“<sup>42)</sup>.

Ohne auf weitere, in der Praxis nicht so häufige Erscheinungsformen des Optionsrechts oder des Optionsvertrages (Angebotsvertrag; bedingter Hauptvertrag)<sup>43)</sup> einzugehen bzw. eingehen zu müssen, kann bereits an dieser Stelle gesagt werden, dass das Optionsrecht das Gegenstück zum Angebot bildet<sup>44)</sup>. Das Angebot muss als bin-

dendes feststehen, damit das Optionsrecht Bedeutung erlangen kann. Hierzu steht in Übereinstimmung, dass im Rahmen der Erörterung des Optionsrechts vorausgesetzt und verwiesen wird auf die Festofferte<sup>45)</sup> (§ 148 BGB) als eines unwiderruflichen Angebots von regelmäßig längerer Bindungsdauer. Nach dem Wortlaut von § 145 BGB ist an den Antrag gebunden, wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt es sei denn, dass er die Gebundenheit ausgeschlossen hat.

Stellt man hierzu den Wortlaut von § 148 BGB gegenüber („Hat der Antragende für die Annahme des Antrags eine Frist bestimmt, so kann die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen“), wird deutlich, dass die so genannte Festofferte keine besondere Antragsform ist. Während im Rahmen von § 145 BGB für die Bindungsdauer diejenige Zeitspanne in Betracht kommt, die der Erklärungsempfänger erwarten können durfte, entscheidet hierüber im Rahmen des § 148 BGB der Antragende selbst. § 148 BGB trägt mithin der Selbstverständlichkeit Rechnung, dass die Privatautonomie nicht nur im Rahmen der vertraglichen Abschluss- und im begrenzten Umfang im Rahmen der vertraglichen Inhaltsfreiheit gegeben ist, sondern auch hinsichtlich des Antrags selbst.

Was im Vergleich hierzu das in der Werbung verlautbarte Vertragsangebot des Verkäufers anbelangt, so ist es eingedenk des kaum vorhandenen dogmatischen, d. h. im Begründungszusammenhang des Rechts stehenden Unterschieds zwischen § 145 BGB und § 148 BGB gleichfalls nicht zwingend, große Erwägungen aufzuwerfen, ob dieses werblich verlautbarte Vertragsangebot § 145 BGB oder § 148 BGB zuzuordnen ist. Solches gilt um so mehr vor dem Hintergrund der Tatsache, dass der Vertrag zwar Rechtsgeltung nur durch die Rechtsordnung erlangt, durch § 433 BGB z. B. aber nicht bedingt ist. Will heißen, auch das Vorhandensein eines Vertragsangebots hängt nicht davon ab, ob es § 145 BGB oder § 148 BGB zuordenbar ist.

Somit kann gesagt werden: Das in der Werbung verlautbarte Vertragsangebot des Verkäufers stellt eine einseitige Willenserklärung<sup>46)</sup> dar, vorausgesetzt, Bestimmtheit/Bestimmbarkeit einerseits und Rechtsbindungswillen andererseits sind vorhanden. Zur Bestimmtheit/Bestimmbarkeit wird allgemein ausgeführt, die essentialia negotii, die wesentlichen Vertragsbestandteile müssen durch die Parteien und nicht von dritter Seite (insbesondere dem Staat) als vereinbart vorgegeben sein. Zugleich wird allgemein ausgeführt, dass es dem Antragenden möglich ist, die Bestimmung des gegenständlichen Angebots – aus dem Kreis des vom Verkäufer angebotenen allgemeinen Angebots – in die Hand des Käufers zu legen, ein solches Angebot kann auch an einen unbestimmten Personenkreis gerichtet sein<sup>47)</sup>. Auch insoweit lässt sich das hier diskutierte Vertragsangebot des Verkäufers (als Beispiel für das Vertragsangebot des – werbenden – Waren-/Leistungsanbieters) zwanglos als „Angebot“ i.S.d. § 145 BGB auffassen.

38) Wolf in: Soergel vor § 145, Rz. 82.

39) Staudinger/Bork vor § 145, Rz. 54.

40) Staudinger/Bork vor § 145, Rz. 70.

41) Wolf in: Soergel vor § 145, Rz. 70.

42) Staudinger/Bork vor § 145, Rz. 70.

43) Staudinger/Bork vor § 145, Rz. 7.

44) Ähnlich – wohl – Henrich, 1965, 231: „Eine Option ist kein bindendes Angebot ... Die Option kann darum – wenn überhaupt – nur die Wirkung eines bindenden Angebots sein“.

45) Wolf in: Soergel vor § 145, Rz. 70; Staudinger/Bork vor § 145, Rz. 70; Kramer in: Münchner Kommentar vor § 145, Rz. 52.

46) Wolf in: Soergel, § 145, Rz. 3.

47) Wolf in: Soergel, § 145, Rz. 4.

Der rechtliche Bindungswille<sup>48)</sup> als weitere Voraussetzung ist – entgegen der h. M. – auch bei der invitatio vorhanden, anders als bei der invitatio ist aber – wohl in Entsprechung mit der h. M. – für das Vorhandensein eines Angebots i.S.d. § 145 BGB der Rechtsbindungswille im wettbewerbsrechtlichen Sinn nicht ausreichend. Ob der vertragliche Rechtsbindungswille gegeben ist, hängt maßgeblich vom Inhalt der Erklärung, möglicherweise aber auch allein von den äußeren Umständen ab. Die Tatsache, dass Werbeaussagen bislang so gut wie nie zugleich einen vertraglichen Rechtsbindungswillen aufwiesen, bedeutet nicht, dass Kaufleute diesen Ausnahmefall sich nicht bewusst zu Nutzen machen können.

Was die Rechtsnatur der Stellung des Antragsempfängers anbelangt, so mag es denn so sein, dass diese schwer zu bestimmen ist<sup>49)</sup>. Die Zahl derjenigen Fälle, in welchen es dem Antragsempfänger nicht gelingt, durch eigenes Handeln den Vertragsschluss zustande zu bringen unter gleichzeitiger Berufung auf einen vertraglichen Erfüllungsanspruch dürfte zumindest sehr selten sein, so dass die Frage der Rechtsnatur der Stellung des Antragsgegners nicht weiter vertieft wird und zwar auch in Hinblick darauf, welche Rechtspositionen der Kunde aufgrund eines zugleich in der Werbung verlautbarten Vertragsangebot des Gewerbetreibenden genießt.

Das Vorhandensein einer rechtlichen Wirkung auslösenden Annahmeerklärung – als Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrages – setzt deren Wirksamkeit, also insbesondere deren Zugang voraus. Darüber hinaus muss die Annahme rechtzeitig und schließlich uneingeschränkt erklärt sein<sup>50)</sup>. Diese Voraussetzungen sind unproblematisch erfüllt, wenn der Kunde das in der Werbung zusätzlich enthaltene Vertragsangebot als solches z. B. unter Bezugnahme auf das werbliche Medium innerhalb der zeitlichen Dauer der Werbewirksamkeit dieses Mediums annimmt.

Somit gilt: Das in der Werbung zugleich enthaltene Vertragsangebot des Werbenden ist Angebot i.S.d. § 145 BGB. Die Besonderheit gegenüber dem – regelmäßig – durch den Kunden verlautbarten Angebot i.S.d. § 145 BGB liegt darin, dass besondere Anforderungen in Hinblick auf das Vorhandensein des vertraglichen Bindungswillens zu stellen sind. Dieser vertragliche Bindungswille des Werbenden ist in der Werbung regelmäßig nur dann feststellbar, wenn zusätzlich besondere Bindungen ausgedrückt sind, die sich nur ausnahmsweise nicht durch besondere Wörter, insbesondere Tuwörter in der Gegenwart als Zeitform finden. Die Bestimmtheit des Angebots ist kein losgelöstes, sondern unter dem Gesichtspunkt des Vorhandenseins einer Einigung über alle wesentlichen Vertragsbestandteile (essentialia negotii) zu betrachtende Fragestellung. Nachdem das Vorhandensein einer Einigung im Rahmen des Erfüllungsverlangens des Kunden – welches zumindest schlüssig dessen Annahmeerklärung enthält – regelmäßig keinerlei Fragen aufwirft, wird deutlich, dass der Einwand der Unbestimmtheit interessengeleitet durch Mitbewerber hauptsächlich erhoben werden wird, de-

nen es um die Einhaltung des wettbewerbsrechtlichen Durchführungsverbots auch innerhalb von – begründeten – Vertragsansprüchen gilt. Sollten Gerichte den Einwand einer fehlenden Einigung mangels Bestimmtheit des Angebots für einschlägig halten, würden sie sich tatsächlich gegen einen Grundsatz wenden, dessen Einhaltung sie zu befolgen glauben: die verwirklichte Vertragsfreiheit. Konsequenter wäre es dann aber auch, z. B. eine übereinstimmend erklärte Erledigungserklärung betreffend ein gerichtliches Verfahren nicht zu akzeptieren mit dem Hinweis darauf, eine Erledigung liege zwar zwischen den Parteien, nicht aber in Wahrheit vor. So weit wird man aber doch nicht gehen können – und wollen.

#### 1.2.5.1.5 Beispiele in Hinblick auf in der Werbung zugleich vorhandene Angebote und deren rechtliche Bewertung

##### 1.2.5.1.5.1 Gutscheinsangebot betreffend eine einzige Ware/Leistung

Heißt es:

„Wenn Sie diese Anzeige ausschneiden, erhalten Sie bei Vorlage garantiert eine Digital-Kamera 1000s von Kloni zum Sonderpreis von € 99,00 in bar<sup>51)</sup> (statt € 149,00) – für saubere Bilder“.

liegt ein – wettbewerbsrechtlich und vertragsrechtlich – bestimmtes Angebot vor. Der über den wettbewerbsrechtlichen Bindungswillen hinausgehende rechtsgeschäftliche Bindungswille des Anbieters ergibt sich daraus, dass die Aussage der Anzeige nicht als bloße Aussage wirken soll, sondern – nach deren Ausschneidung – konkreter Bezugspunkt eines „Garantiescheins“ ist. M. a. W., die Auslegung ergibt, dass der Kunde mit Vorlage der Anzeige berechtigt sein soll, die Einhaltung der über die Zeitung verlautbarten Aussage einzufordern. Gleiche Bewertungen ergeben sich in Hinblick auf die oben zu Ziff. 1.2.5 zitierte Aussage „Durch Ihre Anmeldung zur Preisübergabe erhalten Sie ...“<sup>52)</sup>. Die Adressierung an eine bestimmte Person macht den Willen, gerade dieser gegenüber für den mitgeteilten Inhalt entstehen zu wollen, noch deutlicher. Die Vorlage als quasi-Garantieschein ist ersetzt durch die Einsendung der Antwort-Karte. Bestimmtheitsprobleme sind in beiden Beispielfällen nicht ersichtlich.

##### 1.2.5.1.5.2 Gutscheinsangebot betreffend eine allgemeine Preisherabsetzung

Heißt es:

„Gutschein. 10 % Messerabbat auf Wasserbetten gültig bis ...“

liegt erneut ein Angebot i.S.d. § 145 BGB vor. Das LG Hildesheim<sup>53)</sup> führt insoweit wie folgt aus: „Durch die Angabe von Gutscheinen hat sich die Beklagte verpflichtet, den darin versprochenen Rabatt zu gewähren

48) Wolf in: Soergel, § 145, Rz. 5.

49) Wolf in: Soergel, § 145, Rz. 15.

50) Zum ganzen Larenz/Wolf, BGB Allgemeiner Teil, 8. Auflage 1997, § 29, Rz. 49 bis 64.

51) Der Hinweis auf sofortige Bezahlung, werbewirksam verlautbart („gegen cash“) hier erfolgt stellvertretend für sämtliche im Rahmen meiner Ausführungen aufgezeigten Beispiele betreffend werblich vermittelte Angebote. Zur Notwendigkeit der sofortigen Bezahlung s.u. Ziff. 1.2.5.2; den Hinweis auf diese Notwendigkeit verdanke ich Kollegen Plettke.

52) LG Oldenburg v. 13. 11. 1998 – 2 S 909/98 (AG Cloppenburg; s. o. Fn. 11).

53) LG Hildesheim v. 20. 06. 2000 – 10 O 44/00.

... Die durch die Annahme ihres verbindlichen Angebots zustande gekommenen Kaufverträge sind wirksam ... Die Kunden der Beklagten ... haben ... einen Erfüllungsanspruch ...“.

Gegen das Vorhandensein eines rechtsgeschäftlichen Angebots, zugleich verlautbart mit einem Angebot im wettbewerbsrechtlichen Sinn könnte sprechen, dass unklar ist, auf welches der beworbenen Wasserbetten der Nachlass von 10 % zu beziehen ist. Gleichwohl ist das Angebot nicht unbestimmt. Ausgehend vom Empfängerhorizont ist zum Ausdruck gebracht, dass hinsichtlich jedes einzelnen vorhandenen Wasserbettes ein Nachlass von 10 % gewährt wird. Dass unklar ist, auf welches einzelne Wasserbett dieses Angebot bezogen werden muss, ist gleichgültig. Anderenfalls wäre auch die Bestimmtheit des wettbewerbsrechtlichen Angebots nicht gegeben, eine Auffassung, die ebenso wenig haltbar ist, wie die bei unterstellter Unbestimmtheit im rechtsgeschäftlichen Sinn notwendige Folgerung, wonach Angebote i.S.d. § 145 BGB sich nur auf einzelne, gegenständlich genannte und beschriebene Waren beziehen dürfen. Im übrigen obliegt es weder Unterlassungsgläubiger noch Gerichten, bei übereinstimmenden Willenserklärungen zu den tatsächlichen Verhältnissen eine fehlende Einigung wegen behaupteter Unbestimmtheit des Gegenstandes der Einigung festzustellen. Soweit Unterlassungsgläubiger entsprechend vortragen, ist dies unbedeutend, weil sie nicht Vertragspartner sind. Soweit Gerichte solches vertreten, würden sie sich – unzulässigerweise – vom Parteivortrag lösen und eine Tatsache zum Gegenstand der Entscheidung machen, die keine Partei vorgetragen hat<sup>54)</sup>.

Der über den wettbewerbsrechtlichen Rechtsbindungswillen hinausgehende rechtsgeschäftliche Bindungswille des werbenden Anbieters ergibt sich in Hinblick auf das aufgeführte Beispiel daraus, dass der Kunde mit Vorlage des Gutscheins berechtigt sein soll, die Einhaltung der aufgrund des Gutscheins besonders dokumentierten Aussage einzufordern.

Heißt es: „Gutschein: 10 % Rabatt auf das gesamte Angebot. Wenn Sie diese Anzeige ausschneiden und vorlegen, erhalten Sie gegen cash 10 % Rabatt. Auf alles!“ scheint gegen eine rechtsgeschäftliche Bestimmtheit des Angebots i.S.d. § 145 BGB zu sprechen, dass unklar ist, welche Personen welchen Gegenstand wann zu welchen vergünstigten Endpreisen erhalten.

Geht man erneut vom Empfängerhorizont aus, ist klar, dass jeder Gutscheinsinhaber berechtigt ist, bei Gutscheinsvorlage vom Anbieter einen Nachlass von 10 % auf einen Gegenstand oder auf eine Leistung seiner Wahl zu fordern, wobei dies in tatsächlicher Hinsicht zugleich – verbindliche – Erklärung des Anbieters ist. Bezieht sich der Gutscheinsinhaber auf diesen Inhalt, ist der Kaufvertrag mit Zugang der Bezugnahmeerklärung zustande gekommen. Es wäre konstruiert anzunehmen, auf die Vergegenständlichung der Erklärung des Gutscheinsinhabers hin, wie sie sich in der Bezugnahmeerklärung als Annahmeerklärung darstellt, sei es zusätzlich erforderlich, dass der Waren-/Leistungsanbieter nun seinerseits erklärt, aus seiner allgemeinen Erklärung („Jeder Gutscheinsinhaber ist berechtigt ...“)

54) BGH NJW 2001, 1285, 1287 (s. o. Fn. 28).

heraus lege er sich nunmehr – erstmals – in tatsächlicher Hinsicht auf die Person des Kunden als Käufer, die vom Kunden ausgewählte Ware und den Preis fest. Konstruiert ist dies deshalb, weil solches weder im Rechtssinn erforderlich ist noch entsprechende Vorgänge sich tatsächlich so vollziehen.

Was den über den wettbewerbsrechtlichen Rechtsbindungswillen hinausgehenden rechtsgeschäftlichen Bindungswillen des werbenden Anbieters anbelangt, so ergibt sich dieser daraus, dass der Kunde mit Vorlage des Gutscheins berechtigt sein soll, die Einhaltung der aufgrund des Gutscheins besonders dokumentierten Aussage einzufordern.

#### 1.2.5.1.5.3 Personenmäßig nicht eingegrenztes Angebot betreffend eine bestimmte Ware/Leistung

Heißt es in einer Zeitungsanzeige:

„Die Stadtwerke gewähren ab Januar 1990 für jede Heizungsumstellung auf Erdgas einen Bonus von DM 1.000,00. Dieser Bonus wird je Gashausanschluss nur einmal gewährt und nach genehmigter Inbetriebnahme der Erdgas-Heizung ausgezahlt“,

so wird nach Auffassung des OLG Celle<sup>55)</sup> in der Werbung – welche gegen § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt des unlauteren übertriebenen Anlockens<sup>56)</sup> verstieß, das selbe galt für die Durchführungshandlung<sup>57)</sup> – zugleich ein Angebot i.S.d. § 145 BGB unterbreitet.

„Denn wenn die Beklagte erst einmal den Bonus in der beanstandeten Weise versprochen hat, ist es ihr rechtlich nicht mehr möglich, dem Kunden die Auszahlung zu verweigern. Die Beklagte ist dem umworbenen Kunden gegenüber an ihr in der streitigen Werbung enthaltenes Vertragsangebot gebunden (§ 145 BGB) ... Die vom Kläger verlangte Nichtgewährung der angekündigten Geldzuwendung ist ihr somit rechtlich unmöglich. Einen Anspruch auf rechtlich unmögliches Verhalten aber gibt es nicht“.

Mit der Feststellung des Vorhandenseins eines in der Werbung vorhandenen Angebots i.S.d. § 145 BGB ist allerdings noch nichts darüber gesagt, welche Merkmale im entschiedenen Fall ergeben haben, dass eine mit Mitteln der Werbung verlautbarte Aussage zugleich rechtsgeschäftlichen Bindungsgehalt aufwies.

Folgende Einzelgesichtspunkte rechtfertigen die Entscheidung: Die Stadtwerke bieten nicht an, sondern sie „gewähren“. Der Bonus wird nicht lediglich für jeden Gashausanschluss in Aussicht gestellt, sondern „gewährt“ (dieses Tuwort wird also zum zweiten Mal verwendet), dessen Auszahlung wird ferner nicht lediglich unter bestimmten Voraussetzungen in Aussicht gestellt, der Bonus „wird ... ausgezahlt“.

55) OLG Celle v. 27. 06. 1991 – 13 U 183/90 (7 O 59/90 LG Lüneburg), vgl. Fn. 173.

56) Das Gericht hat eine zusätzliche Verletzung von § 26 Abs. 4 GWB a. F. §§ 1, 12 RabattG bzw. § 1 Abs. 3 ZugabeVO ausdrücklich offen gelassen. RabattG und ZugabeVO sind zwischenzeitlich aufgehoben, auch in Hinblick auf das übertriebene Anlocken ist die Entscheidung überholt, vgl. BGH WRP 1998, 857 = GRUR 1999, 256 – „1000 DM Umwelt-Bonus“.

57) Das OLG Celle begründet in seiner Entscheidung vom 27. 06. 1991 (s. o. Fn. 55) allerdings nicht näher, weshalb seinerzeit aus der Sittenwidrigkeit der Werbung zugleich die Sittenwidrigkeit der Durchführungshandlung folgte.

Maßgebend für die Deutung der Anzeige als gleichzeitiges Angebot i.S.d. § 145 BGB sind somit die Tuwörter, die so genannten Verben. Nachdem allerdings Juristen berechtigt, weil aufbauend auf genauen Begriffen, die verwendet werden in einem nach Haupt und Glieder geordneten Ganzen, stark im vorbekannten Formenschatz denken und – lediglich oder zumindest – von daher nicht ganz so unberechtigt dazu neigen, dem Gedanken eines in der Werbung vermittelten Angebots – losgelöst von den Ausführungen hier – starke Bedenken entgegen zu bringen, ist es tunlich, im Falle der Nachahmung eines der Entscheidung des OLG Celle zugrunde liegenden Sachverhalts Wortwendungen zu gebrauchen, die in erheblich stärkerer Weise den rechtsgeschäftlichen Bindungswillen zum Ausdruck bringen.

Eine Verbriefung des Anspruchs – wie in Fällen zuvor (s. o. Ziff. 1.2.5.1.4.1 und 1.2.5.1.4.2) – ist allerdings hier nicht gegeben. Nachdem die gegenständliche Bezugnahme auf ein gegenwärtig vorhandenes Versprechen nicht möglich ist (anders in den Fällen der Gutscheinswerbung), muss der in der Werbung verlautbarte rechtsgeschäftliche Bindungswille besonders hervortreten.

#### 1.2.5.1.5.4 Personenmäßig nicht eingegrenztes Angebot betreffend die Preisherabsetzung einer gesamten Warengruppe oder betreffend das gesamte Warenangebot

Heißt es: „Morgen, am Samstag, 10 % auf das gesamte Sortiment gegen cash. Nehmen Sie uns beim Wort – Ihr Preisvorteil ist Ihnen sicher“,

könnte den Standpunkt, das Angebot (sei es denn als wettbewerbsrechtliches oder als rechtsgeschäftliches aufzufassen) weise hinreichende Bestimmbarkeit auf, eingewandt werden, es fehle an einer Einigung über die wesentlichen Vertragsbestandteile. Unbestimmt sei, welche Ware/Leistung zu welchem herabgesetzten Preisangeboten bzw. Verkauf/in Anspruch genommen werden solle, nicht einmal die Person des Vertragspartners sei bekannt.

Hiergegen steht, dass Sache des Anbieters es ist, die vorgenannten Gesichtspunkte offen zu lassen, wenn es ihm – wie hier – allein um einen Vertragsschluss unter diesen offenen Bedingungen geht. Darüber hinaus gilt: Dem Adressaten dieser Erklärung ist es klar, dass er die Bestimmung der genannten offenen Punkte annehmen darf bei Vorhandensein des Abschlusswillens des Anbieters im Übrigen. Wer mithin als außerhalb des Vertrags stehender Dritter den Einwand einer fehlenden Einigung der Vertragsparteien mit Hinweis auf die fehlende Bestimmtheit der Einigung über die essentialia negotii führt, wendet sich nicht nur gegen den übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien, sondern im Namen der Privatautonomie – gegen die Privatautonomie. Denn die essentialia negotii dürfen nicht durch das Gericht bzw. nicht durch die von den Vertragsparteien nicht vorgesehenen Dritten bestimmt werden.

Der rechtsgeschäftliche Bindungswille ergibt sich hier nicht aus den Umständen (Bedingung ist nicht die Bezugnahme auf die ausgeschnittene und vorzulegende Anzeige), sondern aus dem Wortlaut selbst. „Nehmen Sie uns beim Wort – Ihr Preisvorteil ist Ihnen sicher“ bedeutet ein unbedingtes Einstehenwollen für den Inhalt

dieser Ankündigung und nicht lediglich die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots.

#### 1.2.5.2 Folgen des in der Werbung zugleich vorhandenen Angebots

Notwendig ist jeweils der Hinweis auf sofortige Bezahlung als Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages (zumeist: eines Kaufvertrages). Fehlte der Hinweis auf sofortige Bezahlung als Bedingung für das Zustandekommen des Kaufs, hätte es der das Angebot annehmende Kunde in der Hand, den Anbieter sogar mit dem frohen Hinweis zu binden, er nehme das Super-Angebot gerne an, könne aber erst später bezahlen. Der Anbieter müsste sodann die gekaufte Ware vorrätig halten bzw. Handlungsweisen zur Vertragsauflösung entfalten, um Schadenersatzansprüche des Kunden zu vermeiden. Dem entgeht der Anbieter nur mit der Bedingung auf sofortige Bezahlung.

Leistungsangebote zu einem vergünstigten Entgelt sollten eine zeitliche Begrenzung aufweisen, um verspätete, so nicht vorausberechnete Inanspruchnahmen zu vermeiden.

Im Gegensatz zum Fehlen ausdrücklicher Bestimmungen betreffend den Zeitpunkt oder den Zeitraum des zu bezahlenden Entgeltes wirft die Angebotsannahme nach Ausverkauf der vorrätigen, beworbenen Ware keine Schwierigkeiten auf: sofern ein ausreichender Warevorrat beworben worden war, ist bei einem unerwarteten Käuferandrang mit der Folge eines nicht vorzusehenden Warenausverkaufs zum einen die Werbung nicht irreführend<sup>58)</sup>. Dem Käufer entsteht zum anderen kein Schadenersatzanspruch wegen Nichterfüllung, da es an einem Verschulden des Verkäufers fehlt. Und der Erfüllungsanspruch des Käufers scheidet an tatsächlicher Unmöglichkeit. Das zugleich in der Werbung verlautbarte Angebot ist also so auszulegen, dass eine Lieferbarkeit nach Ausverkauf ausscheidet. Wer eine andere Deutung vornimmt, setzt sich in Widerspruch zur wettbewerbsrechtlichen Auslegung, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund besteht.

War drittens das in der Werbung zugleich vermittelte Angebot fehlerhaft und kann daher der Anbieter den Vertrag nicht erfüllen, haftet er auf Schadenersatz bei Verschulden gegenüber dem Vertragspartner gem. § 280 BGB. Nach eigenem Dafürhalten ist womöglich – evtl. auch – diese Schlussfolgerung des hier entwickelten Ansatzes nicht so schlecht.

### 1.3 Zwischenergebnis zur Ziff. 1

Angebote auf Abschluss eines Vertrags folgen in der Regel der Werbung nach. Sie können aber auch zugleich mit der Werbung verlautbart sein. Werbliches und rechtsgeschäftliches Angebot weisen keine Unterschiede auf hinsichtlich ihrer Bestimmtheit, sie unterscheiden sich – in Übereinstimmung mit der h. M. – in Bezug auf den Rechtsbindungswillen. Dabei fehlt dem werblichen Angebot nicht jeder Rechtsbindungswille, es stehen sich vielmehr gegenüber der Bindungswille im wettbewerbsrechtlichen und im rechtsgeschäftlichen Sinn.

58) BGH WRP 2002, 1430 = GRUR 2002, 1095 = NJW-RR 2002, 1686 – „Telefonische Vorratsanfrage“ m.w.N.

Was die Bestimmtheit anbelangt, so könnte diese vor allem dann fehlen, wenn aufgrund des werblich verlautbarten Angebots es dem Kunden überlassen ist, die Ware/Leistung zu bestimmen. Hiergegen ist zu erinnern, dass der Einwand der fehlenden Bestimmung der wesentlichen Vertragsbestandteile (*essentialia negotii*) ein solcher der Vertragsparteien ist. Sind die Parteien sich auf der Grundlage des werblich verlautbarten Angebots einig, würde der im Namen der Privatautonomie durch Dritte oder einen Richter geführte Einwand einer fehlenden Einigung sich richten gegen – die Privatautonomie.

Was den rechtsgeschäftlichen Bindungs- oder Geltungswillen anbelangt, so hängt dessen Vorhandensein als zugleich in der Werbung erklärter hauptsächlich von der Verwendung bestimmter Wörter, insbesondere von Tuwörtern ab, verweisend auf die Gegenwart als Zeitform. Wichtig können aber auch äußere Umstände sein, wie die gegenständliche Bezugnahme auf eine vorzulegende Anzeige.

Mit der Feststellung, dass die Verwendung von bislang der Verlautbarung von Werbeaussagen dienenden Mitteln nicht zugleich die Unmöglichkeit der gleichzeitigen Abgabe von rechtsgeschäftlichen Erklärungen bedeutet, wird nicht der Bereich der Selbstbindung ohne Vertrag als einer nach Köndgen<sup>59)</sup> dritten Möglichkeit der Herbeiführung von Rechtsfolgen neben Vertrag und Delikt eröffnet. Gemeint ist in Übereinstimmung<sup>60)</sup> mit Koendgen lediglich, dass die Lehre von Savigny<sup>61)</sup>, rechtsgeschäftliche Angebote an einen unbestimmten Personenkreis seien unzulässig („weil die Obligationen als Beschränkungen der natürlichen Freiheit, nicht zu solchen Zwecken eingeführt sind, so dass wir, durch diese Anwendung der selben, ihre natürliche Bestimmung willkürlich überschreiten würden“) zumindest heute nicht mehr haltbar ist. Wenn es heute richtigerweise gang und gäbe ist, Begründungsweisen insbesondere im Wettbewerbsrecht daraufhin zu befragen, ob jene eine gerechte und freiheitsverbürgende Anwendung dieses Rechtsgebiets ermöglichen, wäre es widersprüchlich, zivilrechtlich zugleich überkommene Auffassungen zu vertreten. Letzteres ist im Zivilrecht nicht ausgeschlossen, bedenkt man, dass die gestörte Vertragsparität als „Trugbild“ bezeichnet oder gar „vom Abschied von der Privatautonomie“ (in Frageform) geredet wird, obschon die Inhaltskontrolle von Verträgen weit über die Kontrolle von AGB hinausgehend ausführlich durch Habilitationsschriften dokumentiert ist bzw. war. Wer so verharret, befördert die Entfernung zwischen gelehrtem Vertragsrecht und Vertragswirklichkeit. Welten trennen das in der Werbung zugleich verlautbarte Angebot von einem Kontrahierungszwang.

59) Köndgen, Selbstbindung ohne Vertrag, 1981, 88 weist darauf hin, dass es im kontinental-europäisch-romanistischen Recht um Abstraktion, um begriffliche und systematische Folgerichtigkeit geht, während dessen das anglo-amerikanische Vertragsrecht ein offenes System von selbstständiger, unterschiedlicher Intensität bildet. Dies führe dazu, dass z. B. die Vertrauenshaftung auf der Grundlage der Rechtsgeschäftslehre nicht erschlossen wird (S. 7; 10; 97 ff.), auch das *venire contra factum proprium* sei nicht zutreffend einzuordnen (S. 167), das selbe gilt z. B. für die Verwirkung (S. 170), die ständige Geschäftsbeziehung oder die Hofübergabefälle. Dem gegenüber gehe es um die Möglichkeiten der Sicherung legitimer Erwägungen durch Privatrecht (S. 151). Als Beispiel diene seinerzeit (im Jahr 1981) der Schutz vor Verbrauchererwartungen aus irreführenden Werbeaussagen (S. 283 ff.).

60) Meine in diesem Beitrag dargelegte Auffassung steht teilweise in Übereinstimmung mit Köndgen, unabhängig von diesem entwickelt.

61) v. Savigny, Obligationenrecht Band 2, 89 f.; zitiert nach Köndgen 1981, 284 Fn. 1; ferner Köndgen, 345.

Weder der – werbende – Anbieter noch der Erklärungsempfänger wird in einen Vertrag gezwungen. Was der Anbieter allerdings auch will, darf ihm im Namen der Privatautonomie nicht mehr genommen werden.

Das in der Werbung zugleich vorhandene Angebot kann für den Anbieter aber auch unangenehme Folgen zeitigen. So ist er gehalten, sich sofortige Bezahlung als Bedingung für den Vertragsschluss vorzubehalten. Ansonsten hat der Kunde z. B. die Möglichkeit zu kaufen unter Hinweis darauf, er bezahle später. Darüber hinaus können fehlerhafte Angebote nach deren Annahme durch den Kunden bei Unmöglichkeit z. B. zu Schadensersatzforderungen oder bei unrichtiger Preisangabe zu für den Anbieter wirtschaftlich unsinnigen Vertragsabschlüssen führen. Keine Schwierigkeiten wirft der Warenausverkauf des Vorrats auf: Hat der Anbieter genügend vorausschauend gehandelt, entstehen keine Erfüllungs- oder Schadensersatzansprüche des leer ausgegangenen Vertragspartners.

Festgestellt bis jetzt wurde, dass vertragliche Angebote i. S. d. § 145 BGB verlautbart werden können im Rahmen wettbewerbsrechtlicher Angebote, mithin vor allem im Rahmen von Werbeanzeigen. Festgestellt wurde weiter, dass die Annahme solcher Angebote durch den Kunden zu einem Vertragsschluss führt. Keine Aussage wurde bislang darüber getroffen, welchen Inhalt und welchen Umfang wettbewerbsrechtliche Durchführungsverbote aufweisen. Keine Aussage wurde bislang ferner darüber getroffen, ob ein unter Missachtung des Durchführungsverbots geschlossener Vertrag wirksam oder unwirksam ist ferner, welche Folgen ein derartiger Vertragsschluss auslöst. Offen ist schließlich, wie bei einem Aufeinandertreffen von Erfüllungsverlangen und wettbewerbsrechtlichem Durchführungsverbot der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsvorschlag (im Rahmen einer Abmahnung) bzw. der Verbotsantrag in Wörter zu fassen ist.

## 2. Wettbewerbsrechtliche Durchführungsverbote

### 2.1 Wettbewerbsrechtliche Durchführungsverbote nach deutschem Recht

Wettbewerbsrechtliche Durchführungsverbote ergeben sich aus Gesetz, Vertrag oder gerichtlichen Entscheidungen.

#### 2.1.1 Gesetzliche Durchführungsverbote

##### 2.1.1.1 § 1 UWG und § 20 Abs. 4 GWB als ausgewählte Anspruchsgrundlagen

Während bis zum 25. 07. 2001 § 1 Abs. 1 RabattG und § 1 Abs. 1 ZugabeVO<sup>62)</sup> sowie voraussichtlich bis Sommer 2003 ein Sonderveranstaltungs- und Räumungsverkaufsrecht gem. § 7 Abs. 1 UWG, § 8 Abs. 5 UWG und § 8 Abs. 6 UWG ausdrücklich<sup>63)</sup> die Möglichkeit eines Durchführungsverbots eröffnet hatte, diese Rechtsfolge zu dem im Vorschlag von Köhler, Bornkamm und Henning-Bodewig für eine Richtlinie zum Lauterkeitsrecht

62) BGBl 2001 I 1661 f. 1663.

63) BGH WRP 2002, 1259 = GRUR 2002, 979 = NJW 2002, 3405 – „Kopplungsangebot II“: „Anders als die ZugabeVO, die ... auch das Gewähren von Zugaben untersagte, käme ein aus § 1 UWG begründetes Verbot des Gewährens von Zugaben nur in Betracht, wenn ...“, vgl. Fn. 74.

und eine UWG-Reform<sup>64)</sup> in § 7 Abs. 4 jeweils enthalten ist, ergibt sich diese Rechtsfolge unmittelbar aus dem Wortlaut von § 1 UWG bzw. den §§ 3, 7 Abs. 1 d.E. nicht.

§ 1 UWG lautet:

„Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadenersatz in Anspruch genommen werden“.

§ 3 des Entwurfs lautet:

„Unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht unerheblich zu verfälschen, sind unzulässig.“

§ 7 des Entwurfs lautet:

„Wer dem § 3 zuwiderhandelt, kann auf Beseitigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.“

Gleichwohl ist es unstrittig, dass Werbung und Durchführungshandlung unter den Anwendungsbereich von § 1 UWG fallen. Es dürfte unstrittig sein, dass auch die Neuregelung der Verbots unlauterer Wettbewerbshandlungen (§ 3 d.E.) Werbung und Durchführungsverbot erfasst. Anderenfalls wäre die wirksame Verfolgung von Wettbewerbsverstößen auf der Grundlage der so genannten großen Generalklausel nicht mehr gesichert. So führt der BGH bezüglich Täuschungshandlungen – als einer Fallgruppe des § 1 UWG – aus: „Wirbt ein Omnibusunternehmen bei der Planung und Durchführung einer so genannten Verkaufsfahrt (mit, so kann er) ... als Störer auf Unterlassung sowohl der irreführenden Werbung als auch der Durchführung der enttäuschenderweise beworbenen Fahrt in Anspruch genommen werden“<sup>65)</sup>.

Mit der Möglichkeit einer Verankerung des Durchführungsverbots in § 1 UWG bzw. der §§ 3, 7 d.E. ist allerdings noch nichts über die gesetzlichen Voraussetzungen des Durchführungsverbots gesagt.

Insofern gilt, dass ein Durchführungsverbot nur dann in Betracht kommt, wenn auch die Durchführungshandlung selbst sittenwidrig ist. „Die Abwicklung von Verträgen, zu deren Abschluss der Kunde durch wettbewerbswidrige Mittel veranlasst werden konnte, ist als solche grundsätzlich nicht wettbewerbswidrig. Zweck des § 1 UWG ist es, die Lauterkeit des Wettbewerbs im Interesse der Marktbeteiligten und der Allgemeinheit zu schützen (sc: dieser Zweck ist nunmehr ausdrücklich in § 1 d.E. erwähnt). Die Abwicklung von Verträgen wird deshalb von dieser Vorschrift nur dann erfasst, wenn sie nach den gesamten Umständen auch selbst als unlauteres Wettbewerbsverhalten zu würdigen ist“<sup>66)</sup>.

64) Köhler/Bornkamm/Henning-Bodewig, WRP 2002, 1317; hierzu die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e. V., GRUR 2003, 127–132; ferner GRUR 2003, 132–136; ferner GRUR 2003, 132–136. Sack, WRP 2003, 546 zum Gewinnabschöpfungsanspruch von Verbänden; ebenso Stadler/Micklitz, WRP 2003, 559. Berlit, WRP 2003, 563 zum unlauteren Verfälschen als neuem Hauptmaßstab. Nippe, WRP 2003, 568, vertritt mit beachtlichen Argumenten die Auffassung, dass das Durchführungsverbot nicht nur bei Räumungsverkäufen, sondern auch bei Mondpreiswerbung gerechtfertigt ist. Nach seiner Auffassung ist daher § 7 Abs. 4 des Entwurfs der eingangs zu dieser Fn. genannten Verfasser zu eng. Trotz der Beachtlichkeit der Argumente von Nippe möchte ich diesen im Ergebnis nicht zustimmen.

65) BGH WRP 1988, 668 = GRUR 1988, 829 = NJW-RR 1988, 1309 – „Verkaufsfahrten II“.

66) BGHZ 147, 296 = WRP 2001, 1073 = GRUR 2001, 1178 – „Gewinn-Zertifikat“.

Das Verbot der Durchführung als Tatbestandsmöglichkeit des § 1 UWG bzw. der §§ 3, 7 d.E. ist nachfolgend bedeutsam vor allem im Rahmen der Fallgruppe „Vorsprung durch Rechtsbruch“, da hauptsächlich dort die Lage eintreten kann, dass der Vertragspartner des Unterlassungsschuldners das Zustandekommen des Vertrages durch Annahme des in der Werbung zugleich verlautbarten Angebots verwirklicht und sodann Erfüllung verlangt. Aber auch bei Koppelungsfällen kann die Frage nach der Verhältnisbestimmung zwischen wettbewerbsrechtlichen Durchführungsverbot und vertraglichem Erfüllungsanspruch auftauchen (s. u. Ziff. 3.2.2).

Dem gegenüber wird z. B. in den Fällen der Täuschung kaum ein Gegensatz zwischen Erfüllungsverlangen einerseits und Durchführungsverbot andererseits offenbar werden. Dies deshalb, weil der Getäuschte in der Regel nicht Erfüllung, sondern Vertragsaufhebung bzw. Vertragsnichtigkeit begehrt. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang noch andere Vorschriften des UWG (z. B. § 6 c UWG = § 15 Abs. 2 d.E.) gleichermaßen die Durchführung erfassen, soll hier unerörtert bleiben. Ziel ist es nicht, alle Fälle aufzuzählen, die zu einem getrennten Verbot von Werbung einerseits und Durchführungshandlung andererseits führen können. Bezweckt ist eine Problemdarstellung anhand einzelner, für die Praxis nicht ungewichtiger Fälle. Das Irreführungsverbot gem. § 3 UWG stützt allerdings kein auf das Unterlassen der Durchführungshandlung gerichtetes Verbot<sup>67)</sup>.

Demgegenüber eröffnen die § 5 Abs. 2, Abs. 1, §§ 3, 7 Abs. 1 d.E. durch die Eingliederung der kleinen Generalklausel (§ 3 UWG) in die große Generalklausel (§ 1 UWG; jetzt § 3 d.E.) auch bei Irreführung das Verbot der Durchführungshandlung als Folge der Irreführungshandlung. Jede Lösung insoweit muss aber nicht nur – was erst in jüngster Zeit zutreffend erkannt und betont wird – auf eigene Verbotsvoraussetzungen betreffend die Durchführungshandlung selbst verweisen können. Darüber hinaus muss trotz eventuellen Vorhandenseins entsprechender Voraussetzungen gefragt werden, ob ein entsprechendes Verbot nach dem Sinn und Zweck des Wettbewerbsrechts oder gar der Verfassung gerechtfertigt ist. Wurde z. B. mit einer Preisherabsetzung unter Bezugnahme auf einen nicht ernsthaft, d. h. einen nicht für einen ausreichenden Zeitraum geforderten höheren Preis geworben (Mondpreiswerbung), kann nach meiner Auffassung das Durchführungsverbot nicht derart weit reichen, dass vom Anbieter eine Heraufsetzung der Preise auf das Mondpreisniveau verlangt wird. Denn dieser Preis war ja gerade nicht der unter Regelvoraussetzungen geforderte Preis. Darüber hinaus taucht die Frage auf, für welchen Zeitraum der Verkäufer den höheren, nicht ernsthaft geforderten Preis nunmehr verlangen muss.

§ 20 Abs. 4 GWB regelt das Verbot, Ware zu Preisen anzubieten, die unter dem Einkaufspreis des Händlers liegen.

§ 20 Abs. 4 GWB lautet:

„Unternehmen mit gegenüber kleineren oder mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht dürfen ihre Marktmacht nicht dazu ausnutzen, solche Mitbewerber

67) OLG Karlsruhe, WRP 1990, 189.

unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern. Eine unbillige Behinderung im Sinne des Satzes 1 liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmen Waren oder gewerbliche Leistungen nicht nur gelegentlich unter Einstandspreis anbietet, es sei denn, dies ist sachlich gerechtfertigt“.

Das Durchführungsverbot ergibt sich mithin problemlos aus dem Gesetz. Ob unter das Verbot des Verlangens von Preisen unter Einstandspreis auch die bloße Werbung hierfür fällt, dürfte vor dem Hintergrund der Zwecksetzung des GWB zu verneinen sein. Was die Anwendbarkeit von § 1 UWG bzw. von § 3 d.E. insoweit anbelangt, so wird zwar die Auffassung vertreten, dass Verletzungen des GWB in bestimmten Fällen<sup>68)</sup> Verstöße gegen § 1 UWG bzw. gegen § 3 d.E. unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch darstellen. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob zu keinem Verstoß gegen das GWB führende Werbeaussagen deshalb gegen § 1 UWG bzw. gegen § 3 d.E. verstoßen, weil die Durchführungshandlung selbst kartellrechtswidrig ist. Dass die Werbung mit einem Kartellverstoß nicht bereits für sich betrachtet gegen § 1 UWG bzw. gegen § 3 d.E. verstößt, macht zum einen die Rechtsprechung des BGH aus jüngster Zeit deutlich. Danach muss es zunächst Aufgabe des Wettbewerbsrechts sein, die unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch bewertbare, in erster Linie aber anderweitig normierte Handlung, auch wettbewerbsrechtlich über das UWG einer Regelung zu unterziehen<sup>69)</sup>. Darüber hinaus ist das Vorhandensein eines Vorsprungs aufgrund fehlenden Kartellverstoßes insoweit höchst fraglich.

#### 2.1.1.2 Inhalt und Folgen gesetzlicher Durchführungsverbote in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht

Heißt es: „Heute bis 21.00 Uhr geöffnet“ bzw. „Quengler-Jeans nur € 4,99“ und liegt im zweiten Fall ein Verstoß gegen § 20 Abs. 4 GWB vor, genügt das Entfernen jeder Werbung und damit auch das Entfernen der Hinweisschilder auf die Ladenöffnung bis 21.00 Uhr oder der die Preisherabsetzung aufweisenden Preisschilder nicht, um dem Durchführungsverbot zu entsprechen. Voraussetzung für die Vermeidung eines Ordnungsmittelverfahrens nebst Ordnungsstrafe oder eine Vertragsstrafe aufgrund Zuwiderhandlung ist es vielmehr, den Laden ab 20.00 Uhr geschlossen zu halten bzw., die Preise für Quengler-Jeans so anzuheben<sup>70)</sup>, dass ein Verkauf unter Einstandspreis nicht mehr vorliegt.

Zwar lässt sich insbesondere die im Fallbeispiel notwendige Preisherabsetzung nicht allein über ein – tituliertes

– Unterlassungsgebot im Sinne eines Nichtstuns, sondern nur durch positives Tun erreichen. Die Unterlassungsverpflichtung erfasst allerdings über das bloße Nichtstun hinaus auch die Vornahme von Handlungen zur Beseitigung des Störungszustands, wenn allein dadurch dem Unterlassungsgebot Folge geleistet werden kann<sup>71)</sup>.

Eine Pflicht zum Tätigwerden hat auch ein Täuschender (ein Adressbuchschwindler) und zwar dann, wenn er die als Folge der Täuschung zustande gekommenen Verträge fortlaufend, also nicht nur in Einzelfällen durchsetzt, sofern die geweckte Täuschung bei der Eintreibung der Beträge stillschweigend oder aus den Umständen heraus aufrecht erhalten wird. Der Täuschende handelt mithin nur dann nicht wettbewerbswidrig, wenn er über die Art des Zustandekommens des Vertrages und über die dabei begründete Irrtumsmöglichkeit aufklärt<sup>72)</sup>.

Beachtlich in diesem Zusammenhang ist, dass die Verletzung eines Werbeverbots nur durch Werbung, nicht aber vermittels der Durchführungshandlung bewirkt werden kann. Auch die Verletzung des Durchführungsverbots kann nur durch Durchführungshandlung erfolgen. Anderenfalls könnte im Umkehrschluss gegen die Unzulässigkeit einer Werbung eingewandt werden, man habe sich – im Gegensatz zur Werbung – tatsächlich rechtmäßig verhalten, somit sei auch die Werbung rechtmäßig.

Deutlich wird das Erfordernis der Verweisung auf unterschiedliche Erfordernisse hinsichtlich Werbung und Durchführungshandlung gerade anhand von § 1 UWG bzw. der §§ 3, 7 Abs. 1 d.E. Zutreffend führt der BGH aus: „... Ein aus § 1 UWG begründetes Verbot des Gewährens von Zugaben (kommt) nur in Betracht, wenn die für die wettbewerbsrechtliche Bewertung der Werbung maßgeblichen Umstände stets auch bei Abschluss des entsprechenden Koppelungsgeschäftes vorlägen ... Hier- von kann indessen keine Rede sein; denn das Informationsdefizit, um das es im Streitfall allein geht, kann bei Abschluss des Folgegeschäfts ... beseitigt sein“<sup>73)</sup>.

Aber auch dann, wenn die verschiedenen Voraussetzungen für die Unzulässigkeit von Ankündigung und Durchführungshandlung vorliegen, ist es im nachfolgenden Verletzungsfall ausgeschlossen, dass die eine Tatbestandsmöglichkeit durch die andere verwirklicht wird.

Heißt es: „PKW An- und Verkauf – Bei Autos von uns gibt's Unfallreparatur zu Vorzugspreisen“, und kann der Werbende keine Eintragung in die Handwerksrolle vorweisen, verstößt diese Werbung, zu verstehen als ein auf

68) *Baumbach/Hefermehl*, UWG 22. Auflage 2001, § 1, Rz. 669.

69) Verneint in BGH WRP 2002, 943 = GRUR 2002, 825 = NJW 2002, 2645 – „Elektroarbeiten“ unter Aufgabe der dem Nichtannahmebeschluss zum OLG Düsseldorf WRP 1997, 42, „Gelsengrün“ zugrunde liegenden Rechtsprechung. Verneint jeweils ferner in BGHZ 144, 255 = WRP 2000, 1116 = GRUR 2000, 1076 = NJW 2000, 3351 – „Abgasemissionen“ (hierzu *Gröning*, WRP 2002, 17; *Frenz*, WRP 2002, 1367, *ders.* WRP 2003, 455; *Piper* WRP 2002, 1197), BGH WRP 2000, 170 = GRUR 2000, 237 = NJW 2000, 864 „Giftnotruf-Box“, BGHZ 140, 134 = WRP 1999, 643 = NJW 1999, 2737 – „Hormonpräparate“ und BGH WRP 1998, 306 = GRUR 1998, 407 = NJW 1998, 1782 – „Tiapridal“; ferner mein Beitrag *GewArch* 2001, 184, 186 bis 189 (= dort Ziff. 2.1).

70) OLG Stuttgart v. 05. 10. 1989 – 2 W 52/88 (LG Ellwangen): „Auch wenn die Umzeichnung des Warenbestandes einen erheblichen Aufwand für die Antragsgegnerin darstellte, war diese Maßnahme notwendig und ... zumutbar, (um) dem ... Verbot in der einstweiligen Verfügung gerecht (zu) zu werden ...“ zu dem parallelen Problem des – noch gültigen – Verbots allgemeiner Preisherabsetzungen gem. § 7 Abs. 1 UWG.

71) BVerfG GRUR 2001, 266 zum Kontrahierungszwang aufgrund Wettbewerbsverstoßes; BGH WRP 1993, 308 = GRUR 1993, 415 = NJW 1993, 1076 „Straßenverengung“; OLG Schleswig NJW-RR 1996, 1068 zu § 35 Abs. 1 und Abs. 3 GWB a. F.; OLG Frankfurt WRP 1992, 800.

72) BGHZ 123, 330 = WRP 1994, 28 = GRUR 1994, 126 = NJW 1993, 3329 – „Folgeverträge I“; BGH WRP 1995, 389 = GRUR 1995, 358 = NJW 1995, 1361 – „Folgeverträge II“. Im Entwurf eines Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 23. 01. 2003 heißt es auf S. 23 betreffend den Verzicht auf eine zusätzliche zivilrechtliche Sanktion als mögliche Antwort auf unwahre oder irreführende Werbeangaben: „Neben den schuldrechtlichen Möglichkeiten der Lösung des Vertrags ist dabei auch das von der Rechtsprechung entwickelte Durchführungsverbot (BGH WRP 1994, 28 = GRUR 1994, 126 = NJW 1993, 3329 – „Folgeverträge I“) in die Gesamtwürdigung einbezogen worden.“

73) BGH WRP 2002, 1259 – „Koppelungsangebot II“ (s. o. Fn. 63).

die Zukunft gerichtetes Angebot der Ausführung handwerklicher Leistungen, gegen § 1 UWG bzw. gegen § 3 d.E. i. V. m. § 1 HWO. Ein entsprechendes Verbot ist auch dann gerechtfertigt, wenn zur Durchführung keine Feststellungen getroffen waren bzw., wenn die Durchführung gar nicht beabsichtigt ist<sup>74</sup>). Zugleich liegt ein Verstoß gegen § 1 UWG bzw. gegen § 3 d.E. i. V. m. § 4 SchwArbG (Verbot der Werbung für Schwarzarbeit) vor. Und schließlich ist § 1 UWG bzw. § 3 d.E. verletzt, da der Werbende den Eindruck erweckt, berechtigt zu sein, einschränkungslos die beworbenen Tätigkeiten auszuführen. In allen drei Fällen war wegen der verwirklichten und nicht lediglich bevorstehenden Verletzungshandlung die Wiederholungsgefahr<sup>75</sup>) ausgelöst worden.

Hinsichtlich des Verbots der Durchführung von Reparaturen ist – zumindest – die Erstbegehungsgefahr<sup>76</sup>) verwirklicht, da – zumindest – die Durchführung einer so nicht erlaubten Reparatur angekündigt wird. Es genügt zur Beseitigung der Erstbegehungsgefahr die Abgabe einer einfachen, mithin nicht strafbewehrten Unterlassungserklärung, es sei denn, die Vornahme der Durchführungshandlung aufgrund der Werbung und die Überschreitung der Unerheblichkeitsgrenze gem. den §§ 2 Ziff. 3, 3 Abs. 1, Abs. 2 HwO sind nachgewiesen<sup>77</sup>) (s. u. Ziff. 3.2.2.2).

Kommt es zu einem entsprechenden Nachweis nebst Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung und heißt es drei Tage nach der vorstehend wiedergegebenen Anzeige wie folgt: „PKW An- und Verkauf – bei Autos von uns gibt's Auspuff-Reparatur u. ä. zu Vorzugspreisen“, wobei sodann z. B. ein Stoßfänger ausgetauscht wird, kann nicht gesagt werden, unabhängig von der Einordnung der Reparaturleistung als Minder- oder Vollhandwerk werde gegen das Werbeverbot verstoßen.

Dem gegenüber wird in der Praxis nicht nur häufig bei bloßer Erstbegehungsgefahr die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung verlangt – und abgeben; darüber hinaus werden spätere Werbungen – hier dokumentiert durch das letzt genannte Beispiel – als Verstoß gegen das Durchführungsverbot bewertet.

Entsprechende Entscheidungen sowie Veröffentlichungen ergingen vor allem zu § 7 Abs. 1 UWG (Verbot der Ankündigung und Durchführung von Sonderveranstal-

tungen), die Fragestellung ist jedoch eine allgemeine. Es geht um die Klärung des Verhältnisses von Ankündigung und Durchführung und zwar auch in Hinblick auf angebliche oder tatsächliche Verletzungshandlungen.

Die Schwierigkeit der Ein- und Zuordnung von Folgehandlungen hat m. E. aber andere Ursachen.

Heißt es zunächst: „B... lohnt sich für Sie doppelt: Schlussverkauf und Restbestände aus dem Räumungsverkauf“ und wird in der nächsten Ausgabe (sc: eine Woche später<sup>78</sup>) des selben Journals auf den selben Seiten (sc: Seite 9) in gleicher grafischer Gestaltung mit der Aussage geworben: „B... lohnt sich dreifach: Erstens, zweitens und drittens wegen der scharfen Preise ... Auf Verlangen eines Wettbewerbers mussten wir unsere letzte Anzeige ändern. Wir sagen jetzt: B... lohnt sich dreifach (statt doppelt)“<sup>79</sup>), lässt sich vor allem bei Kenntnis der Anzeigen<sup>80</sup>) kaum mit guten Gründen behaupten, die zweite Anzeige sei isoliert zu betrachten und daher inhaltlich unterschiedlich. Denn der Eindruck der – seinerzeit unzulässigen – Erstwerbung wird durch die isoliert betrachtet zulässige zweite Werbung fortgeführt.

Wenn es dabei richtig ist, dass bei Fortbestehen der Werbewirksamkeit der ersten Anzeige die wörtliche Bezugnahme als Verletzungshandlung auch bei Abweicheung vom Kern der Zweitaussage genügt, um zu einer Verletzungshandlung zu gelangen, ist es auch richtig, andere Formen der Bezugnahme etwa durch Wiederholung der grafischen Hauptmerkmale bei anderweitiger Wortwahl je nach Einzelfall im Übrigen für eine Verletzungshandlung ausreichen zu lassen<sup>81</sup>).

Entsprechende Bewertungen anzustellen haben Gerichte Mühe, wenn es um Vertragsstrafenklagen<sup>82</sup>) geht. Problemloser wird die Bejahung eines derartigen Verletzungsfalls im Ordnungsgeldverfahren<sup>83</sup>) bejaht.

74) BGH Beschl. v. 11. 02. 1999 – I ZR 105/98: „Die Revision hätte im Ergebnis auch keine Aussicht auf Erfolg. Gegenstand der Verurteilung ist allein die beanstandete Art und Weise, wie die Beklagte die Hilfeleistung für den Leser der Zeitschrift 'AutoBild' ankündigt ... Das beanstandete Vorgehen ist auch dann zu Recht als Verstoß gegen § 1 UWG untersagt worden, wenn die Beklagte bei der tatsächlichen Durchführung ihrer Hilfeleistung ... nicht gegen Art. 1 § 1 RBERG verstoßen sollte ... Es verstößt gegen § 1 UWG, zur Förderung des eigenen Wettbewerbs eine Tätigkeit anzubieten, deren Ausübung verboten und auch gar nicht beabsichtigt ist ...“, zitiert nach Bornkamm, Aktuelle Rechtsprechung des BGH zum WettbewerbsR 20. 11. 2002, 31 (s. u. Fn. 156).

75) Allgemein Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 8. Auflage 2002, Kap. 6, Rz. 1 ff.

76) OLG Stuttgart v. 06. 09. 1991 – 2 U 112/91 (LG Heilbronn): „Mit der Veröffentlichung der Werbebeilage wurde die Begehungsgefahr für das, was angekündigt wurde begründet. Nach der auch insoweit maßgeblichen Verkehrsauffassung bewirkte die Ankündigung ... die Erwartung ... die Veranstaltung (werde) so, wie ... angekündigt ..., auch tatsächlich durchgeführt ...“; allgemein zur Erstbegehungsgefahr Teplitzky, aaO, Kap. 10, Rz. 1 ff.

77) Zur wettbewerbsrechtlichen Bewertung der Werbung für und der Ausführung von handwerklichen Leistungen BGH WRP 1993, 178 = GRUR 1993, 397 – „Trockenbau“; BGH WRP 1989, 496 = GRUR 1989, 432 – „Kachelofenbauer I“; BGH WRP 1991, 785 = GRUR 1992, 132 – „Kachelofenbauer II“; endgültig entschieden durch OLG Hamm WRP 1994, 70; vgl. zum ganzen mein Beitrag in GewArch 2001, 184.

78) Nach BGH WRP 1981, 576 = GRUR 1991, 746 – „Ein-Groschen-Werbeaktion“ ist bei einem Abstand von einer Woche von einem engen zeitlichen Zusammenhang zwischen den Anzeigen auszugehen. Maßgebend dürfte nach meiner Auffassung die Häufigkeit des Erscheinens des werblichen Mediums und die hieraus folgenden Wahrnehmungsgewohnheiten der Betrachter sein.

79) LG Lüneburg v. 12. 09. 1996 – 7 S 2/96; AG Soltau v. 29. 02. 1996 – 4 C 797/95.

80) Über Anzeigen reden ist eben so, wie ein Essen malen. Werden – vor allem im angeblichen oder tatsächlichen Verletzungsfall – die Anzeigen oder Zeichen nicht abgebildet, ist jede weitere Rede über den Verletzungsfall nur bedingt hilfreich. Insofern ist es vorbildlich und notwendig, wenn WRP und GRUR Anzeigen, Marken und geschäftliche Bezeichnungen abbilden, sofern der Gesamteindruck von Werbung und Zeichen sich nicht in Wortausagen erschöpft. Andere Zeitschriften haben hier Nachholbedarf, s. o. Fn. 30a.

81) Zum ganzen mein Beitrag „Unzulässige Teilwerbung“, WiB 1994, 422.

82) Neben der o. zu Fn. 79 genannten Entscheidung: AG Einbeck, Vergleich vom 10. 10. 1995 – 2 C 222/95; LG Bielefeld v. 11. 12. 1997 – 14 S 71/96 (AG Bad Oeynhaus); OLG Hamm v. 05. 01. 1998 – 4 U 209/97 (LG Essen); LG Duisburg v. 29. 04. 1999 – 22 S 19/99 (AG Duisburg-Hamborn).

83) OLG Karlsruhe v. 13. 09. 1995 – 4 W 50/95 (LG Konstanz) – und die nachfolgend zu Fn. 84 genannten Entscheidungen. Das Problem zulässiger oder unzulässiger Teilwerbung stellt sich darüber hinaus allgemein bei Verbotsanträgen. So heißt es in BGH WRP 1997, 439, 441 – „Geburtstagswerbung II“: „Der Auffassung ..., dass der Verbraucher eine frühere Werbung nicht archiviere, kann in dieser Allgemeinheit nicht zugestimmt werden“. BGH GRUR 1996, 227 – „Wiederholungsveröffentlichung“ betrifft die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts allein aufgrund wiederholter und hartnäckiger Verletzungshandlung. OLG Stuttgart WRP 1995, 256, 257: „Dieser Eindruck wirkt bei der dritten Anzeige fort“. OLG Hamburg WRP 1990, 856, 857; BGH WRP 1981, 576 = GRUR 1981, 746 – „Ein-Groschen-Werbeaktion“ (s. o. Fn. 78). Das Problem zulässiger oder unzulässiger Teilwerbung wurde bislang – soweit ersichtlich – allein unter dem Stichwort „fortwirkender Irrtum“ erörtert, vgl. Baumbach/Hefermehl, § 3 UWG, Rz. 55 m.w.N. Ferner OLG Karlsruhe WRP 1977, 41. Wie dargetan ist dieses Problem aber allgemein zu betrachten. Auch fehlen – offenbar – bislang Entscheidungen, die sich mit zulässiger Teilwerbung befassen, wobei der zu bewertenden Anzeige als Teil einer Anzeigenkette in der Mitte eine für sich betrachtet unzulässige Werbung vorausging.



Dies dürfte der Grund sein, weshalb Unterlassungsgläubiger zu dem Argument greifen, die unzulässige Werbeaussage werde durch die nachfolgende Durchführungshandlung fortgeführt. Denn diese Argumentation hat – offenbar – die größere Plausibilität für sich, wie verschiedene Entscheidungen<sup>84)</sup> und Veröffentlichungen<sup>85)</sup> beweisen.

Dogmatisch zutreffend ist die – verständliche – Praxis aber wie dargelegt nicht. Allzumal das Leitbild der situationsbedingten und situationsadäquaten Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Betrachters zwar in Einzelfällen nach wie vor in bestimmten Lagen das Erfordernis des Abstellens auf den flüchtigen<sup>86)</sup> Verbraucher ergibt, insgesamt der Maßstab der situationsbedingten und situationsadäquaten Aufmerksamkeit aber dazu führt, dass der Betrachter sich an Werbung in einem gewissen Umfang erinnert.

## 2.1.2 Vertragliche Durchführungsverbote

### 2.1.2.1 Der Vertrag als Anspruchsgrundlage

Anspruchsgrundlage bei einem vertraglichen Durchführungsverbot ist der Unterlassungsvertrag als selbstständige Vereinbarung neben der gleichzeitig einen Vertrag darstellenden Vertragsstrafenvereinbarung<sup>87)</sup>.

Nachdem es im Rahmen der hier erörterten Fragestellung um das Verhältnis von auf § 1 UWG bzw. auf §§ 3, 7 Abs. 1 d.E. rückführbare Durchführungsverbote einerseits und vertragliche Erfüllungsansprüche andererseits – neben § 20 Abs. 4 GWB – geht, interessieren bei der Erörterung vertraglicher Durchführungsverbote solche Unterlassungsverträge, die zur Beseitigung der Erst- oder Wiederholungsfahr aus Anlass eines angeblichen oder tatsächlichen Verstoßes gegen das Durchführungsverbot nach dem UWG abgegeben worden waren. Vertragliche Durchführungsverbote etwa im Rahmen von insbesondere handelsrechtlichen Konkurrenz-

schutzvereinbarungen sind nicht Gegenstand der nachstehenden Ausführungen.

Die Besonderheit bei Unterlassungsverträgen als Folge eines Wettbewerbsverstoßes ist deren Rechtsnatur als abstraktes Schuldanerkenntnis<sup>88)</sup>. Diese rechtliche Einordnung als abstraktes Schuldanerkenntnis führt dazu, dass der Unterlassungsvertrag und damit auch ein dort vereinbartes Durchführungsverbot unabhängig davon besteht, ob ein Gesetzesverstoß vorlag oder nicht<sup>89)</sup>; er besteht ferner unabhängig davon, ob ein Gesetzesverstoß vorliegt.

Was die Aufhebbarkeit solcher fehlerhafter Unterlassungsverträge anbelangt, so existieren – soweit ersichtlich – Entscheidungen zu fehlerhaft gewordenen Unterlassungsverträgen. Bei einer Änderung der Gesetzeslage oder der Rechtsprechung muss der Unterlassungsvertrag aus wichtigem Grund gekündigt<sup>90)</sup> werden, möglicherweise hilft auch – bei Aufhebung des Gesetzes – der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB<sup>91)</sup>.

Die kartellrechtliche Seite dieses Problems wurde seit längerer Zeit nicht erörtert, sie ist gleichwohl oder wieder aktuell. Hierzu mehr an anderer Stelle.

Die Rechtsnatur des Unterlassungsvertrages als abstraktes Schuldanerkenntnis bedeutet in Hinblick auf das Durchführungsverbot zusätzlich, dass jenes uneingeschränkt auch dann gilt, wenn der Unterlassungsschuldner entgegen dem vertraglichen Durchführungsverbot gegenüber dem Werbeadressaten zur Erfüllung verpflichtet ist. Dieses prinzipiell nicht auflösbare Dilemma hat allerdings seinen – guten – Grund darin, dass es der Unterlassungsschuldner bei Abschluss des Unterlassungsvertrages versäumt hat, sich vorzubehalten, die Durchführung vorzunehmen, wenn dies geschieht auf Anspruch des Werbeadressaten auf Einhaltung des die Werbung enthaltenden Angebots hin.

### 2.1.2.2 Inhalt des vertraglichen Durchführungsverbotes

Insoweit bestehen keine Besonderheiten zu den vorstehenden Ausführungen zu Ziff. 2.1.1.2: Auch nach Beendigung oder Beseitigung der Werbung dürfen nicht aufgrund des – nunmehr aus dem Unterlassungsvertrag resultierenden – Durchführungsverbots Verkäufe getätigt bzw. Dienstleistungen erbracht werden. Wird der Unterlassungsschuldner insoweit nicht im Sinne einer Einschränkung seiner Unterlassungspflicht aktiv, verwirkt er nicht nur aufgrund neuerlicher Werbung die regelmäßig zusammen mit dem Unterlassungsvertrag vereinbarte Vertragsstrafe. Der Unterlassungsschuldner verwirkt die Vertragsstrafe zusätzlich dadurch, dass er Durchführungshandlungen vornimmt. Darüber hinaus kann auf der Grundlage der vertraglichen Vereinbarung

84) OLG Stuttgart WRP 1992, 813, 814: „Denn den mit dem ‚Aufruf an alle Bürger‘ angekündigten Räumungsverkauf hat die Schuldnerin jedenfalls am 02. und 03.01. so wie angekündigt durchgeführt, weil sie nicht einmal die Plakate mit den Hinweisen auf Einzelstücke zu Supersonderpreisen und auf stark reduzierte Ausstellungsstücke aus den Schaufenstern und aus dem Inneren des Gebäudes entfernt hat.“ OLG Karlsruhe WRP 1996, 445, 446: „Die Anzeige vom 14.07. ... knüpft ... an die vorangegangene (sc: 05.07.) Anzeige an, ... der (zweite) Hinweis ... erhält nur mit Blick auf die vorangegangene Anzeige einen Sinn. Wem die Durchführung ... verboten ist, hat aber besonders Veranlassung der Gefahr der Fortwirkung der vorherigen Werbung bei der neuen Werbung für weitere Verkaufsveranstaltungen zu begegnen ...“. Nach meiner Auffassung war das OLG Karlsruhe auf dem richtigen Weg, als es erkannte, dass der Gesamteindruck einer Anzeige dann nicht allein durch diese bestimmt wird, wenn eine vorübergehende Anzeige im Sinne einer Ergänzung der zweiten Anzeige fortwirkt. Jene begründete bereits die Verletzungshandlung. Die Pflicht des Unterlassungsschuldners zum Tätigwerden setzt, um dem Unterlassungsgebot gerecht zu werden, entgegen der Auffassung des OLG Karlsruhe allerdings nicht voraus, dass ein Verstoß gegen das Durchführungsverbot vorlag. Die selben Bedenken gelten gegen OLG Karlsruhe v. 25. 02. 1995, 6 W 143/98 (LG Karlsruhe).

85) Pfeffer WRP 2000, 423: „Erst recht wird gegen das Durchführungsverbot verstoßen, wenn der Sonderverkäufer durch erneute Werbungen den bisherigen Eindruck ... unterstützt, nunmehr finde eine Sonderveranstaltung statt“. Wenn Kollege Pfeffer zusätzlich die Entscheidung des OLG Hamm WRP 2000, 424 als Beleg für seine eigene Auffassung anführt, so möchte ich dem nicht folgen.

86) BGH WRP 2002, 977 = GRUR 2002, 715 = NJW-RR 2002, 1122 – „Scanner-Werbung“. Zum Verbraucherleitbild allgemein s. u. Fn. 142.

87) Dass die regelmäßig räumlich einheitliche Unterlassungsverpflichtungserklärung zwei Verträge, nämlich den Unterlassungsvertrag und die Vertragsstrafenvereinbarung enthält, ergibt sich bereits aus den unterschiedlichen Regelungen zur Verjährbarkeit dieser Ansprüche. Weitere Ausführungen insoweit in meinem Beitrag GRUR 2003, 114.

88) BGH WRP 1995, 820 = GRUR 1995, 678 = NJW 1995, 2788 – „Kurze Verjährungsfrist“; BGHZ 133, 331 = WRP 1997, 318 = GRUR 1997, 386 = NJW 1997, 1706 – „Altunterwerfung II“; Köhler in: Großkommentar zum UWG, Abschnitt B vor § 13, Rz. 5; Köhler GRUR 1996, 231; Baumbach/Hefermehl, Einleitung UWG, Rz. 272.

89) Auf Zahlung von Vertragsstrafe unter ausdrücklichem Hinweis auf das Fehlen eines gesetzlichen Wettbewerbsverstoßes urteilte das OLG Oldenburg WRP 1993, 128 in Hinblick auf den Satz: „Lieber zu Wilken als zu teuer“.

90) BGHZ 133, 316 = WRP 1997, 312 = GRUR 1997, 382 = NJW 1997, 1702 – „Altunterwerfung I“; BGHZ 133, 331 = WRP 1997, 318 = GRUR 1997, 386 = NJW 1997, 1706 – „Altunterwerfung II“.

91) BGHZ 133, 331 = WRP 1997, 318 – „Altunterwerfung II“.

(Unterlassungsvertrag) erneut Unterlassung verlangt und auf dieser Grundlage durchgesetzt werden. Was Folgehandlungen anbelangt, so bleibt es dabei, dass eine neuerliche Werbung, die nicht gleich oder kerngleich zu der vorausgehenden Werbung ist, aufgrund der räumlichen oder zeitlichen Zusammenhangs möglicherweise einen Verstoß gegen das Werbeverbot beinhaltet unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Teilwerbung. Die Werbung selbst kann allerdings nicht gegen das Durchführungsverbot verstoßen (s. o. Ziff. 2.1.1.2).

### 2.1.3 Auf Titeln beruhende Durchführungsverbote

#### 2.1.3.1 Der Titel als Anspruchsgrundlage

Titel stellen keine Anspruchsgrundlage für die Verpflichtung dar, künftig Handlungen zu unterlassen. Der Titelgläubiger kann – anders als bei Unterlassungsverträgen – nicht aus dem Titel heraus auf Unterlassungsklagen.

Titel stellen allerdings eine Anspruchsgrundlage dar, wenn es um die Verhängung eines Ordnungsmittels wegen Zuwiderhandlung geht. Existiert ein Titel, ist maßgebend für die Bewertung der Zuwiderhandlung nicht der Gesetzesverstoß, sondern der Titelverstoß. Wurde der im Verfügungsverfahren ergangene Titel rechtskräftig, besteht, wenn dessen Aufhebung unter Bezugnahme auf seine ursprüngliche materielle Unrichtigkeit betrieben wird, die Möglichkeit, die Rechtsfrage im Hauptsacheverfahren zu klären<sup>92)</sup>. Dies kann, wenn die Bewertung der Wettbewerbsmaßnahme als zulässig erst durch den BGH geschieht dazu führen, dass das Unterlassungsgebot über mehr als fünf Jahre hinweg tatsächlich beachtet wird<sup>93)</sup>.

#### 2.1.3.2 Inhalt des titulierten Durchführungsverbots

Auch insoweit bestehen keine Besonderheiten zu den Ausführungen oben (Ziff. 2.1.1.2). Auch nach Beendigung oder Beseitigung der Werbung dürfen wegen des – titulierten – Verbots der Durchführungshandlung keine Verkäufe (als Hauptfall von auf die Werbung folgenden Durchführungshandlungen) getätigt bzw. Dienstleistungen erbracht werden, anderenfalls besteht die Gefahr der Verhängung von Ordnungsmitteln.

Was spätere Verletzungshandlungen anbelangt, so bleibt es dabei, dass eine neuerliche Werbung, die nicht mit der vorausgehenden Werbung identisch oder kerngleich ist, aufgrund des räumlichen oder zeitlichen Zusammenhangs möglicherweise einen Verstoß gegen das Werbeverbot beinhaltet, unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Teilwerbung. Die Werbung selbst kann al-

lerdings nicht gegen das Durchführungsverbot verstoßen (s. o. Ziff. 2.1.1.2).

### 2.2 Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 28 EGV und deren Auswirkung auf nationale wettbewerbsrechtliche Durchführungsverbote

Art. 28 EGV (Amsterdam) lautet wie folgt: „Mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung sind unbeschadet der nachstehenden Bestimmungen zwischen den Mitgliedstaaten verboten“.

Nachdem es im Rahmen meiner Fragestellung allein um die Darstellung des Inhalts und der Folgen von im Wettbewerbsrecht wirksamen Durchführungsverboten geht, könnte es mit der wörtlichen Wiedergabe von Art. 28 EGV sein Bewenden haben. Denn der Regelungswortlaut bezieht sich deutlich auf Durchführungshandlungen und nicht auf Werbeaussagen, so dass die Frage nach einem Durchführungsverbot auf der Grundlage des EGV bereits beantwortet ist. Darüber hinaus könnte umso entbehrlicher eine weitere Befassung mit Art. 28 EGV sein, als jene Bestimmung ein Durchführungsverbot regelt, welches gerichtet ist an den Gesetzgeber und nicht an den im geschäftlichen Verkehr handelnden Anbieter.

Dem steht gegenüber, dass der EuGH in der Entscheidung „Hünernmund“<sup>94)</sup> ohne jede weitere Begründung und mit unzutreffender Bezugnahme auf die Entscheidung „Dassonville“<sup>95)</sup> Werbeverbote als Maßnahmen gleicher Wirkung entsprechend mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen bewertet. Entbehrlich ist die Erörterung der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 28 EGV ferner deshalb nicht, weil durch die Gleichsetzung von „Werbung“ und „mengenmäßige Einfuhrbeschränkung“ Werbeverbote zu Durchführungsverboten werden, sobald in Anwendung von Art. 28 EGV die Untersagung der Wettbewerbshandlung aufgrund nationalen Rechts nicht als Verstoß gegen Art. 28 EGV gewertet wird.

Somit ist die Frage aufgeworfen, ob die deutsche an den betreffenden sachlichen Unterschieden ausgerichtete Zweiteilung von Werbung und Durchführungshandlung noch Bestand haben darf. Möglicherweise können aber auch die unterschiedlichen Rechtsauffassungen widerspruchsfrei nebeneinander bestehen bleiben. Die zweite Möglichkeit setzt voraus, dass beide Rechtsauffassungen für sich betrachtet tatsächlich durchführbar, aber auch widerspruchsfrei sind, da sie anderenfalls selbst keinen Bestand haben.

Was die Gleichsetzung von Werbung und Durchführungshandlung durch den EuGH zunächst anbelangt, so betrifft jene zwar die Gleichsetzung verschiedener Sachverhalte. Dies stellt allerdings im Bereich des Rechts keine unrichtige Aussage über die Erfahrungs-

92) Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, 8. Auflage 2002, Kap. 65, Rz. 62.

93) Die am 20. 06. 1991 erstmals zur Kenntnis genommene, auf dem Lieferschein vom 17. 04. 1991 enthaltene Aussage: „Damit Mensch und Natur eine Chance haben“, wurde mit Beschluss des LG Köln v. 12. 07. 1991 verboten. Es folgte eine Verweisung an das LG Saarbrücken, das OLG Saarbrücken bestätigte die Verbotsverfügung des LG Köln mit Urteil vom 04. 03. 1992, WRP 1992, 510. Am Ende des sodann eingeleiteten Hauptsacheverfahrens entschied der BGH mit Urteil v. 05. 12. 1996, dass das hier zitierte Werbebeispiel, zwischenzeitlich (25./26. 07. 1992 bzw. 29. 07. 1992) als Anzeige veröffentlicht, zulässig ist, BGH WRP 1997, 724 = GRUR 1997, 666 = NJW-RR 1997, 1192 – „Umweltfreundliches Reinigungsmittel“ (s. o. Fn. 15 a. E.).

94) EuGH Slg. 1993, I – 6787, Rdn. 18 = WRP 1994, 297, 298 = GRUR 1994, 299, 300 = GRUR Int 1994, 170.

95) EuGH Slg. 1974, 837, Rdnr. 5 = GRUR Int 1974, 467 = NJW 1975, 515; im Rahmen dieser Entscheidung geht es um die Frage, ob die Strafbarkeit von Einfuhrmaßnahmen, die bestimmte nationale Voraussetzungen nicht erfüllten, gegen Art. 30 EGV a. F. (= Art. 28 EGV Amsterdam) verstößt. Von einer Werbemaßnahme war seinerzeit nichts zu sehen. Die Bezugnahme des EuGH auf eine fortlaufende, so nicht vorhandene Rechtsprechung im Rahmen der Entscheidung „Hünernmund“ hatte mich dazu verleitet in WRP 2002, 368, 375 Fn. 63 dem EuGH zu folgen. Dieser Fehler liegt ausschließlich bei mir.

welt dar, denn es geht im Bereich des Rechts hinsichtlich der Rechtsfolgen nicht um richtige Aussagen über die Erfahrungswelt, sondern um die Bewertung von Handlungen. Verschiedene Sachverhalte können daher grundsätzlich gleich bewertet werden.

Der Satz: „Fische sind auch Krebse“ ist falsch. Der im Rahmen einer Regelung betreffend die Jagd, Pflege u.ä. von Tieren vorfindbare Satz: „Fische im Sinne des Gesetzes sind auch Krebse“ ist richtig, da er nur bedeutet, dass sämtliche im Gesetz geregelten Rechtsfolgen nicht nur für Handlungen in Bezug auf Fische, sondern auch in Bezug auf Krebse gelten.

Schwierigkeiten tauchen aber auf, wenn die wertungsmäßige Gleichsetzung tatsächlich nicht durchführbar ist. Schwierigkeiten tauchen ferner auf, wenn die wertungsmäßige Gleichsetzung zu Selbstwidersprüchen führt. Denn wer sich selbst widerspricht, kann nicht erwarten, dass niemand widerspricht. Im Bereich des Rechts führt der Selbstwiderspruch zur Gefährdung der Forderung der Bindung an das Gesetz – als Fortschritt der Neuzeit<sup>96)</sup>.

Nun ist zwar die Gleichsetzung von Werbung und Durchführungshandlung nicht tatsächlich unmöglich, wie die Rechtsprechung des EuGH in Hinblick auf die sogar vor „Hünermund“<sup>97)</sup> ergangene Entscheidung Oosthoek's<sup>98)</sup>, But<sup>99)</sup>, GB-INNO<sup>100)</sup>, Aragonosa<sup>101)</sup> und Yves Rocher GmbH nebst jener dort vorfindbaren Begründung, wonach Werbeverbote geeignet sein können, „das Ausführungsvolumen zu beschränken, weil sie die Absatzmöglichkeiten für eingeführte Erzeugerpreise beeinträchtigen“<sup>102)</sup> und „CMA-Gütezeichen“<sup>103)</sup>, wonach die „Verwendung (sc: des CMA-Gütezeichens) den Absatz der fraglichen Erzeugnisse gegenüber den Erzeugnissen, die davon nicht profitieren, begünstigt oder begünstigen kann (m.w.N.)“, beweist.

Der Satz: „Da sich die Wirtschaftsteilnehmer immer häufiger auf Art. 30 EWG-Vertrag berufen, um jedwede Regelung zu beanstanden, die sich als Beschränkung ihrer geschäftlichen Freiheit auswirkt, auch wenn sie nicht auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten gerichtet ist, hält es der Gerichtshof für notwendig, seine Rechtsprechung auf diesem Gebiet zu überprüfen und klarzustellen“<sup>104)</sup>, beweist aber auch, dass durch die Gleichsetzung tatsächlich ein Klägerverhalten verursacht worden war, dessen Beherrschung der EuGH nicht mehr wie bisher vornehmen wollte oder konnte.

Um diese Schwierigkeit zu lösen, führte das Gericht die Unterscheidung zwischen Vertriebsmodalität und warenbezogener Maßnahme ein, wobei die Gleichsetzung von Werbung und Durchführungshandlung im Grundsatz beibehalten wurde.

Somit gilt: Hätte der EuGH den tatsächlichen Unterschied zwischen Werbung und Durchführungshandlung im Rahmen seiner Anwendung von Art. 28 EGV zugrunde gelegt, wäre es zu solchen Verfahren nicht gekommen, in welchen das Verbot einer nationalen Werbemaßnahme am Maßstab von Art. 28 EGV überprüft worden war. Bekanntestes Beispiel – neben den in Fn. 97 bis 103 genannten – ist die Entscheidung „Mars“<sup>105)</sup>. Gerade das Urteil „Mars“ macht aber deutlich, dass ein Werbeverbot – welches der BGH aller Voraussicht nach nicht ausgesprochen hätte; hier war das LG Köln als Instanzgericht unnötig vorgeprescht<sup>106)</sup> – Absatzmöglichkeiten für die eingeführten Erzeugnisse insoweit beeinträchtigt hätte, als das Umverpacken jeweils notwendig geworden wäre.

Auch wenn der EuGH seine grundsätzliche Gleichsetzung von Werbungs- und Durchführungshandlung nicht aufgegeben hat, so passte er sich tatsächlich durch die Einführung der Unterscheidungen „Vertriebsmodalität“ und „warenbezogene Maßnahme“ weitgehend der Unterscheidung von Werbung und Durchführungshandlung an.

Solches Tun führt nicht zur tatsächlichen Unmöglichkeit. Solches Tun ist ferner deshalb und solange nicht widersprüchlich, als so den Ausnahmefällen Rechnung getragen wird und werden kann, in welchen die Werbung und die Durchführungshandlung ineinander übergehen.

Die deutsche Trennung von Werbung und Durchführungshandlung kann diesem ausnahmsweise ineinander Übergehen dadurch gerecht werden, dass dann bei einem Werbeverbot an das Durchführungsverbot zusätzliche Erfordernisse nicht zu richten sind. Somit gilt: Beide Haltungen sind berechtigt – und müssen durch die jeweils andere Auffassung nicht berichtigt werden.

### 2.3 Zwischenergebnis zu Ziff. 2

Durchführungsverbote ergeben sich aus dem Gesetz (hier § 1 UWG bzw. §§ 3, 7 Abs. 1 d.E. und § 20 Abs. 4 GWB als ausgewählte Beispiele), Vertrag und Verbotstitel. Verstößt die Werbung gegen ein gesetzliches, vertragliches oder sich aus einem Titel ergebendes Werbeverbot, bedeutet dies nicht, dass auch die Durchführungshandlung verbotswidrig erfolgte. Kam es allerdings zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung bzw. erging eine Verbotsentscheidung, ohne dass die besonderen Voraussetzungen für das Unterlassen auch der Durchführungshandlung vorlagen, ist auch eine Verletzungshandlung ohne zusätzliches Vorhandensein besonderer Erfordernisse bei bloßer Durchführungshandlung gegeben. Dies deshalb, weil es für die Frage der Zuwiderhandlung nicht auf den Gesetzesverstoß, sondern auf die Verletzung der vertraglichen Unterlassungspflicht als selbstständiger Anspruchsgrundlage bzw. auf den Titelverstoß als solchen ankommt. Durchführungsverbote erfordern häufig ein aktives Tun zur Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände. Es genügt nicht wie regelmäßig in Hinblick auf die unzulässige Werbung ein bloßes Unterlassen weiterer Verletzungshandlungen.

96) Vgl. mein Beitrag in WRP 2001, 513, 516 nebst Fn. 20 dort.

97) EuGH WRP 1994, 297 (s. o. Fn. 94).

98) EuGH Slg. 1982, 4575.

99) EuGH Slg. 1989, 1235 = GRUR Int 1990, 459.

100) EuGH Slg. 1990, I – 667 = GRUR Int 1990, 955.

101) EuGH Slg. 1991, I – 4151.

102) EuGH WRP 1993, 615 = GRUR 1993, 747 = GRUR Int 1993, 763.

103) EuGH WRP 2002, 1420 = GRUR Int 2002, 1021 = NJW 2002, 3609.

104) EuGH WRP 1994, 99 = GRUR 1994, 296 = GRUR Int 1994, 56 = NJW 1994, 121 „Keck und Mithouard“. Dass diese Bezugnahme unhaltbar ist als Rechtfertigung für eine Rechtsprechungsänderung zu dienen, vgl. meine Ausführungen in WRP 1999, 475, 478 a. E. und WRP 2001, 513, 516 Fn. 26.

105) EuGH WRP 1995, 677 = GRUR 1995, 805 = NJW 1995, 3243.

106) Vgl. meine Ausführungen in WRP 1999, 792, 794 li Sp.

Des Weiteren kann eine Folgewerbung immer nur den Verstoß gegen ein Werbeverbot beinhalten oder nicht beinhalten, nicht aber eine Verletzungshandlung gegen das Durchführungsverbot darstellen. Bei Abweichung der Folgewerbung stellt sich die Frage, ob der räumliche und zeitliche Zusammenhang mit der – verbotenen – Erstwerbung dergestalt war, dass unter Zugrundelegung der situationsbedingten und situationsadäquaten Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Betrachters dieser von einer Fortwirkung der Erstwerbung ausgehen durfte oder nicht. Die selbe Frage ist in Hinblick auf eine nachfolgende Durchführungshandlung aufgeworfen. Eine nachfolgende Teilwerbung oder eine nachfolgende teilweise Durchführungshandlung kann, obwohl für sich betrachtet zulässig, aufgrund des maßgeblichen Gesamteindrucks unzulässig sein.

Eine nachfolgende Teilwerbung oder eine nachfolgende teilweise Durchführungshandlung kann insbesondere, wenn weitere Wettbewerbshandlungen nachfolgen, obwohl für sich betrachtet unzulässig, aufgrund des maßgeblichen Gesamteindrucks zulässig sein. Entscheidungen insoweit existieren – soweit ersichtlich – leider noch nicht.

Was die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 28 EGV anbelangt, so kommt es zwar zu einer Gleichsetzung von „Werbung“ und „Durchführungshandlung“, was deutlich wird anhand der Aussage, wonach auch Werbeverbote zur Beeinträchtigung von Absatzmöglichkeiten führen können. Durch die Einführung der Unterscheidung „Vertriebsmodalität“ und „warenbezogene Maßnahme“ findet tatsächlich aber eine starke Annäherung an die Unterscheidung von „Werbung“ und „Durchführungshandlung“ statt, im Übrigen kann die deutsche Rechtsauffassung problemlos neben der des EuGH bestehen – und umgekehrt.

Mit der aus dem deutschen, wettbewerbsrechtlichen Durchführungsverbot häufig folgenden Pflicht zum Tätigwerden ist – noch – nichts darüber gesagt, ob vertragliche Ansprüche entgegen dem Durchführungsverbot wirksam begründet werden können ferner, welche Sanktionen sich als Folge der Verwirklichung eines vertraglichen Erfüllungsanspruchs einstellen können.

### 3. Wirksamkeit des Vertrages bei entgegengesetztem wettbewerbsrechtlichen Durchführungsverbot

Mit dem Zustandekommen eines Vertrages, der auf übereinstimmenden Willenserklärungen beruht und als Beginn auf ein in der Werbung verlautbartes Angebot verweist, ist nichts darüber gesagt, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang dieser Vertrag unwirksam ist aufgrund gesetzlicher Hindernisse, welche Voraussetzungen betreffen, die außerhalb des Vertragsschlusses selbst liegen. Mit dem Zustandekommen des Vertrages, der auf übereinstimmenden Willenserklärungen beruht und als Beginn auf ein in der Werbung verlautbartes Angebot verweist, ist ferner noch nichts darüber gesagt, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang dieser Vertrag Einwendungen ausgesetzt ist, die den vertraglichen Anspruch hemmen.

Weil das hier gegenständliche wettbewerbsrechtliche Durchführungsverbot nicht danach unterschieden wird,

ob der Vertrag durch ein Angebot des Kunden oder durch ein Angebot des werbenden Gewerbetreibenden auf den Weg gebracht wurde, werden in Hinblick auf beide Möglichkeiten die Auswirkungen dieses Durchführungsverbots erörtert. Den Schwerpunkt der Ausführungen bildet die Darstellung der Zusammenhänge zwischen wettbewerbsrechtlichem Durchführungsverbot und aufgrund Antrags des werbenden Unternehmers begonnenen Vertrages (= Ziff. 3.2).

#### 3.1. Wirksamkeit des Vertrages, der auf einem der Werbung nachfolgenden Angebot fußt und dessen Erfüllung mit dem zugleich vorhandenen wettbewerbsrechtlichen Durchführungsverbot konkurriert

Ist bei der Abgabe eines Vertragsangebots durch den Kunden und der Annahme des Angebots durch den Waren- oder Dienstleistungsanbieter die Werbung bedeutsam, folgt das durch den Kunden verlautbarte Vertragsabschlussangebot regelmäßig der Werbung nach. Sind Werbung sowie wettbewerbsrechtliche Durchführungshandlung unzulässig und wird im Anschluss an diese Wettbewerbshandlungen ein Vertrag geschlossen, ist der Vertrag nicht automatisch unwirksam, maßgebend sind vielmehr die bekannten Berichtigungsmöglichkeiten gem. § 134 BGB, § 138 BGB, gegebenenfalls ist die Berufung auf den Vertragsschluss treuwidrig gem. § 242 BGB. Die Wirksamkeit des Vertragsschlusses ist also unabhängig davon zu hinterfragen, ob der Vertragsschluss wegen eines bereits vorhandenen Unterlassungstitels oder eines strafbewehrten Unterlassungsvertrages eine Sanktion auslöst oder nicht.

Ein Beispiel für diese dreifach mögliche Unzulässigkeit, welche jeweils auf unterschiedliche Gründe verweist, bieten Sachverhalte im Zusammenhang mit Adressbuchschwindlern: durch das rechnungsähnlich aufgemachte Angebotsformular wird der Empfänger darüber getäuscht, dass es sich nicht um eine Rechnung der Telekom im Rahmen einer bestehenden Geschäftsbeziehung handelt. Die Werbung ist also irreführend i.S.d. § 3 UWG bzw. i.S.d. von § 5 Abs. 2 d.E. – und wegen des vorhandenen Vorsatzes täuschend und daher zugleich unzulässig i.S.d. § 1 UWG bzw. des § 3. d.E. Auch die Durchführungshandlung, die Verknüpfung der Werbung mit dem Angebot unter Aufrechterhaltung des täuschenden Eindrucks und dem Bestätigen eines angeblich wirksamen Vertragsschlusses, welches nicht selten in eine planmäßige Beitreibungshandlung einmündet, ist wettbewerbswidrig. Und drittens ist der Vertragsschluss selbst unzulässig, was dadurch deutlich wird, dass viele Gerichte das Vorhandensein übereinstimmender<sup>107)</sup> Willenserklärungen verneinen. Unterstellt man das Vorhandensein übereinstimmender Willenserklärungen, ist der Vertrag aufgrund Täuschung, die im strafrechtlichen Sinn Betrug<sup>108)</sup> darstellt, gem. § 123 BGB anfechtbar<sup>109)</sup> und schließlich kann bei Bejahung eines Vertragsschlusses – ohne Rücksichtnahme auf Fristen – Rückgängigmachung des Vertrages gem. den §§ 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 und Abs. 3, 280 Abs. 1 BGB aus Haftung für Inanspruchnahme aus Vertrauen geltend gemacht werden, sofern die weite Verbreitung des

107) Vgl. die Nachweise hierzu in meinem Beitrag WRP 1998, 584, 591 Fn. 28.

108) BGH NJW 2001, 2187.

109) Mein Beitrag WRP 1998, 584, 591 Fn. 29.

Adressbuchs Beweggrund für die Annahme des Vertragsangebotes war<sup>110</sup>).

Geht man vom Regelfall aus, ist allerdings die wettbewerbsrechtliche Unzulässigkeit von Werbeaussagen ebenso häufig wie die zivilrechtliche Wirksamkeit von Verträgen, die auf jene Werbeaussagen folgen. M. a. W., die zivilrechtliche Unwirksamkeit von Verträgen steht in einem gewissen Gegensatz zur Wettbewerbswidrigkeit von Anzeigen. Solches hat seinen Grund zum einen darin, dass es bislang nur ausnahmsweise Entscheidungen<sup>111</sup> gibt, nach denen eine Bestimmung des UWG Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB ist. Es spricht viel für die Annahme, dass es hierbei bleibt<sup>112</sup>). Gleichmaßen ist es aber nicht ausgeschlossen, dass in einzelnen, besonderen Fällen eine Verletzung von § 1 UWG bzw. des § 3 d.E. zugleich als Verbot über § 134 BGB wirkt. Soweit nicht auf das UWG, sondern ein Verbotsgesetz abgestellt wird, dessen Verletzung zu einem Wettbewerbsverstoß i.S.d. § 1 UWG bzw. des § 3 d.E. unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch führt, ist die aus der Verletzung des Verbotsgesetzes (z. B. Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit) folgende, über § 134 BGB begründete Vertragsnichtigkeit möglich – und gleichfalls selten.

Was zum zweiten eine – mögliche – Nichtigkeit des Vertrages wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB<sup>113</sup>) anbelangt, sind entsprechende Konstellationen gleichfalls höchst selten<sup>114</sup>). Hinzutreten müssen ganz besondere Umstände, welche die Verwirklichung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit quasi ausschließen bzw. zu einem krassen Missverhältnis zwischen Durchführungshandlung und verlangtem Entgelt führen. Dass derartige Fälle vorliegen, ist wiederum höchst selten<sup>115</sup>). Und schließlich ist auch der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB als Folge der unzulässigen Wettbewerbshandlung kaum von Bedeutung.

Wenn mithin festzustellen ist, dass trotz eines wettbewerbsrechtlichen Durchführungsverbots Verträge, die im Anschluss an den Wettbewerbsverstoß geschlossen wurden, weitgehend wirksam sind, so ist gleichermaßen richtig, dass die Tatsache keine Auswirkungen auf die hier interessierende Fragestellung, die Einschränkung des wettbewerbsrechtlichen Durchführungsverbot vermittels Erfüllungsanspruchs, hat. Wurde vom Werbungtreibenden die strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben oder ist er Adressat eines – vollstreckbaren – Unterlassungstitels geworden, wird er davon absehen, ein auf die Werbung hin verlaubliches Angebot des Kunden anzunehmen. Das Problem des Vertragsanspruchs contra Wettbewerbsverstoß stellt sich hier also tatsächlich kaum.

### **3.2 Wirksamkeit des Vertrages, der auf einem in der Werbung zugleich enthaltenen Vertragsangebot fußt und dessen Erfüllung mit dem zugleich vorhandenen wettbewerbsrechtlichen Durchführungsverbot konkurriert**

Werbung kann – in Ausnahmefällen s. o. Ziff. 1.2.5 – ein Vertragsangebot enthalten, welches bei Annahme des Vertragsangebots durch den Werbeadressaten zu einem Vertragsschluss führt. Hierdurch werden – wie schon zuvor s. o. Ziff. 3.1 – zwei Fragen aufgeworfen. 1: Ist der Vertrag wirksam, wenn die Durchführungshandlung wettbewerbswidrig ist? 2: Verstößt der Unterlassungsschuldner gegen eine gesetzliche oder eine titulierte oder eine vertragliche Unterlassungspflicht, wenn er entgegen einer der genannten Verpflichtungen nach Annahme des Vertragsangebots durch den Werbeadressaten den wirksamen oder unwirksamen Vertrag erfüllt? Keine Frage ist, ob die Wettbewerbswidrigkeit der Durchführungshandlung zwar ohne Einfluss auf die Wirksamkeit des Vertragsschlusses bleibt, gleichwohl zu einer Unwirksamkeit der Erfüllungshandlung (z. B. Übereignung) führt. Dies deshalb, weil es nicht Funktion des Wettbewerbsrechts ist, Vertragsschlüsse nach Bewertung ihres Erlaubtseins in Hinblick auf die Durchführung zu verhindern.

#### **3.2.1 Vertragswirksamkeit und kartellrechtliches Durchführungsverbot gem. § 20 Abs. 4 GWB**

Heißt es in einer Zeitungswerbung: „Nur – Billig – Köhner – Markt räumt auf: Bei Vorlage dieser Anzeige erhalten Sie persönlich heute und in den nächsten drei Tagen auf alle Schlammschlumm-Fernsehergeräte einen Nachlass von 95 %, darauf haben Sie einen Anspruch!“, und unterschreitet der in Entsprechung mit der Anzeige geforderte Preis den Einstandspreis, liegt bei Bejahung der Voraussetzungen des § 20 Abs. 4 GWB im Übrigen für den Fall der Durchführung des Angebots eine kartellrechtswidrige Verkaufsaktion vor. Zivilrechtlich stellen sich drei Fragen:

1. Liegen bereits mit Vorlage der Anzeige und Aufforderung an das Verkaufspersonal auf Beibringung des erworbenen Fernsehgerätes bzw. bei Selbstbedienung nebst gleichzeitiger Vorlage von Anzeige und Fernsehgerät an der Kasse übereinstimmende Willenserklärungen vor?
2. Steht dem Entstehen eines vertraglichen Anspruchs trotz übereinstimmender Willenserklärungen ein gesetzlicher Hinderungsgrund gem. den §§ 134, 138 BGB entgegen, evtl. gar über § 1 UWG bzw. über § 3 d.E.?
3. Ist trotz Entstehens eines vertraglichen Anspruchs unter Einschluss der Preisherabsetzung ein entsprechendes Verlangen des Verkäufers einredebehaftet gem. § 242 BGB?

Zur ersten Frage: Was die Gutscheinswerbung anbelangt, so spricht gegen ein in der Werbung gleichzeitig vorhandenes Angebot nicht, dass hinsichtlich der einzelnen Kaufsache und hinsichtlich des Kaufpreises als wesentlichen Vertragsbestandteilen (*essentialia negotii*) keine Kenntnis besteht. Denn die gegenständliche Auswahl des Fernsehgerätes ist dem Kunden überlassen und der Preis ist so niedrig, dass ihn der Kunde im Fall seines Tätigwerdens jedenfalls annehmen wird.

110) BGH NJW 1998, 302, 303; BGH NJW 1998, 898.

111) z. B. BGH GRUR 1978, 311 = NJW 1978, 1525 „BSW III“.

112) A. A. *Lehmann*, Vertragsangebot durch Werbung 1981, 148.

113) Ebenso *Lehmann*, Vertragsanbahnung, 153 bis 162.

114) z. B. BGH NJW 2003, 283; BVerfG NVwZ 2001, 65; BGHZ 80, 153, 160 f.

115) AG Langenfeld NJW-RR 1999, 1354 betreffend Notreparaturen am Wochenende. Die Schlussfolgerung von einem wucherähnlichen Rechtsgeschäft gem. § 138 Abs. 1 BGB hin zur Verletzung von § 1 UWG tätigt OLG Frankfurt GRUR-RR 2001, 166.

Beide Parteien haben für den Fall der Vorlage der Anzeige und dem Begehren auf Herausgabe des Gerätes bzw. dessen Präsentation an der Kasse auf die Klärung weiterer Einzelheiten verzichtet. Und schützenswerte Interessen Dritter etwa in sachen-rechtlicher Hinsicht sind nicht berührt.

Zur zweiten Frage: Nachdem Angebot und Annahme dieses Angebots vorhanden sind, mithin Einigungsmängel nicht vorliegen, kommen als Unwirksamkeitsgründe nur die §§ 134 und 138 BGB in Betracht. Es stellt sich somit die Frage, ob die Vertragsnichtigkeit Ergebnis der Anwendung von § 134 BGB ist, weil § 20 Abs. 4 GWB ein Schutzgesetz insoweit ist. Der BGH hat – soweit ersichtlich – zu dieser Frage noch nicht Stellung genommen. Somit ist zu prüfen, ob das gesetzliche Verbot gem. § 20 Abs. 4 GWB sich gegen die Vornahme gerade dieses Rechtsgeschäfts richtet und beide Parteien als Verbotsadressaten anspricht<sup>116)</sup>. Das Verbot des Verkaufs unter Einstandspreis gem. § 20 Abs. 4 GWB bezweckt<sup>117)</sup> nur solche Preisbildungen zuzulassen, die es ermöglichen, dass die durch § 20 Abs. 4 GWB geschützten Mitbewerber Konkurrenzpreise verlangen, welche es erlauben, zumindest auf die eigenen Kosten kommen zu können<sup>118)</sup>.

Dieses Ergebnis steht in Übereinstimmung mit der Werbung, wonach die Vereinbarung eines – ehemals – rabattrechtlich unzulässigen Preisnachlasses nicht nichtig gem. § 134 BGB ist<sup>119)</sup>.

Was die Vertragsnichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB anbelangt, so sind Anhaltspunkte dafür, dass ein Anspruch auf Preisherabsetzung bzw. die Erfüllung dieses Anspruchs gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, nicht ersichtlich. Dies auch und gerade vor dem Hintergrund der Tatsache, dass es bereits an einer wettbewerbsrechtlichen Sittenwidrigkeit fehlt, § 20 Abs. 4 GWB zählt – ersichtlich – nicht zum Lauterkeitsrecht. Wenn mithin die wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeit bereits fehlt, dürfte es ausgeschlossen sein, dass der Vertrag gem. § 138 BGB ohne hinzutreten besonderer Umstände bei bloßer Verwirklichung der Wettbewerbshandlung sittenwidrig ist.

Nach Auffassung RG ist § 138 Abs. 1 BGB ferner dann verletzt, wenn beide Parteien gegen ein weiteres Gesetz (seinerzeit: Verbot des Kettenhandels) verstießen: „Jedenfalls würde ... infolge des bei dem Vertragsschluss vorhandenen Bewusstseins des Beklagten, den Kläger bei der von ihm beabsichtigten Gesetzesverletzung zu

unterstützen, das ganze Kaufgeschäft gegen die guten Sitten verstoßen und, wenn nicht schon nach § 134 BGB, so doch nach § 138 BGB da selbst der Rechtswirksamkeit entbehren“<sup>120)</sup>.

Hiergegen steht, dass es etwas überrascht, wenn das, was schon nach § 134 BGB nicht nichtig ist, zumindest über § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein muss. M. a. W., wenn ein Vertrag sittenwidrig ist, müssen hierzu die besonderen Merkmale herausgearbeitet werden. Ein pauschaler Verweis wie hier („wenn nicht schon nach § 134 BGB, so doch nach § 138 Abs. 1 BGB ...“) genügt nicht. Die Argumentation des RG legt den Verdacht nahe, dass derjenige, welcher Lücken im System entdeckt, nicht ungehört davon kommen darf.

Was schließlich eine Vertragsnichtigkeit über § 1 UWG bzw. über § 3 d.E. i. V. m. § 20 Abs. 4 GWB anbelangen könnte, so bestehen bereits Bedenken, über § 1 UWG bzw. über § 3 d.E. mittels der Fallgruppe des Vorsprungs durch Rechtsbruch Vertragsnichtigkeit begründen zu können. Dies steht in Übereinstimmung mit den vorstehend zu Ziff. 3.1 anderweitig dargelegten Begründungsweisen, wonach es nicht möglich ist, über § 1 UWG bzw. über § 3 d.E. in Teilbereiche des Vertrages einzudringen. Darüber hinaus ist es über § 1 UWG bzw. über § 3 d.E. nicht möglich, die bereits eingetretene und in zivilrechtlicher Hinsicht verfestigte Störungfolgen rückgängig zu machen<sup>121)</sup>.

Zur dritten Frage: Verallgemeinerte man die Entscheidung „Werbeagent“<sup>122)</sup>, stünde dem Anspruch des letzten Verbrauchers auf Einhaltung der gegen § 20 Abs. 4 GWB verstoßenden Preisvereinbarung der Einwand unzulässiger Rechtsausübung gem. § 242 BGB entgegen, wenn dieser Letztverbraucher weiß, dass er durch sein Begehren seinen Vertragspartner zu einem unzulässigen Gewähren eines Preisnachlasses zwingt. Der hier thematisierte Einwand der unzulässigen Rechtsausübung ist allerdings nicht überzeugend. Besteht ein vertraglicher Anspruch, sollte dieser nicht mit Erwägungen zum Wettbewerbsrecht oder Kartellrecht beseitigt oder gehemmt werden. Zivilrechtliche Ergebnisse benötigen keine Ergebniskorrektur über das Wettbewerbs- oder Kartellrecht, dafür sind die Aufgaben der Regelungskreise zu verschieden. Wenn schließlich das RG<sup>123)</sup> soweit ging, den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB auch bei Gutgläubigkeit eines Vertragsteils anzuerkennen, wird das Nichtgewähren wollen von Vorteilen, resultierend aus dem Verhältnis von Wettbewerbs- und Zivilrecht, überdeutlich. Absichten ohne überzeugende, aus dem Gesetz ableitbare Begründungen, rechtfertigen rechtliche Standpunkte allerdings nicht.

### 3.2.2 Vertragswirksamkeit und wettbewerbsrechtliches Durchführungsverbot gem. § 1 UWG bzw. gem. §§ 3, 7 Abs. 1 d.E.

Als Fallgruppen zur Vergegenständlichung der „Sittenwidrigkeit“ einer Wettbewerbshandlung kommen in Betracht:

116) BGH NJW 2002, 3015 m. w. N. in Hinblick auf § 6 Abs. 1 WoVermittG; wortgleich BGH NJW 2001, 818 nebst anderweitiger w. N. im Hinblick auf § 3 Abs. 2 MaBV.

117) Die Frage nach dem Zweck eines Gesetzes ist verfehlt. Ein Gesetz bezweckt für sich betrachtet nichts will heißen, das Gesetz ist Werkzeug des Menschen. Von dessen Bewertung hängt es ab, mit welcher Zwecksetzung ein Gesetz angewendet wird oder nicht. Nicht verfehlt ist dem gegenüber der Satz, dass das Gesetz klüger ist als der Gesetzgeber (Radbruch). Ist das Gesetz aus der Hand des Gesetzgebers entlassen, entfaltet es insoweit eine eigene Wirksamkeit, als die Zwecksetzung sich ändern, vervollständigen kann, so dass Fälle regelbar werden, an die der Gesetzgeber nicht gedacht hat. Die vor allem im Kunstwerk sich offenbarende Übersteigerung der Endlichkeit des menschlichen Schöpfers wird aber erneut nicht durch das Gesetz oder augenfälliger durch das Kunstwerk geleistet, sondern durch die Vorstellungs- und Wahrnehmungskraft der Menschen in ihrem Rückbezug und Austausch auf Gott und die Welt.

118) Allgemein zum Zweck von § 20 Abs. 4 GWB, Markert, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Auflage 2001, § 20 Rz 278 f.

119) BGH WRP 1994, 169 = GRUR 1994, 527 = NJW 1994, 728 – „Werbeagent“, s. u. Fn. 148.

120) RGZ 106, 316, 317.

121) OLG Stuttgart NJWE-WettBR 1998, 40.

122) BGH WRP 1994, 169 – „Werbeagent“ (s. o. Fn. 119).

123) RGZ 106, 316, 318.

- unlautere Beeinflussung der Abnehmer (z. B. Kundentäuschung);
- Beeinträchtigung der Mitbewerber (z. B. Behinderung eines bestimmten Mitbewerbers oder allgemeine Marktbehinderung);
- Wettbewerbsrechtlicher Leistungsschutz (ein Dritter verwertet ein Ergebnis, welches noch nicht Schutz nach dem UrheberG, dem PatentG oder vergleichbaren Vorschriften genießt, wobei zusätzlich der Verkehr über die wahre Herkunft der Ware oder Leistung getäuscht wird);
- Vorsprung durch Rechtsbruch (durch den Verstoß gegen eine sonstige Vorschrift verschafft sich der Wettbewerber einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern und verstößt somit zugleich gegen § 1 UWG).

§ 4 d.E. enthält in 12 Ziffern Regelbeispiele, in denen unlautere Wettbewerbshandlungen gem. § 3 d.E. vergegenständlicht und beschrieben werden.

Nachdem es hier Ziel ist zu ergründen, ob der bereits in der Werbung begründete vertragliche Anspruch unwirksam und gegebenenfalls für den Werbenden sanktionslos (s. u. Ziff. 4) durchsetzbar ist, scheiden im Rahmen des aus § 1 UWG bzw. aus den §§ 3, 7 Abs. 1 d.E. folgenden Durchführungsverbot nicht nur die Fallgruppen 2 und 3, sondern auch die Fallgruppe 1 aus. Der Vertragspartner wird kein Interesse haben, seinen im Zusammenhang mit Kundentäuschung entstandenen Anspruch gegen das wettbewerbsrechtliche Durchführungsverbot durchzusetzen (s. o. Ziff. 2.1.1).

Wettbewerbsverstöße, die für den Verbraucher vorteilhaft sind, finden sich – etwas an der Wirklichkeit vorbeigehend – unmittelbar in keiner der 12 Regelbeispiele des § 4 d.E. Ein wettbewerbswidriger Vorteil zugunsten des Verbrauchers kann vorliegen im Rahmen des § 4 Ziff. 10 (vermeidbare Herkunftstäuschung; Beeinträchtigung der Wertschätzung nachgeahmter Waren oder Dienstleistungen; unredliche Kenntniserlangung für die Nachahmung) und von § 4 Ziff. 12 (Verstoß gegen gesetzliche Marktzutrittsregeln).

Was die Fallgruppe „Vorsprung durch Rechtsbruch“ anbelangt, wird anhand von Beispielen im Nachfolgenden untersucht, ob und gegebenenfalls welche besonderen Umstände die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit von Verträgen, veranlasst durch eine auf dem Vorsprungsgedanken beruhende Handlung, ergeben.

### 3.2.2.1 Verletzungen des AMG/HWG/LMBG, wettbewerbsrechtliches Durchführungsverbot und Vertragswirksamkeit

Heißt es: „Wawa hilft der Potenz rein pflanzlich auf die Sprünge ... klingt interessant und nach einer Liebespille wie ‚Viagra‘. Stimmt! Nur eben biologisch“, so ist zunächst zu entscheiden, ob ein Arzneimittel i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 5 AMG oder ein Lebensmittel i.S.d. § 2 Abs. 1 der EG-VO 178/2002 bzw. gem. § 1 Abs. 1 LMBG erworben wird.

Ohne darüber zu befinden, ob tatsächlich im Regelfall jedes Erzeugnis als Lebensmittel anzusehen ist es sei denn, besondere Voraussetzungen ergeben die Pflicht

zu dessen Einordnung als Arzneimittel<sup>124)</sup> (herkömmlicherweise wird eine derartige Frage nach Rangordnungsgesichtspunkten entsprechend dem Stufenbau der Rechtsordnung oder – bei Gleichordnung – aufgrund zeitlicher Reihenfolge entschieden<sup>125)</sup>) oder ob aufgrund des Vorrangs des Arzneimittelbegriffs im Europäischen Recht von Letzterem ausgegangen werden muss<sup>126)</sup>, scheint zunächst erforderlich die Klärung zu sein, ob zur Festlegung und Veranschaulichung des Lebensmittelbegriffs maßgeblich § 1 Abs. 1 LMBG oder Art. 2 der EG-VO ist. Denn nach der einen Auffassung ist an die deutsche, von Maßstäben des Europäischen Rechts geprägte, Definition des Lebensmittels i.S.d. § 1 LMBG auszugehen<sup>127)</sup>, nach anderer Auffassung gilt Art. 2 der EG-VO unmittelbar<sup>128)</sup>.

Gem. Art. 2 Abs. 1 der EG-VO „sind ‚Lebensmittel‘, alle Stoffe oder Erzeugnisse, die dazu bestimmt sind oder von denen nach vernünftigem Ermessen erwartet werden kann, dass sie in verarbeitetem, teilweise verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand von Menschen aufgenommen werden“.

Gem. § 1 Abs. 1 LMBG sind Lebensmittel Stoffe, die nach ihrer Zweckbestimmung aus Gründen der Ernährung und/oder des Genusses verzehrt werden. Nach § 2 Abs. 1 AMG sind Arzneimittel u. a. Stoffe, die dazu bestimmt sind, durch Anwendung im menschlichen Körper Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden zu heilen, zu lindern oder zu verhüten.

Vergleicht man die Begriffsbestimmung betreffend „Lebensmittel“ einerseits und die Begriffsbestimmung „Arzneimittel“ andererseits, wird das jeweilige Gewicht der Zweckbestimmung deutlich. Jene hat vor dem Hintergrund der situationsbedingten und situationsadäquaten Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Betrachters an objektive Merkmale anzuknüpfen, mithin „an eine schon bestehende Auffassung über den Zweck vergleichbarer Mittel und ihre Anwendung ...“, die wiederum davon abhängt, welche Verwendungsmöglichkeiten solche Mittel ihrer Art nach haben. Die Vorstellung der Verbraucher von der Zweckbestimmung des Produkts kann weiter durch die Auffassung der ... Wissenschaft beeinflusst sein, ebenso durch die ... beigefügten Indikationshinweise ... sowie die Aufmachung ...“<sup>129)</sup>.

Nachdem für den Arzneimittelbegriff die Zweckbestimmung entscheidend ist, diese Zweckbestimmung durch die objektiven Verwendungsmöglichkeiten einerseits aber auch durch die Verbrauchervorstellung etwa aufgrund Werbung andererseits eingegrenzt wird (wobei

124) A.H. Meyer, WRP 2002, 1205, 1206.

125) Ferdinand Kirchhof, Private Normsetzung, 1987, 492.

126) Köhler, GRUR 2002, 844, 852.

127) Köhler, GRUR 2002, 844, 851.

128) A.H. Meyer, WRP 2002, 1205, 1206.

129) BGH WRP 2002, 1141, 1145 = GRUR 2002, 910 = NJW 2002, 3469 – „Muskelauflösungspräparate“; Meyer, WRP 2002, 1205 meint in seiner Besprechung dieser Entscheidung bereits in der Überschrift dem BGH „Irrungen und Wirrungen“ vorhalten zu müssen. Im Fließtext spricht er von „abrupter, nicht nachvollziehbarer Kehrtwendung“, von „untunlicher Vermischung“ (dreifach), der BGH würde „verkennen“ (dreifach), der BGH habe das Problem der Auslegung der Definition des Begriffs des Lebensmittels im Kontext der VO-EG „gar nicht gesehen“, der BGH verwende das „schwammige Leitmotiv der pharmakologischen Wirkung“. Ob diese Ausgeglichenheit in der Sprache sich auch in der Gedankenführung findet und daher den Schluss-Satz rechtfertigt, man möge als Mandant zu A.H. Meyer wechseln, kann der geeignete Leser selbst beurteilen.

die durch die Werbung bestimmte Verbrauchervorstellung ihrerseits zusätzlich durch die objektiven Verwendungsmöglichkeiten bestimmt ist<sup>130)</sup>, liegt es nicht fern festzustellen, dass Arzneimittel aufgrund ihrer Wirkungsweise (Funktionsarzneimittel) aber auch aufgrund ihrer Bezeichnung (Präsentationsarzneimittel) vorhanden sein können<sup>131)</sup>.

Für unseren Zusammenhang bedeutet dies: wenn das Vorhandensein eines bestimmten Gegenstandes (hier: Arzneimittel oder Lebensmittel) durch die Art und Weise seiner Präsentation (z. B. Begleitschreiben; Werbung) festgelegt werden kann, erstreckt sich bei entsprechender Festlegung das Verbot einer ganz bestimmten Präsentation auch auf die Weitergabe (z. B. Verkauf) des mit dieser Präsentation zusammenhängenden Gegenstandes. Dass solches nicht grundsätzlich das Zusammenfallen von Werbung und Durchführungshandlung bedeutet, zeigt sich daran, dass das Mittel bei Unzulässigkeit der betreffenden Werbung nicht schlechthin aus dem Verkehr zu ziehen ist. Dies bedeutet zusätzlich, dass etwa bei Werbeaussagen Dritter, die den Gesamteindruck der Werbung für und damit in diesem Zusammenhang das Vorhandensein eines Arzneimittels ergeben, der Verkauf dieses Mittels nur in dem Zusammenhang mit dieser Äußerung unzulässig ist. Diese Deutung dürfte in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH<sup>132)</sup> stehen. Wenn dem gegenüber für die Frage des Vorhandenseins eines Arzneimittels darauf abgestellt wird, ob die Information vom Hersteller stammt und damit (?) dem Mittel anhaftet (Präsentationsarzneimittel bei Vorhandensein der Voraussetzungen im Übrigen) oder ob die Informationen getrennt vom Mittel, etwa gar von dritten Personen (z. B. Verkäufer) stammen (kein Präsentationsarzneimittel; Anwendbarkeit des LMBG), wird der selbst vorausgesetzte Begriff des Präsentationsarzneimittels in Frage gestellt. M. a. W., das insoweit notwendige Verbot des Verkaufs betrifft die anderen Formen des Verkaufs nicht, so dass die Begründung, durch die Anwendung des LMBG bei Äußerungen Dritter werde vermieden<sup>133)</sup>, das Produkt nur wegen dieser Werbung aus dem Verkehr zu ziehen, gemeint als allgemeines Durchführungsverbot, nach meiner Auffassung nicht trägt. Deutlich wird also auch hier, dass selbst bei einem Präsentationsarzneimittel die Voraussetzungen des Durchführungsverbots genau geprüft sein und vorliegen müssen.

Wendet man die Grundsätze des BGH ausgehend von der objektiven und vom Anbieter stammenden subjektiven Zweckbestimmung betreffend das jeweilige Mittel auf das o. g. Werbebeispiel an, so ist davon auszugehen, dass ein Arzneimittel beworben wird. Denn nach den Verzehrangaben geht es nicht mehr um den Ausgleich der durch Körperanstrengungen verbrauchten Nährstoffe und Stoffwechselprodukte, sondern allein um die

pharmakologische Manipulation des Stoffwechsels zur sexuellen Leistungssteigerung. Dies ergibt auch der Vergleich mit der – bekanntermaßen – verschreibungspflichtigen Liebespille Viagra.

Die Werbung für dieses aufgrund der Werbung vorhandene Arzneimittel und der Verkauf des nur auf diese Weise beworbenen und daher nur auf diese Weise vorhandenen Arzneimittels verstößt bei fehlender Zulassung gem. § 21 AMG gegen § 3 a HWG. Nochmals: Das Werbeverbot gem. § 3 a HWG führt vermittels der Feststellung des Gegenstands aufgrund der Werbeaussage, begründet in dem Begriff des Funktionszusammenhangs, ausnahmsweise zu einem Durchführungsverbot. Dieses Durchführungsverbot wird über § 1 UWG bzw. über § 3 d.E. in diesem – werblichen – Umfang (z. B. dem betreffenden Zusammenhang mit den Äußerungen des Verkäufers) unter dem Gedanken des Vorsprungs durch Rechtsbruch Rechnung getragen<sup>134)</sup>. Darüber hinaus ergibt sich das Durchführungsverbot gem. § 1 UWG bzw. gem. § 3 d.E. aus der Verletzung der Verschreibungspflicht gem. § 48 Abs. 1 S. 1 AMG i. V. m. § 95 Abs. 1 Ziff. 6 AMG.

Hatte es in der Werbung zusätzlich geheißt:

„Bei Vorlage dieser Anzeige erhalten Sie garantiert ‚Wawa‘ zum Vorzugspreis von € 49,00 gegen cash überreicht“<sup>135)</sup>, ist in der Werbung zugleich ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages enthalten.

Wendet auf die Annahmeerklärung bzw. -handlung des Werbeadressaten der Anbieter ein, er sei mit der Forderung auf Unterlassung der Werbung und der Unterlassung des Verkaufs von „Wawa“ konfrontiert, so gilt zunächst, dass mit Überreichung der Anzeige zum Zweck des Erhalts von „Wawa“ gegen Entgelt übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen. Das in der Werbung enthaltene Angebot war hinreichend bestimmt, der Rechtsbindungswille ergibt sich aus dem unbedingten Einstehenwollen für den Erfolg der Erklärung („erhalten Sie garantiert“), das Tunwort („erhalten Sie“) verweist auf die Gegenwart als Zeitform.

Was eine mögliche Vertragsnichtigkeit anbelangt, so könnte eingewandt werden, der wettbewerbsrechtlichen Sittenwidrigkeit laufe zugleich eine zivilrechtliche Sittenwidrigkeit des Vertrages gem. § 138 Abs. 1 BGB einher.

Dem ist allerdings nicht so. Liegt Sittenwidrigkeit i.S.d. § 1 UWG bzw. i.S.d. § 3 d.E. aufgrund Vorsprungs durch Rechtsbruch vor, folgt hieraus nicht zugleich, dass ein als Folge der sittenwidrigen Wettbewerbshandlung zustande gekommener Vertrag gleichfalls gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig ist unabhängig davon, ob die sittenwidrige Wettbewerbshandlung ein Angebot i.S.d. § 145 BGB beinhaltet oder nicht. Die unterschiedlichen Voraussetzungen gelten sowohl in Hinblick auf den Vertragsschluss selbst als auch bezüglich der Durchführungshandlung, der so genannten Fruchtziehung.

„Der unbestimmte Begriff der guten Sitten in § 138 Abs. 1 BGB stimmt nicht mit dem Begriff der guten Sitten i.S.d. § 1 UWG überein. (L. S.) ... Eine Wertung nach

130) *Meisterernst*, GRUR 2001, 111, 114 unterscheidet anhand der Rechtsprechung des EuGH in Hinblick auf die Praxis der Verbrauchervorstellung danach, ob das Mittel als Mittel zur Heilung oder Verhütung von Krankheiten bezeichnet wird, ob der Eindruck eines Arzneimittels schlüssig, aber mit Gewissheit erweckt wird (Arzneimittel) oder ob dies nicht der Fall ist (kein Arzneimittel).

131) Eingehend hierzu *Meisterernst*, GRUR 2001, 111, 112, insbesondere nebst Fn. 4 dort.

132) EuGH Slg. I 1983, 3883 = NJW 1985, 541 „van Bennekorn“; EuGH Slg. I 1991, 1547 „Monteil und Samanni“.

133) *Köhler*, GRUR 2002, 844, 847, 848; zustimmend A.H. Meyer WRP 2002, 1205, 1214.

134) BGH WRP 2002, 1141, 1148 – „Muskelauflaufpräparate“ (s. o. Fn. 129).

135) Zum Versandhandel BGH WRP 2000, 1397 – „Impfstoffversand an Ärzte“; zur Onlinewerbung für Arzneimittel, Mand, WRP 2003, 192.



dem Maßstab der jeweils angesprochenen guten Sitten darf daher nicht losgelöst vom Gegenstand der Beurteilung geschehen (m.w.N.). Wenn § 138 Abs. 1 BGB der autonomen Rechtsgestaltung bei Abschluss von Verträgen Grenzen setzt und Missbräuchen der Privatautonomie entgegenwirkt, schützt § 1 UWG die guten Sitten des Wettbewerbs und knüpft an einen Verstoß – anders als § 138 Abs. 1 BGB – gerade nicht die Rechtsfolge der Nichtigkeit, sondern die Verpflichtung zur Unterlassung und – bei Verschulden – zum Schadenersatz (m.w.N.). Ein Verstoß gegen § 1 UWG kann folglich nicht ohne weiteres die Nichtigkeit einer darauf gerichteten vertraglichen Vereinbarung gem. § 138 Abs. 1 BGB nach sich ziehen (m.w.N.)<sup>136)</sup>.

Nachdem somit feststeht, dass aus der wettbewerbsrechtlichen Sittenwidrigkeit der Angebotshandlung nicht die Sittenwidrigkeit des nachfolgenden Vertragsabschlusses, ja sogar nicht einmal die wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeit der Durchführungshandlung<sup>137)</sup> folgt, ferner zusätzlich besondere Umstände nicht erkennbar sind, welche eine zivilrechtliche Sittenwidrigkeit des Kaufvertrages betreffend „Wawa“ erheben, stehen Gründe der Sittenwidrigkeit dem Vertragsabschluss per Gutscheineinlösung nicht entgegen.

Die Nichtigkeit des auf dem Zugang der ausgeschnittenen Anzeige beruhenden Vertragsschlusses könnte sich dann ergeben, wenn der Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot i.S.d. § 134 BGB verstößt. Ob eine nicht im BGB geregelte, evtl. mit der Möglichkeit der Verhängung einer Geldbuße bei Zuwiderhandlung bewehrte Vorschrift zugleich ein gesetzliches Verbot mit Nichtigkeitsfolge für den nachfolgenden Vertrag (hier: Kaufvertrag) enthält, kann nicht schon aus der Gesetzessprache entnommen werden. Hinweischarakter können allerdings an anderer Stelle im Gesetz vorhandene Unwirksamkeitsanordnungen oder Versagungen eines vertraglichen Anspruchs haben. Steht hingegen die verbotene Tätigkeit allein unter einer Bußgeldsanktion, kommt es – wie in der Regel – auf den Sinn und Zweck der Verbotsvorschrift an<sup>138)</sup>.

Entscheidend ist, ob das Gesetz sich nicht nur gegen den Abschluss des Rechtsgeschäfts wendet, sondern auch gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit und damit gegen seinen wirtschaftlichen Erfolg. Die Nichtigkeit kann im Ausnahmefall auch aus der Verletzung einseitiger Verbote folgen, falls der Zweck des Gesetzes nicht anders zu erreichen ist und die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung nicht hingenommen werden kann<sup>139)</sup>.

Der BGH hat in Hinblick auf die fehlende Anmeldung und Registrierung beim Bundesgesundheitsamt gem. § 20 AMG a. F. (heute: § 38 AMG) entschieden, dass ein Gesetzesverstoß insoweit nicht zur Vertragsnichtigkeit gegenüber dem gewerblichen Vertragspartner führt<sup>140)</sup>. Dies deshalb, weil die Registrierung eines Arzneimittels nicht von einer vorhergehenden staatlichen Prüfung auch Wirksamkeit oder Unschädlichkeit abhängt. Aber

auch ein Verstoß gegen die Strafvorschrift des § 45 Abs. 1 Ziff. 6 AMG a. F. (neu: § 48 Abs. 1 S. 1 AMG i. V. m. § 95 Abs. 1 Ziff. 6 AMG) wegen Abgabe des Arzneimittels unter Verstoß gegen die Verschreibungspflicht lässt die Gültigkeit der einzelnen Kaufverträge unberührt<sup>141)</sup>. Denn die §§ 28, 35 AMG missbilligen nicht ausnahmslos das wirtschaftliche Ergebnis, wenn ein Arzneimittel ohne Einschaltung eines Arztes oder ohne Mitwirkung eines Apothekers in die Hand des Verbrauchers gekommen ist.

Ob diese Bewertungen auch im Verhältnis zu Vertragsschlüssen mit dem letzten Verbraucher gelten, ist schwierig deshalb zu beantworten, weil die mitentscheidende Bewertung der Art der Ankündigung für die Frage des Vorliegens eines Arzneimittels dazu führt, dass das AMG auch dann anwendbar ist, wenn relevante gesundheitliche Belange der Verbraucher nicht betroffen sind bzw. sein können. Eine einheitliche Lösung anknüpfend an die Frage, ob das AMG anwendbar ist oder nicht, wird kaum inhaltliche Richtigkeit verbürgen. Nachdem das tatsächliche Vorhandensein der Beeinträchtigung gesundheitlicher Belange entscheidend sein dürfte, gilt für die Ausgangsbewertung, dass – zumindest – bei Ausbleiben dieser Beeinträchtigungen der Kaufvertrag wirksam und daher der Erfüllungsanspruch des Werbeadressaten und Käufers gegeben ist.

### 3.2.2.2 Verletzungen der HwO/SchwArbG, wettbewerbsrechtliches Durchführungsverbot und Vertragswirksamkeit

Heißt es: „Malerarbeiten günstig, Tel. ...“, werden handwerkliche Leistungen beworben, welche weder minderhandwerklicher Art noch dem Bereich der Industrie zuzuordnen sind. Kann sodann der Werbungtreibende keine Eintragung für das Maler- und Lackiererhandwerk in die Handwerksrolle vorweisen, liegt aufgrund der Werbung gem. § 4 Abs. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (SchwArbG) eine Ordnungswidrigkeit vor, welche gem. § 4 Abs. 2 SchwArbG mit einer Geldbuße von bis zu € 5.000,00 geahndet werden kann. Werden Malerarbeiten – ankündigungsgemäß – ohne entsprechende Eintragung in der Handwerksrolle ausgeführt, liegt eine Ordnungswidrigkeit gem. § 1 Abs. 1 Ziff. 3 SchwArbG vor, welche mit einer Geldbuße von bis zu € 100.000,00 geahndet werden kann.

Was eine wettbewerbsrechtliche Bewertung der Werbung mit Durchführungshandlung anbelangt, so verstößt die Ankündigung zunächst gegen das Irreführungsverbot gem. § 3 UWG bzw. gem. § 5 Abs. 2 d.E. Der durchschnittliche Betrachter geht unter Zugrundelegung der situationsbedingten und situationsangemessenen Aufmerksamkeit des durchschnittlichen Betrachters<sup>142)</sup> da-

141) BGH NJW 1968, 2286.

142) EuGH WRP 1998, 848 = GRUR Int 1998, 795 = NJW 1998, 3183 – „Gut Springenheide“; EuGH WRP 2000, 489 – „Naturrein/Adolf Darbo“ (bezogen jeweils auf das Wettbewerbsrecht; weitere Nachweise in meinem Beitrag WRP 2002, 368, 373 Fn. 42); EuGH WRP 1999, 806 – „Lloyd“; EuGH WRP 2002, 924 „Phillips/Remington“ (bezogen jeweils auf Kennzeichnungskraft und Verwechslungsgefahr im Markenrecht; w. N. in meinem Beitrag WRP 2002, 368, 373 Fn. 42); BGH WRP 2000, 517 = GRUR 2000, 619 – „Orient-Teppichmuster“; BGH WRP 2002, 977 = GRUR 2002, 715 – „Scanner-Werbung“ (bezogen jeweils auf das Wettbewerbsrecht; w.N. in meinem Beitrag WRP 2002, 368, 372 Fn. 36); BGH WRP 2000, 535 – „ATTACHÉ/TISSERAND“; BGH WRP 2001, 41 – „3-Streifen-Kennzeichnung“; BGH WRP 2002, 985 – „Frühstücks-Drink II“ (bezogen jeweils auf Kennzeichnungskraft und Verwechslungsgefahr im Markenrecht).

136) BGH WRP 1998, 854 = NJW 1998, 2531 – „Co-Verlagsvereinbarung“.

137) BGH WRP 2001, 1073 = GRUR 2001, 1178 = NJW-RR 2001, 1547 – „Gewinn-Zertifikat“; s.u. Fn. 160.

138) BGH NJW 2002, 3015 im Hinblick auf § 6 Abs. 1 WoVermittG.

139) BGH NJW 2002, 3015, 3016 m.w.N. (s. o. Fn. 138).

140) BGH NJW 1968, 2286.

von aus, dass der Werbende berechtigt ist, die angebotenen handwerklichen Leistungen auszuführen. § 3 UWG (wohl aber § 5 Abs. 2 d.E., s.o. 2.1.1.1), enthält allerdings nicht als Rechtsfolge das hier interessierende Durchführungsverbot. Was § 1 UWG bzw. § 3 d.E. anbelangt, so verstößt die hier beispielhaft ausgesuchte Ankündigung gegen diese Vorschrift im Rahmen der Fallgruppe des Vorsprungs durch Rechtsbruch: durch den Verstoß gegen das Werbeverbot gem. § 4 Abs. 1 SchwArbG verschafft sich der Anbieter einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern, nämlich gegenüber denjenigen, die sich an das Werbeverbot halten bzw. gegenüber denjenigen, welchen die Werbung erlaubt ist. Darüber hinaus verstößt diese Ankündigung gegen § 1 UWG bzw. gegen § 3 d.E. i. V. m. § 1 HwO, denn Schwarzarbeit ist unerlaubt. In allen drei Fällen wurde wegen des verwirklichten Verstoßes die Wiederholungsgefahr<sup>143)</sup> ausgelöst. Was die Durchführungshandlung anbelangt, so wurde anders als bei der Bewertung der eine Verletzungshandlung bereits darstellenden Ankündigung verfahrensrechtlich die Erstbegehungsgefahr<sup>144)</sup> ausgelöst, sofern eine Durchführungshandlung noch nicht nachgewiesen wurde. Das aus § 1 UWG bzw. aus § 3 d.E. zu folgernde Durchführungsverbot besteht allerdings auch insoweit, der Unterschied zwischen Wiederholungs- und Erstbegehungsgefahr besteht allein in Hinblick auf die Pflicht zur Unterwerfung mit oder ohne Strafbewehrung.

Das Durchführungsverbot besteht, auch wenn die Sittenwidrigkeit der Durchführungshandlung gleichermaßen im Rahmen der Fallgruppe „Vorsprung durch Rechtsbruch“ besonders zu begründen ist. Maßgebend für die Sittenwidrigkeit der Durchführungshandlung in Form der Durchführung handwerklicher Leistungen ohne Eintragung in die Handwerksrolle ist, ob hiervon eine Störung des Wettbewerbs auf dem Markt ausgeht. Dies ist zu bejahen, zunächst aufgrund der Hinterziehung von Steuern. Sollten diese ordnungsgemäß abgeführt worden sein, ergibt sich die Störung zumindest aufgrund der Veränderung der Auftragslage zu Lasten der eingetragenen und – regelmäßig – Ausbildung verwirklichenden Betriebe.

Heißt es zusätzlich: „Malerarbeiten günstig – gegen Vorlage der Anzeige Stundensatz € 22,49 (normal: € 24,90) zzgl. MWSt. gegen cash, ausschließlich Innenanstrich, Auftragsgebiet: Stadtbereich ...“, enthält die Anzeige über eine bloße invitatio hinausgehend ein Vertragsangebot i.S.d. § 145 BGB, welches der Werbeadressat zur Herbeiführung eines Vertragsschlusses nur noch anzunehmen braucht. Zwar ist der Zeitpunkt der Erbringung der handwerklichen Leistung noch nicht klar, gleichwohl sind alle übrigen essentialia negotii annahmefähig dargelegt, so dass übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen.

Wendet im Rahmen dieses Fallbeispiels der Anbieter auf das Erfüllungsverlangen des Werbeadressaten ein, er sei mit der Forderung auf Unterlassung der Werbung und des Unterlassens einer entsprechenden Durchführungshandlung konfrontiert, erhebt sich wiederum die Frage,

ob trotz des wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsverlangens betreffend die Durchführungshandlung der Besteller einen wirksamen vertraglichen Anspruch besitzt oder nicht. Was mithin nicht die Bewertung der Wettbewerbshandlung, sondern die Bewertung der Wirksamkeit des Vertrages anbelangt, so gilt im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB erneut, dass die wettbewerbsrechtliche Sittenwidrigkeit gem. § 1 UWG bzw. gem. § 3 d.E., deren Adressat der Gewerbetreibende in Hinblick auf die Werbung und die Durchführungshandlung ist, nichts darüber aussagt, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Vertrag zwischen dem Gewerbetreibenden und dem Werbeadressaten sittenwidrig ist. Und nachdem zusätzliche Umstände im Rahmen des gegenständlichen Beispiels fehlen, welche eine vertragsrechtliche Sittenwidrigkeit begründen könnten, ist der durch Vorlage des hier beschriebenen Gutscheins zustande gekommene Vertrag nicht sittenwidrig i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB, mithin insoweit nicht nichtig.

Was eine eventuelle Vertragsnichtigkeit gem. § 134 BGB anbelangt, so kommt es – wie erwähnt – darauf an, ob das Gesetz sich nicht nur gegen das Abschluss des Rechtsgeschäfts wendet, sondern auch gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit und damit gegen seinen wirtschaftlichen Erfolg. Was drittens die Lösung dieser Frage anbelangt, so ist zu unterscheiden, ob der Besteller den Gesetzesverstoß des Vertrages kennt oder nicht: Bei einseitigem Verstoß gegen das SchwArbG – dieser Fall dürfte regelmäßig vorliegen, da Besteller das Eintragungserfordernis in die Handwerksrolle regelmäßig nicht kennen – ist der Werkvertrag nicht gem. § 134 BGB nichtig<sup>145)</sup>, bei zweiseitigen Verstößen gegen das SchwArbG kommt es zur Nichtigkeit gem. § 134 BGB<sup>146)</sup>. Dieser zutreffende Ansatzpunkt – ein- oder zweiseitiger Gesetzesverstoß – macht zugleich deutlich, dass die zusätzliche Bezugnahme auf § 138 Abs. 1 BGB<sup>147)</sup> bzw. auf § 242 BGB<sup>148)</sup> nicht die tauglichen Mittel sind, Fälle des zweiseitigen Gesetzesverstoßes zutreffend zu bewerten.

Heißt es: „Malerarbeiten günstig – gegen Vorlage der Anzeige Stundensatz € 22,49 (normal: € 24,90) ohne Rechnung gegen cash, ausschließlich Innenanstrich, Auftragsgebiet: Stadtbereich ...“, verstößt – auch – die angekündigte Durchführungshandlung „ohne Rechnung“ gegen das Durchführungsverbot gem. § 1 UWG bzw. gem. § 3 d.E. Dieser Umstand führt aber trotz jedenfalls vorliegenden beiderseitigen Verstoßes nicht zur Nichtigkeit des Vertrages gem. § 134 BGB. Denn der Vertrag, mit dessen Abwicklung eine Steuerhinterziehung verbunden wird, ist nur dann nichtig, wenn die Steuerhinterziehung der Hauptzweck des Vertrages ist<sup>149)</sup>, woran es im Beispielsfall wegen der Durchführung handwerklicher Leistungen als vertraglichen Hauptzweck mangelt.

143) Allgemein hierzu *Teplitzky* Kap. 6, Rz. 1 ff.

144) Allgemein hierzu *Teplitzky* Kap. 10, Rz. 1 ff.

145) BGHZ 89, 369 = NJW 1984, 1175; BGH NJW 1985, 2403.

146) BGHZ 85, 39 = NJW 1983, 109; BGHZ 111, 308 = NJW 1990, 2542.

147) RGZ 106, 316, 317; RGZ 98, 1, 3.

148) BGH WRP 1994, 169 – „Werbeagent“ (s. o. Fn. 119).

149) BGHZ 136, 125, 132 = NJW 1997, 2599; BGH NJW-RR 2001, 380 = ZIP 2001, 202.

### 3.2.2.3 Verletzung der PreisangabenVO, wettbewerbsrechtliches Durchführungsverbot und Vertragswirksamkeit

Nach § 1 Abs. 1 S. 1 PreisangabenVO ist der Anbieter<sup>150)</sup> von Waren oder Leistungen verpflichtet, den Endpreis anzugeben. Die selbe Pflicht trifft den, der unter Angabe von Preisen wirbt. Nach § 2 Abs. 1 S. 1 PreisangabenVO muss schließlich der Grundpreis angegeben werden. Heißt es in einer Anzeige: „Boss-Anzüge neu eingetroffen. Statt € 299,00, € 399,00, € 499,00: 30 % Nachlass jeweils gegen cash! Wir machen Platz für neue Ware! Fordern Sie uns. Der reduzierte Preis ist Ihnen jetzt schon sicher! Ihr „Factory Outlet Store“ macht und ist dicht! Wir schließen zum 01.04.!“, liegt jedenfalls<sup>151)</sup> – wohl – ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 S. 1 PreisangabenVO vor, da unter Angabe von Preisen ohne Nennung der Endpreise geworben wird.

Ausgehend von der Entscheidung „Herabgesetzte Schlussverkaufspreise“<sup>152)</sup> ist darüber hinaus eine Verletzung von § 1 UWG bzw. von § 3 d.E. unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch hinsichtlich der Preisankündigung gegeben. Was das grundsätzlich zugleich über § 1 UWG bzw. über § 3 d.E. begründbare Durchführungsverbot anbelangt, so kommt es in Hinblick auf das vorstehend wiedergegebene Werbebeispiel darauf an, ob im Zeitpunkt des Erfüllungsverlangens Preisklarheit und Preiswahrheit nach wie vor zu Lasten der Erwerber allgemein nicht gegeben sind. Solches ist Tatfrage, lässt sich allerdings im Grundsatz auch erneut auf der Grundlage der Entscheidung „Herabgesetzte Schlussverkaufspreise“<sup>153)</sup> bejahen. Wendet der Anbieter auf das – gleichwohl geäußerte – Erfüllungsverlangen des Werbeadressaten ein, er sei nicht nur mit der Forderung auf Unterlassung der Werbung, sondern auch mit dem Verlangen des Unterlassens einer entsprechenden Durchführungshandlung konfrontiert,

150) Zur Definition des „Anbietens“ BGH WRP 1980, 328 = GRUR 1980, 304 – „Effektiver Jahreszins“; BGH WRP 1994, 101 = GRUR 1994, 222 – „Flaschenpfand II“.

151) Die Werbung ist zusätzlich irreführend, wenn der angegebene Ausgangspreis im Markt durchschnittlich nicht verlangt wurde; ob zusätzlich § 1 UWG wegen direkter Bezugnahme auf unklare Vergleichsgrundlagen verletzt ist, dürfte zweifelhaft sein. Zu diesem Gesichtspunkt BGH WRP 1997, 549 = GRUR 1996, 983 „Dauertiefpreise“ einerseits und BGH WRP 1996, 1097 = NJW 1996, 3153 „Preitest“ andererseits – bezüglich ein und derselben Werbemaßnahme.

152) BGH WRP 1999, 845 = GRUR 1999, 762 = NJW 1999, 2195 – „Herabgesetzte Schlussverkaufspreise“; der – bloße – Verstoß gegen die PreisangabenVO wird vom BGH mit der Erwägung begründet, der Endpreis sei „nicht für alle (durch) einfache Rechenüberlegungen“ erkennbar. Dem kann, muss aber nicht zugestimmt werden. Der Wettbewerbsverstoß (Vorsprungsgedanke) wird vom BGH damit gerechtfertigt, dass die unterbliebene Preisauszeichnung bei der Gesamtkalkulation ins Gewicht fällt, einer Pflicht, der sich die gesetzkreuen Mitbewerber unterziehen müssen. Sollten diese Ausführungen dahingehend zu verstehen sein, dass die Preisauszeichnung immer an der Ware vorzunehmen ist, sofern nur der Ausgangspreis auch an der Ware befindlich ist, so ist dem kaum zuzustimmen, da sich solches aus der PreisangabenVO nicht ergibt. Zur Kritik an dieser Entscheidung auch *Teplitzky* in: Großkommentar zum UWG, Stand 15. 09. 2000, § 1 Abschn. G, Rz. 209 nebst Fn. 856 und Rz. 270 („Rückfall“). Richtig ist, dass die PreisangabenVO in ihrem zutreffenden Anwendungsbereich vor allem wichtige Verbraucherschutzbestimmung ist und von daher im Rahmen des § 1 UWG mindestens so bedeutsam bleibt, wie ehemals. Auch von daher ist die Entscheidung des LG Münster, WRP 2002, 1466 zutreffend, diejenige des OLG Köln GRUR-RR 2002, 304 unzutreffend. Der Gesetzgeber hat auf die Entscheidung „Herabgesetzte Schlussverkaufspreise“ reagiert und gem. § 9 Abs. 2 PreisangabenVO mit Wirkung zum 01. 01. 2003 bestimmt, dass „§ 1 Abs. 1 (sc: Pflicht zur Angabe der Endpreise) ... nicht anzuwenden (ist) bei Sonderveranstaltungen in Form von Winter- und Schlussverkäufen sowie Jubiläumsverkäufen, wenn auf die bereits ausgezeichneten reduzierten Preise generell tageweise eine weitere Preisherabsetzung erfolgt“. Zur Bedeutung der sowie der Kritik an der PreisangabenVO w.N. in meinem Beitrag *GewArch* 2001, 184, 186 nebst Fn 16.

153) BGH WRP 1999, 845 – „Herabgesetzte Schlussverkaufspreise“.

erhebt sich erneut die Frage, ob der übereinstimmenden Willenserklärungen (durch die Bezugnahme auf die Anzeige und die Vorlage eines der – beworbenen – Anzüge an der Kasse hat der Werbe- und Angebotsadressat das Angebot angenommen) ein Wirksamkeitshindernis entgegensteht. Dies ist bereits deshalb zu verneinen, weil ein Verbot des Verkaufs wegen fehlender Angabe des Endpreises den tatsächlichen Verkauf zu dem reduzierten Preis nicht berührt vorausgesetzt, auch an der Kasse erfährt der Kunde den tatsächlich zu zahlenden Endpreis nicht (was praktisch ausgeschlossen ist).

Sollte es tatsächlich so sein, dass der Endpreis – auch – an der Kasse nicht angegeben wird ferner, sollte etwa bei Zahlung mit der EC-Karte infolge eines Maschinenfehlers der zu bezahlende und zu quittierende Betrag nicht lesbar sein, gilt: Was die Vertragswirksamkeit ausgehend von der Vorschrift des § 134 BGB anbelangt, so ist beachtlich, dass Zweck der PreisangabenVO es ist, Preiswahrheit und Preisklarheit zu gewährleisten und durch optimale Preisvergleichsmöglichkeiten die Stellung des Verbrauchers gegenüber Handel und Gewerbe zu stärken ferner, den Wettbewerb zu fördern<sup>154)</sup>. Die PreisangabenVO richtet sich allerdings nicht gegen den Abschluss gerade von Kauf- und Dienstverträgen betreffend Waren oder Dienstleistungen, welche die Vorgaben von Preiswahrheit und Preisklarheit nicht einhalten. Ein unter Verletzung der PreisangabenVO geschlossener Vertrag ist somit nicht nach § 134 BGB nichtig.

Was eine mögliche Verletzung von § 138 Abs. 1 BGB anbelangt, so wird durch die unterbliebene Nennung des zu zahlenden Endpreises nicht die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit des Kunden wesentlich tangiert bzw. ausgeschlossen. Es ist daher von einer Wirksamkeit des bereits mit der Bezugnahmeerklärung des Kunden zustande gekommenen Vertrages auszugehen. Und schließlich steht dem Erfüllungsverlangen des Kunden nicht der Einwand unzulässiger Rechtsausübung gem. § 242 BGB entgegen. Zum einen überzeugt die Bedeutung dieses Einwandes nicht, weil wettbewerbsrechtliche Pflichten keine solchen des Kunden sind und von daher dessen Vertragsanspruch nicht behindern können. Darüber hinaus überzeugt es nicht, wenn bei Nichteingreifen der Unwirksamkeitsgründe gem. den §§ 134, 138 Abs. 1 BGB über den Umweg des § 242 BGB hinaus ein Erfüllungshindernis begründet werden soll.

### 3.2.2.4 Verletzungen des LadenschlussG, wettbewerbsrechtliches Durchführungsverbot und Vertragswirksamkeit

Nach § 3 Abs. 1 LadenschlussG müssen Verkaufsstellen außerhalb der Ladenöffnungszeiten für den geschäftlichen Verkehr mit dem Letztverbraucher geschlossen sein. In der Praxis bedeutsam ist die Pflicht zur Schließung der Geschäfte an Werktagen<sup>155)</sup> ab 20.00 Uhr gem. § 3 Abs. 1 Ziff. 3 LadenschlussG.

Heißt es: „Montag bis Samstag bis 21.00 Uhr geöffnet. Mit Ihrem Erscheinen ab 20.00 Uhr vor unserem Geschäft haben Sie uns bereits gefordert. Ihnen ist die ex-

154) *Baumbach/Hefermehl*, § 3 UWG, 2. Abschn. Nebengesetze V, Verordnung zur Regelung der Preisangaben, Rz. 1 vor § 1 PreisangabenVO.

155) Am 11. 04. 2003 hat der Bundesrat das Gesetz des Bundestages betreffend die Ladenöffnung an Samstagen bis 20.00 ab dem 01. 06. 2003 passieren lassen, vgl. SZ vom 12/13. 04. 2003.

klusive Nachtöffnung Ihres Event-Centers Kaufrausch damit schon sicher“, liegt aufgrund der Ankündigung noch keine vollendete Ordnungswidrigkeit gem. § 24 Abs. 1 Ziff. 2 lit. a) LadenschlussG vor. Eine versuchte Ladenöffnung außerhalb der Ladenschlusszeiten kann nicht als Ordnungswidrigkeit geahndet werden, da § 24 Abs. 1 Ziff. 2 lit. a) LadenschlussG auf die – vollendete – Zuwiderhandlung abstellt, § 13 Abs. 2 OWiG. Von daher ist hier die Frage überflüssig, ob durch die Werbung bereits den Versuch einer Ordnungswidrigkeit ergab.

Unzweifelhaft liegt ein Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Ziff. 3 LadenschlussG vor, sobald tatsächlich das „Event-Center“ nach 20.00 Uhr geöffnet ist.

Was die wettbewerbsrechtliche Bewertung insoweit anbelangt, so liegt durch die bloße Ankündigung bereits eine Verletzung von § 1 UWG bzw. von § 3 d.E. unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch vor und zwar selbst dann, wenn eine verlängerte Öffnung weder festgestellt noch gar beabsichtigt war.

Es verstößt gegen § 1 UWG (bzw. gegen § 3 d.E.), zur Förderung des eigenen Wettbewerbs eine Tätigkeit anzubieten, deren Ausübung verboten und auch gar nicht beabsichtigt ist ...<sup>156)</sup>

Hören lässt sich – wohl – auch das Argument, sobald die Durchführung einer Wettbewerbshandlung unzulässig ist, gilt gleiches als Minus für die Ankündigung hierzu, unabhängig davon, ob eine Durchführung sodann stattfindet oder nicht. In jedem Fall wird durch die bloße Ankündigung allein die Erstbegehungsgefahr ausgelöst. Kommt es zu einer Öffnung des „Event-Centers“ nach 20.00 Uhr, liegt gleichfalls (und erst recht) eine Verletzung von § 1 UWG bzw. von § 3 d.E. aufgrund Vorsprungs durch Rechtsbruch vor<sup>157)</sup>. Dies ergibt ein Blick auf den Gesetzeszweck insoweit. Das LadenschlussG bezweckt vor allem, den im Einzelhandel tätigen Arbeitnehmer zu schützen<sup>158)</sup> und die Chancengleichheit der Wettbewerber im Einzelhandel zu wahren<sup>159)</sup>. Die Sicherung der Wettbewerbsneutralität und die Wahrung der Chancengleichheit im Einzelhandel sind immer auf die der Werbung nachfolgenden Handlungen, das Fruchtziehungsverbot, bezogen, ihre Geltung allein im Rahmen der Werbung würde das Gesetz seines Regelungsinhalts berauben.

Nachdem allerdings der Vorsprungsgedanke sogar zu einer selbstständigen Fallgruppe zur Konkretisierung von § 1 UWG geführt hat (dies dürfte auch im Hinblick auf § 3 d.E. so bleiben), dieser Vorsprungsgedanke schlechthin identisch mit der Sicherung der Wettbewerbsneutralität und der Wahrung der Chancengleichheit ist, spricht viel für die Annahme, dass die Frage des Durchführungsverbots gem. § 1 UWG bzw. gem. § 3 d.E. im Rahmen dieser Fallgruppe bereits dann gerechtfertigt ist, wenn anderenfalls Mitbewerber benachteiligt würden. Die eher hohen Hürden, die in der Entscheidung „Gewinnzertifikat“<sup>160)</sup> zum Ausdruck kommen, betreffen andere Bereiche wie z.B. die Täuschung. Die

verallgemeinerungsfähige Aussage dieser Entscheidung liegt mithin darin, dass im Rahmen des § 1 UWG bzw. von § 3 d.E. ein aus der Sittenwidrigkeit folgendes Werbeverbot nicht automatisch ein Durchführungsverbot nach sich zieht. Die nicht bloß verkündete, sondern zugleich verwirklichte Verletzungshandlung löst die Wiederholungsgefahr aus.

Wendet der Anbieter gegenüber einem nach 20.00 Uhr eintreffenden Kaufinteressenten ein, man halte die Ladentür nur für Personen noch geöffnet, die das Geschäft verlassen; man sei nämlich nicht nur mit der Forderung auf Unterlassung der Werbung, sondern auch mit dem Verlangen des Unterlassens einer entsprechenden Durchführungshandlung konfrontiert, erhebt sich die Frage, ob trotz uneingeschränkter Geltung des gesetzlichen Durchführungsverbots der Kunde einen vertraglichen Erfüllungsanspruch besitzt oder nicht.

Zunächst ist davon auszugehen, dass bei Erscheinen des Kunden nach 20.00 Uhr übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen, die zu einem Vertragsschluss – vor jeder weiteren Frage nach der Wirksamkeit dieses Vertragsschlusses – führen. Das Angebot – Ladenöffnung nach 20.00 Uhr – ist hinreichend bestimmt, es ist gerichtet an einen unbestimmten Personenkreis (ad incertas personas). Der über den wettbewerbsrechtlichen Bindungswillen hinausgehende rechtsgeschäftliche Bindungswille ergibt sich daraus, dass „mit dem Erscheinen ... die ... Nachtöffnung ... schon sicher (ist)“. Die Annahmeerklärung des Angebots erfolgt schlüssig, nämlich aufgrund bloßen Erscheinens des Kunden. Das Angebot ergibt weiter, dass über das bloße Erscheinen hinaus die Annahmeerklärung dem werbenden Anbieter nicht weiter zugehen muss, § 151 BGB. Inhalt des Vertrages ist es allein, dem Kunden die Begründung eines vertraglichen Anspruchs auf Ladenöffnung zwischen 20.00 Uhr und 21.00 Uhr zu ermöglichen.

Was die Vertragswirksamkeit ausgehend von § 134 BGB anbelangt, so ist erneut der bereits erwähnte Zweck des LadenschlussG beachtlich: Der Schutz des Arbeitnehmers und der Zweck der Chancengleichheit richten sich jeweils oder gemeinsam nicht gegen den Abschluss gerade von Kauf- oder Dienstleistungsverträgen, die außerhalb der Ladenöffnungszeiten stattfinden. Der Kaufvertrag z. B. ist also nicht gem. § 134 BGB nichtig.

Was die mögliche Verletzung von § 138 Abs. 1 BGB anbelangt, so wird durch den Abschluss des Vertrages außerhalb der Ladenöffnungszeiten nicht die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit tangiert oder ausgeschlossen. Was schließlich den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB anbelangt, so ist ein entsprechender Hinweis wenig überzeugend: es stellt die Bemühung eines Umgehungsarguments dar, wenn über die §§ 134, 138 Abs. 1 BGB als einschlägige Maßstäbe nicht erreichbare Rechtsfolgen zum Erfolg gebracht werden, sondern über § 242 BGB.

### 3.2.2.5 Verletzung der Sonn- und Feiertagsgesetze, wettbewerbsrechtliches Durchführungsverbot und Vertragswirksamkeit

Nach Art. 2 Abs. 1 des Bayerischen Gesetzes über den Schutz der Sonn- und Feiertage (FeiertagsG) sind öffentlich bemerkbare Arbeiten an Sonn- und Feiertagen,

156) BGH, Beschluss v. 11. 02. 1999 – I ZR 105/98 (s. o. Fn. 74).

157) Vgl. die umfangreichen Nachweise meinerseits in GewArch 2001, 184, 186 Fn. 23.

158) BGH WRP 1981, 207 = GRUR 1981, 424 – „Tag der offenen Tür II“.

159) BVerfGE 13, 235, 240; 14, 19, 22; BVerwG GRUR 1969, 88, 89; BGH WRP 1981, 207 = GRUR 1981, 424 – „Tag der offenen Tür II“.

160) BGHZ 147, 296 = WRP 2001, 1073 „Gewinn-Zertifikat“ (s. o. Fn. 137).

die geeignet sind, die Feiertagsruhe zu beeinträchtigen, verboten es sei denn, es bestehe eine gesetzliche Ausnahme. Vergleichbare Regelungen finden sich in den Gesetzen der übrigen Bundesländer bzw. der Stadtstaaten.

Öffentlich bemerkbar sind nicht nur gewerbliche, sondern schlechthin alle Tätigkeiten, die ihrem Charakter nach nicht sonntäglich, sondern werktägliche Tätigkeiten sind<sup>161</sup>). Der besondere Schutz des Sonntags als Institution ergibt sich aus Art. 140 GG i. V. m. Art. 139 WRV. In Art. 139 WRV heißt es: „Der Sonntag und die staatlich anerkannten Feiertage bleiben als Tage der Arbeitsruhe und der seelischen Erhebung gesetzlich geschützt.“

Verstöße können gem. Art. 7 Bay FeiertagsG mit einer Geldbuße von bis zu € 10.000,00 geahndet werden. Ausnahmsweise dürfen Geschäfte an Sonn- und Feiertagen zu bestimmten Anlässen geöffnet sein, die Einzelheiten ergeben sich aus dem Gesetz.

Heißt es: „Morgen, am Sonntag von 10.00 Uhr bis 18.00 Uhr geöffnet. Mit Ihrem Erscheinen nach 10.00 Uhr vor unserem Geschäft haben Sie uns bereits gefordert. Ihnen ist die exklusive Sonntags-Öffnung Ihres Geiz an Gehirn Geil-Centers schon sicher. Ist doch klar, wir können nur blöd und billig“, liegt mit dem beabsichtigten Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 Bay Sonn- u. FeiertagsG zugleich ein verwirklichter Verstoß gegen § 1 UWG bzw. gegen § 3 d.E. unter dem Gesichtspunkt des Vorsprungs durch Rechtsbruch in Hinblick auf die Werbung (Wiederholungsgefahr) und in Hinblick auf die Durchführung als geplante (Erstbegehungsgefahr) oder sogar verwirklichte (Wiederholungsgefahr) vor.

Wendet der vorsichtshalber vor seinem Geschäft anwesende Anbieter gegenüber einem Sonntags nach 10.00 Uhr eintreffenden Kaufinteressenten ein, man könne die Ladentür nicht öffnen, da man nicht nur mit der Forderung auf Unterlassung der Werbung, sondern auch mit dem Verlangen des Unterlassens der Öffnung selbst konfrontiert sei, ist wiederum die Frage aufgeworfen, ob trotz uneingeschränkter Geltung des gesetzlichen Durchführungsverbots der Kunde einen vertraglichen Erfüllungsanspruch besitzt oder nicht.

Was zunächst den Vertragsschluss anbelangt, so liegen übereinstimmende Willenserklärungen vor. Das Vertragsangebot ist bereits – atypisch – in der Werbung enthalten. Durch die Bezugnahme auf die Anzeige, will heißen durch das Erscheinen des Kunden am Sonntag, ist der Vertrag, gerichtet auf die Ladenöffnung zwischen 10.00 Uhr und 18.00 Uhr zu Gunsten/zu Lasten der Vertragsparteien zustande gekommen.

Was die Wirksamkeit des Vertragsschlusses anbelangt, so ist die Zwecksetzung von § 134 BGB beachtlich. Wie erwähnt legen die Feiertagsgesetze der Länder fest, welche Sonn- und Feiertage verbindliche Ruhetage für alle sind<sup>162</sup>). Zweck ist es, alle Handlungen zu verbieten, die dem Wesen der Sonn- und Feiertage widersprechen<sup>163</sup>). Damit richten sich diese Gesetze gegen den Vertragsschluss als solchen. Für die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit gem. § 134 BGB kommt es allerdings

darauf an, ob sich die Feiertagsgesetze gegen die privatrechtliche Wirksamkeit der gegen die Feiertagsgesetze verstoßenden Handlungen und damit gegen deren wirtschaftlichen Erfolg richten. Dies ist zu bejahen.

Wenn es zutreffend ist, dass der freiheitliche, säkularisierte Staat von Voraussetzungen lebt, die er nicht garantieren kann<sup>164</sup>), wenn es also zutreffend ist, dass das Gesetz nicht mit Mitteln des Gesetzes erklären kann, weshalb es als Gesetz wirkt, weil die Vorstellung unrichtig ist, wir würden sämtliche Regeln nur aus Furcht vor Bestrafung einhalten<sup>165</sup>), wenn also mit rechtlichen Mitteln nicht erklärt werden kann, wie Legitimation durch Legalität möglich ist<sup>166</sup>), fällt die Annahme leicht, dass die Verständigung in der Gesellschaft auf Meinungsfreiheit, Glaubensfreiheit, Versammlungsfreiheit, Freiheit der Wissenschaft, Handlungs-, Berufs- und Eigentumsfreiheit im verantwortlichen Sinn von denen auf den Weg gebracht und verteidigt wurde und wird, die nicht zum persönlichen Vorteil handeln. Anders ausgedrückt: In der Demokratie finden sich Menschen unter formellen Bedingungen zu Inhalten zusammen. Dass diese Inhalte wie bisher für ein friedliches Zusammenleben bürgen und daher allzu meist richtig sind, ist auch und vor allem Ergebnis derer, die ohne persönlichen Gewinn denken, handeln und glauben. Nachdem es keine Selbstverständlichkeit ist, dass die von demokratischen Bedingungen nicht garantierten Inhalte im Grundsatz weiter als erstrebenswert angesehen bleiben, müssen diejenigen, welche unter Verteidigung der angesprochenen Freiheiten in der Gesinnung leben, kein Leben zu Lasten anderer zu führen, einen Raum für dieses Tun haben. Dieser Raum ist der Sonn- und Feiertag.

Nun mag es schick sein, wenn ein ehemaliger Bundeswirtschaftsminister hierzu einwendet, er habe nichts dagegen, wenn gläubige Personen ihre Sonn- und Feiertage als solche bewusst leben; dies müsse allerdings nicht die Freiheit für andere ausschließen, an Sonn- und Feiertagen „shoppen“ zu gehen<sup>167</sup>). Allerdings wird hierbei ausgeblendet unser aller Getragenwerden durch die Gesinnung derer, die abgestempelt werden als die, die selbst Schuld sind, wenn sie so blöde sind. Ferner: unser aller Zusammenleben in rechtlicher Hinsicht funktioniert nur solange, als die Sicherung des Warenaustausches nicht Zweck des Rechts ist<sup>168</sup>).

Sonn- und Feiertage müssen Freiraum bieten vor werktäglichen Tätigkeiten. Denn dieser Freiraum wird von einigen genutzt und verstanden so, wie dies uns allen nützt, weil deren Haltung und Handlung für ein sinnvolles menschliches Zusammenleben erforderlich ist. Es sage niemand, er wäre nicht getragen von der guten Gesinnung anderer.

Sonn- und Feiertage bieten diesen Freiraum nur, wenn Verträge, soweit sie diesen Freiraum allgemein verändern, als nichtig angesehen werden. Nach diesseitiger Auffassung richten sich die Feiertagsgesetze der Länder insoweit nicht nur gegen den Abschluss von Verträgen, sondern zugleich gegen die Wirksamkeit von Verträgen.

164) Böckenförde, zitiert nach Limbach in: SZ v. 26./27. 05. 2001.

165) Schapp JZ 1995, 15, 19.

166) Habermas, KritJ 1987, 1, 5, 7.

167) HAZ v. 21. 10. 1999 zur Talk-Show „Tacheles“ in der Marktkirche zu Hannover zum Thema Sonntageinkauf.

168) Hierzu mein Beitrag „Werbefreiheit und zur Ökonomisierung des Rechtsbegriffs“, WRP 1999, 792 ff.

161) BVerwG GewArch 1988, 188.

162) BVerfG GewArch 1988, 188.

163) BVerwG GewArch 1988, 188.

Was die mögliche Verletzung von § 138 Abs. 1 BGB anbelangt, so wird durch den Abschluss von Verträgen an Sonn- und Feiertagen die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit des Kunden nicht tangiert oder ausgeschlossen, das Gegenteil ist der Fall. Dass diese Entscheidungsfreiheit aus anderen Gründen insoweit aber zurücktreten muss, wurde vorstehend begründet. Auch auf den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung kommt es wegen des Eingreifens von § 134 BGB nicht mehr an – ungeachtet der Tatsache, dass dieser Einwand auch hier nicht überzeugend wäre bzw. ist.

### 3.3 Zwischenergebnis zu Ziff. 3

Liegen übereinstimmende Willenserklärungen und damit ein Vertragsschluss vor, ist es für die Frage der Wirksamkeit dieses Vertrages im Zusammenhang mit einem vorhergehenden Wettbewerbsverstoß ohne Belang, ob die Werbung zulässig oder unzulässig ist oder war. Ist nicht die Werbung, sondern die Durchführungshandlung wettbewerbsrechtlich unzulässig, beurteilt sich die Wirksamkeit von Verträgen als zivilrechtliche Seite dieser Durchführungshandlung allein nach zivilrechtlichen Maßstäben. Als solche kommen § 134 BGB, § 138 Abs. 1 BGB und § 242 BGB in Betracht. Was § 134 BGB (gesetzliches Verbot) anbelangt, so gibt es derzeit – soweit ersichtlich – keine gerichtliche Entscheidung, in welcher die Nichtigkeit des Vertrages mit einer Verletzung des – auch – in § 1 UWG bzw. in § 3 d.E. begründeten Durchführungsverbots als gesetzlichem Verbot i.S.d. § 134 BGB gerechtfertigt wird. Ausgeschlossen aufgrund der weiten Teile des Wettbewerbsrechts umfassenden Generalklausel des § 1 UWG bzw. von § 3 d.E. ist es allerdings nicht, dass in bestimmten Fällen dereinst die Vertragsnichtigkeit aus § 134 BGB i. V. m. § 1 UWG bzw. von § 3 d.E. hergeleitet wird. Was Verletzungen von Wettbewerbsrecht hauptsächlich über die Fallgruppe „Vorsprung durch Rechtsbruch“ gem. § 1 UWG bzw. von § 3 d.E. anzuwendenden sonstigen Gesetzen anbelangt, resultiert aus diesen Gesetzen die Vertragsnichtigkeit gem. § 134 BGB, wenn nicht nur der Abschluss des Rechtsgeschäfts, sondern auch seine privatrechtliche Wirksamkeit und damit sein wirtschaftlicher Erfolg unterbunden werden soll. Diese Rechtsfolge ist eher selten. Häufiger kommt es also im Fall des zugleich in der Werbung verlautbarten und vom Kunden angenommenen Angebots zu dem Dilemma, dass der Anbieter Adressat eines wirksamen Anspruchs auf Unterlassens der Durchführung und gleichzeitig Adressat eines wirksamen Anspruchs auf Vertragserfüllung – als zivilrechtliche Seite der Durchführungshandlung – ist. Wie diese Ansprüche zueinander in das System des Rechts einzuordnen sind, ist Gegenstand der nachstehenden Ausführungen zu Ziff. 4.

Was die Abschlusskontrolle von Verträgen anbelangt, so bezieht sich das BVerfG im Rahmen seiner Rechtsprechung<sup>169)</sup> zur gestörten Vertragsparität zusätzlich auf § 242 BGB, dem gegenüber wendet der BGH<sup>170)</sup> allein § 138 Abs. 1 BGB an. Fragt man in Anwendung von § 138 Abs. 1 BGB danach, ob und gegebenenfalls in welchem

Umfang sich die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit verwirklicht hat, ergeben sich im Rahmen unserer Fragestellung keine Mängel, die zur Vertragsnichtigkeit über § 138 Abs. 1 BGB führen könnten. Im Rahmen der hier aufgeworfenen Fragestellung verlangt der Kunde Erfüllung, er wendet sich also nicht gegen den Vertrag mit der Begründung, er habe sich rechtsgeschäftlich nicht entfalten können. Und dass der werbende Anbieter Vertragsnichtigkeit gegenüber den Kunden mit gutem Grund behaupten könnte unter Hinweis auf eine durch den Vertragspartner behinderte rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, ist noch nicht vorgetragen worden und wird – wohl – ernsthaft niemand behaupten.

Was die Hemmung des Erfüllungsanspruchs des Kunden über § 242 BGB anbelangt, so überzeugt der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung deshalb nicht, weil wettbewerbsrechtliche Pflichten keine solchen des Vertragspartners sind und von daher dessen Erfüllungsanspruch nicht behindern können. Darüber hinaus überzeugt es nicht, wenn bei Nichteingreifen der Unwirksamkeitsgründe gem. den §§ 134, 138 Abs. 1 BGB über den Umweg des § 242 BGB ein Erfüllungshindernis begründet werden soll.

## 4. Umfang der wettbewerbsrechtlichen Pflicht zur Unterlassung der Durchführungshandlung bei Vorhandenseins eines vertraglichen Erfüllungsanspruchs

Wettbewerbsrechtliche Durchführungsverbote können sich aus Gesetz, Vertrag oder vollstreckbaren gerichtlichen Entscheidungen auf Unterlassung ergeben.

### 4.1 Umfang der auf Gesetz beruhenden Pflicht zur Unterlassung der Durchführungshandlung

Sind verschiedene Ansprüche mit unterschiedlichen Rechtsfolgen hinsichtlich der Bewertung ein und desselben Verhaltens möglich und daher in den rechtlichen Zusammenhang einzuordnen, wobei dieser rechtliche Zusammenhang verstanden wird als ein nach Haupt und Gliedern geordnetes und feststehendes aber auch geordnetes und bewegliches Ganzes, konkurrieren also verschiedene Ansprüche, ist die Lösung bei Konkurrenz eines vertraglichen Anspruchs mit dem gesetzlichen Anspruch eines Dritten in zweierlei Hinsicht denkbar. Zum einen kann der vertragliche Anspruch verhindern, dass die ohne Konkurrenzfall vorhandene gesetzliche Pflicht durchsetzbar ist vorausgesetzt, der Erfüllungsanspruch entstand vor der Geltendmachung des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass anderenfalls die gesetzliche Unterlassungspflicht auf rechtliche Unmöglichkeit gerichtet wäre. Zum anderen ist es möglich, dass der vertragliche Anspruch ein Vollstreckungshindernis begründet.

Der zweite Weg – rechtliche Unmöglichkeit als Vollstreckungshindernis – wird im öffentlichen Recht beschritten. Regelt danach die Grundverfügung rechtmäßig bzw. rechtskräftig „das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis zwischen der Behörde und dem Adressaten des Verwaltungsakts (werden also) ... allein (dem Adressaten) ... öffentlich-rechtliche Verpflichtungen auferlegt und (ergeht daher der betreffende Verwaltungsakt) ... unbeschadet der privaten Rechte Dritter“,

169) BVerfG NJW 1994, 36 – als kardinale Ausgangsentscheidung.

170) Die beste Darstellung der Rechtsprechung zur gestörten Vertragsparität findet sich in dem Vorlagebeschluss des XI. Zivilsenats, BGH NJW 1999, 2584; weitere Anmerkungen hierzu in meinem Beitrag WRP 2002, 368, 385 Fn. 86.

(so dass der an Dritte gerichtete Verwaltungsakt von dem Dritten) ... nicht angefochten werden kann und zwar selbst dann nicht, wenn die unmittelbare Wirkung des Verwaltungsakts für Dritte ... eine wirtschaftliche Existenzbedrohung begründen kann, ... (können vertragliche) Rechte ... ein gesetzliches Vollzugshindernis für eine zwangsweise Durchsetzung ... des Bescheides dar(-stellen). Erst (...) die ... mögliche Missachtung dieses Vollstreckungsinteresses ... verletzt ... subjektiv-öffentliche Rechte (des Vertragspartner) <sup>171)</sup>.

Dieser zweite Weg ist im vorliegenden Fall (Konkurrenz des wettbewerbsrechtlichen Durchführungsverbots mit dem vertraglichen Erfüllungsanspruch) nicht gangbar. Zum einen ist der wettbewerbsrechtliche Anspruch auf Unterlassung der Durchführung, geltend gemacht durch einen Anspruchsberechtigten gem. § 13 Abs. 2 Ziff. 1 bis 4 UWG (= § 7 Abs. 3 Ziff. 1 bis 4 d.E.) bzw. durch den unmittelbar betroffenen Mitbewerber nicht vergleichbar mit dem öffentlichen Interesse an der uneingeschränkten Geltung des öffentlichen Rechts. Zum anderen kann – und dies ist entscheidend – der zivilrechtliche Anspruch des Dritten auch nachträglich noch durch eine Duldungsanordnung „ausgeräumt“ <sup>172)</sup> werden mit der Folge, dass auf diese Weise sogar das Vollstreckungshindernis beseitigt wird.

Nachdem also das Wettbewerbsrecht Ansprüche nicht im öffentlichen Interesse regelt, es insoweit auch nicht möglich ist, vertragliche Ansprüche „auszuräumen“, scheidet das – gesetzliche – Durchführungsverbot aufgrund rechtlicher Unmöglichkeit dann, wenn aufgrund eines vertraglichen Erfüllungsanspruchs die Durchführungshandlung gefordert wird. Zutreffend insoweit führt das OLG Celle aus: „Denn wenn die Beklagte erst einmal den Bonus in der beanstandeten Weise versprochen hat, ist es ihr rechtlich nicht mehr möglich, dem Kunden die Auszahlung zu verweigern ... Die vom Kläger verlangte Nichtgewährung der angekündigten Geldzuwendung ist ihr (sc: der Beklagten) somit rechtlich unmöglich. Einen Anspruch auf rechtlich unmögliches Verhalten aber gibt es nicht“ <sup>173)</sup>.

Was das rechtliche Entstehen einer rechtlichen Unmöglichkeit betreffend die wettbewerbsrechtliche Pflicht zur Unterlassung einer Durchführungshandlung anbelangt, so ist – auch im Folgenden – zu unterscheiden, ob der diese rechtliche Unmöglichkeit begründende vertragliche Erfüllungsanspruch nach der Werbung entstand oder begründet wurde vermittelt Vertragsangebot des Werbenden.

#### 4.1.1 Vertragsangebot nach Durchführungsverbot

Heißt es: „Montag bis Samstag bis 21.00 Uhr geöffnet – Ihr Event-Center Kaufrausch“ und erscheinen aufgrund dieser Werbung Kunden nach 20.00 Uhr, wobei sie gegenüber solchen Mitarbeitern Einlass begehren, welche die Türen für die das Geschäft verlassenden Kunden geöffnet halten, liegt eine Durchführungshandlung bei entsprechender Einlassgewährung – sowie das Ausgangsbeispiel für die nachfolgenden Fallmöglichkeiten vor.

171) VGH Kassel DVBl 1996, 573 = NVwZ 1996, 330 unter Bezugnahme auf BVerwGE 40, 101, 103.

172) BVerwGE 40, 101, 103.

173) OLG Celle v. 27. 06. 1991 – 13 U 183/90 (s. o. Fn. 55); zum zeitlichen Vorrang in der Zwangsvollstreckung, Knoche/Biersack, NJW 2003, 476 ff.

##### 4.1.1.1 Durchführungshandlung vor Erlass und vor Zustellung einer einstweiligen Verfügung

Erfolgte die Durchführungshandlung in Erfüllung eines vorab geschlossenen, auf Ladenöffnung nach 20.00 Uhr gerichteten Vertrags vor Erlass einer einstweiligen Verfügung <sup>174)</sup> und vor deren Zustellung, geht die gerichtliche Entscheidung inhaltlich nicht zu weit, da sie kein Verhalten regelt, zu welchem sich der Unterlassungsschuldner vertraglich bereits anderweitig verpflichtet hat. Zwar war eine anderweitige Verpflichtung vorhanden, diese ist allerdings wegen Erfüllung erloschen. Betrachtet man darüber hinaus das Fallbeispiel nicht unter dem Blickwinkel konkurrierender Ansprüche, sondern unter dem Gesichtspunkt des Vorhandenseins von Vollstreckungsvoraussetzungen gilt, dass eine Durchführungshandlung vor Titelzustellung nicht den vollstreckbaren Titel berührt.

##### 4.1.1.2 Durchführungshandlung nach Erlass der einstweiligen Verfügung, aber vor deren Zustellung

Die Beantwortung der Frage, ob ein einschränkungsloser Unterlassungstenor zu weit geht, welcher eine auf vertragliche Grundlage vollzogene Durchführungshandlung verbietet, hängt ab von der Klärung der Voraussetzung, ob der Anspruch des Letztverbrauchers auf Ladenöffnung nach 20.00 Uhr gegenüber dem Unterlassungsschuldner vor Erlass der einstweiligen Verfügung begründet wurde oder danach.

War z. B. einem Letztverbraucher nach Erscheinen der Werbung versprochen worden, er könne die bestellte Ware „auf jeden Fall“ abholen aber auch neue Ware erwerben am Folgetag im Zuge der Exklusiv-Ladenöffnung zwischen 20.00 Uhr und 21.00 Uhr, und ergab diese Zusage im Übrigen nicht nur einen vertraglichen Anspruch des Letztverbrauchers auf Betreten der Geschäftsräume nach 20.00 Uhr, sondern kam es zu dieser Vereinbarung vor Erlass der einstweiligen Verfügung auf Unterlassung der Ladenöffnung nach 20.00 Uhr, geht das gerichtliche Verbot zu weit. Nachdem die Durchführungshandlung allerdings vor Zustellung der einstweiligen Verfügung erfolgte, das Verbot in dem Umfang in welchem es zu weit geht, sich nicht auswirken kann, sind Widerspruch oder Berufung wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses unzulässig. Das Rechtsmittelziel – Aufhebung der Entscheidung insoweit, als es auch künftig zulässig ist, zur Verwirklichung des zwischenzeitlich erfüllten vertraglichen Anspruchs auf Ladenöffnung das Geschäft erlaubtermaßen geöffnet zu halten – kann mit Hilfe von Widerspruch oder Berufung nicht erreicht werden. Und eine negative Feststellungsklage aus dem Gedanken heraus, es drohe Wiederholungsgefahr durch die Person des Unterlassungsgläubigers, scheidet deshalb aus, weil die zu weite Urteilsfassung sich jedenfalls nicht auswirken kann. Darüber hinaus würde diese negative Feststellungsklage zusätzlich voraussetzen das erneute Vorhandensein eines entsprechenden vertraglichen Anspruchs auf Ladenöffnung nach 20.00 Uhr, welchen der Unterlassungsgläubi-

174) Dass Hauptsacheentscheidungen mit Verkündung und Zustellung bereits vollstreckbar sind, spielt in der Praxis nur bei fehlender Rechtsmittelbarkeit eine Rolle, ist also – im Wettbewerbsprozess – selten und wird daher auch aus Gründen der stofflichen Begrenzung als Unterscheidungsmöglichkeit vernachlässigt.

ger erneut (Wiederholungsgefahr) zu Fall zu bringen versucht. Entsprechende Voraussetzungen in tatsächlicher Hinsicht dürften allerdings kaum vorliegen. Auch eine Rechtsmitteleinlegung (welcher Art auch immer) nebst anschließender Erledigungserklärung eignet nicht, auch wenn beachtet werden muss, dass die Rechtshängigkeit im Verfügungsverfahren bereits mit Antragseinreichung<sup>175)</sup> und nicht erst mit Zustellung begründet wird, so dass die Erledigung (die Durchführungshandlung) nach Rechtshängigkeit eintrat. Die Erledigungserklärung eignet deshalb nicht, weil eine vorausgehende Rechtsmitteleinlegung unzulässig ist bzw. wäre.

Vollstreckungsrechtlich gilt, dass erneut eine Durchführungshandlung vor Titelaufhebung den vollstreckbaren Titel berührt. War der Anspruch des Letztverbrauchers auf Ladenöffnung später als 20.00 Uhr gegenüber dem Unterlassungsschuldner nach Erlass der einstweiligen Verfügung begründet worden und erfolgte die Durchführungshandlung in Erfüllung dieses vertraglichen Anspruchs vor der Zustellung der einstweiligen Verfügung, geht auch in diesem Fall der Verbotstenor zu weit. In dieser Lage kennt allerdings der Unterlassungsgläubiger den entgegenstehenden vertraglichen Anspruch des Letztverbrauchers auf Ladenöffnung später als 20.00 Uhr nicht. Im übrigen bleibt es bei dem vorstehend dargelegten Ergebnis: Rechtsmittel scheiden als unzulässig aus, vollstreckungsrechtlich berührt die Durchführungshandlung vor Titelaufhebung den vollstreckbaren Titel nicht.

#### 4.1.1.3 Durchführungshandlung nach Erlass und nach Zustellung der einstweiligen Verfügung bei einem der Werbung nachfolgenden Vertragsschluss

War der Anspruch des Letztverbrauchers auf Ladenöffnung später als 20.00 Uhr vor Erlass der einstweiligen Verfügung und nach der Werbung durch Vertragsangebot des Kunden bzw. Vertragsangebot des Anbieters nebst wechselseitiger Annahmeerklärung begründet worden, geht eine gerichtliche Entscheidung, gerichtet auf die Unterlassung der Ladenöffnung nach 20.00 Uhr, zu weit. Legt der Unterlassungsschuldner Widerspruch oder Berufung gegen die im Eilverfahren ergangene gerichtliche Entscheidung ein, spricht viel für die Annahme, dass im Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsmittel der vertragliche Anspruch auf Ladenöffnung erfüllt, die Durchführungshandlung mithin geschehen ist. Die Parteien werden daher die Angelegenheit für erledigt erklären. Dem Unterlassungsschuldner sind die Kosten gem. § 93 a ZPO nach billigem Ermessen aufzuerlegen, sofern der Unterlassungsgläubiger von dem entgegenstehenden vertraglichen Anspruch des Letztverbrauchers auf Ladenöffnung später als 20.00 Uhr nichts wissen konnte. Denn der Unterlassungsschuldner hätte nach Abmahnung<sup>176)</sup> die Gele-

genheit und die Pflicht<sup>177)</sup> gehabt, den Unterlassungsgläubiger auf den vorhanden vertraglichen Erfüllungsanspruch hinzuweisen. Konnte der Unterlassungsgläubiger den vertraglichen Anspruch bzw. musste er von diesem Kenntnis haben, treffen ihn die Kosten.

Ist die Durchführungshandlung – noch – nicht im Zeitpunkt der Entscheidung über das Rechtsmittel vollzogen, muss die Ausgangsentscheidung insoweit aufgehoben werden, als in den Tenor aufzunehmen ist: „... es sei denn, die Ladenöffnung erfolgt aufgrund entsprechenden Anspruchs des letzten Verbrauchers vorausgesetzt, dieser Anspruch wurde vor Erlass der einstweiligen Verfügung vom ... begründet“. Der Unterlassungsgläubiger bekommt die Kosten insoweit, also teilweise, auch dann auferlegt, wenn er von diesem vertraglichen Anspruch nichts wissen konnte. Er hat allerdings die Möglichkeit, diese Kosten als materiell-rechtlichen Schaden aus dem Gesichtspunkt des Verzugs wegen verspäteter Aufklärung ersetzt zu verlangen<sup>178)</sup>.

Vollstreckungsrechtlich gilt, dass ohne – teilweise – Titelaufhebung eine Entscheidung auf Verhängung eines Ordnungsmittels nicht mehr berichtigt werden kann, denn die Verletzungshandlung erfolgte nach Zustellung des Unterlassungstitels. Würde Beschwerde gegen das Ordnungsmittel eingelegt mit der – zutreffenden – Begründung, der Verbotstenor sei zu weit gefasst, bedeutete dies das Vorbringen eines unbeachtlichen Einwandes. Denn im Ordnungsmittelverfahren geht es nicht um den Gesetzes- sondern um den Titelverstoß. Eine Verletzungshandlung allerdings liegt vor. Solange Rechtsmittel eingelegt ist, wird über den Ordnungsmittelantrag – es entscheidet das selbe Gericht, welches die einstweilige Verfügung erlassen hat<sup>179)</sup> – kaum vor Ergehen der zweiten Entscheidung ein Beschluss verkündet worden sein. Im übrigen befindet man sich insoweit nicht im Eilverfahren, hinsichtlich der Verletzungshandlungen genügt daher auch nicht die Glaubhaftmachung, erforderlich ist der Beweisantritt durch Strengbeweis<sup>180)</sup>.

Was den Anspruch des Letztverbrauchers auf Ladenöffnung später als 20.00 Uhr, begründet nach Erlass der einstweiligen Verfügung, anbelangt, geht auch insoweit der Verbotstenor zu weit. Den Anspruch des Letztverbrauchers kennt der Unterlassungsgläubiger nicht. Er kann daher die im Zuge des Rechtsmittelverfahrens entstehenden, ihm auferlegten Kosten aus dem Gesichtspunkt des Verzugs ersetzt verlangen es sei denn, er muss sich den Einwand des Mitverschuldens gem. § 254 BGB gefallen lassen, weil mit der Entstehung des vertraglichen Anspruchs des Letztverbrauchers zu rechnen war.

Vollstreckungsrechtlich gilt erneut: Ohne Titelaufhebung bleibt es dabei, dass ein Ordnungsmittel zu verhängen ist.

Was schließlich den Anspruch des Letztverbrauchers auf Ladenöffnung später als 20.00 Uhr, begründet nach Zu-

175) Bernecke, Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen, 1995, Rz. 91 m. w. N.

176) In heutigen Zeiten der Erreichbarkeit mittels Fax, Internet, Email oder Fernsprecher wird man die Pflicht zur vorherigen Abmahnung bejahen müssen. Dies schließt es nicht aus, in Einzelfällen zeitlich äußerst kurze Fristen als ausreichend anzusehen. Zur Entbehrlichkeit bzw. Unentbehrlichkeit der Abmahnung *Teplitzky*, Kap 41, Rz 28 ff.; KG WRP 2003, 101. Zum Lauf von Fristen, *Kreit*, in: GroßK UWG, Abschn C vor § 13, Rz 25 ff; *Baumbach/Hefermehl*, Einl. UWG Rz 532 (535).

177) Ein Wettbewerbsverstoß im übrigen lag ja vor. Zum Vorhandensein eines Wettbewerbsverstoßes als Voraussetzung für das Entstehen einer Aufklärungspflicht BGH WRP 1986, 672 = GRUR 1987, 54 – „Aufklärungspflicht des Abgemahnten“; BGH WRP 1995, 300 = GRUR 1995, 167 – „Kosten bei unbegründeter Abmahnung“; *Teplitzky* Kap. 41, Rz. 55 ff.

178) BGH NJW 1990, 2060.

179) *Pagenberg* GRUR 1976, 78, 85.

180) Zutreffend allerdings OLG Hamm WRP 2000, 413: Die vorgelegte eidesstattliche Versicherung kann im Zuge des Urkundsbeweises verwertbar sein.



stellung der einstweiligen Verfügung anbelangt, so ist eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung einer Ladenöffnung nach 20.00 Uhr zu weitgehend. Rechtsmittel sind allerdings unbegründet, da der Beschluss/das Urteil im Entscheidungszeitpunkt rechtmäßig war. Was die spätere Entscheidung eines Rechtsmittelgerichts anbelangt, so liegt eine veränderte Rechtslage im Entscheidungszeitpunkt nicht vor. Entscheidend ist, ob das Unterlassungsbegehren des Unterlassungsgläubigers vorher aufgrund des Vertragschlusses mit einem oder mehreren Werbeadressaten eingeschränkt worden war. Dies ist hier aufgrund der in der Gliederungsüberschrift enthaltenen Voraussetzungen zu verneinen. Vollstreckungsrechtlich gilt, dass die Verhängung eines Ordnungsmittels auch nachträglich nicht berücksichtigungsfähig ist, da eine Titelaufhebung bzw. -einschränkung ausscheidet.

#### 4.1.1.4 Durchführungshandlung nach Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung

Wurde der Anspruch des Letztverbrauchers auf Ladenöffnung später als 20.00 Uhr vor dem einschränkungslosen, auf Unterlassungsvertrag beruhendem Anspruch des Unterlassungsgläubigers, welcher gerichtet ist auf Unterlassung der Durchführung der Ladenöffnung später als 20.00 Uhr, begründet, geht der vertragliche Anspruch des Unterlassungsgläubigers zu weit. Die Berufung des Unterlassungsschuldners auf rechtliche Unmöglichkeit ist aber deshalb ohne Erfolg, weil keine der bekannten Möglichkeiten zur Berichtigung eines Unterlassungsvertrages in Betracht kommt: die – nur für die Zukunft wirkende – Kündigung aus wichtigem Grund<sup>181)</sup> scheidet mangels Entstehung eines wichtigen Grundes nach Abschluss des Unterlassungsvertrages aus. Eine Kündigung des Unterlassungsvertrages mit Wirkung ex nunc ist des weiteren grundsätzlich möglich aufgrund Wegfalls der Geschäftsgrundlage<sup>182)</sup>. Erneut fehlt es allerdings an der nachträglichen Entstehung eines Umstandes, der aufgrund Treu und Glauben zu berücksichtigen und damit die Kündigung zu rechtfertigen geeignet wäre. Deutlich wird also auch hier, dass für die Beseitigung des Unterlassungsvertrages aufgrund des Wegfalls der GG kaum ein eigener Anwendungsbereich in Betracht kommt eingedenk des erwähnten Erfordernisses eine Kündigungserklärung und der regelmäßig geringeren Anforderungen im Rahmen der Kündigung aus wichtigem Grund gegenüber solchen Umständen, die als Geschäftsgrundlage in Betracht kommen. Bei einer offensichtlichen Gesetzesänderung kann drittens die Berufung auf einen Unterlassungsvertrag rechtsmissbräuchlich sein<sup>183)</sup>. Dem gegenüber ist die Berufung auf den zweiten vertraglichen Anspruch nicht rechtsmissbräuchlich allzumal der Unterlassungsschuldner es in der Hand gehabt hätte, durch rechtzeitige Einschränkung den gewünschten Handlungsspielraum sich offen zu halten („... es sei denn, die Ladenöffnung erfolgt aufgrund entsprechenden Anspruchs des letzten Verbrauchers vorausgesetzt, dieser Anspruch wurde vor Abschluss dieses Unterlassungsverpflichtungsvertrages begründet“).

181) BGHZ 133, 316 = WRP 1997, 312 – „Altunterwerfung I“ (s. o. Fn. 90); BGHZ 133, 331 = WRP 1997, 318 – „Altunterwerfung II“ (s. o. Fn. 90).

182) BGH WRP 1997, 312 – „Altunterwerfung I“ und BGH WRP 1997, 318 – „Altunterwerfung II“.

183) BGH WRP 1997, 312, 318 – „Altunterwerfung I“.

Was die Verwirkung der Vertragsstrafe anbelangt, so kommt es – erneut – nicht auf den Gesetzes-, sondern auf den Vertragsverstoß – der Unterlassungsvertrag stellt ein abstraktes Schuldanerkenntnis dar<sup>184)</sup> – an. Da weder der Unterlassungsvertrag noch die Vertragsstrafenvereinbarung zu berichtigen sind, kann die Verwirkung der Vertragsstrafe nachträglich nicht rückgängig gemacht werden.

Wurde der Anspruch des Letztverbrauchers auf Ladenöffnung später als 20.00 Uhr nach dem Anspruch des Unterlassungsgläubigers auf Unterlassung der Durchführung der Ladenöffnung später als 20.00 Uhr begründet, geht der erste vertragliche Anspruch des Unterlassungsgläubigers auf künftige Unterlassung der Durchführung zu weit. Die Berufung des Unterlassungsschuldners auf rechtliche Unmöglichkeit ist aber deshalb ohne Erfolg, weil die nachträgliche Begründung eines vertraglichen Anspruchs des Letztverbrauchers auf Ladenöffnung später als 20.00 Uhr keinen wichtigen Grund darstellt, an dem Unterlassungsvertrag mit dem Unterlassungsgläubiger nicht mehr festhalten zu müssen. Schlauheiten hätte der Unterlassungsschuldner sich schon früher überlegen müssen. Hauptpunkt einer Schlauheit ist das nachstehend unter Ziff. 4.1.2 – und in diesem Beitrag im Übrigen – erörterte Vertragsangebot des Werbenden. Keine Schlauheit ist der Versuch, sich gegenüber dem Unterlassungsgläubiger allgemein vorzubehalten, hinsichtlich des Durchführungsverbot nicht gebunden zu sein, sofern zu Gunsten von Letztverbrauchern nach Abschluss des Unterlassungsvertrages künftige vertragliche Ansprüche auf Ladenöffnung nach 20.00 Uhr begründet werden. Dies deshalb, weil eine entsprechende Anspruchsgrundlage zu Gunsten des Unterlassungsschuldners insoweit nicht ersichtlich ist. Nimmt der Unterlassungsschuldner – vorab – eine entsprechende Einschränkung vor, ist die Wiederholungsgefahr insgesamt<sup>185)</sup> nicht entfallen, der Gegenmeinung von Teplitzky<sup>186)</sup> ist – ausnahmsweise – nicht zu folgen. Zum einen verhält sich nämlich der Unterlassungsschuldner insgesamt widersprüchlich. Zum anderen kommt es ganz allgemein zu kaum überwindbaren Schwierigkeiten bei der Antragsfassung, wenn etwa eine den Kern betreffende Unterlassungserklärung abgegeben wird unter ausdrücklichen Ausschluss betreffend kerngleiche Verletzungshandlungen. Hierzu an anderer Stelle mehr.

#### 4.1.2 Umfang der auf Gesetz beruhenden Pflicht zur Unterlassung der Durchführungshandlung bei einem zugleich in der Werbung verlautbarten Vertragsangebot

Heißt es:

„Montag bis Samstag bis 21.00 Uhr geöffnet. Mit Ihrem Erscheinen ab 20.00 Uhr vor unserem Geschäft haben

184) BGH WRP 1995, 820 „kurze Verjährungsfrist“ (s. o. Fn. 88 m. w. N.).

185) Ausdrücklich OLG Hamm v. 10. 09. 1998 – 4 U 107/98 unter Bezugnahme auf OLG Hamm NJWE-WettbR 1999, 90: „Ein solches Verbotshandeln hat einen unzulässigen Inhalt, in dem ... letztlich ... ein abstraktes Verbot ohne Kern begehrt wird“. Mit dieser Begründung gehe ich allerdings – wie aus dem Fließtext ersichtlich – nicht einig.

186) Teplitzky, Kap. 8, Rz. 16 b, 16 c; ferner *Schulze-Süchting* in: Großkommentar zum UWG, § 25 D Rz. 134 und *Deutsch*, in: Pastor/Ahrens, Kap. 5, Rz. 7.

Sie uns bereits gefordert. Ihnen ist die Nachtöffnung damit schon sicher. Ihr Event-Center Kaufrusch“,

und erscheinen aufgrund dieser Werbung Kunden nach 20.00 Uhr mit dem Begehren um Einlassgewährung, liegt bei Vertragserfüllung eine Durchführungshandlung – sowie das Ausgangsbeispiel für die nachfolgenden Fallmöglichkeiten vor.

#### *4.1.2.1 Durchführungshandlung vor Erlass und vor Zustellung einer einstweiligen Verfügung*

Eine Ladenöffnung in Erfüllung eines entsprechenden vertraglichen Anspruchs vor Erlass und vor Zustellung einer einstweiligen Verfügung, mit der die Ladenöffnung nach 20.00 Uhr gegenständlich verboten wird, berührt diese nachfolgende gerichtliche Entscheidung nicht. Der Umfang dieses gerichtlichen Verbots kann gegenüber dem ursprünglich vorhandenen vertraglichen Anspruch nicht zu weitgehend sein, da der vertragliche Anspruch durch Erfüllung erloschen ist. Vollstreckungsrechtlich gilt, dass die vorausgehende Durchführungshandlung das mit Zustellung wirksam werdende gerichtliche Verbot – gleichfalls – nicht berühren kann, ein Ordnungsgeldantrag wäre mangels nachträglicher Verletzungshandlung unbegründet.

#### *4.1.2.2 Durchführungshandlung nach Erlass einer einstweiligen Verfügung, aber vor deren Zustellung*

Erfolgt die Ladenöffnung später als 20.00 Uhr aufgrund Erscheinens von Kunden, die sich auf das in der Werbung verlautbarte Angebot beziehen, wobei zuvor eine uneingeschränkte einstweilige Verfügung auf Unterlassung der Ladenöffnung nach 20.00 Uhr ergangen war, wurde allerdings diese einstweilige Verfügung nach Ladenöffnung zugestellt, geht der einschränkungslose Verbotstenor zu weit. Ein Rechtsmittel (Widerspruch; Berufung) ist allerdings unzulässig, da das Verbot in dem Umfang, in welchem es zu weit geht, sich nicht auswirken kann (s. o. Ziff. 4.1.1.2). Vollstreckungsrechtlich berührt die vorausgehende Durchführungshandlung den später zugestellten, vollstreckbaren Titel nicht.

#### *4.1.2.3 Durchführungshandlung nach Erlass und nach Zustellung einer einstweiligen Verfügung*

Auf Rechtsmittel (Widerspruch; Berufung) hin ist die einstweilige Verfügung insoweit aufzuheben, als jene nicht die Einschränkung enthält: „... es sei denn, die Ladenöffnung erfolgt aufgrund entsprechenden Anspruchs des letzten Verbrauchers, begründet durch das in der Werbung zugleich enthaltene Angebot“. Diese Einschränkung hätte der Unterlassungsgläubiger – auch – deshalb bereits im Zuge der Fassung seines Unterlassungsantrags vornehmen können und müssen, weil das in der Werbung enthaltene Vertragsangebot allgemein erkennbar war und damit gerechnet werden musste, dass Letztverbraucher durch Berufung auf dieses Angebot einen Vertragsabschluss herbeiführen und damit ihren Anspruch auf Ladenöffnung nach 20.00 Uhr begründen. Ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sich Durchführungshandlungen in Erfüllung eines vertraglichen Anspruchs, welcher begründet ist durch ein in der Werbung enthaltenes Vertragsangebot, ereignen

nach Zustellung der einstweiligen Verfügung bzw. sich sogar ereignen nach Rechtsmitteleinlegung gegen diese zu weitgehende, auf einschränkungslose Unterlassung der Durchführungshandlung gerichtete einstweilige Verfügung, hängt ab vom verwendeten werblichen Medium. Tageszeitungen einerseits (mit einer Werbewirksamkeit von bis zu 5 Tagen) sowie die jährlich erscheinenden Gelben Seiten andererseits bilden die Eckpunkte entsprechender Möglichkeiten. Dies bedeutet gleichzeitig, dass die Bindung an den in der Werbung verlautbarten Antrag solange wie die Werbewirksamkeit des Mediums selbst dauert es sei denn, besondere Umstände führen zu einem anderen Ergebnis.

Vollstreckungsrechtlich gilt, dass ein Ordnungsmittel zu verhängen ist, solange der einschränkungslose Titel die Grundlage für einen entsprechenden Antrag bildet.

#### *4.1.2.4 Durchführungshandlung nach Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung*

Hat der Letztverbraucher das Vertragsangebot des Werbenden auf Ladenöffnung später als 20.00 Uhr vor Abschluss des zwischen dem Unterlassungsschuldner und dem Unterlassungsgläubiger geltenden Unterlassungsvertrages angenommen, kann es nicht mehr zu einer dem Unterlassungsvertrag nachfolgenden Durchführungshandlung, welche als Erfüllung des zugleich in der Werbung begründeten vertraglichen Anspruchs anzusehen ist, kommen. Denn das in der Werbung zugleich verlautbarte Angebot setzt die Annahme dieses Angebots durch Inanspruchnahme voraus, so dass zwischen Vertragsschluss und Vertragserfüllung keine Zeitspanne entstehen kann.

Hat der Letztverbraucher das Vertragsangebot des Werbenden auf Ladenöffnung später als 20.00 Uhr nach Abschluss eines einschränkungslosen, zwischen dem Unterlassungsschuldner und dem Unterlassungsgläubiger zustande gekommenen Unterlassungsvertrages angenommen, geht der Unterlassungsvertrag zu weit. Nachdem es der Unterlassungsschuldner allerdings versäumt hatte, für die Einschränkung des Unterlassungsvertrages zu sorgen, ist er an die zu weitgehende Unterlassungsverpflichtung gebunden.

Was die Verwirkung der Vertragsstrafe anbelangt, so bleibt es bei dieser. Der Einwand der rechtlichen Unmöglichkeit ist nicht im Rahmen der Verwirkung der Vertragsstrafe, sondern allein im Rahmen der Begründung der vertraglichen Pflicht zur Unterlassung bedeutungsvoll.

## **4.2 Umfang der auf Vertrag beruhenden Pflicht zur Unterlassung**

Der Unterlassungsvertrag hat anders als das Gesetz nicht zum Inhalt, abstrakt-hypothetische Regeln für künftige, auf eine unbestimmte Vielzahl von Fällen beziehbare Verhaltensweisen aufzuweisen, gerichtet an einen generellen Personenkreis. Der Unterlassungsvertrag regelt konkret hypothetische Verhaltensweisen allein für den Vertragspartner. Bezüge sich der Unterlassungsvertrag nicht auf konkrete Verhaltensweisen, wäre er unbestimmt und daher ohne Bindungswirkung im Rechtssinn.

Darüber hinaus stellt der Unterlassungsvertrag ein abstraktes Schuldanerkenntnis dar<sup>187)</sup>. Auf Art und Umfang des Vorhandenseins eines gesetzlichen Wettbewerbsverbots kommt es nicht an.

Diese Rechtsnatur weist der Unterlassungsvertrag deshalb auf, weil anderenfalls dessen Aufgabe, die Auseinandersetzung vorgerichtlich beizulegen, nicht erfüllbar wäre. Diese Rechtsnatur weist der Unterlassungsvertrag ferner in Hinblick auf seine Titelähnlichkeit auf: es kommt für die Bestrafung nicht auf den Gesetzesverstoß, sondern auf den Titelverstoß, den Verstoß gegen die konkrete Handlungsregelung an. Für den Gegenstand der Erörterung hier – Einwand der rechtlichen Unmöglichkeit gegenüber dem wettbewerbsrechtlichen Verlangen des Unterlassungsgläubigers auf Unterlassung der Durchführungshandlung wegen Erfüllungsverlangens des Vertragspartners als Ergebnis einer mit jenem und dem Unterlassungsschuldner vor Zustandekommen des Unterlassungsvertrages geschlossenen Vertrages – ergibt die Rechtsnatur des Unterlassungsvertrages zwei schon angesprochene Folgerungen: zum einen kommt es nicht darauf an, ob der das Erfüllungsverlangen begründende Vertrag zwischen dem Unterlassungsschuldner und dem Letztverbraucher als Bestandteil ein zugleich in der Werbung vorhandenes Vertragsangebot des Werbenden oder ein der Werbung nachfolgendes Vertragsangebot des Kunden bzw. des Werbenden aufweist. Hat sich der Unterlassungsschuldner einschränkungslos vertraglich zur Unterlassung der Durchführungshandlung verpflichtet, stellt jede Durchführungshandlung nach Abschluss des Unterlassungsvertrages einen Vertragsverstoß dar unabhängig davon, ob ein Erfüllungsanspruch des Letztverbrauchers besteht oder nicht. Darüber hinaus wird durch diesen Verstoß zugleich die Vertragsstrafe verwirkt. Der Gegenstand der Erörterung hier ist allerdings insoweit bedeutsam, als es der Unterlassungsschuldner in der Hand hat, sich vertraglich nur eingeschränkt zu unterwerfen. Dabei ermöglicht ihm das zugleich in der Werbung verlautbarte Vertragsangebot ganz erheblich weitergehende Möglichkeiten, die vertraglichen Unterlassungspflichten einzuschränken, als dies der Fall ist aufgrund außerhalb und nach der Werbung begründeter Vertragsansprüche zu Gunsten des Letztverbrauchers.

Zum zweiten besteht der Unterlassungsvertrag unabhängig davon, ob er über das durch Gesetz verlangte hinausgeht, ob er den Gegenstand der Unzulässigkeit verfehlt bzw. ob er gar zulässiges Verhalten verbietet. Möglichkeiten der Aufhebung des Unterlassungsvertrages wurden bislang in Hinblick auf durch Gesetzes- oder Rechtsprechungsänderung fehlerhaft gewordene Unterlassungsverträge erörtert. Ursprünglich fehlerhafte Unterlassungsverträge dürfen allein kartellrechtlich bedeutsam – und bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen insoweit – unzulässig sein. Auch in Hinblick auf die Fehlerunabhängigkeit von Unterlassungsverträgen gilt: hat sich der Unterlassungsschuldner – zumindest – lediglich eingeschränkt unterworfen, weil das zugleich in der Werbung vorhandene Vertragsangebot vom Letztverbraucher nur noch angenommen werden muss, ist ein erheblich weitergehender Durchführungsspielraum trotz wettbewerbsrechtlichen Durchführungs-

verbot eröffnet, als bei allen anderen Gestaltungsmöglichkeiten sonst. Dass der Einwand der rechtlichen Unmöglichkeit aufgrund vorausgegangenem Vertragschlusses mit dem Letztverbraucher zu einer Einschränkung des wettbewerbsrechtlichen Anspruchs des Gläubigers auf Unterlassung der Durchführungshandlung und damit zur Nichtdurchsetzbarkeit des auf Gesetz beruhenden wettbewerbsrechtlichen Durchführungsverbots führt, wird besonders deutlich im Rahmen der Berechtigung zur Einschränkung des Unterlassungsvertrages, ist mithin nicht so deutlich im Rahmen der Berechtigung eines Unterlassungstitels. Dieser Unterschied ergibt sich mit Blick auf die Frage, wem ein verhängtes Ordnungsmittel/eine verwirkte Vertragsstrafe zusteht. Wäre der Unterlassungsschuldner nicht berechtigt, eine Einschränkung des Unterlassungsvertrages vorzunehmen, hätte der Unterlassungsgläubiger die Möglichkeit, nach Abschluss des Unterlassungsvertrages Erfüllung – als Letztverbraucher – zu verlangen. Sodann könnte der Unterlassungsgläubiger als Wettbewerber oder als sonstiger nach § 13 Abs. 2 Ziff. 1 bis 4 UWG bzw. nach § 7 Abs. 2 Ziff. 1 bis 4 d.E. Anspruchsberechtigter wegen Zuwiderhandlung gegen den Unterlassungsvertrag zusätzlich die Vertragsstrafe verlangen. Dass solches nicht richtig sein kann, liegt auf der Hand.

#### 4.3 Umfang der auf einem Titel beruhenden Pflicht zur Unterlassung

Titel stellen keine Anspruchsgrundlage für die Verpflichtung dar, künftig Handlungen zu unterlassen. Der Titelgläubiger kann – anders als beim Unterlassungsvertrag – nicht aus dem Titel heraus auf Unterlassungsklagen. Titel stellen allerdings eine Anspruchsgrundlage dar, wenn es um die Verhängung eines Ordnungsmittels wegen Zuwiderhandlung geht (wortgleich mit den Ausführungen oben zu Ziff. 2.3.1).

Für den Einwand der rechtlichen Unmöglichkeit aufgrund eines vor Titelausstellung mit dem Verbraucher geschlossenen Vertrages bedeutet dies, dass diesem Einwand der Unterlassungsschuldner durch Rechtsmittel Geltung verschaffen muss, sofern der Verbotstenor zu weit reicht. Anderenfalls besteht die Gefahr der Verhängung von Ordnungsmitteln unabhängig davon, ob das gesetzliche Durchführungsverbot aufgrund des Einwands der rechtlichen Unmöglichkeit nicht durchsetzbar gewesen wäre oder nicht. Die Nichtbegründetheit des Titels kann also nicht eingewandt werden, etwas anderes gilt in Hinblick auf den Einwand des Fehlens von Titelvoraussetzungen. Deren Vorhandensein ist gleichfalls Vollstreckungsvoraussetzung, wie zahlreiche Auseinandersetzungen in Hinblick auf fehlerhafte Titelausstellungen bzw. die Unbestimmtheit des Antrags – als wichtigste und häufigste fehlende Titelvoraussetzungen – beweisen. Weitere Einzelheiten zu Rechtsmittelmöglichkeiten gegenüber dem Hauptfall gerichtlicher Gestaltungsmöglichkeiten, mithin gegenüber einstweiligen Verfügungen, ergeben sich vorstehend zu Ziff. 4.1.1.3.

#### 4.4 Zwischenergebnis zu Ziff. 4

Der einen wettbewerbsrechtlichen Anspruch auf Unterlassung der Durchführungshandlung vorausgehende inhaltsgleiche vertragliche Erfüllungsanspruch eröffnet

187) BGH WRP 1995, 820 – „Kurze Verjährungsfrist“ (s. o. Fn. 88).

dem Anbieter von Waren oder Dienstleistungen die Möglichkeit, aufgrund ansonsten eintretender rechtlicher Unmöglichkeit vermittels eingeschränktem Unterlassungsvertrag die Wiederholungsfahrgefahr auszüräumen bzw. auf Rechtsmittel hin die gerichtliche Entscheidung insoweit zu berichtigen, als ein einschränkungsloses Durchführungsverbot ausgesprochen worden war. Dabei muss der vertragliche Erfüllungsanspruch des Letztverbrauchers noch nicht geltend gemacht worden sein, das Vorhandensein eines vorausgehenden vertraglichen Anspruchs auf Erfüllung genügt es sei denn, das Ausbleiben des Erfüllungsverlangens steht fest.

Was die Möglichkeit der Begründung eines vorangehenden vertraglichen Anspruchs des Letztverbrauchers auf Erfüllung als direktem Gegensatz zum wettbewerbsrechtlichen Anspruch des Unterlassungsgläubigers auf Unterlassung der Durchführungshandlung anbelangt, so ermöglicht das in der Werbung zugleich verlautbarte Vertragsangebot gem. § 145 BGB die entscheidend weiterreichenden Handlungsspielräume des Anbieters. Die wettbewerbswidrige Durchführungshandlung kann ohne Ordnungsmittel bzw. Vertragsstrafe gegenüber sämtlichen Letztverbrauchern durchgeführt werden, die sich auf die Werbung nebst Angebot beziehen.

Dem gegenüber ist die Begründung eines vertraglichen Anspruchs zu Gunsten des Letztverbrauchers nach Werbung und vor Abschluss eines Unterlassungsvertrages bzw. nach Werbung und vor Zustellung eines – vollstreckbaren – Titels aufwendig, Unternehmungen dieser Art erreichen bei einem betriebswirtschaftlich betrachtet noch so unvernünftigen Aufwand nicht diejenige Anzahl von Letztverbrauchern, wie dies aufgrund eines zugleich in der Werbung verlautbarten Angebots möglich ist.

## 5. Erfolgreiche Vertragserfüllung, Unterlassung und Schadensersatz

Wie dargetan steht dem Erfüllungsanspruch des Kunden das wettbewerbsrechtliche Durchführungsverbot nicht entgegen. Es ist auf dieses Ergebnis ohne Einfluss, dass der Wettbewerbsverletzer durch sein in der Werbung zugleich verlautbartes Angebot den Vertrag auf den Weg gebracht hat. Der wirksame Vertrag bleibt wirksamer Vertrag. Es bedeutet kein gegen Treu und Glauben gem. § 242 BGB verstoßendes Verhalten des Anbieters, unter Verletzung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften ein dem Kunden günstiges Angebot verlautbart zu haben. Es bedeutet kein gegen Treu und Glauben gem. § 242 BGB verstoßendes Verhalten des Kunden, dieses Angebot zu nutzen. Die weiteren Vertragsunwirksamkeitsgründe gem. §§ 134, 138 Abs. 1 BGB sind durch den hier entfalteten Vorschlag nicht berührt oder gar beeinträchtigt.

Der gesetzliche Wettbewerbsverstoß wird durch Erfüllungshandlungen des Anbieters als Folge des Erfüllungsverlangens des Kunden nicht beseitigt. Gegen die Titulierung eines uneingeschränkten Durchführungsverbots kann sich der Anbieter allerdings mit dem Einwand zur Wehr setzen, soweit ihm das begehrte Durchführungsverbot die Erfüllung bereits abgeschlossener Verträge verböte, verlange man von ihm rechtlich Un-

mögliches. Rechtliche Unmöglichkeit aber verpflichtet nicht. Ein Unterlassungsantrag ist also nur begründet, wenn er die Einschränkung enthält: „... es sei denn, die Durchführung der so beworbenen Maßnahme ist Folge eines Erfüllungsverlangens des Werbeadressaten vorausgesetzt, dieser Anspruch wurde vor Erlass des vollstreckbaren Unterlassungstitels / vor Abschluss des Unterlassungsverpflichtungsvertrages begründet“ (bzw. „...ist Folge eines Erfüllungsverlangens des Werbeadressaten, begründet durch das in der Werbung zugleich enthaltene Angebot“).

Gegen das Verlangen der Abgabe einer uneingeschränkten Unterlassungserklärung gelten dieselben Erwägungen, wie sie der Titulierung eines uneingeschränkten Durchführungsverbots entgegenstehen.

Ebensowenig, wie der gesetzliche Unterlassungsanspruch durch den vertraglichen Erfüllungsanspruch verändert wird, kommt es zu einer Änderung der Pflicht zur Zahlung von Schadensersatz. Nachdem der Pflicht zur Zahlung von Schadensersatz nicht der Einwand der rechtlichen Unmöglichkeit als Folge des Erfüllungsverlangens entgegengesetzt werden kann – Schadensersatz muss ebenso gezahlt werden wie der Vertrag des Kunden zu erfüllen ist –, scheint der hier erarbeitete Vorschlag erheblich entwertet.

Dem steht nach derzeit geltendem Recht gegenüber, dass Verurteilungen auf Auskunftserteilung zur Vorbereitung eines bezifferten Schadensersatzanspruchs vielfach sind und zumindest im Wettbewerbsrecht in direktem Gegensatz zur Verurteilung von Zahlung auf Schadensersatz stehen, da die eigenen Vermögenseinbußen schwer darzulegen sind.

Dieser Einwand der kaum bestehenden Möglichkeit, den eigenen Schaden zu beziffern, könnte dann ein sehr bedingter sein, wenn aufgrund der Verletzungshandlung nicht Schadensersatz zu leisten, sondern der Gewinn herauszugeben ist. § 9 d.E. regelt die Gewinnabschöpfung, – die in ihren Voraussetzungen vollständig an den hier entfalteten Möglichkeiten vorbeigeht. Es wird dort ausdrücklich die Gewinnabschöpfung zusätzlich neben vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Unlauterkeitshandlung davon abhängig gemacht, dass „hierdurch systematisch einer Vielzahl von Abnehmern ein Schaden zu(ge)fügt (wird).“ So wird deutlich, wohin die einseitige Ausrichtung des Zwecks des Wettbewerbsrechts – entgegen dem Bekenntnis in § 1 d.E. – führt.

Sollte der Gesetzgeber hier später eine Änderung dergestalt vornehmen, dass auch der Schaden zu Lasten des Mitbewerbers zu einem Gewinnabschöpfungsanspruch führt, sind die unterbreiteten, begründeten Vorschläge von mir keinesfalls wertlos: insbesondere im gesamten Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts kann der Erfüllungsanspruch – zumindest – als Maßnahme der Vermarktung weiterhin eingesetzt werden (am besten ist es, wenn andere über einen reden, wie das Beispiel des im Gegensatz zu den Vorschlägen hier nicht legitimierten Verletzers C&A beweist, der ausweislich von Mitteilungen eingeweihter Kreise über das festgesetzte Ordnungsgeld weit hinausgehende Gewinne gemacht hat). Fragt sich nur, ob die hier dargelegte Chance genutzt wird.

## 6. Tempora mutantur, et nos mutamur in illis<sup>188)</sup>

Das Wettbewerbsverfahrensrecht ist die hohe Kunst des Wettbewerbsrechts. Auf das Wettbewerbsverfahrensrecht bezieht man sich bei der Geltendmachung von Ansprüchen nach dem MarkenG<sup>189)</sup>, dem PatentG<sup>190)</sup>, dem GeschmacksmusterG<sup>191)</sup>, dem GebrauchsmusterG, dem KartellR und dem UrheberG<sup>192)</sup>. Rechtsprechung und Kommentierung zur Antragsfassung als einem besonders aussagekräftigen Vorzeigebeispiel legen hiervon – und zwar zu einer der schwierigsten wettbewerbsverfahrensrechtlichen Aufgabenstellungen – beredtes Zeugnis ab.

Die Kenntnis des materiellen Rechts, welches als gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht bezeichnet wird, ist Voraussetzung für die Anwendung des Wettbewerbsverfahrensrechts. Darüber hinaus muss das Wettbewerbsverfahrensrecht selbst bekannt sein.

Was das Wettbewerbsverfahrensrecht dabei anbelangt, so müssen stärker als in den erwähnten materiellen Rechtsgebieten sonst Begründungen in das nach Haupt und Gliedern geordnete, feststehende und bewegliche Ganze des Rechts sich einfügen. Kurz: das System des Wettbewerbsverfahrensrechts weist Verzweigungen und Zusammenhänge im größeren Umfang auf, als das materielle Wettbewerbsrecht im Übrigen. Dies auch deshalb, weil das Wettbewerbsverfahrensrecht nicht nur wesentlich in der ZPO, sondern auch wesentlich im BGB gründet.

Was neue Gedanken und Begründungen anbelangt, so ist die zu entfaltende Kunst hier wie dort im Grundsatz dieselbe: es gilt, innerhalb des Systems Fantasie ausgerichtet an der Frage nach der Gerechtigkeit, der Freiheit und der Wahrheit<sup>193)</sup> des Rechts, walten zu lassen. Dass die Variation, ja sogar die Fantasie der Fuge – als eines Gebildes, welches in seiner Gesetzmäßigkeit dem Rechtssystem in etwa vergleichbar ist – möglich ist, hat uns einer der großen Deutschen anderen Orts von anderen unübertroffen vorgemacht.

Neue Gedanken im Wettbewerbsverfahrensrecht sind nicht häufig. Nach wie vor fehlen z. B. kritische Überlegungen zur Bindungswirkung von Unterlassungstiteln bzw. Unterlassungsverträgen. Kritik insoweit ist deshalb berechtigt, weil jene Bindungswirkungen bisher solange dauern, wie der Unterlassungsschuldner als

natürliche oder juristische Person existiert. 30 Jahre sind keine Grenze<sup>194)</sup>. Nahe liegender ist Kritik zur bestehenden Bestrafungsmöglichkeit aufgrund Zuwiderhandlung im gleichen zeitlichen Rahmen, nicht einmal das Strafrecht ist so streng.

Darüber hinaus werden Neuansätze von der Praxis nicht selten beharrlich ignoriert, wie der unaufgegriffene Vorschlag von Teplitzky deutlich macht, wonach die Wiederholungsgefahr auch dann entfällt, wenn sich der gewerbliche Unterlassungsschuldner die Herabsetzung der Vertragsstrafe gem. § 343 BGB vorbehält<sup>195)</sup>.

Solcherlei Haltungen werfen die Frage nach der Ernsthaftigkeit der Gesinnung, „liberal“ zu sein, auf. Dies auch und gerade vor dem Hintergrund der Tatsache, dass von Großunternehmen gerade im Markenrecht unter Ansatz von haushohen Streitwerten Attacken gegen wirtschaftlich Schwächere Zeicheninhaber/-benutzer geritten werden, die nicht im Ansatz auf eine ernsthafte Verwechslungsgefahr, wohl aber auf ein bloßes Monopolinteresse verweisen können<sup>196)</sup>.

Es geht allerdings – auch – im Recht allein nicht um die Gesinnung, „liberal“ zu sein, sondern um das Auffinden guter Begründungen, damit das menschliche Miteinander gerecht, freiheitlich und wahr gestaltet werden kann.

Was den hier dargestellten Vorschlag eines zugleich in der Werbung vorhandenen Angebots i.S.d. § 145 BGB anbelangt, so vervollständigt der hier dargelegte durch Annahmeerklärung des Kunden zustandgekommene Erfüllungsanspruch die vertragsrechtliche Betrachtung der gesamten Wettbewerbshandlung; während insbesondere bei unwahren und irreführenden Werbeangaben so weit wie möglich ein Vertragsauflösungsrecht im Rahmen des geltenden Rechts angewandt werden muss, ist es gleichermaßen erlaubt, bei kundengünstigen Wettbewerbshandlungen im Rahmen des geltenden Rechts den vorhandenen Erfüllungsanspruch darzulegen. Ziel ist es also nicht, das wettbewerbrechtliche Durchführungsverbot zu unterlaufen. Es geht um das Erkennbarmachen vertragsrechtlicher Möglichkeiten. Hat der Kunde einen vorausgehenden Erfüllungsanspruch, kann der Anbieter insoweit rechtliche Unmöglichkeit gegen das Verlangen des Unterlassens der Durchführungshandlung erheben.

Obschon manche der hier entfalteten Neuansätze einfach sind, sofern es sie aufzufinden gelang, stießen sie doch gesprächsweise mitunter auf Bedenken. Diese Bedenken betrafen hauptsächlich das Vorhandensein eines wirksamen Vertragsschlusses aufgrund als Einwand vorzutragener, fehlender Bestimmtheit des rechtsgeschäftlichen Angebots des Waren- oder Dienstleistungsanbieters. Meine Gegenüberlegungen hierzu sind dargelegt (s. o. Ziff. 1.2.5.1.3 und Ziff. 1.2.5.1.4 a. E. – sowie anderen Orts), der Hauptgegeneinwand – hier wiederholt – lautet: Wenn sich die Vertragsparteien über den Gegenstand der Einigung und damit über die Be-

188) Fehlzitat meinerseits in WRP 1999, 792, 803.

189) Die nachstehend aufgeführten Nachweise beziehen sich auf die Antragsfassung: BGH WRP 1993, 399 = GRUR 1993, 556 – „TRIANGLE“; BGH WRP 1994, 495 = GRUR 1994, 808 = NJW 1994, 1954 – „Markenverunglimpfung“; BGH WRP 1997, 748 = GRUR 1997, 634 = NJW 1997, 2379 – „grau/magenta“; Fezer, MarkenR, 3. Auflage 2001, § 14 Rz. 509 bis 512; Ingerl/Rohnke, MarkenR 1998, vor § § 14 bis 19, Rz. 36 bis 46; Klaka in: Alt-hammer/Ströbele/Klaka, MarkenG, 5. Auflage 1997, § 14, Rz. 42; dort z. B.: „Verallgemeinerungen sind im gewissen Umfang möglich und sogar zweckmäßig, Fn. 177: siehe hierzu die UWG-Kommentare ...“.

190) Nieder GRUR 2000, 272.

191) Eichmann/von Falkenstein, GeschmacksmusterG 2. Auflage 1996, § 14 a zur Wiederholungs- und Erstbegehungsgefahr, der Aufbrauchsfrist, dem Schadenersatz u. a. m.. An der Geltung des allgemeinen WettbewerbsverfahrensR zu diesen Gesichtspunkten wird sich auch nach Inkrafttreten des neuen Geschmacksmustergesetzes sowie im Zuge der Anwendung der europäischen GeschmacksmusterVO nichts ändern.

192) Wild, in: Schricker, 2. Auflage UrheberR 1999, § 97, Rz. 98 bis 102.

193) Hierzu mein Beitrag in WRP 1999, 792, 797 bis 799 (Ziff. 5.1 bis 5.3) und WRP 2001, 513, 521 Fn. 69. Nach wie vor wird allerdings der Grund der Rechtmäßigkeit des Rechts von der hM entfaltet anhand der Gerechtigkeit, der Rechtssicherheit und der Zweckmäßigkeit, vgl. statt vieler die Nachweise in: Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 17.

194) BGHZ 59, 72 = WRP 1973, 326 = GRUR 1972, 721 = NJW 1972, 1460 – „Kaffeewerbung“.

195) Teplitzky, Kap. 8, Rz. 30 b und Kap. 20, Rz. 8: „... m. E. viel zu wenig beachtet“, jeweils m. w. N. betreffend die sich anschließende Literatur.

196) Überzeugend hierzu Rohnke, GRUR 2001, 696.

stimmtheit des Angebots einig sind, würde der Einwand fehlender Einigung, geäußert durch den Unterlassungsgläubiger oder ein Gericht, sich ungerechtfertigt gegen die Privatautonomie richten. Ungerechtfertigt wäre der Einwand deshalb, weil es Sache der Vertragsparteien ist festzulegen, dass (nicht: unter welchen gesetzlichen Voraussetzungen) sie sich geeinigt haben. Jede andere Auffassung hätte zur Folge, dass ein Gericht festlegt, die Vertragsparteien müssten streiten, obschon sie sich vertragen.

Geht man von der Richtigkeit der hier vorgetragenen Gedanken aus, können Sanktionen wegen Verstoßes gegen das von Gesetzes wegen vorhandene Durchführungsverbot im gewissen Umfang vermieden werden. Die – an sich – wettbewerbswidrige Durchführungshandlung muss nicht abgebrochen werden, sie ist sogar als spätere Erstdurchführung erlaubt, sie ist darüber hinaus über die Wirksamkeit des werblichen Mediums verlänger- oder sogar wiederholbar, sofern das Vertragsangebot entsprechend ausgestaltet ist bzw. war. Über vielfältige Möglichkeiten einer weiten zeitlichen

Bandbreite des werblichen Vertragsangebots ist in diesem Beitrag nichts ausgesagt.

Ob die Vorschläge des Verfassers hier in überschaubarer Zeit sich durchsetzen, das Markenrecht oder den gesamten gewerblichen Rechtsschutz erfassen, hängt nicht allein von der Richtigkeit und Stärke der vorgetragenen Begründungen ab. Ein Hinderungsgrund könnte sein, dass wir Juristen (zunächst mit gutem Grund) stark unserem vorbekannten Formenschatz – der ein zugleich in der Werbung verlaubliches Angebot i.S.d. § 145 BGB kaum kennt – verhaftet sind. Sollte es dabei bleiben, wäre dies schade, allzumal der Rechtsgrundsatz „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst“, aufgeschrieben im Sachspiegel des Eike von Repgow um 1224, hier als Bezugspunkt verwendet, unbeachtet bliebe. Dieser Rechtsgrundsatz hat hier deshalb Berechtigung, weil das wettbewerbsrechtliche Durchführungsverbot vertraglichen Ansprüchen im Stufenbau der Rechtsordnung nicht vorgeordnet ist. Übrigens: In Bayern lautet dieser Grundsatz: „Der Gschwinder, der Gsünder“. Das sollte überzeugen. Oder nicht?

## Rechtsprechung

### Wettbewerbsrecht

#### L-Glutamin

**UWG § 1; LMBG § 17 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 Buchst. c; HeilmittelwerbeG § 3a; AMG § 2 Abs. 1 Nr. 5, § 21**

*Bundesgerichtshof, Urteil vom 3. April 2003 – I ZR 203/00 – OLG Stuttgart*

**a) Im Rahmen des § 17 Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 Buchst. c LMBG ist der von einem Mittel erweckte Eindruck anhand des Gesamterscheinungsbildes zu bestimmen, in dem dieses dem Verkehr entgegentritt. Dementsprechend sind einzelne Werbeaussagen, auch wenn sie nur für sich allein angegriffen sind, insoweit im Zusammenhang mit den weiteren Werbeaussagen sowie mit der Aufmachung und gesamten Erscheinung des Mittels zu würdigen.**

**b) Die Ansicht, Hinweise auf einen Muskelaufbau und eine Muskelvergrößerung deuteten auf Arzneimittel hin, entspricht nicht mehr uneingeschränkt der Auffassung der pharmazeutischen und medizinischen Wissenschaft, welche die Vorstellung der Verbraucher von der Zweckbestimmung eines Produkts mitbeeinflussen kann.**

#### Aus dem Tatbestand:

Die Beklagte vertreibt im Versandhandel von ihr so bezeichnete „Fitness Products“. In der Zeitschrift „S.“ warb sie für die sämtlich nicht als Arzneimittel zugelassenen Mittel „L-Glutamin Kapseln“, „BCAA Drops“, „Super Whey Protein“ und „Muscle Super 90“, wobei sie diese teilweise als „Nahrungsergänzungen“ bzw. als „Sportlernahrung“ bezeichnete.

Der Kläger ist der Verband Sozialer Wettbewerb e.V. Er hat – soweit für die Revisionsinstanz von Bedeutung – folgende Aussagen in der Werbung der Beklagten für die genannten Mittel als wettbewerbswidrig beanstandet und daher deren Unterlassung begehrt:

- bezüglich „L-Glutamin Kapseln“:
  - „Erhöhtes Muskelzellvolumen“
  - „Vergrößerung des Muskelvolumens“
  - „Fördert den Muskelaufbau“
- bezüglich „BCAA Drops“:
  - „Unterstützt den Muskelaufbau“
- bezüglich „Super Whey Protein“:
  - „Muskeln aufbauen wie die Profis“
  - „Nur so können Sie den Muskelaufbau unterstützen“
- bezüglich „Muscle Super 90“:
  - „Muskelaufbau“
  - „Eine ausreichende Versorgung mit hochwertigem Protein ist Grundlage für maximalen Muskelaufbau“.

Der Kläger ist der Auffassung, die Mittel stellten, wenn sie wie versprochen wirkten, nicht zugelassene Arzneimittel und andernfalls Lebensmittel dar, die als solche nicht mit den beanstandeten Aussagen beworben werden dürften, da diese dann irreführend wären.

Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten.

Das Landgericht hat es der Beklagten untersagt, für die genannten Mittel mit den beanstandeten Aussagen zu werben. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben (OLG Stuttgart ZLR 2002, 231).

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.