

Erste Juristische Staatsprüfung 2020/2

A u f g a b e 3

(Arbeitszeit: 5 Stunden)

Einige unverbindliche Hinweise zur Lösung:

Die nachfolgenden unverbindlichen Hinweise zur Lösung behandeln die nach Auffassung des Erstellers maßgeblichen Probleme der Aufgabe. Sie stellen keine "Musterlösung" dar und schließen andere vertretbare, folgerichtig begründete Ansichten selbstverständlich nicht aus. Der Inhalt und der Umfang der Lösungshinweise, die Ausführlichkeit und die Detailgenauigkeit der Darlegungen sowie die wiedergegebene Rechtsprechung und Literatur enthalten insbesondere keinen vom Prüfungsausschuss vorgegebenen Maßstab für die Leistungsanforderung und -bewertung.

§ 16 JAPO Zweck und Bedeutung der Prüfung:

...

"Die Bewerber sollen in der Prüfung zeigen, dass sie das Recht mit Verständnis erfassen und anwenden können und über die hierzu erforderlichen Kenntnisse in den Prüfungsfächern verfügen."

...

"Überblick über das Recht, juristisches Verständnis und Fähigkeit zu methodischem Arbeiten sollen im Vordergrund von Aufgabenstellung und Leistungsbewertung stehen."

Hinweis: Die Fragen rund um die strafbewehrte Unterlassungserklärung sowie gesetzliche und vertragliche Unterlassungsansprüche lassen sich gut mit den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Regeln lösen. Spezialkenntnisse sind nicht nötig, es kommt vielmehr darauf an, die allgemeinen Regeln in einem ungewohnten, gleichwohl vom Pflichtstoff umfassten Zusammenhang anzuwenden.

Teil I:

Frage 1: Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe von 2.000,- € gemäß § 339 Satz 2 BGB¹

Fraglich ist, ob Anna (A) gegen Bernadette (B) ein Anspruch auf Zahlung von 2.000,- € wegen Verwirkung einer Vertragsstrafe zusteht.

Voraussetzung für den Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe über 2.000,- € ist erstens, dass der Schuldner dem Gläubiger eine Leistung schuldet und der Schuldner dem Gläubiger für den Fall der Verletzung der Leistungspflicht eine Vertragsstrafe versprochen hat. Die geschuldete Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen (vgl. § 241 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Vertragsstrafe wird in diesem Fall zweitens durch eine Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht verwirkt (§ 339 Satz 2 BGB).² Drittens wird als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal ein Verschulden gefordert.³

A. Wirksamer Vertragsschluss

Fraglich ist, ob zwischen A und B ein wirksamer Vertrag⁴ mit einem Vertragsstrafeversprechen besteht. Eine Verpflichtung zur Zahlung einer Vertragsstrafe wird nicht schon durch eine einseitige Erklärung des Schuldners begründet.⁵ Ein derartiger Vertrag kommt nach den allgemeinen Regeln durch Angebot und Annahme zustande, §§ 145 ff. BGB.⁶

I. Angebot durch A

1. Die von Hans (H) formulierte Unterlassungserklärung ist ein Angebot (§ 145 BGB) auf Abschluss eines Unterlassungsvertrags mit Vertragsstrafeversprechen.⁷ Wegen der Vertragsfreiheit (vgl. § 311 Abs. 1 BGB) können die Vertragsparteien im Grundsatz sämtliche Handlungs- und Unterlassungspflichten zum Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung machen (vgl. §§ 241 Abs. 1 Satz 2, 339 Satz 2 BGB). Das

¹ Die §§ 339 ff. BGB gelten unmittelbar nur für das sog. unselbständige Strafversprechen, um welches es sich hier handelt. Das unselbständige ("echte") Strafversprechen ist dadurch gekennzeichnet, dass die Verpflichtung zur Zahlung der Vertragsstrafe - wie hier - vom Bestand der zu sichernden Hauptpflicht abhängig ist. Dagegen dient das sog. selbständige ("unechte") Strafversprechen nicht dazu, eine bestehende Hauptpflicht zu sichern, sondern soll Druck auf den Schuldner ausüben, eine an sich nicht geschuldete Leistung vorzunehmen oder eine Handlung zu unterlassen, die er an sich vornehmen dürfte. Vgl. hierzu Looschelders, Schuldrecht AT, § 38 Rn. 3 f.

² Vgl. Looschelders, Schuldrecht AT, § 38 Rn. 10.

³ Palandt/Grüneberg, BGB, § 339 Rn. 15; MüKo/Gottwald, BGB, § 339 Rn. 38; Ostendorf, JuS 2015, 977, 978; Looschelders, Schuldrecht AT, § 38 Rn. 9, 10; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, Rn. 582.

⁴ Looschelders, Schuldrecht AT, § 38 Rn. 6.

⁵ BGH, Ur. v. 18.5.2006 – I ZR 32/03 = NJW-RR 2006, 1477 Rn. 14 – Vertragsstrafvereinbarung.

⁶ BGH, Ur. v. 18.5.2006 – I ZR 32/03 = NJW-RR 2006, 1477 Rn. 14 – Vertragsstrafvereinbarung.

⁷ Vgl. BGH, Ur. v. 4.5.2017 – I ZR 208/15 = NJW 2018, 155 Rn. 12 – Luftentfeuchter; BGH, Ur. v. 17.9.2009 – I ZR 217/07 = NJW-RR 2010, 1127 Rn. 18 – Testfundstelle.

Angebot des H enthält die wesentlichen Vertragsbestandteile (*essentialia negotii*) für eine strafbewehrte Unterlassungsvereinbarung: Inhalt der Verpflichtung, Personen der Verpflichtung, Abrede über eine Vertragsstrafe. Zudem ist es gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB zugegangen.

2. Problematisch ist aber, dass das Angebot nicht durch A selbst, sondern durch H abgegeben wurde. Die Willenserklärung des H könnte aber gemäß § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB unmittelbar für A wirken. Fraglich ist, ob eine wirksame Stellvertretung vorliegt.

a. Eigene Willenserklärung

H hat gemäß § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB eine eigene Willenserklärung abgegeben, was sich bereits daraus ergibt, dass nicht A, sondern H die genaue Fassung der Unterlassungserklärung formuliert hat.

b. Im Namen des Vertretenen

H hat das Angebot im Namen der A abgegeben. Offenkundigkeit gemäß § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt damit vor.

c. Vertretungsmacht

Fraglich ist, ob H Vertretungsmacht besessen hat. Vertretungsmacht ergibt sich vorliegend jedoch weder aus einem Rechtsgeschäft (vgl. § 167 BGB) noch aus dem Gesetz. Anhaltspunkte für das Bestehen einer Rechtscheinsvollmacht sind nicht ersichtlich.

d. Zwischenergebnis

Ein ohne Vertretungsmacht geschlossener Vertrag ist lediglich schwebend unwirksam (vgl. § 177 Abs. 1 BGB), so dass zunächst weiter zu prüfen ist, ob B das Angebot des H angenommen hat.

II. Annahme durch B

1. Ablehnung und neues Angebot, § 150 Abs. 2 BGB

Eine vorbehaltlose Annahme durch B ist hier allerdings nicht gegeben. B hat die von H formulierte Erklärung modifiziert unterzeichnet. Weicht der Schuldner von der vom Gläubiger geforderten Unterlassungserklärung ab (Einschränkungen, sonstige Änderungen), liegt darin gemäß § 150 Abs. 2 BGB⁸ eine Ablehnung des Angebots zum Abschluss eines strafbewehrten Unterlassungsvertrags und zugleich ein neues Angebot.⁹

⁸ Bei § 150 Abs. 2 BGB handelt es sich um eine widerlegbare Auslegungsregel (BeckOK/H.-W. Eckert, BGB, § 150 Rn. 1). Vorliegend ergibt auch die Auslegung gemäß §§ 133, 157 BGB, dass es sich bei der Erklärung der B um ein neues Angebot handelt.

⁹ BGH, Urt. v. 18.5.2006 – I ZR 32/03 = NJW-RR 2006, 1477 Rn. 15 – Vertragsstrafvereinbarung; BGH, Urt. v. 17.9.2009 – I ZR 217/07 = NJW-RR 2010, 1127 Rn. 19 – Testfundstelle; BGH, Urt. v. 4.5.2017 – I ZR 208/15 = NJW 2018, 155 Rn. 12 – Luftentfeuchter.

2. Zugang, § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB

Dieses müsste zudem nach § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB zugegangen sein. Dabei kann man hier zum einen darauf abstellen, dass das Angebot A unabhängig von ihrer praktikumsbedingten Abwesenheit zugegangen ist. Für den Zugang kommt es schließlich nicht auf die tatsächliche Kenntnisnahme an, sondern nur darauf, dass die Erklärung in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist und der Empfänger unter gewöhnlichen Umständen von der Erklärung Kenntnis nehmen konnte.¹⁰ Zum anderen wäre vorbehaltlich der fehlenden Vertretungsmacht ein Zugang bei A über § 164 Abs. 3 BGB, also durch Zugang bei H als Vertreter der A, gegeben.

III. Annahme durch A

1. Annahmeerklärung

Das neue Angebot könnte der H für A angenommen haben (§ 164 Abs. 1 Satz 1 BGB). Laut Sachverhalt war H über die - wenn auch modifizierte Erklärung der B - sehr erfreut. Er hat die Erklärung im Namen der A nochmals unterschrieben. Darin ist eine eigene Annahmeerklärung zu sehen, die H im Namen der A abgegeben hat. Allerdings fehlt es wiederum an der erforderlichen Vertretungsmacht. Sofern die Voraussetzungen für einen wirksamen Vertragsschluss vorliegen, ist der Vertrag wegen der fehlenden Vertretungsmacht aber nicht unwirksam, vielmehr hängt die Wirksamkeit des Vertragsschlusses von einer Genehmigung der A ab, § 177 Abs. 1 BGB.

2. Zugang der Annahmeerklärung

H hat sich aber nach der Unterzeichnung bei B nicht mehr gemeldet. Fraglich ist daher, ob die Erklärung des H mangels Zugangs bei B wirksam ist (vgl. § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB). Es handelt sich bei der Annahme zwar um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, allerdings könnte der Vertrag nach § 151 Satz 1 BGB durch die Annahme des Antrags zustande gekommen sein, ohne dass die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt werden muss, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie (ggf. stillschweigend)¹¹ verzichtet hat. Ein auch im Rahmen des § 151 Satz 1 BGB erforderliches nach außen hervortretendes Verhalten, aus dem der Annahmewilligen unzweideutig hervorgeht,¹² liegt hier wegen der Unterschrift unzweifelhaft vor.

Grundsätzlich ist in Situationen wie der vorliegenden umstritten, ob der Zugang der Annahmeerklärung entbehrlich ist.¹³ Nach e. A. ist der Zugang der Annahmeerklärung nicht entbehrlich, da für den Abgemahnten sonst keine Klarheit darüber besteht, ob der Abmahner mit dem eingeschränkten Inhalt einverstanden ist.¹⁴ Nach a. A. muss der Schuldner stets damit rechnen, dass der Gläubiger das Angebot ange-

¹⁰ MüKo/Einsele, BGB, § 130 Rn. 19; Brox/Walker, BGB AT, § 7 Rn. 9 ff.

¹¹ Palandt/Ellenberger, BGB, § 151 Rn. 3.

¹² BGH, Urt. v. 18.5.2006 – I ZR 32/03 = NJW-RR 2006, 1477 Rn. 16 – Vertragsstrafvereinbarung.

¹³ Offengelassen BGH, Urt. v. 18.5.2006 – I ZR 32/03 = NJW-RR 2006, 1477 Rn. 16 – Vertragsstrafvereinbarung.

¹⁴ BGH, Urt. v. 25.4.2002 – I ZR 296/99 = NJW-RR 2002, 1613, 1614 – Teilunterwerfung; OLG Köln, Urt. v. 12.2.2010 – 6 U 127/09 = GRUR-RR 2010, 339, 341 – Matratzen im Härte-test; Brüning, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, § 12 Rn. 127.

nommen hat.¹⁵ Da der Unterlassungsschuldner sich der vertraglich geschuldeten Handlung auch kraft Gesetzes zu enthalten habe (dazu u.), lasse sich in die Erklärung des Schuldners stillschweigend der Verzicht auf den Zugang der Annahme hineinlesen. Der vertragliche Unterlassungsanspruch diene gerade der Beilegung des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs. Da hier die von B vorgenommene Modifikation dem entspricht, was A auch gesetzlich verlangen könnte (dazu u.), durfte B fest mit der Annahme durch A rechnen. Dies spricht bereits für die Entbehrlichkeit des Zugangs der Annahmeerklärung.

Vorliegend kommt es auf den Streit jedoch nicht an, da sich ein konkludenter Verzicht der B bereits aus dem gegenüber H erfolgten Hinweis ergibt, dass der Vorfall aus Sicht der B mit der Rücksendung des Schreibens erledigt sei. Hierdurch bringt sie schlüssig zum Ausdruck, dass sie sich dem Vertragsstrafeversprechen in der modifizierten Form bereits jetzt unterwerfen will und auf den Zugang einer Annahmeerklärung keinen Wert legt.

Hinweis: Ausführungen zum Streitstand zu § 151 BGB bei strafbewehrten Unterlassungserklärungen sind von den Bearbeitern nicht zwingend zu erwarten, zumal es darauf im Ergebnis hier nicht ankommt. Entscheidend ist, dass § 151 BGB gesehen wird und der Sachverhalt im Hinblick auf die Frage eines konkludenten Verzichts diskutiert wird. Lehnt ein Bearbeiter einen wirksamen Vertragsschluss mangels Zugangs der Annahmeerklärung mit vertretbarer Begründung ab, so haben die nachfolgenden Ausführungen zur Genehmigung und Verwirkung der Vertragsstrafe zumindest hilfsgutachtlich zu erfolgen.

3. Genehmigung durch A

Wie schon geprüft, handelte H ohne Vertretungsmacht. Schließt jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Vertretenen gemäß § 177 Abs. 1 BGB von dessen Genehmigung ab. Unter einer Genehmigung ist nach § 184 Abs. 1 BGB die nachträgliche Zustimmung zu verstehen. Hängt die Wirksamkeit eines Vertrags von der Zustimmung eines Dritten ab, so kann ausweislich von § 182 Abs. 1 BGB die Erteilung sowie die Verweigerung der Zustimmung sowohl dem einen als auch dem anderen Teil gegenüber erklärt werden. Hier hat A gegenüber H sämtliche seiner Handlungen "gebilligt" und somit auch die Vertragsstrafenvereinbarung genehmigt. Dass allein H Adressat dieser Willenserklärung ist, reicht aus (§ 182 Abs. 1 BGB).

IV. Zwischenergebnis

Der Vertrag zwischen A und B ist damit wirksam.

V. Nichtigkeit nach § 125 Satz 1 BGB

Der Unterlassungsvertrag könnte jedoch wegen § 125 Satz 1 BGB nichtig sein. Demnach ist ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig. Da die Vereinbarung zwischen A und B nicht nur ein Vertragsstrafeversprechen, sondern auch einen Unterlassungsvertrag, also eine primäre Leistungspflicht der B enthält, ist an das Schriftformerfordernis der §§ 780, 781 BGB

¹⁵ Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 12 Rn. 1.174.

für die Erklärung der B zu denken.¹⁶ Hier ist die Schriftform jedenfalls gewahrt (vgl. § 126 Abs. 1, 2 BGB). Die Genehmigung der A bedarf wegen § 182 Abs. 2 BGB ohnehin nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form.

Hinweis: Ausführungen zu §§ 780, 781 BGB sind nur von guten Bearbeitern zu erwarten.

VI. Sonstige Unwirksamkeitsgründe

Sonstige Unwirksamkeitsgründe¹⁷ sind nicht ersichtlich. Unschädlich ist zudem, dass die Unterlassungspflicht möglicherweise bereits kraft Gesetzes besteht. Eine gesetzliche Verpflichtung kann zugleich zum Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung gemacht werden.¹⁸

Hinweis: Hinsichtlich der Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe ist laut Bearbeitungsvermerk davon auszugehen, dass die vereinbarten 2.000,- € angemessen sind.

B. Zuwiderhandlung

I. Eigene Zuwiderhandlung durch B

Damit A einen Anspruch auf Zahlung der Vertragsstrafe hat, müsste B der vertraglichen Unterlassungsverpflichtung zuwidergehandelt haben. B selbst hat gegen die Verpflichtung durch eigenes Verhalten aber nicht verstoßen. Ganz im Gegenteil: Sie hat Vorkehrungen gegen einen erneuten Verstoß getroffen.

II. Zurechnung der Zuwiderhandlung durch Torben (T)

Allerdings könnte der Einwurf eines Werbeflyers durch T den Vertragsstrafanspruch begründen. Fraglich ist, ob sich B das Verhalten des T zurechnen lassen muss. Gemäß § 278 Satz 1 BGB hat der Schuldner ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, derer er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Es geht dabei entgegen dem zu engen Wortlaut der Norm nicht lediglich um eine Zurechnung des Verschuldens im engen Sinne, sondern gerade auch um eine Zurechnung des Verhaltens als solches.¹⁹ Voraussetzung ist, dass T Erfüllungsgehilfe der B bei der Einhaltung der Unterlassungspflicht war. Dann hätte B für dessen Verhalten einzustehen.²⁰

1. Bestehendes Schuldverhältnis

Zwischen B und A besteht eine Sonderverbindung in Form des Unterlassungsvertrags (s. o.). § 278 BGB ist anwendbar.

¹⁶ Vgl. Bornkamm, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 12 Rn. 1.144; BGH, Urt. v. 12.7.1995 – I ZR 176/93 = NJW 1995, 2788, 2789 – Kurze Verjährungsfrist.

¹⁷ Insbesondere eine Nichtigkeit nach § 138 BGB.

¹⁸ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, § 1 Rn. 4.

¹⁹ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, § 31 Rn. 383; Looschelders, Schuldrecht AT, § 23 Rn. 34.

²⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 4.5.2017 – I ZR 208/15 = NJW 2018, 155 Rn. 18 – Luftentfeuchter.

2. Erfüllungsgehilfe

T müsste Erfüllungsgehilfe der B sein. Ob jemand als Erfüllungsgehilfe eines anderen anzusehen ist, bestimmt sich danach, ob er nach den rein tatsächlichen Vorgängen des gegebenen Falls mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird.²¹

a. Tätigkeit mit Willen des Schuldners

T müsste mit dem Willen der B tätig werden. Dies ist hier der Fall. Die unternehmerische Selbstständigkeit der Hilfsperson steht der Annahme, der Dritte sei Erfüllungsgehilfe, nicht entgegen.²² Auf eine Weisungsabhängigkeit kommt es anders als bei § 831 BGB nicht an.²³

b. Verbindlichkeit des Schuldners

T müsste bei der Erfüllung einer der B obliegenden Verbindlichkeit tätig werden. B schuldet gegenüber A das Unterlassen von Werbeeinwürfen in deren Briefkasten. Zur Erfüllung dieser Verbindlichkeit bedient sich die B des T. Sie hat den T zur Verteilung der Werbung für ihr Restaurant eingeschaltet. T wird damit im Pflichtenkreis der Schuldnerin²⁴ tätig. Wenn sich der Schuldner bei der Erfüllung von Verbindlichkeiten aus Sonderrechtsverhältnissen die Vorteile der Arbeitsteilung zunutze macht, soll er schließlich auch das damit verbundene Personalrisiko tragen.²⁵ In diesem Sinne ist etwa in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine Werbeagentur, derer sich ein Vertragsstrafschuldner für seine Werbung bedient, bei ihrer Tätigkeit auch insoweit als Erfüllungsgehilfe des Schuldners handelt, als es um die Erfüllung der vertraglich übernommenen Unterlassungspflicht geht.²⁶

c. Handeln in Erfüllung der Verbindlichkeit des Schuldners

Zwischen dem Handeln der Hilfsperson und den Aufgaben, die ihr im Hinblick auf die Vertragserfüllung zugewiesen waren, muss ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang bestehen. Ein Handeln "bei Gelegenheit" genügt nicht.²⁷ Ein sachlicher Zusammenhang ist hier, unabhängig davon, ob man auch allein schon eine Risikoerhöhung ausreichen lässt,²⁸ gegeben.

d. Zwischenergebnis

Es liegt damit eine der B zurechenbare Zuwiderhandlung vor.

²¹ BGH, Urt. v. 4.5.2017 – I ZR 208/15 = NJW 2018, 155 Rn. 20 – Luftentfeuchter.

²² BGH, Urt. v. 4.5.2017 – I ZR 208/15 = NJW 2018, 155 Rn. 20 – Luftentfeuchter.

²³ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, § 31 Rn. 376; vgl. BGH, Urt. v. 6.11.2012 – VI ZR 174/11 = NJW 2013, 1002 Rn. 16.

²⁴ Vgl. Looschelders, Schuldrecht AT, § 23 Rn. 35.

²⁵ Vgl. MüKo/Grundmann, BGB, § 278 Rn. 3.

²⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 4.5.2017 – I ZR 208/15 = NJW 2018, 155 Rn. 20 – Luftentfeuchter; BGH, Urt. v. 15.5.1985 – I ZR 25/83 = NJW 1986, 127 – Erfüllungsgehilfe.

²⁷ Vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, § 31 Rn. 381.

²⁸ Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, § 31 Rn. 382; vgl. Looschelders, Schuldrecht AT, § 23 Rn. 39.

D. Verschulden

I. Verschulden als Tatbestandsmerkmal

Der Anspruch auf die Zahlung einer Vertragsstrafe könnte verschuldensabhängig sein. Obwohl der Wortlaut dies nicht ausdrücklich erwähnt, geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass die Verwirkung der Vertragsstrafe eine schuldhaftes Zuwiderhandlung voraussetzt.²⁹ Als Argument dient der Verweis auf § 339 Satz 1 BGB. Es sei nicht gerechtfertigt, bei Verstößen gegen Leistungspflichten über die Voraussetzung des Verzugs Verschulden zu fordern (vgl. § 286 Abs. 4 BGB), bei Zuwiderhandlungen gegen Unterlassungspflichten hingegen nicht.³⁰ Auch ist der Ausspruch einer "Strafe" nur im Falle eines Verschuldens gerechtfertigt.

Hinweis: Hier ist eine andere Ansicht vertretbar, wobei dann zu fordern ist, dass sich die Bearbeiter mit den oben genannten Argumenten auseinandersetzen.

II. Verschulden der B

Ein eigenes Verschulden der B liegt nicht vor. Im Gegenteil: Sie hat den T aufgefordert, keine Werbung für ihr Restaurant in den Briefkasten der A zu legen.

III. Zurechnung des Verschuldens des T, § 278 BGB

B könnte sich allerdings das Verschulden des T zurechnen lassen müssen. T hat "gedankenverloren" die Aufforderung der B vergessen. Der Aufkleber "Bitte keine Werbung" war zudem sehr gut sichtbar. T handelt fahrlässig (§ 276 Abs. 2 BGB). Verschulden ist damit gegeben. Über § 278 Satz 1 BGB wird dies der B zugerechnet (s. o.). Darauf, dass die B sich selbst nicht sorgfaltspflichtwidrig verhalten hat, kommt es nicht an. Auch eine Exkulpation ist anders als bei § 831 BGB nicht möglich.

D. Zuwiderhandlung nach Vertragsschluss

Ansprüche aus der strafbewehrten Unterlassungserklärung auf Zahlung der Vertragsstrafe kann der Gläubiger logischerweise grundsätzlich allein für ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses begangene Verstöße geltend machen.³¹ Daran könnte man hier Zweifel haben, da zum Zeitpunkt der Zuwiderhandlung der Vertrag "schwebend unwirksam" war. Andererseits wirkt die Genehmigung - wie sie hier später durch die A erfolgt ist - gemäß § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Es ist daher umstritten, ob hier eine Zuwiderhandlung nach Vertragsschluss vorliegt.

²⁹ Palandt/Grüneberg, BGB, § 339 Rn. 15; MüKo/Gottwald, BGB, § 339 Rn. 38; Ostendorf, JuS 2015, 977, 978; Looschelders, Schuldrecht AT, § 38 Rn. 9, 10; Medicus/Lorenz, Schuldrecht I AT, Rn. 582.

³⁰ BGH, Urt. v. 15.5.1985 – I ZR 25/83 = NJW 1986, 127 – Erfüllungsgehilfe; Looschelders, Schuldrecht AT, § 38 Rn. 10.

³¹ BGH, Urt. v. 17.9.2009 – I ZR 217/07 = NJW-RR 2010, 1127 Rn. 21 – Testfundstelle; BGH, Urt. v. 18.5.2006 – I ZR 32/03 = NJW-RR 2006, 1477 Rn. 20 – Vertragsstrafvereinbarung.

I. Literaturansicht

In der Literatur wird auf den Wortlaut des § 184 BGB hingewiesen. Die privatautonome vereinbarte Unterlassungspflicht bestehe damit rückwirkend.³² Es stehe dem Vertretenen zudem frei, das Handeln eines vollmachtlosen Vertreters nicht zu genehmigen, wenn dies für ihn nachteilig sei. Ist es wie hier vorteilhaft, drohen ihm keine Nachteile.³³ Der andere Teil erscheint nicht schutzwürdig, da er über § 178 BGB hinreichend geschützt ist.

II. Rechtsprechung des BGH

Nach dem BGH führt dagegen die Rückwirkung der Genehmigung nicht dazu, dass der andere Teil während der Schwebezeit aus dem Vertretergeschäft verpflichtet wird.³⁴ Während der Schwebezeit sollen keine Rechtsfolgen entstehen, die an das tatsächliche Bestehen einer Leistungspflicht anknüpfen. Der Geschäftsgegner gerate daher während der Zeit schwebender Unwirksamkeit des Vertrags mit seiner Leistungspflicht nicht in Verzug.³⁵ Bestehe die Verpflichtung in einem Unterlassen, verwirke er die Vertragsstrafe nicht nach § 339 Satz 2 BGB durch eine Zuwiderhandlung während des Schwebezustandes der strafbewehrten Unterlassungsvereinbarung.³⁶

III. Stellungnahme

Auch bei anderen Fällen von Rückwirkungsfiktionen (§§ 142 Abs. 1, 389 BGB) wird vielfach ein Unterschied zwischen tatsächlicher und rechtlicher Rückwirkung gemacht.³⁷ Dies gilt beispielsweise für die Prozessaufrechnung. Rechnet der Beklagte nach Klagezustellung mit einer bereits vorher aufrechenbaren Gegenforderung auf, ist trotz § 389 BGB erst die Aufrechnungserklärung das "erledigende Ereignis", sodass der Kläger über eine einseitige Erledigterklärung den Prozess trotz materiell-rechtlicher Rückwirkung nach § 389 BGB noch gewinnen kann.³⁸

Folgt man mit diesem Argument dem BGH, besteht kein Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe, da die Zuwiderhandlung durch T vor der Genehmigung des Vertrags durch A stattfand.

Hinweis: Auch hier kommt es darauf an, das Problem zu erkennen, zumal sich im Sachverhalt ein entsprechender Hinweis befindet. Eine Kenntnis der Rechtsprechung des BGH ist von den Bearbeitern nicht zu erwarten. Es ist bereits ausreichend, wenn die Bearbeiter ihre Überlegungen auf die in § 184 Abs. 1 BGB angeordnete Rückwirkung stützen.

³² Teplitzky/Schaub, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, Kap. 20 Rn. 15a.

³³ Teplitzky/Schaub, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, Kap. 20 Rn. 15a.

³⁴ BGH, Urte. v. 17.11.2014 – I ZR 97/13 = GRUR 2015, 187 Rn. 22 – Zuwiderhandlung während der Schwebezeit.

³⁵ Vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, § 184 Rn. 2.

³⁶ BGH, Urte. v. 17.11.2014 – I ZR 97/13 = GRUR 2015, 187 Rn. 22 – Zuwiderhandlung während der Schwebezeit.

³⁷ Offengelassen für § 812 Abs. 1 Satz 2, 1. Alt. BGB BGH, Urte. v. 13.2.2008 – VIII ZR 208/07 = NJW 2008, 1878 Rn. 15.

³⁸ Vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, § 389 Rn. 2.

E. Gesamtergebnis

Ein Anspruch auf Zahlung einer Vertragsstrafe von 2.000,- € besteht daher nicht (**a. A. vertretbar**).

Frage 2: Anspruch der A gegen B auf Unterlassung

Fraglich ist, ob A gegen B einen Anspruch auf Unterlassung hat. In Betracht kommt ein gesetzlicher Unterlassungsanspruch.

A. Unterlassungsanspruch, § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB

A könnte gegen B ein Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB zustehen.³⁹ Voraussetzung ist neben einer Rechtsverletzung das Vorliegen von Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr. Zudem darf keine Duldungspflicht bestehen (vgl. § 1004 Abs. 2 BGB). Auf ein Verschulden kommt es hingegen nach allgemeiner Meinung nicht an.⁴⁰

I. Eigentumsbeeinträchtigung

§ 1004 BGB verlangt als Erstes nach einer Eigentumsbeeinträchtigung, die nicht bereits von § 985 BGB erfasst ist.⁴¹ Eine Eigentumsbeeinträchtigung ist jeder dem Inhalt des Eigentums nach § 903 BGB widersprechende Eingriff in die rechtliche oder tatsächliche Herrschaftsmacht des Eigentümers.⁴² Das Einwerfen eines Werbeflyers stellt als physische Einwirkung eine Einschränkung der tatsächlichen Herrschaftsmacht des Eigentümers dar (vgl. § 903 BGB).⁴³ Unerheblich ist, dass der Eingriff geringfügig erscheint. § 903 BGB kennt keinen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt; dies kann allenfalls bei der Duldungspflicht ("Rechte Dritter") über § 1004 Abs. 2 BGB eine Rolle spielen. Der BGH will demgegenüber zwar den Einwurf von Werbung nicht generell als Eigentumsverletzung werten. Sofern der Empfänger aber zu erkennen gibt, dass er dies ausdrücklich nicht wünscht, soll der Eigentümer sich gegen eine Beeinträchtigung seiner räumlich-gegenständlichen Sphäre durch das Aufdrängen von unerwünschtem Werbematerial zur Wehr setzen können.⁴⁴ Damit liegt eine Eigentumsverletzung vor.

Hinweis: Hier ist freilich keine Kenntnis der Rechtsprechung des BGH zu erwarten. Entscheidend ist, dass die Bearbeiter sich argumentativ mit der Frage auseinandersetzen, ob der Einwurf von Werbung hier eine Eigentumsbeeinträchtigung darstellt.

³⁹ Vgl. hierzu Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 8.

⁴⁰ Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, § 89 Rn. 6.

⁴¹ Palandt/Herrler, BGB, § 1004 Rn. 5; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 14.

⁴² Palandt/Herrler, BGB, § 1004 Rn. 6; Stadler/Klöpfer, JA 2017, 901, 903; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 14.

⁴³ Vgl. Ohly, in: Ohly/Sosnitza, UWG, § 7 Rn. 18; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 18.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 20.12.1988 – VI ZR 182/88 = BGHZ 106, 229 = NJW 1989, 902, 903; vgl. LG Bonn, Urt. v. 15.1.2014 – 5 S 7/13 = BeckRS 2014, 4624; vgl. auch Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 18.

II. Rechtswidrigkeit⁴⁵/Duldungspflicht nach § 1004 Abs. 2 BGB

Die Eigentumsverletzung müsste rechtswidrig sein. Die Rechtswidrigkeit wird durch die Beeinträchtigung indiziert.⁴⁶ Eine Duldungspflicht gemäß § 1004 Abs. 2 BGB ist nicht ersichtlich. Wegen der klaren Willensbekundung "Bitte keine Werbung" scheidet eine (mutmaßliche) Einwilligung aus.⁴⁷ § 906 BGB gilt nur für Immissionen.⁴⁸

III. Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr

1. Wiederholungs- und Erstbegehungsgefahr als materiell-rechtliche Entstehungsvoraussetzung

Ausweislich des § 1004 Abs. 1 Satz 2 kann der Eigentümer auf Unterlassung klagen, sofern weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind. Ungeachtet der (prozessualen) Formulierung des § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB ist allgemein anerkannt, dass der Unterlassungsanspruch nur dann entsteht, wenn Begehungsgefahr vorliegt, entweder in Form der Wiederholungsgefahr oder der Erstbegehungsgefahr.⁴⁹ In beiden Fällen handelt es sich um materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzungen.⁵⁰ Wiederholungsgefahr ist die auf Tatsachen gegründete objektive ernstliche Besorgnis weiterer Störungen.⁵¹ Eine vorangegangene rechtswidrige Beeinträchtigung begründet eine tatsächliche Vermutung für die Wiederholungsgefahr.⁵² Erstbegehungsgefahr ist im Falle einer erstmals ernsthaft drohenden Beeinträchtigung gegeben.⁵³ Fraglich ist, ob dies hier der Fall ist.

2. Wiederholungsgefahr infolge des Einwurfs eines Werbeflyers durch B

a. Tatsächliche Vermutung der Wiederholungsgefahr

Indem die B am 1. September 2020 einen Flyer in den Briefkasten der A geworfen hat, ist zunächst die tatsächliche Vermutung der Wiederholung des dadurch bewirkten Rechtsverstoßes begründet worden.⁵⁴ Warum dies hier ausnahmsweise nicht der Fall sein sollte, ist nicht ersichtlich.⁵⁵

⁴⁵ Stadler/Klöpfer, JA 2017, 901, 905; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 28.

⁴⁶ Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 28.

⁴⁷ Vgl. auch Gomille, GRUR 2017, 241, 243.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 20.12.1988 – VI ZR 182/88 = BGHZ 106, 229 = NJW 1989, 902, 903; Vgl. auch Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 34 ff.

⁴⁹ Staake, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 2014, § 13 Rn. 32 ff.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, § 89 Rn. 5 f.; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 9 f.

⁵⁰ BGH, Urt. v. 19.10.2004 – VI ZR 292/03 = NJW 2005, 594, 595; BGH, Urt. v. 7.10.1982 – I ZR 120/80 = NJW 1983, 941, 942 – Vertragsstrafversprechen.

⁵¹ Palandt/Herrler, BGB, § 1004 Rn. 32; BGH, Urt. v. 16.1.1992 – I ZR 84/90 = NJW-RR 1992, 617, 617 f. – Jubiläumsverkauf; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 9.

⁵² BGH, Urt. v. 17. 12. 2010 – V ZR 45/10 = NJW 2011, 749 Rn. 28; BGH, Urt. v. 10.7.2018 – VI ZR 225/17 = NJW 2018, 3506 Rn. 26; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 9.

⁵³ Palandt/Herrler, BGB, § 1004 Rn. 32; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 9.

⁵⁴ So auch Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 9.

⁵⁵ Kritisch aber MüKo/Baldus, BGB, § 1004 Rn. 291.

b. Untergang des Unterlassungsanspruchs durch Wegfall der Wiederholungsgefahr

Die Wiederholungsgefahr könnte allerdings nachträglich wieder entfallen sein. In diesem Fall geht auch der Unterlassungsanspruch unter (rechtsvernichtende Einwendung).⁵⁶ An den Wegfall der Wiederholungsgefahr werden allerdings strenge Anforderungen gestellt. Regelmäßig kann die Wiederholungsgefahr nur durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt werden.⁵⁷ Die bloße Absicht, sich künftig rechtstreu zu verhalten, reicht nicht aus.⁵⁸ Eine solche Unterlassungserklärung, abgesichert durch ein Vertragsstrafeversprechen, liegt hier aber vor. Da B dadurch ernsthaft zum Ausdruck bringt, dass sie keine weiteren Verletzungen begehen wird, ist die Wiederholungsgefahr in vorliegendem Fall entfallen.⁵⁹ Der gesetzliche Unterlassungsanspruch ist untergegangen.⁶⁰

Hinweis: Die Unterlassungserklärung muss den gesetzlichen Unterlassungsanspruch vollumfänglich abdecken. Dies kann hier unterstellt werden, da die B verspricht, keine Werbung mehr in den Briefkasten der A einzuwerfen. Dass sie sich nicht verpflichtet will, "jedwede Dinge" in den Briefkasten der A zu werfen, ist unschädlich, da A ein so weitgehender Anspruch nicht zusteht.

Es ist ebenfalls vertretbar, wenn die Bearbeiter einen Untergang des Unterlassungsanspruchs nicht annehmen, aber argumentieren, dass die Geltendmachung vor einer erneuten Störung treuwidrig (§ 242 BGB) ist.

3. Wiederholungsgefahr infolge des Einwurfs eines Werbeflyers durch T

Der Einwurf eines weiteren Flyers durch T könnte jedoch die Wiederholungsgefahr erneut auslösen. In derartigen Fällen lebt die einmal erloschene Wiederholungsgefahr zwar nicht wieder auf.⁶¹ Es entsteht aber originär ein neuer Unterlassungsanspruch. Der erneute Verstoß begründet einen neuen gesetzlichen Unterlassungsanspruch.⁶² Umstände, die für ein Ausräumen der Wiederholungsgefahr sprechen, sind hier nicht ersichtlich. Eine weitere strafbewehrte Unterlassungserklärung wurde nicht abgegeben. Dass bereits ein vertraglicher Unterlassungsanspruch besteht, ist im Übrigen unschädlich.⁶³

Hinweis: Eine derart ausdifferenzierte Prüfung der Wiederholungsgefahr kann nur von guten Bearbeitern erwartet werden.

4. Erstbegehungsgefahr

Umstände, die eine Erstbegehungsgefahr begründen, sind nicht ersichtlich.

⁵⁶ Palandt/Herrler, BGB, § 1004 Rn. 32; Teplitzky/Kessen, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, Kap. 7 Rn. 1.

⁵⁷ BGH, Urt. v. 21.9.2012 – V ZR 230/11 = NJW 2012, 3781 Rn. 12; Palandt/Herrler, BGB, § 1004 Rn. 32; vgl. MüKo/Baldus, BGB, § 1004 Rn. 292.

⁵⁸ Palandt/Herrler, BGB, § 1004 Rn. 32.

⁵⁹ Vgl. Hofmann, JuS 2018, 833, 836.

⁶⁰ Vgl. weiterführend BGH, Beschl. v. 16.4.2015 – IX ZR 180/13 = NJW-RR 2015, 1004 Rn. 4.

⁶¹ BGH, Urt. v. 15.12.2011 – I ZR 174/10 = GRUR 2012, 730 Rn. 38 – Bauheizgerät.

⁶² BGH, Urt. v. 18.5.2006 – I ZR 32/03 = NJW-RR 2006, 1477 Rn. 22 – Vertragsstrafvereinbarung.

⁶³ Vgl. BGH, Beschl. v. 3.4.2014 – I ZB 3/12 = GRUR 2014, 909 Rn. 9 ff. – Ordnungsmittelandrohung nach Prozessvergleich.

IV. Schuldner des Unterlassungsanspruchs aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB

1. B als Störerin

Schuldner des gesetzlichen Unterlassungsanspruchs ist in der Terminologie des § 1004 Abs. 1 BGB der Störer (= Täter).⁶⁴ Störer in Form eines Handlungsstörers ist, wer die Beeinträchtigung durch seine Handlung selbst adäquat verursacht hat.⁶⁵ Die B hat die erneute Rechtsverletzung aber nicht selbst bewirkt. Sie hat keine Werbung in den Briefkasten eingeworfen.

2. Zurechnung des Verhaltens des T über § 278 BGB

Der B könnte aber die Zuwiderhandlung des T über § 278 BGB zugerechnet werden. Allerdings ist § 278 im Rahmen des § 1004 BGB mangels Sonderverbindung⁶⁶ nicht anwendbar.

Hinweis: Ausführungen dazu, dass § 278 BGB nicht anwendbar ist, sind von den Bearbeitern nicht zu erwarten, können allerdings positiv berücksichtigt werden.

3. B als mittelbare Handlungsstörerin

B könnte aber als mittelbare Handlungsstörerin (= mittelbare Verletzerin) in Anspruch genommen werden. Mittelbarer Handlungsstörer ist, wer die Beeinträchtigung durch die Handlung eines Dritten adäquat verursacht hat und die Beeinträchtigung verhindern kann.⁶⁷ Oder in den Worten des VI. Zivilsenats: "Grundsätzlich ist als mittelbarer Störer verpflichtet, wer, ohne unmittelbarer Störer zu sein, in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal zur Beeinträchtigung des Rechtsguts beiträgt. Dabei kann als Beitrag auch die Unterstützung oder Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten genügen, sofern der in Anspruch Genommene die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung hatte."⁶⁸

B hat den T mit der Verteilung von Werbung beauftragt. Auch wenn sie dem T aufgegeben hat, keine Werbung in den Briefkasten der A zu legen, hat sie doch eine Ursache für eben diese Rechtsverletzung allein durch die Weitergabe der Flyer und die Beauftragung gesetzt. Allerdings setzt die Rechtsprechung - namentlich bei Internetsachverhalten - einschränkend voraus, dass der mittelbare Störer eine Verhaltenspflicht verletzt haben muss.⁶⁹ Rechtlich oder wirtschaftlich unzumutbare Maßnahmen können nicht verlangt werden.⁷⁰ Eine derartige Pflichtverletzung ist aber nicht ersichtlich; B hat den T als unmittelbaren Verteiler ja gerade angehalten, den Willen der A zu achten. Zwar könnte man auch verlangen, dass die B dies gegenüber T noch nachdrücklicher, beispielsweise durch eine Vertragsstrafe, hätte deutlich

⁶⁴ Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 22.

⁶⁵ BGH, Urt. v. 17.12.2010 – V ZR 44/10 = NJW 2011, 753 Rn. 10; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 22 f.

⁶⁶ Vgl. Looschelders, Schuldrecht AT, § 23 Rn. 38.

⁶⁷ Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 23; Palandt/Herrler, BGB, § 1004 Rn. 18; BGH, Urt. v. 9.2.2018 – V ZR 311/16 = NJW 2018, 1542.

⁶⁸ BGH, Urt. v. 1.3.2016 – VI ZR 34/15 = NJW 2016, 2106 Rn. 22 – Ärztebewertungsportal III.

⁶⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 1.3.2016 – VI ZR 34/15 = NJW 2016, 2106 Rn. 22 – Ärztebewertungsportal III; ausführlich Hofmann, JuS 2017, 713.

⁷⁰ BGH, Urt. v. 20.12.1988 – VI ZR 182/88 = BGHZ 106, 229 = NJW 1989, 902, 903 f.

machen müssen.⁷¹ Dies würde die Anforderungen an das von B zu erwartende und ihr zumutbare Verhalten jedoch überspannen. Während ohne eine Aufforderung der B gegenüber T eine Haftung der B ohne Weiteres anzunehmen wäre,⁷² sprechen hier die besseren Argumente für eine Ablehnung einer Haftung der B.⁷³

Hinweis: Es ist also diskutabel, ob die Aufforderung der B gegenüber T ausreicht oder nicht. Entscheidend ist letztlich, dass die Kausalhaftung über eine Zumutbarkeitsprüfung eingeschränkt ist.

Von den Bearbeitern zu erwarten ist, dass diese erkennen, dass B hier als mittelbare Handlungsstörerin in Betracht kommt.⁷⁴ Sofern sodann entsprechende Ausführungen zu einer möglichen Einschränkung der Verantwortlichkeit der B erfolgen, ist dies positiv zu würdigen. Ausführungen in diesem Umfang, insbesondere zu den Fällen der Internetnutzung, können von den Bearbeitern jedoch nicht erwartet werden.

B. § 1004 Abs. 1 Satz 2 (i. V. m. § 823 Abs. 1) BGB analog

Nicht nur Eigentumsverletzungen, sondern auch sonstige Verletzungen absoluter Rechte einschließlich der Verletzung rechtlich geschützter Interessen (vgl. § 823 Abs. 2 BGB) können über einen Unterlassungsanspruch für die Zukunft abgewehrt werden.⁷⁵ Vorliegend könnte eine Persönlichkeitsrechtsverletzung vorliegen.⁷⁶ Es kommt dabei auf eine Interessenabwägung an. In dem Ablegen ungebetener Werbung könnte ein persönlichkeitsrechtsverletzendes Eindringen in die Privatsphäre vorliegen.⁷⁷ Der Werbeadressat könnte wünschen, der Konfrontation mit der Suggestivwirkung der Werbung zu entgehen.⁷⁸ Zu beachten ist andererseits aber auch das Interesse der Werbewirtschaft an der Kundeninformation.⁷⁹ Jedenfalls für den Bereich der Privatsphäre setzt sich das Recht des Einzelnen, Aktivitäten entgegenzutreten, die unter gegenständlichem Eindringen in seine Privatsphäre Einfluss auf seine Konsumententscheidungen zu gewinnen suchen, angesichts des Stellenwertes dieses Bereichs für eine individuelle Lebensgestaltung ohne Fremddiktat gegenüber den entgegenstehenden Interessen der Werbewirtschaft jedoch grundsätzlich durch.⁸⁰ Eine Persönlichkeitsrechtsverletzung liegt damit vor.

Für die übrigen Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs kann nach oben verwiesen werden. Ein Unterlassungsanspruch scheidet jedenfalls an der fehlenden Störereigenschaft der B.

⁷¹ BGH, Urte. v. 20.12.1988 – VI ZR 182/88 = BGHZ 106, 229 = NJW 1989, 902, 904.

⁷² BGH, Urte. v. 20.12.1988 – VI ZR 182/88 = BGHZ 106, 229 = NJW 1989, 902, 903 f.

⁷³ Vgl. auch AG Berlin-Charlottenburg, Urte. V. 7.8.2015 – 216 C 13/15 = BeckRS 2015, 17240.

⁷⁴ Vgl. Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 23.

⁷⁵ Vgl. Looschelders, Schuldrecht BT, § 70 Rn. 1428; Vieweg/Werner, Sachenrecht, § 9 Rn. 6.

⁷⁶ BGH, Urte. v. 20.12.1988 – VI ZR 182/88 = BGHZ 106, 229 = NJW 1989, 902, 903; vgl. Hager, JA 2019, 67, 68; Neuner, Beck'sches Examinatorium Sachenrecht, Rn. 278.

⁷⁷ Auch BGH, Urte. v. 20.12.1988 – VI ZR 182/88 = BGHZ 106, 229 = NJW 1989, 902, 903, stellt zudem auf das "Selbstbestimmungsrecht" ab – wenn auch unter "§§ 1004, 903, 862 BGB"; Neuner, Beck'sches Examinatorium Sachenrecht, Rn. 278.

⁷⁸ BGH, Urte. v. 20.12.1988 – VI ZR 182/88 = BGHZ 106, 229 = NJW 1989, 902, 903.

⁷⁹ Gomille, GRUR 2017, 241, 242.

⁸⁰ BGH, Urte. v. 20.12.1988 – VI ZR 182/88 = BGHZ 106, 229 = NJW 1989, 902, 903.

Hinweis: Die Diskussion eines Unterlassungsanspruchs wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung der A kann nur von sehr guten Bearbeitern erwartet werden.

C. § 823 BGB

Ansprüche aus § 823 BGB zielen auf Schadensersatz ab, nicht auf Unterlassung.

D. Gesamtergebnis

Ein Unterlassungsanspruch besteht nicht.

Teil II:

Frage 3: Unterlassungsanspruch der Vertriebs-GmbH (V) gegen H

Anspruch auf Unterlassung, §§ 311 Abs. 1, 241 Abs. 1 Satz 2 BGB (alternativ: § 280 Abs. 1 BGB)

Zu prüfen ist, ob V von H die Unterlassung des Weiterverkaufs der beiden Tickets für das Konzert der S in Nürnberg verlangen kann. Es kommt ein vertraglicher Unterlassungsanspruch in Betracht.

A. Anspruchsgrundlage

Fraglich ist zunächst, was die Anspruchsgrundlage für diesen Anspruch ist. § 1004 BGB greift nicht, da es vorliegend um einen vertraglichen, nicht einen gesetzlichen Unterlassungsanspruch geht. In dem zwischen H und V geschlossenen Vertrag über den Ticketerwerb findet sich in den Nutzungsbedingungen eine Klausel, wonach es dem Käufer untersagt ist, die Tickets zu einem höheren Preis weiterzugeben. Eine Unterlassungspflicht könnte sich daher unmittelbar aus dem Vertrag ergeben. Mangels einer Spezialregel wie beispielsweise § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB sind direkt die vertraglichen Regelungen heranzuziehen (vgl. § 241 Abs. 1 Satz 2, 311 Abs. 1 BGB).⁸¹

Hinweis: Der BGH leitet die Unterlassungspflicht dagegen aus einer Verletzung gegen eine vertragliche Nebenabrede her und stellt dabei auf § 280 Abs. 1 BGB ab.⁸² Bedenken hiergegen ergeben sich aus zwei Aspekten: Erstens ist der Unterlassungsanspruch verschuldensunabhängig, wobei ein Verschuldenserfordernis aber auch vertraglich vereinbart werden kann. Zweitens geht es bei der Erfüllung der Unterlassungspflicht nicht um einen Sekundäranspruch, sondern um den Primäranspruch selbst.

Ausführungen hierzu sind von den Bearbeitern nicht zu erwarten. Wird als Anspruchsgrundlage § 280 Abs. 1 BGB herangezogen, ist dies mit dem BGH ebenso vertretbar.

⁸¹ Prütting/Wegen/Weinreich/Schmidt-Kessel/Kramme, BGB, § 241 Rn. 23.

⁸² BGH, Urt. v. 11.9.2008 – I ZR 74/06 = NJW 2009, 1504 Rn. 9 und Rn. 17 = JuS 2009, 1063 – bundesligakarten.de; dem folgend Palandt/Grüneberg, BGB, § 280 Rn. 33.

B. Vertragsschluss zwischen H und der V-GmbH

Voraussetzung ist in jedem Fall, dass H und die V-GmbH (vgl. § 13 Abs. 1 GmbHG) einen Kaufvertrag über die Tickets geschlossen haben. Das ist unproblematisch der Fall.

C. Weitergabeverbot als Vertragsbestandteil und Wirksamkeitskontrolle

Ein Unterlassungsanspruch wäre dann gegeben, wenn H dazu verpflichtet ist, die erworbenen Tickets nicht gewinnbringend weiter zu veräußern. Nur wenn ein entsprechendes Weitergabeverbot vertraglich vereinbart ist, könnte V von H verlangen, den gewinnbringenden Weiterverkauf der Tickets zu unterlassen (vgl. § 241 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dies könnte vorliegend über Ziff. 8 der Nutzungsbedingungen erfolgt sein. Fraglich ist, ob die Klausel in den Vertrag einbezogen worden ist und ob sie wirksam ist. Es könnte sich schließlich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handeln, die an §§ 307 ff. BGB zu messen ist.

I. Vorliegen von AGB

Die Nutzungsbedingungen sind als Allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB zu verstehen, da diese für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind und von V einseitig gestellt wurden. Auf die erleichterte Anwendbarkeit der AGB-Vorschriften nach § 310 Abs. 3 BGB kommt es daher nicht an.

II. Einbeziehung in den Vertrag

An der Einbeziehung der "Nutzungsbedingungen" einschließlich der streitgegenständlichen Ziff. 8 bestehen keine Zweifel. H hat den Nutzungsbedingungen insbesondere zugestimmt (vgl. § 305 Abs. 2 BGB). Die Einbeziehung der Klausel scheitert auch nicht an § 305c Abs. 1 BGB. Der Verkehr rechnet beim Kauf von Tickets mit diversen Varianten von Weitergabeverboten.⁸³

III. Wirksamkeit

Die Klausel könnte jedoch einer Inhaltskontrolle nicht standhalten und unwirksam sein. Mangels Spezialregelung nach §§ 308, 309 BGB könnte sich die Unwirksamkeit aus § 307 BGB ergeben. Voraussetzung ist, dass eine unangemessene Benachteiligung vorliegt (vgl. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB).

1. Kontrollfähigkeit, § 307 Abs. 3 BGB

§ 307 BGB ist anwendbar. Ziff. 8 ist eine Bestimmung, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden (vgl. § 307 Abs. 3 BGB), da Rechte grundsätzlich übertragbar sind, vgl. §§ 413, 137 Satz 1 BGB.

⁸³ Vgl. OLG Hamburg, Urt. v. 13.6.2013 – 3 U 31/10 = MMR 2014, 595.

2. Wesentliche Grundgedanken, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB

Eine unangemessene Benachteiligung könnte sich nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB daraus ergeben, dass Ziff. 8 mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. In Betracht kommt der Gedanke, dass Rechte übertragbar sind (vgl. §§ 413, 137 Satz 1 BGB⁸⁴). Allerdings zeigt bereits § 137 Satz 2 BGB, dass schuldrechtliche Beschränkungen (vertragliche Verfügungsverbote) möglich sind.⁸⁵ Auch § 399, 2. Alt. BGB zeigt, dass Einschränkungen der Verkehrsfähigkeit möglich sind. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Tickets als "kleine Inhaberpapiere" nach § 807 BGB ausgestaltet sind⁸⁶ und diese nach §§ 929 ff. BGB weiterveräußert werden oder ob ein Fall des § 808 BGB vorliegt.⁸⁷

3. Vertragszweck, § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Eine unangemessene Benachteiligung könnte sich nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB daraus ergeben, dass Ziff. 8 wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Das ist nicht ersichtlich. Vertragszweck ist der Konzertbesuch, nicht die Weiterveräußerung von Tickets.

4. Unangemessene Benachteiligung, § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB

Eine unangemessene Benachteiligung könnte sich direkt aus der Generalklausel des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ergeben. Es kommt dabei auf eine Interessenabwägung an.⁸⁸ Ein allgemeines Abtretungsverbot gemäß § 399, 2. Alt. BGB beispielsweise ist nur dann nach der Generalklausel unwirksam, wenn ein schützenswertes Interesse des Verwenders an dem Abtretungsverbot nicht besteht oder die berechtigten Belange des Vertragspartners an der freien Abtretbarkeit vertraglicher Ansprüche das entgegenstehende Interesse des Verwenders überwiegen.⁸⁹ Zu bedenken ist dabei vor allem, dass V ein Interesse daran hat, dass Tickets am Schwarzmarkt nicht zu "Mondpreisen" angeboten werden. Dies dient letztlich auch dazu, weniger zahlungskräftigen Kunden Zugang zu Konzerten etc. zu ermöglichen.⁹⁰ Das Interesse des H wird dadurch berücksichtigt, dass er die Tickets immerhin zum Selbstkostenpreis weitergeben darf.⁹¹

⁸⁴ Vgl. Brox/Walker, BGB AT, § 14 Rn. 37.

⁸⁵ Vgl. Brox/Walker, BGB AT, § 14 Rn. 37.

⁸⁶ So Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, § 54 Rn. 2.

⁸⁷ Vgl. zu § 808 BGB i. V. m. § 399 BGB LG München I, Urt. v. 2.8.2017 – 37 O 17726/16 = LSK 2017, 131114 Rn. 101; LG Hamburg, Urt. v. 2.10.2014 – 327 O 251/14 = GRUR-RR 2015, 72, 73 – Helene Fischer; zu den Legitimationspapieren vgl. Medicus/Lorenz, Schuldrecht II BT, § 54 Rn. 3.

⁸⁸ Vgl. mit Blick auf Abtretungsverbote von Fußball-Bundesliga-Karten Ensthaler/Zech, NJW 2005, 3389; LG München I, Urt. v. 2.8.2017 – 37 O 17726/16 = LSK 2017, 131114 Rn. 99 ff.

⁸⁹ BGH, Urt. v. 13.7.2006 – VII ZR 51/05 = NJW 2006, 3486 Rn. 14.

⁹⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 11.9.2008 – I ZR 74/06 = NJW 2009, 1504 Rn. 26 – bundesligakarten.de; LG Hamburg, Urt. v. 2.10.2014 – 327 O 251/14 = GRUR-RR 2015, 72, 73 – Helene Fischer.

⁹¹ LG München I, Urt. v. 2.8.2017 – 37 O 17726/16 = LSK 2017, 131114 Rn. 102.

5. Transparenz, § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB

Eine unangemessene Benachteiligung kann sich schließlich gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Dafür ist hier nichts ersichtlich.

6. Zwischenergebnis

Die Klausel ist wirksam (**a. A. vertretbar**).⁹²

D. Ausschluss des Unterlassungsanspruchs, § 275 Abs. 1 BGB

Der Unterlassungsanspruch könnte jedoch untergegangen sein. Es könnte ein Fall der Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB vorliegen. Vollständige Unmöglichkeit kommt bei Unterlassungsansprüchen in den Fällen von "Einmalunterlassungen" vor. Gemeint sind Fälle, in denen eine bestimmte, einmalige Handlung zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu unterlassen ist. Aber auch im Falle eines Verstoßes gegen ein schuldrechtliches Veräußerungsverbot kann die Unterlassungspflicht nicht mehr befolgt werden.⁹³ Die zu unterlassende Handlung wurde dann bereits vorgenommen, sodass im Ergebnis - im Sinne eines Erfolgs - eine Unterlassung gar nicht mehr erreicht werden kann. So liegt es hier: Nach der Veräußerung der Tickets ist es dem H nicht mehr möglich, diese nicht zu veräußern. Der vertragliche Anspruch bezieht sich nämlich nur auf bereits erworbene, nicht auf zukünftige Tickets.

Ähnlich argumentiert der BGH. Ein vertraglicher Unterlassungsanspruch komme nur in Betracht, solange die Verletzungshandlung im konkreten Vertragsverhältnis noch andauere bzw. der daraus resultierende Schaden noch nicht irreparabel sei.⁹⁴ Ein vertraglicher Unterlassungsanspruch kann der V danach aber jeweils nur hinsichtlich der Weiterveräußerung konkreter Eintrittskarten zustehen, welche H bereits erworben, aber noch nicht weiterveräußert hat.⁹⁵

Hinweis: Soweit man darauf abstellen würde, dass H weitere Tickets erwerben und weiterveräußern könnte, müsste dann aber berücksichtigt werden, dass für die Weiterveräußerung jener Tickets noch kein vertraglicher Unterlassungsanspruch entstanden ist. Mangels derzeit bestehenden Schuldverhältnisses ist daher auch unter dem Aspekt des Weiterverkaufs weiterer, künftig noch zu erwerbender Tickets ein vertraglicher Unterlassungsanspruch nicht gegeben.⁹⁶

⁹² Im Ergebnis vgl. BGH, Urt. v. 11.9.2008 – I ZR 74/06 = NJW 2009, 1504 Rn. 24 – bundesligakarten.de.

⁹³ Eingehend Fritzsche, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage, 2000, S. 376 ff.

⁹⁴ BGH, Urt. v. 11.9.2008 – I ZR 74/06 = NJW 2009, 1504 Rn. 17 – bundesligakarten.de; vgl. auch JuS 2009, 1063 m. Anmerkung Emmerich.

⁹⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 11.9.2008 – I ZR 74/06 = NJW 2009, 1504 Rn. 17 – bundesligakarten.de.

⁹⁶ BGH, Urt. v. 11.9.2008 – I ZR 74/06 = NJW 2009, 1504 Rn. 17 – bundesligakarten.de.

E. Ergebnis

V kann von H nicht (mehr) Unterlassung der Weiterveräußerung von Tickets für das Konzert der S in Nürnberg verlangen.⁹⁷

⁹⁷ Auch gesetzliche Unterlassungsansprüche sind augenscheinlich nicht gegeben (vgl. § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB). Zwar könnten solche aus dem Lauterkeitsrecht folgen, H nimmt jedoch keine geschäftliche Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vor (Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 2 Rn. 18). Das UWG ist daher vorliegend nicht anwendbar und im Übrigen im Bearbeitervermerk von der Prüfung ausgenommen.