

Gliederung

1. Reichweite der Unterlassungspflicht
2. Hauptbereiche von Absatzverboten
3. Voraussetzungen für die Möglichkeit, dem Kunden einen Anspruch auf Erhalt der Ware trotz eines Absatzverbots zu verschaffen
 - 3.1 Die kundenfreundliche Verletzung von Vorschriften des gewerblichen Rechtsschutzes und es Urheberrechts
 - 3.2 Das Vertragsangebot muss in der Werbung enthalten sein
 - 3.3 Regelfall: Der Gesetzesverstoß bewirkt nicht zugleich die Nichtigkeit des Vertrages
 - 3.4 Die Annahme des Vertragsangebots
4. Folgen
 - 4.1 Folgen für den Anbieter
 - 4.1.1 Folgen im Hinblick auf den Unterlassungsanspruch
 - 4.1.2 Folgen im Hinblick auf den Schadensersatz
 - 4.1.3 Folgen im Hinblick auf Geldbußen, verhängt im Ordnungswidrigkeitenverfahren
 - 4.1.4 Folgen im Hinblick auf Geldbußen, verhängt im Bußgeldverfahren
 - 4.2 Folgen für den beworbenen Vertragspartner
5. Abgrenzung zu meinem Beitrag "Das Vertragsverbot in der Werbung", WRP 2003, 846 – 883

	<p style="text-align: center;">www.absatzverbot-bernreuther.de</p> <p>Das Verhältnis von Absatzverboten aus Anlass der Verletzung des Gesetzes gegen den Unlauteren Wettbewerb (UWG), des Markengesetzes (MarkenG), eines sonstigen Verbotsgesetzes des gewerblichen Rechtsschutzes sowie des Urheberrechts zu werblich vermittelten vertraglichen Erfüllungsansprüchen wird nachstehend erörtert. Anstelle von Absatzverbot könnte man auch die Stichwörter „Verkaufsverbot“ oder „Durchführungsverbot“ wählen.</p> <p>1. Reichweite der Unterlassungspflicht</p> <p>Es gibt nicht nur Werbeverbote, sondern auch Verbote, den Gegenstand der Werbeaussage zu verwirklichen. So ist es nicht nur gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Heilmittelwerbegesetz (HWG) verboten, mit Zuwendungen in Bezug auf Heilmittel zu werben. Es ist auch untersagt, derartige Zuwendungen ankündigungsgemäß zu übergeben. Es ist nicht nur gemäß § 20 Abs. 4 Satz 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz [GWB]) verboten, mit Preisen unter Einstandspreis zu werben. Es ist auch aufgrund der genannten Bestimmung untersagt, derartige Preise tatsächlich zu fordern.</p> <p>Es ist nicht nur nach § 14 Abs. 2 MarkenG verboten, Waren oder Dienstleistungen mit verwechslungsfähigen Zeichen zu bewerben. Es ist nach § 14 Abs. 2, Abs. 3 MarkenG auch untersagt, derartige Waren oder Dienstleistungen in den Verkehr zu bringen oder zum Zweck einer Markenverletzung zu besitzen.</p> <p>2. Hauptbereiche von Absatzverboten</p> <p>Absatzverbote (oder Durchführungsverbote oder Verkaufsverbote) ergeben sich vor allem aus dem UWG, dort insbesondere im Zusammenhang mit der Fallgruppe „Rechtsbruch“. Ein Wettbewerbsverstoß unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs ist gegeben, wenn gegen eine Verhaltensregelung mit Marktbezug verstoßen wurde und im Übrigen die allgemeinen Voraussetzungen des UWG, insbesondere ein konkretes Wettbewerbsverhältnis gemäß § 2 Abs. 1 Ziff. 3 UWG, verwirklicht sind.</p>	
--	---	--

	<p>Als derartige Marktverhaltensregelungen kommen vor allem das Heilmittelwerbegegesetz (HWG), das Arzneimittelgesetz (AMG) oder ähnliche Vorschriften, die zum Schutz des Verbrauchers besondere Voraussetzungen regeln, in Betracht.</p> <p>Dass diese Gesetze selbst ein Absatzverbot dergestalt beinhalten, wonach bei Verstößen ein Ordnungswidrigkeitenverfahren eingeleitet und Geldbußen verhängt werden können, ändert deshalb nichts an der zugleich gegebenen und hier als relevant besprochenen Möglichkeit eines Verbots mittels des UWG, weil die Verbote des HWG und des AMG (sowie von vergleichbaren Vorschriften) hauptsächlich über das UWG durchgesetzt werden aufgrund der größeren Effektivität, wie sie vor allem das einstweilige Verfügungsverfahren des Wettbewerbsverfahrensrechts beinhaltet.</p> <p>Weitere Absatzverbote ergeben sich – wie erwähnt – aus dem MarkenG, dem Urheberrechtsgesetz (UrhG), dem GeschmacksmusterG, dem PatentG, dem GebrauchsmusterG und dem GWB.</p> <p>3. Voraussetzungen für die Möglichkeit, dem Kunden einen Anspruch auf Erhalt der Ware trotz eines Absatzverbots zu verschaffen</p> <p>Insoweit sind vier Voraussetzungen zu beachten, die im Einzelnen nachstehend dargelegt werden:</p> <ol style="list-style-type: none">(1) Der Verstoß muss für den Kunden vorteilhaft sein.(2) Der Anbieter muss die Werbung so gestaltet haben, dass der Werbeadressat das dort enthaltene Angebot nur noch annehmen muss, um den Vertrag zu schließen.(3) Der Verstoß darf nicht von solchem Gewicht sein, dass er über den Gesetzesverstoß hinaus zur Vertragsnichtigkeit führt.(4) Der Werbeadressat muss das Vertragsangebot annehmen. <p>3.1 Die kundenfreundliche Verletzung von Vorschriften des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts</p> <p>Was das UWG und das dort geregelte Absatzverbot anbelangt, so dient dieses Gesetz auch dem Schutz des Verbrauchers (so</p>	
--	--	--

	<p>ausdrücklich § 1 UWG). Wettbewerbsverstöße (und damit auch Absatzverbote) können aber auch dann vorliegen, wenn dieser Schutzzweck nicht verletzt ist, sondern die Wettbewerbshandlung nur den Mitbewerber beeinträchtigt, für den Verbraucher aber günstig ist oder günstig gewesen wäre. Nur in diesem zweiten Fall (keine Beeinträchtigung des Verbrauchers bei Beeinträchtigung des Mitbewerbers im Übrigen) besteht die Möglichkeit, eigene Maßnahmen zu treffen, die das Absatzverbot für die betreffende Werbemaßnahme außer Kraft setzen.</p> <p>Dasselbe gilt für den Bereich des MarkenR: auch dort können werblich vermittelte Angebote mit Marken, zu deren Präsentation der Anbieter nicht berechtigt ist, für den Verbraucher günstig sein. Dasselbe gilt für werblich vermittelte Angebote, Urheberrechtsverletzungen vorzunehmen, man denke nur an die Möglichkeit, Musik ohne Einverständnis des Rechtsinhabers im Internet zum Herunterladen (sog. download) anzubieten.</p> <p>3.2 Das Vertragsangebot muss in der Werbung enthalten sein</p> <p>Die Werbeaussage muss den Werbenden – anders als sonst – bereits binden, so dass unter Bezugnahme auf diese Aussage der Vertrag bereits zustande kommt.</p> <p>Heißt es: <i>„Unsere Sportschuhe von Nike mit dem berühmten Haken: Jetzt nur € 3,99. Dieses Sonderangebot unbedingt nutzen, es ist Ihnen jetzt schon sicher. Zehn Millionen Restpaare auf Vorrat. Kommen Sie vorbei und nehmen Sie uns beim Wort“</i>, besteht bei Bezugnahme des Kunden auf diese Anzeige ein Erfüllungsanspruch des Kunden aufgrund des bereits zustande gekommenen Vertragsschlusses. Bei diesem Anspruch bleibt es selbst dann, wenn die Werbung Teil einer auf gezielte Mitbewerberbehinderung gerichteten Maßnahme gemäß den §§ 3, 4 Ziff. 10 UWG – das Angebot gilt nur im Gebiet eines Mitbewerbers, ansonsten verlangt der Werbende den allgemeinen Marktpreis – ist.</p> <p>Heißt es: <i>„Bei Einkauf in unserer Apotheke mit einem Warenwert von mindestens € 100,00 erhalten Sie gratis einen Hand-Stab-Mixer; kommen Sie und nehmen Sie uns beim Wort, sobald Sie den Einkaufswert in der einen und den Mixer in der anderen Hand haben. Dann gehört der Mixer bereits Ihnen“</i>, so liegt gleichfalls ein werblich</p>	
--	---	--

	<p>vermitteltes Vertragsangebot vor, wobei insoweit zusätzlich die Übereignung der Kaufpreiszahlung vor verlagert wurde.</p> <p>Heißt es: <i>„Unsere Sportschuhe mit dem Emblem von Nike. Jetzt nur € 3,99. Dieses Superangebot nutzen, die Schuhqualität ist genauso gut wie die von Nike, das Emblem ist dasselbe. Nehmen Sie uns beim Wort. Mit Vorlage dieser Werbung ist unser Personal angewiesen, Ihnen den Sportschuh auszuhändigen, komme was da wolle“</i>, liegt gleichfalls ein werblich vermitteltes Vertragsangebot vor, welches der Beworbene nur noch anzunehmen braucht. Dass zugleich ein massiver Markenverstoß öffentlich beworben wird, ändert an den vertragsrechtlichen Gegebenheiten nichts.</p> <p>3.3 Regelfall: Der Gesetzesverstoß bewirkt nicht zugleich die Nichtigkeit des Vertrages</p> <p>Verstoßen Sie als Anbieter gegen das UWG, das MarkenG oder gegen das UrhG und verwirklicht Ihr Angebot zugleich eine Ordnungswidrigkeit nach dem HWG bzw. nach der PreisangabenVO, ist dennoch der Vertrag mit dem Abnehmer wirksam. Nur ausnahmsweise, etwa bei einem beiderseitigen Verstoß gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, das Rechtsberatungsgesetz oder gegen manche Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung führt der Gesetzesverstoß zur gleichzeitigen Vertragsnichtigkeit.</p> <p>Bei diesem Ergebnis bleibt es auch dann, wenn die das Vertragsangebot beinhaltende Werbung als sog. kleines Inhaberpapier gemäß § 807 BGB anzusehen ist, weil es ein Kaufrecht in der Weise verbrieft, dass dieses Recht ohne diese Urkunde nicht geltend gemacht werden kann, vorausgesetzt zusätzlich, es wird Dritten, welche die Werbung einsammeln, ein ungenehmigtes Handeln mit diesen zu Wertpapieren aufgewerteten Werbeaussagen vorgeworfen: Auch in diesem Fall führt die Verletzung von § 56 Abs. 1 Nr. 1 h GewerbeO nicht dazu, dass der Kaufvertrag nichtig ist.</p> <p>3.4 Die Annahme des Vertragsangebots</p> <p>Der Werbeadressat muss sich auf das werblich vermittelte Vertragsangebot, also auf diese besondere Art der Werbung im Sinne einer Annahme des Angebots in einem zeitlichen</p>	
--	--	--

	<p>Zusammenhang beziehen, welche als Annahme des Vertragsangebots nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen gewertet werden kann.</p> <p>4. Folgen</p> <p>Bei den Folgen ist zwischen den Folgen für den Anbieter und den Folgen für den Werbeadressaten zu unterscheiden.</p> <p>4.1 Folgen für den Anbieter</p> <p>Folgen bestehen im Hinblick auf Unterlassen, Schadensersatzansprüche sowie mögliche Geldbußen.</p> <p>4.1.1 Folgen im Hinblick auf den Unterlassungsanspruch</p> <p>Was die Unterlassung anbelangt, so kann diese von Ihnen als Anbieter uneingeschränkt verlangt werden. Der Unterlassungsgläubiger muss sein Verlangen auf Unterlassung der Absatzhandlung auch dort nicht zurücknehmen, wo der Werbeadressat auf Einhaltung seines Vertrags bestehen kann. Dies deshalb, weil die Einhaltung des gesetzlichen Unterlassungsgebots – das Unterlassungsgebot beruht nicht auf dem Unterlassungstitel, sondern auf dem Gesetz – nicht durch den vorherigen Vertragsschluss unmöglich wird. Die Erfüllung eines zwingenden gesetzlichen Gebots kann schon deshalb nicht durch eine entgegenstehende vertragliche Verpflichtung unmöglich sein, weil eine gesetzliche Geltung insoweit nicht durch private Vereinbarung aufzuheben oder zu beseitigen ist. Nähme man – was unzutreffend ist – hilfsweise das Vorhandensein gleicher Geltungsebenen an, wäre erneut zu erinnern, dass die gesetzliche Pflicht früher als die durch die Werbung initiierte vertragliche Pflicht begründet wurde. Nähme man – was erneut unzutreffend ist – wiederum hilfsweise das Vorhandensein gleicher Geltungsebenen und ein zeitliches Früher der vertraglichen Pflicht an, würde gelten, dass eine Nichtübereignung des werbenden Verbotsadressaten gegenüber dem geworbenen Vertragspartner nach wie vor möglich ist.</p> <p>Ist das Vertragsangebot so ausgestaltet, dass dort bereits ein Angebot zur Übereignung enthalten ist</p>	
--	---	--

	<p>(„Unser Wühltisch ist zugleich im Internet vorhanden. Jeder Schuh von Nike hat eine Nummer. Wenn Sie sich ordnungsgemäß im Internet angemeldet haben, können Sie sich die Zuweisung zu einem Paar für nur € 3,99 bestätigen lassen, der Schuh gehört dann Ihnen. Sie müssen nur noch mit der ausgedruckten Bestätigung bei uns erscheinen, den Schuh heraussuchen und € 3,99 bezahlen“) und nimmt der Werbeadressat diese Übereignung an, ist dem Anbieter die Berufung auf das wettbewerbsrechtliche Absatzverbot deshalb möglich, weil trotz der vorweggenommenen Übereignung rechtliche Unmöglichkeit noch nicht eingetreten ist. Diese (rechtliche Unmöglichkeit) läge erst dann vor, wenn der Werbeadressat auch die tatsächliche Verfügungsmacht über die bereits übereigneten Schuhe erlangt hätte. Eine rechtliche Unmöglichkeit ist also erst nach dem Zeitpunkt der Inbesitznahme der Schuhe, also nach dem Heraussuchen aus dem Wühltisch und der dauernden Inbesitznahme durch den Werbeadressaten gegeben.</p> <p>4.1.2 Folgen im Hinblick auf den Schadensersatz</p> <p>Auch Schadensersatz kann der Unterlassungsgläubiger verlangen. Im Bereich des UWG kommt man aber – über ein Auskunftsverlangen hinausgehend – deshalb nicht weit, weil es kaum gelingt, die eigenen Vertragseinbußen darzulegen und zu beweisen. Darüber hinaus regelt das UWG die Herausgabe des Verletzergewinns nur, wenn dieser auf Kosten einer Vielzahl von Abnehmern erzielt wurde, § 10 UWG. Die weiteren Möglichkeiten der Schadensberechnung im Fall des ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Leistungsschutzes gemäß § 4 Ziff. 9 UWG sind hier ohne Belang.</p> <p>4.1.3 Folgen im Hinblick auf Geldbußen, verhängt im Ordnungswidrigkeitenverfahren</p> <p>Verstößt der werbende Unternehmer, dem eine vollstreckbare Unterlassungsentscheidung, also vor allem ein im einstweiligen Verfügungsverfahren ergangenes Urteil oder ein Beschluss zugestellt worden ist, gegen einen derartigen Titel, besteht die Gefahr, dass ein erhebliches Ordnungsgeld – ohne Rücksicht auf verbraucherrechtliche Folgen – verhängt wird.</p> <p>4.1.4 Folgen im Hinblick auf Geldbußen, verhängt</p>	
--	--	--

	<p style="text-align: center;">im Bußgeldverfahren</p> <p>Wie bereits oben (Ziff. 2) angemerkt, ist es möglich, wettbewerbswidrige Handlungen nicht nur über das UWG, sondern über ein Ordnungswidrigkeitenverfahren wegen Verstoßes gegen das dem Wettbewerbsverbot zugrunde liegende Verbotsgesetz zu ahnden. Im Gegensatz zu Geldbußen wegen Verstoßes gegen eine gerichtliche Unterlassungsentscheidung (vorstehend Ziff. 4.1.3), bei der die betreffende Handlung zunächst Gegenstand der Bewertung durch ein Gericht ist, das Gericht ggfs. zu einem Verbot kommt und sodann die Frage des Vorhandenseins oder Nichtvorhandenseins einer Verletzungshandlung auftaucht, geht dem Bußgeldbescheid kein gerichtliches Verfahren voraus. Dies ermöglicht es in sehr seltenen Fällen, dass eine Geldbuße aufgrund Verbotsirrtums ausscheidet. Dies bedeutet, dass eine Bestrafung deshalb nicht in Betracht kommt, weil der Betreffende auch bei der ihm zuzumutenden Anspannung seines Gewissens nicht von einem Verbot ausgehen konnte. Einen derartigen krassen Ausnahmefall bejahten mehrere Oberlandesgerichte mit Blick auf Betreiber von Wettbüros, die über das Internet Sportwetten ihrer Kunden ohne behördliche Genehmigung bei einem in Österreich konzessionierten Sportwettenveranstalter platziert hatten für die Zeit vor der einschlägigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Sportwetten.</p> <p>4.2 Folgen für den beworbenen Vertragspartner</p> <p>Nimmt der beworbene Vertragspartner das werblich vermittelte Vertragsangebot an und verweigert der Anbieter die Vertragserfüllung unter Hinweis auf das gesetzliche Verkaufsverbot bzw. unter Hinweis auf das aufgrund des vorhandenen Titels drohende Ordnungsgeld, kann der beworbene Vertragspartner gleichwohl Klage auf Übergabe und Übereignung erheben.</p> <p>Dieser Klage steht nicht der Einwand der rechtlichen Unmöglichkeit mit Hinweis auf das Verkaufsverbot entgegen. Solange der Anbieter auch übergeben und übereignen kann, ist die Erfüllung dieser gegenüber dem beworbenen Vertragspartner eingegangenen Pflicht nicht unmöglich.</p> <p>Dieses Ergebnis – Erfüllungsanspruch des Käufers trotz gesetzlichen Verkaufsverbots - gilt</p>	
--	--	--

	<p>gleichermaßen, wenn der Verkäufer bereits die Übereignung vorweggenommen hat mit der Folge, dass der beworbene Vertragspartner nur noch die fehlende Übergabe zum Gegenstand seiner Klage macht.</p> <p>Und lautet das werblich verlautbarte Angebot, die beworbene Ware sei auf der Sonderveranstaltungsfläche in großer Stückzahl vorrätig, der Kunde müsse nur noch mit der Anzeige oder dem – die Werbebotschaft vermittelnden – Aufkleber in der Hand das betreffende Stück ergreifen, schon gehöre es ihm, ist eine Klage des beworbenen Vertragspartners auf Übergabe und/oder Übereignung nicht mehr nötig und möglich. Wird also an der Kasse erklärt, man verweigere die Annahme des Kaufpreises, weil man zur Unterlassung des Verkaufs verpflichtet sei, wird lediglich Gläubigerverzug im Hinblick auf den Kaufpreis begründet.</p> <p>5. Abgrenzung zu meinem Beitrag "<i>Das Vertragsangebot in der Werbung</i>", WRP 2003, 846 – 883</p> <p>In meinem Beitrag "<i>Das Vertragsangebot in der Werbung</i>", WRP 2003, 846 ff sind grundlegende Fehler von mir enthalten.</p> <p>Zum einen übernehme ich die Auffassung des OLG Celle vom 27.06.1991 – 13 U 183/90 (7 O 59/90 LG Lüneburg), die wettbewerbsrechtliche Verurteilung zur Unterlassung der Durchführungshandlung scheidet dann aus, wenn die betreffende Werbeaussage ein Vertragsangebot beinhaltet. Dieser zentrale Ausgangspunkt meines umfassenden Beitrags ist deshalb falsch, weil im Fall einer Verurteilung – entgegen der Auffassung des OLG Celle und entgegen meiner publizierten Auffassung – das gerichtliche Verbot mitnichten auf rechtliche Unmöglichkeit gerichtet wäre. Der das Angebot annehmende Leser hat weder zusätzlich bereits Eigentum noch – ebenfalls erforderlich – zusätzlich bereits die Verfügungsmacht über den beworbenen Gegenstand erlangt. Nachdem ich Voraussetzungen ungeprüft übernommen habe, liegt die alleinige Verantwortung für das Misslingen meines Beitrages bei mir (einen Fehler zu begehen, weil Voraussetzungen ungeprüft übernommen wurden), passierte mir schon früher (WRP 2002, 368, 375 Fn 63), ich habe hierauf in WRP 2003, 846, 863 Fn 95 hingewiesen.</p>	
--	--	--

	<p>Zum anderen vertrete ich in meinem veröffentlichten Beitrag fälschlicherweise die Auffassung, das Verbot folge dem durch die Werbung vermittelten Vertragsschluss in zeitlicher Hinsicht nach. Dieser Fehler hat nicht einmal ein Vorbild: Das Unterlassungsgebot folgt ausschließlich bereits aus dem Gesetz; ein gerichtliches Verbot ist lediglich die Grundlage für die Vollstreckung.</p> <p>Mein Anliegen, eine Möglichkeit aufzuzeigen, wie das wettbewerbsrechtliche Durchführungsverbot umgangen oder entkräftet werden kann, verfehlte somit das ursprüngliche Ziel gründlich. Nur dann, wenn die Übereignung und der Erhalt der Verfügungsmacht vor Bezahlung stattfand, ist dem Anbieter die Einhaltung des Absatzverbotes unmöglich. Dies hindert allerdings nicht, auch für diese Zeitspanne das Verhalten des Anbieters mit einem Ordnungsgeld zu belegen.</p>	
--	--	--