

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 18/96

Verkündet am:
22. Januar 1998
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

Verlagsverschulden II

BGB § 278

Soweit ein Werbung treibender Vertragsstrafeschuldner bei der Veröffentlichung einer der vertraglichen Unterlassungsverpflichtung entsprechenden Werbung ein Verlagsunternehmen einschaltet, bedient er sich dessen als seines Gehilfen zur Erfüllung der geschuldeten Unterlassung, die im Kern darin besteht, die ursprünglich beanstandete Anzeigenwerbung nicht erneut erscheinen zu lassen.

BGH, Urt. v. 22. Januar 1998 - I ZR 18/96 - OLG Oldenburg
LG Aurich

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 1998 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Prof. Dr. Ullmann, Dr. Bornkamm und Pokrant

für Recht erkannt:

Auf Revision und Anschlußrevision wird - unter Zurückweisung der Rechtsmittel im übrigen - das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 21. Dezember 1995 im Kostenpunkt und im übrigen teilweise aufgehoben.

Auf die Berufung des Klägers wird - unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung - das Urteil der 2. Zivilkammer des Landgerichts Aurich vom 18. Mai 1995 teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefaßt:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 10.000,-- DM nebst 4 % Zinsen aus 5.000,-- DM seit dem 21. Juli 1990 und aus weiteren 5.000,-- DM seit dem 1. Juli 1994 zu zahlen. Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits hat die Beklagte 40/41, der Kläger 1/41 zu tragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

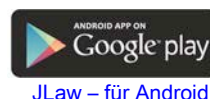
Der Kläger, ein eingetragener Verein, zu dessen satzungsgemäßen Zielen die Förderung des lautereren Wettbewerbs und die Bekämpfung von Wettbewerbsverstößen gehören, macht gegen die Beklagte, die einen Einzelhandel mit Kraftfahrzeugen betreibt, Ansprüche aus einem Vertragsstrafeversprechen geltend.

Die Beklagte warb in der Ausgabe der "N. zeitung" (im folgenden: "N. ") vom 11. Februar 1989 für den Verkauf von zwei Gebrauchtfahrzeugen. Die Anzeige enthielt als Hinweis auf die Beklagte neben der Telefonnummer nur deren Firmenbestandteil "J. GmbH". Auf die Abmahnung des Klägers übersandte die Beklagte diesem eine mit ihrem Stempel und einer Unterschrift versehene Unterlassungserklärung vom 8. März 1989, in der sie sich u.a. verpflichtete, es zu unterlassen, in Anzeigen nicht unzweideutig ihre Eigenschaft als Gewerbetreibende der Kraftfahrzeugbranche klarzustellen, und an den Kläger für jeden Fall zukünftiger Zuwiderhandlungen eine Vertragsstrafe von 5.000,-- DM zu zahlen.

In der "N. " vom 16. Juni 1990 erschienen acht Anzeigen der Beklagten, in denen jeweils nur mit "J. GmbH" und der Telefonnummer auf die Beklagte als Inserentin hingewiesen wurde. Ein weiteres Inserat der Beklagten erschien in der Ausgabe der "N. " vom 4. Juni 1994, wobei in der Anzeige wiederum nur der Firmenbestandteil "J. GmbH" zusammen mit der Telefonnummer der Beklagten angegeben wurde.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Der Kläger verlangt von der Beklagten wegen der am 16. Juni 1990 und 4. Juni 1994 erschienenen Anzeigen jeweils 5.000,-- DM Vertragsstrafe sowie Auslagenersatz von 125,-- DM je behaupteter Zuwiderhandlung gegen die strafbewehrte Unterlassungsverpflichtung vom 8. März 1989.

Er hat beantragt,

die Beklagte zur Zahlung von 10.250,-- DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Sie hat das Zustandekommen einer wirksamen Vertragsstrafevereinbarung zwischen ihr und dem Kläger in Abrede gestellt, da die Unterlassungserklärung vom 8. März 1989 nicht von ihrem Geschäftsführer, sondern von ihrem nicht vertretungsbefugten Mitarbeiter J. unterschrieben worden sei. Ferner hat sie behauptet, die am 4. Juni 1994 erschienene Anzeige habe sie telefonisch mit dem Hinweis, es müsse die Firmenbezeichnung "Auto-J. GmbH" verwendet werden, in Auftrag gegeben. Soweit der Kläger wegen der am 16. Juni 1990 erschienenen Anzeigen Ansprüche geltend macht, hat die Beklagte sich zudem auf Verjährung berufen.

Das Landgericht hat die Klage mangels Zustandekommens einer wirksamen Vertragsstrafevereinbarung abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung von 5.125,-- DM nebst Zinsen verurteilt und die Berufung im übrigen zurückgewiesen.

Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt der Kläger den abgewiesenen Teil der Klage weiter. Die Beklagte erstrebt mit ihrer Anschlußrevision die Abweisung der Klage insgesamt. Beide Parteien beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels der Gegenseite.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat dem Kläger wegen der am 16. Juni 1990 in der "N. " erschienenen acht Anzeigen der Beklagten 5.000,-- DM Vertragsstrafe sowie 125,-- DM Aufwendungsersatz zuerkannt. Dazu hat es ausgeführt:

Der Anspruch ergebe sich aus der strafbewehrten Unterlassungserklärung vom 8. März 1989, welche die Beklagte gegen sich gelten lassen müsse, auch wenn ihr Geschäftsführer sie nicht unterschrieben habe. Die Beklagte habe es zumindest geduldet, daß der Zeuge J. als ihr Bevollmächtigter aufgetreten sei. Er habe - was auch dem Geschäftsführer bekannt gewesen sei - im Betrieb der Beklagten völlig selbständig die eingehende Post bearbeitet. Dabei habe es in seinem Ermessen gelegen, welche Geschäftspost er dem Geschäftsführer der Beklagten zur Entscheidung vorgelegt habe. Wenn die Beklagte den Zuständigkeitsbereich des Zeugen nicht eindeutig abgrenze, müsse sie sich an dessen Erklärungen festhalten lassen. Der Kläger habe die strafbewehrte Unterlassungserklärung vom 8. März 1989 angenommen. Da in den acht in der "N. " vom 16. Juni 1990 erschienenen Anzeigen nicht klargestellt worden sei, daß die Beklagte Gewer-

betreibende der Kraftfahrzeugbranche sei, sei die vereinbarte Vertragsstrafe von 5.000,-- DM verwirkt. Dieser Anspruch sei nicht verjährt, da ein Vertragsstrafeanspruch der Regelverjährung des § 195 BGB unterliege. Die geltend gemachte Aufwandspauschale von 125,-- DM stehe dem Kläger unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag zu.

Wegen der am 4. Juni 1994 erschienenen Anzeige stünden dem Kläger keine Ansprüche zu, da nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon auszugehen sei, daß die Beklagte in der Anzeige nur aufgrund eines Versehens der Zeitung nicht als "Auto-J. GmbH" bezeichnet worden sei. Dies brauche sich die Beklagte nicht zurechnen zu lassen, weil ein Zeitungsunternehmen, das nur einen konkreten Einzelauftrag zur Veröffentlichung einer Werbeanzeige entgegennehme, weder Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) noch Beauftragter (§ 13 Abs. 4 UWG) des Anzeigenkunden sei. Dieser Beurteilung stehe die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 30. März 1988 (GRUR 1988, 561 - Verlagsverschulden I), in der ein Presseverlag als Erfüllungsgehilfe des Anzeigenkunden angesehen worden sei, wegen des im entscheidenden Punkt anders gelagerten Sachverhalts nicht entgegen.

II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Revision des Klägers hat weitgehend Erfolg, die Anschlußrevision der Beklagten ist hingegen im wesentlichen unbegründet.

Dem Kläger steht aufgrund des Vertragsstrafeversprechens der Beklagten vom 8. März 1989 nicht nur wegen des

Verletzungsfalls vom 16. Juni 1990, sondern entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch wegen des weiteren Verletzungsfalls vom 4. Juni 1994 ein Vertragsstrafeanspruch in Höhe von je 5.000,-- DM zu. Dagegen erweist sich der Anspruch auf Zahlung einer Aufwandspauschale von 125,-- DM je Verstoß als unbegründet.

1. Das Berufungsgericht hat - anders als die Beklagte in ihrer Revisionserwiderung und ihrer Anschlußrevision meint - ohne Rechtsverstoß angenommen, daß die Beklagte ein wirksames Vertragsstrafeversprechen abgegeben hat. Die strafbewehrte Unterlassungserklärung vom 8. März 1989 ist zwar nicht vom Geschäftsführer, sondern vom Mitarbeiter J. der Beklagten unterschrieben worden. Dessen Verhalten muß sich die Beklagte jedoch zumindest nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht zurechnen lassen.

Von einer Anscheinsvollmacht ist auszugehen, wenn der Vertretene das Handeln des Scheinvertreters zwar nicht kennt, er es aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen und verhindern können und der andere Teil annehmen durfte, der Vertretene dulde und billige das Handeln des Vertreters (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 12.3.1981 - III ZR 60/80, NJW 1981, 1727, 1728; Urt. v. 13.5.1992 - IV ZR 79/91, VersR 1992, 989, 990). Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt.

a) Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen kann zwar nicht ohne weiteres angenommen werden, daß die Beklagte es - wie für die vom Berufungsgericht bejahte Duldungsvollmacht erforderlich - wissentlich geschehen ließ, daß ihr Mitarbeiter J. bei der in Rede stehenden Erklärung für sie wie ein Vertreter auftrat. Sie hätte dies

aber erkennen können. Dies ergibt sich aus der Feststellung des Berufungsgerichts, der Mitarbeiter habe die eingehende Geschäftspost selbständig bearbeiten und nach eigenem Ermessen entscheiden dürfen, welche Post er dem Geschäftsführer vorlegte. Da die Beklagte den Zuständigkeitsbereich ihres Mitarbeiters nicht eindeutig abgegrenzt habe, müsse sie sich dessen Erklärung zurechnen lassen.

Diese auf die Aussage des in erster Instanz vernommenen Zeugen J. gestützte Feststellung läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Die Anschlußrevision rügt ohne Erfolg, das Berufungsgericht sei nach § 398 Abs. 1 ZPO verpflichtet gewesen, den Zeugen erneut zu vernehmen. Das Berufungsgericht hat weder die Glaubwürdigkeit des Zeugen anders als das Landgericht beurteilt noch hat es die protokollierte Aussage abweichend verstanden oder gewertet. Das Landgericht hat eine Duldungsvollmacht aufgrund der Feststellung verneint, der Geschäftsführer der Beklagten habe nichts von dem Vertragsstrafeversprechen gewußt; eine Anscheinsvollmacht hat es für nicht gegeben erachtet, weil der Kläger nicht darauf habe vertrauen dürfen, daß die Beklagte das Verhalten ihres Mitarbeiters dulde und billige. Demgegenüber hat das Berufungsgericht auf die Selbständigkeit des Mitarbeiters bei der Behandlung der eingehenden Geschäftspost abgestellt.

Ohne Erfolg rügt die Anschlußrevision auch, das Berufungsgericht habe seine Feststellungen unter Verstoß gegen § 286 ZPO getroffen, weil sie nicht vom Wortlaut der protokollierten Aussage gedeckt seien. Der Zeuge hat ausdrücklich bekundet, er sei befugt gewesen, sämtliche an die Beklagte gerichtete Geschäftspost zu öffnen; nach dem Öffnen habe er dann entschieden, ob es sich um eine Sache handele,

die er allein entscheiden könne oder mit dem Geschäftsführer absprechen sollte. Diesen Aussagegehalt, der von der Beklagten in ihrer Berufungserwiderung nicht einmal in Abrede gestellt worden ist, hat das Berufungsgericht zutreffend wiedergegeben. Die Parteien haben aus den Bekundungen des Zeugen lediglich andere Folgerungen gezogen.

Ist aber davon auszugehen, daß die Beklagte dem Zeugen den ersten Zugriff auf die Geschäftspost und außerdem gestattet hat, selbst darüber zu entscheiden, welche Angelegenheiten er als von der ihm erteilten Innenvollmacht gedeckt ansieht, so hätte sie auch damit rechnen müssen, daß er Erklärungen der vorliegenden Art in ihrem Namen abgibt. Dieses Verständnis der Zeugenaussage durch das Berufungsgericht ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Aus der vom Berufungsgericht für den regelmäßigen Geschäftsverkehr bei der Beklagten festgestellten Selbständigkeit ihres Mitarbeiters bei der Behandlung der eingehenden Geschäftspost ergibt sich zugleich, daß auch das weitere Erfordernis erfüllt ist, wonach das den Rechtsschein einer Bevollmächtigung erzeugende Verhalten von einer gewissen Dauer und Häufigkeit sein muß (vgl. BGH VersR 1992, 989, 990).

b) Der Kläger durfte auch annehmen, die Beklagte dulde und billige das Verhalten ihres Mitarbeiters. Das Berufungsgericht hat dazu zwar keine ausdrücklichen Feststellungen getroffen. Insoweit bedarf es jedoch keiner weiteren tatrichterlichen Aufklärung. Denn aus dem unstreitigen Sachverhalt ergibt sich, daß der Kläger auf die Wirksamkeit der Unterwerfungserklärung vom 8. März 1989 vertrauen durfte. Das Schriftstück trug den Firmenstempel der Beklagten und war zudem mit dem in der Firmenbezeichnung der Beklagten enthaltenen Namen "J. " unterzeichnet, so daß schon

deshalb die Annahme nahelag, die Unterschrift stamme von einer für die Beklagte vertretungsberechtigten Person. Überdies war der Unterlassungserklärung ein Verrechnungsscheck zur Begleichung der mit dem Abmahnschreiben vom 27. Februar 1989 verlangten Abmahnkosten beigelegt, der ebenfalls mit dem Firmenstempel und der Unterschrift "J.

" versehen war. Der Scheck wurde von der bezogenen Bank auch eingelöst. Schließlich hat der Mitarbeiter J. sowohl vor Abgabe der Unterlassungserklärung als auch später wegen behaupteter Zuwiderhandlungen gegen die streitgegenständliche Unterlassungsverpflichtung mehrere Telefonate mit einem Mitarbeiter des Klägers geführt. Dabei hat sich die Beklagte nicht auf die Unwirksamkeit der Verpflichtung berufen. Dadurch konnte das Vertrauen des Klägers in die Wirksamkeit der Unterwerfungserklärung noch zusätzlich bestärkt werden.

2. Die Revision wendet sich mit Erfolg dagegen, daß das Berufungsgericht dem Kläger einen Anspruch auf Vertragsstrafe wegen der am 4. Juni 1994 erschienenen Anzeige versagt hat.

Diese Anzeige der Beklagten stellt, wovon das Berufungsgericht ohne nähere Ausführungen und von der Revisionsrweiterung auch unbeanstandet ausgegangen ist, an sich einen Verstoß gegen die Unterlassungserklärung vom 8. März 1989 dar. Die Verwirkung der von dem Kläger geltend gemachten Vertragsstrafe hängt aber davon ab, ob die Beklagte den festgestellten Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtung zu vertreten hat (vgl. BGH, Urt. v. 15.5.1985 - I ZR 25/83, GRUR 1985, 1065, 1066 = WRP 1986, 141 - Erfüllungsgehilfe;

Urt. v. 30.3.1988 - I ZR 40/86, GRUR 1988, 561, 562 = WRP 1988, 608 - Verlagsverschulden I). Dies hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft verneint.

a) Ein Eigenverschulden der Beklagten ist vom Berufungsgericht nicht festgestellt worden, da die (telefonische) Auftragserteilung mit der ausdrücklichen Maßgabe erfolgte, die Beklagte müsse in der Anzeige als "Auto-J. GmbH" bezeichnet werden.

b) Die beanstandete Anzeige vom 4. Juni 1994 beruhte nach den - unangegriffenen - Feststellungen des Berufungsgerichts aber auf einem Verschulden des beauftragten Presseunternehmens. Dieses muß sich die Beklagte - entgegen der Annahme des Berufungsgerichts - nach § 278 BGB zurechnen lassen.

Auch der Schuldner einer Unterlassungsverpflichtung muß grundsätzlich für ein schuldhaftes Verhalten seiner Erfüllungsgehilfen einstehen, soweit dieses zu einer Verletzung der Unterlassungspflicht geführt hat (BGH GRUR 1985, 1065, 1066 - Erfüllungsgehilfe; GRUR 1988, 561, 562 - Verlagsverschulden I; Urt. v. 30.4.1987 - I ZR 8/85, GRUR 1987, 648, 649 = WRP 1987, 555 - Anwalts-Eilbrief). Ob jemand als Erfüllungsgehilfe eines anderen anzusehen ist, bestimmt sich allein danach, ob er nach den rein tatsächlichen Vorgängen des gegebenen Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird (BGHZ 13, 111, 113; 50, 32, 35; 98, 330, 334 - Unternehmensberatungs-

gesellschaft I; BGH GRUR 1988, 561, 562 - Verlagsverschulden I). Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor.

Das von der Beklagten beauftragte Zeitungsunternehmen hat im vorliegenden Fall konkret in Erfüllung einer der Beklagten dem Kläger gegenüber obliegenden Verbindlichkeit gehandelt. Bedient sich der Vertragsstrafeschuldner für seine Werbung eines Presseunternehmens bzw. dessen Anzeigenabteilung, ist es für die Erfüllung der vertraglich übernommenen Unterlassungspflicht des Schuldners unerlässlich, daß auch das beauftragte Unternehmen die zu unterlassende Verletzungshandlung nicht begeht. Die Erfüllung der Verpflichtung des Schuldners ist somit ohne ein ihr genügendes Verhalten auch des beauftragten Zeitungsunternehmens nicht möglich, so daß dieses Verhalten regelmäßig zugleich auch der Erfüllung der Unterlassungspflicht des Schuldners dient. Darauf, ob das beauftragte Unternehmen diese Unterlassungspflicht - und damit den spezifisch darauf bezogenen Charakter seines eigenen Handelns - kennt, kommt es nicht an (BGHZ 13, 111, 113; 50, 32, 35; BGH GRUR 1988, 561, 562 - Verlagsverschulden I). Soweit die Revisionserwiderung auf hier nicht gegebene Besonderheiten der Senatsentscheidung "Verlagsverschulden I" verweist, vermag sie damit nicht durchzudringen. Der dort gegebene Hinweis des Senats, der Zusammenhang der Erfüllung der Unterlassungspflicht der Beklagten mit dem Verhalten des Verlags werde dadurch verdeutlicht, daß die Verletzungshandlung, die Anlaß der Unterwerfungserklärung gewesen sei, in einer vom selben Verlag veröffentlichten Anzeige begangen worden und die Wiederholung der Anzeige mit gleichem (verletzenden) Rahmen und mittels der beim Verlag bereits gefertigten Vorlage

vorgesehen gewesen sei, stellte keine tragende Begründung für die Bejahung der Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Verlagsunternehmens dar.

c) Die von der Beklagten übernommene vertragliche Verpflichtung geht im Kern dahin, daß die ursprünglich bestandene Anzeigenwerbung nicht erneut erscheint. Soweit ein Werbung treibender Vertragsstrafeschuldner ein Verlagsunternehmen zur Veröffentlichung einer der vertraglichen Unterlassungsverpflichtung entsprechenden Werbung einschaltet, bedient er sich dessen als seines Gehilfen (§ 278 BGB) bei der Erfüllung der geschuldeten Unterlassung.

Die vom Berufungsgericht angeführte Senatsentscheidung "Anzeigenauftrag" (BGH, Urt. v. 31.5.1990 - I ZR 228/88, GRUR 1990, 1039 = WRP 1991, 79) steht dieser Beurteilung nicht entgegen, da sie zu § 13 Abs. 4 UWG ergangen ist und diese Bestimmung nicht die Zurechnung eines Verhaltens Dritter im Rahmen einer vertraglichen Haftung betrifft.

3. Die Anschlußrevision hat nur insoweit Erfolg, als sie sich gegen die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung einer Aufwandspauschale von 125,-- DM wendet. Diese Forderung des Klägers ist mangels Anspruchsgrundlage nicht begründet. Sie kann entgegen der Annahme des Berufungsgerichts insbesondere nicht auf §§ 683, 670 BGB gestützt werden, weil der Kläger mit der schriftlichen Aufforderung, eine angeblich verwirkte Vertragsstrafe zu bezahlen, kein Geschäft der Beklagten geführt hat.

Soweit das Berufungsgericht die Beklagte wegen der - unangegriffen - festgestellten Verstöße vom 16. Juni 1990 zur Zahlung von 5.000,-- DM Vertragsstrafe verurteilt hat, ist die Anschlußrevision unbegründet, da die Beklagte - wie unter II. 1. dargelegt - an das Vertragsstrafeversprechen vom 8. März 1989 gebunden ist.

III. Danach war das angefochtene Urteil teilweise aufzuheben und der Umfang der Verurteilung der Beklagten neu zu fassen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Erdmann

v. Ungern-Sternberg

Ullmann

Bornkamm

Pokrant