

JÖRG F. SMID

## Zeitschriftenabonnements als Früchte des verbotenen Baumes?

### Verbot der Auslieferung wettbewerbswidrig beworbener Zeitschriftenabonnements.

Obwohl mir der Name natürlich lange vorher bekannt war, lernte ich Renate Damm persönlich erst auf der Tagung der Verlagsjustitiare in Potsdam 1999 kennen. Damals war nicht absehbar, dass ich eines Tages mit ihr in Sozietät arbeiten würde. Ihr Humor, aber auch die Härte in der Auseinandersetzung mit Gegnern sowie ihr Engagement für die Themen, die sie bewegen, seien sie juristischer, politischer oder kultureller Natur, sind für mich bis heute die prägenden Eigenschaften von Renate Damm. Diese Eigenschaften sind es, die das Arbeiten mit ihr, insbesondere jedoch ihre Freundschaft zu etwas Besonderem machen. Und obwohl das Wettbewerbsrecht nicht zu den Schwerpunkten ihrer Arbeit gehört, nimmt Renate Damm an der Arbeit des Verfassers interessiert, oder sollte ich sagen geduldig, Anteil. In diesem Sinne.

1. In der Praxis wird man immer wieder mit der Frage konfrontiert, ob der Verlag Zeitschriftenabonnements, die er aufgrund einer wettbewerbswidrigen Werbung gewonnen hat, bedienen darf oder ob zusätzlich zu dem Verbot einer derartigen Werbung auch die Bedienung der Abonnements untersagt werden könnte. Soweit ersichtlich, gibt es keine veröffentlichten Entscheidungen, die sich im Schwerpunkt mit dieser Frage befassen. In der Branche kursieren Gerüchte über nicht veröffentlichte Beschlüsse, mit denen bspw. das Landgericht Hamburg Ende der 80er, Anfang der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts die Auslieferung der durch eine wettbewerbswidrige Werbung akquirierten Abonnements per einstweiliger Verfügung untersagt haben soll.

In jüngerer Zeit haben Auseinandersetzungen mehrerer Verlage mit einem bundesweit agierenden Interessenverband aus Bremen die Frage dieses Beitrags in ein aktuelles Licht gerückt; denn insbesondere die bisher in diesen Auseinandersetzungen befassten Gerichte in Hamburg<sup>1</sup> und Düsseldorf<sup>2</sup>

1 Vgl. z.B. OLG Hamburg, Urteil vom 3. Dezember 2003 (5 U 53/03), AfP 2004, 129 = MD 2004, 612 - Mini-Abo. Gegen dieses Urteil ist die - zugelassene - Revision bei Bundesgerichtshof eingelegt; s.a. Urteil vom 9. Juli 2004 (5 U 181/03), MD 2004, 990 - Probeabonnement; LG Hamburg, Urteil vom 1. Juli 2003 (312 O 241/03), AfP 2003, 375.

haben in verschiedenen Verfahren nicht nur die von dem Interessenverband angegriffene Abonnementwerbung verboten, sondern sie haben ohne inhaltliche oder zeitliche Differenzierung oder dies auch nur zu begründen untersagt, »entsprechend der Ankündigung« in der Werbung zu verfahren. Konkret ging es in den zitierten Fällen um das Angebot sog. Probe-Abonnements mit Negativ-Option. Der Abonnent konnte eine bestimmte Anzahl von Heften einer Zeitschrift (bspw. 3 bis 6 Stück) zum Zwecke der Erprobung beziehen. Der Preis für diese Probe-Abonnements lag regelmäßig deutlich unter dem gebundenen Einzelverkaufspreis. Der Preisnachlass betrug z.T. 35% und mehr. Zudem erhielt der Abonnent eine als »Geschenk« beworbene Zugabe, zumeist eine Armbanduhr. Sowohl vor als auch nach Freistellung der VDZ-Wettbewerbsregeln durch das Bundeskartellamt prüften die Landgerichte und Oberlandesgerichte in Hamburg und Düsseldorf bei derartigen Angeboten lediglich, ob der geldwerte Vorteil besagter Abonnements 35% überstieg, gemessen an den Einzelverkaufspreisen der jeweiligen Zeitschriften. War dies der Fall, wurden die Angebote mit jeweils unterschiedlicher Begründung<sup>3</sup> als unlauter gem. § 1 UWG a.F. bzw. § 3 UWG verboten. Wie erwähnt, untersagten die Gerichte darüber hinaus antragsgemäß, »entsprechend der vorstehenden Ankündigung zu verfahren, mithin neuen Abonnenten . . . Hefte zum Preis von . . . Euro nebst [die ausgelobte Zugabe] ohne besondere Berechnung zu gewähren«<sup>4</sup>.

II. Diese Rechtsprechung sowie die allgemein immer wieder aufkommende Frage, unter welchen Voraussetzungen wettbewerbswidrig gewonnene Abonnements nicht ausgeliefert werden dürfen, geben Anlass, sich einmal speziell mit Blick auf den Abonnementvertrieb mit dem von Literatur und Rechtsprechung so bezeichneten »Fruchtziehungsverbot«<sup>5</sup> zu befassen<sup>6</sup>. Es liegt auf der Hand, dass ein Verbot der »Fruchtziehung« im Bereich des Abonnementver-

2 Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 17. März 2004 (U (Kart) 31/03), NJW 2004, 2100 = MD 2004, 589 – Wirtschaftswoche.

3 Vgl. einerseits OLG Hamburg, AfP 2004, 129 = MD 2004, 612 – Mini-Abo und andererseits OLG Düsseldorf, NJW 2004, 2100 = MD 2004, 589 – Wirtschaftswoche.

4 So z.B. in OLG Hamburg, MD 2004, 990 – Probeabonnement; mit Beschluss vom 22. November 2004 (Az: 315 O 1018/04) hat das Landgericht Hamburg in einem gleich gelagerten Fall nach Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung über die Werbung für ein solches Angebot per einstweiliger Verfügung die noch verbliebene Gewährung der angekündigten Zugabe zu einem Mini-Abo verboten. Eine inhaltliche oder zeitliche Begrenzung ist dem Verbotstenor nicht zu entnehmen. Auf den Widerspruch der Antragsgegnerin bestätigte das Landgericht seine Entscheidung mit Urteil vom 2. Februar 2005, AfP 2005, 194.

5 Vgl. allg. bereits Körner, GRUR 1996, 618; s.a. jüngst Sack, WRP 2002, 396; Bernreuther, WRP 2003, 846.

6 Dabei soll im Folgenden nicht näher auf die Frage eingegangen werden, ob die Abonnementwerbung in den zitierten Fällen zu Recht verboten wurde oder nicht.

triebs nicht nur originär wettbewerbsrechtliche Fragen aufwirft, sondern auch vertragsrechtliche Folgen hat; denn es geht nicht nur um die Voraussetzungen, unter denen eine wettbewerbswidrige Werbung zugleich ein »Ausführungsverbot« begründet. Vielmehr geht es auch um vertragliche Ansprüche, die etwaige Abonnenten haben. Darüber hinaus darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass es vorliegend um den Vertrieb von Presseerzeugnissen geht. D.h. auch die in Wettbewerbssachen zuständigen Gerichte müssen, was ihnen gelegentlich schwer fällt<sup>7</sup>, ihre Entscheidungen an Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG messen lassen.

1. Spricht man vom »Fruchtziehungsverbot«, denkt man insbesondere an die BGH-Urteile »Folgeverträge I«<sup>8</sup>, »Folgeverträge II«<sup>9</sup> und »Gewinn-Zertifikat«<sup>10</sup>. Obwohl insbesondere »Folgeverträge I + II« besonders drastische Sachverhalte betrafen, müssen sie am Anfang der Untersuchung stehen; denn sie bilden gleichsam einen der Extrempunkte auf der Skala des Verbotenen einerseits bis zum Erlaubten andererseits.

2. Die Sachverhalte von »Folgeverträge I + II« sind im Wesentlichen gleich: Die jeweiligen Beklagten hatten gegenüber Unternehmen für Einträge in einem Adressen- und Telefonverzeichnis bzw. in einem Branchenbuch geworben. Die Werbung war so gestaltet, dass der Empfänger den Eindruck haben musste, es handelte sich um Rechnungen für bereits abgeschlossene Anzeigenaufträge. Dass es sich bei der Werbung tatsächlich um Angebote zum Abschluss eines Insertionsauftrages handelte, war nur bei genauem Studium der Unterlagen erkennbar. Die so getäuschten Unternehmen zahlten auf die vermeintlichen Rechnungen bis zu 300,00 DM in der irrigen Annahme, einer Zahlungspflicht zu unterliegen. Soweit es in der Folgezeit nicht zu ausdrücklichen Kündigungen gekommen war, verlangten die Versender dieser »Rechnungen« von den betroffenen Unternehmen für die jeweils nächsten Ausgaben ihrer Publikationen die Vergütung für die Veröffentlichung von Folgeanzeigen. Der Auftrag zur Anzeigenschaltung auch für die Folgeausgaben war jeweils mit der Zahlung der ersten »Rechnung« erteilt worden.

7 Vgl. bspw. OLG Naumburg, WRP 1997, 222 – TV Today für 1 DM. In jenem Rechtsstreit, an dem der Verfasser und sein heutiger Sozius Dr. Mann auf Seiten von TV Today beteiligt waren, stellte das OLG Naumburg ohne nähere Begründung lapidar fest, dass den Programmzeitschriften, »anders als der Tagespresse, in weit geringerem Umfang Bedeutung für die Meinungsfreiheit« zukomme, so dass der Schutzbereich des Art. 5 GG durch eine immerhin als gezielter Verdrängungswettbewerb angegriffene Maßnahme der damaligen Antragsgegnerin »nicht maßgeblich berührt« sei.

8 GRUR 1994, 126.

9 GRUR 1995, 358.

10 GRUR 2001, 1178; s.a. GRUR 1998, 415 – Wirtschaftsregister; GRUR 1999, 269 – Handy-Endpreis; GRUR 1981, 286 – Goldene Karte I.

Der Bundesgerichtshof lehnte die Durchsetzbarkeit dieser Verträge ab. Vorausgegangen waren jeweils (rechtskräftig gewordene) einstweilige Verfügungen, die es den Beklagten untersagten, für ihr Anzeigengeschäft mit Angeboten zu *werben*, die als Rechnungen gestaltet waren. Nach Ansicht des BGH verstieß jedoch nicht nur die Werbung, sondern auch die Durchsetzung der Verträge gegen § 1 UWG a.F. Der BGH begründete dies damit, dass die Werbung und die Vertragsdurchsetzung Teile eines einheitlichen, von Anfang an auf Täuschung als Mittel des Wettbewerbs angelegten Gesamtkonzepts waren. § 1 UWG a.F. schützte jedoch, so der BGH in »Folgeverträge I«, nicht allein individuelle Interessen der Vertragspartner oder einzelner Abnehmer<sup>11</sup>; die Vorschrift zielte vielmehr auf die Wahrung des lautereren Wettbewerbs »im weiteren Sinne« und dabei insbesondere auch auf den Schutz der Mitbewerber vor Handlungsweisen, die aus dem Blickwinkel verständiger beteiligter Verkehrskreise und »unter Umständen« der Allgemeinheit zu missbilligen waren und deshalb »oder aus anderen denkbaren Gründen« der Schutzfunktion des Wettbewerbsrechts zuwiderliefen.

In der weiteren Begründung kam der BGH zum eigentlichen Kern des Problems, indem er ausführte, dass diese Schutzfunktion des Wettbewerbsrechts vernachlässigt würde, wenn ein Wettbewerbsteilnehmer *systematisch* die Früchte auch aus einer Vielzahl von solchen Verträgen ziehen könnte, deren Zustandekommen er durch Täuschungshandlungen bewirkte und deren Fortbestand allein darauf zurückzuführen war, dass er die verursachte Täuschung auch bei der Durchführung der Verträge, in jenen Fällen durch konkludentes Handeln, aufrecht erhielt. Dieser zuletzt genannte Gesichtspunkt, also die Aufrechterhaltung der Täuschung, war für den BGH für die Beurteilung des Unwertcharakters der Handlung ausschlaggebend<sup>12</sup>. Im Anschluss an diese Ausführungen beschränkte sich der BGH auf eher allgemeine Erwägungen, indem er auf den »Verhaltenskodex eines den Anforderungen des Leistungswettbewerbs gerecht werdenden Kaufmanns« abstellte und das gerügte Verhalten als hiermit nicht vereinbar ansah. Ein solches verdiente die Missbilligung sowohl verständiger Verkehrskreise als auch der Allgemeinheit und unterfiel »daher« dem Verbot des § 1 UWG a.F.<sup>13</sup>.

3. Im Ergebnis ebenso entschied der BGH in seinem Urteil »Wirtschaftsregister«<sup>14</sup>. Auch in diesem Fall ging es um eine Werbung, die systematisch auf die Täuschung der Empfänger angelegt war. Der Beklagte versandte Angebote für die Eintragung in ein angebliches oder auch tatsächlich existierendes

11 In jenem Fall über § 13a UWG a.F.

12 BGH, GRUR 1994, 126, 127 – Folgeverträge I; ebenso in »Folgeverträge II«, GRUR 1995, 358, 360.

13 Ebenda.

14 GRUR 1998, 415.

Wirtschaftsregister, die wie formularmäßig erstellte Rechnungen gestaltet waren. Der Kläger in jenem Fall, ein Wettbewerbsverein, beantragte jedoch nicht wie der Kläger in den Fällen »Folgeverträge«, es zu unterlassen, die Erfüllung der Folgeverträge einzufordern, sondern die Beklagte sollte die Betroffenen nachträglich darauf hinweisen, dass es sich bei den »Rechnungen« für den Eintrag in das Wirtschaftsregister lediglich um Angebote handelte. Mit diesem Antrag scheiterte der dortige Kläger im Ergebnis.

Der BGH bejahte zwar den mit der Klage verfolgten Beseitigungsanspruch dem Grunde nach; der Beseitigungsanspruch sei jedoch in der Folgezeit unbegründet geworden<sup>15</sup>. Zur ursprünglichen Begründetheit des Anspruchs bezog sich das Gericht auf dieselben Grundsätze wie in »Folgeverträge I + II«. Der geforderte Hinweis sei sowohl möglich als auch zumutbar gewesen. Durch ihn wurde nicht in unzumutbarer Weise in Vertragsbeziehungen zwischen dem Beklagten und Dritten eingegriffen. Darüber hinaus stellte der BGH in Ansätzen die Erwägungen an, die er dann in »Gewinn-Zertifikat« grundsätzlicher formulierte. Im Fall »Wirtschaftsregister« hieß es noch vergleichsweise zurückhaltend, dass es keine Überdehnung des wettbewerbsrechtlichen Schutzes gegen irreführende Werbung bedeute, in einem Fall, wie er Gegenstand des Rechtsstreits war, einen Beseitigungsanspruch anzuerkennen. Zwar besteht, so der BGH, grundsätzlich kein wettbewerbsrechtlicher Anspruch darauf, Fehlvorstellungen des Verkehrs zu beseitigen, weil die Fehlvorstellung als solche nur Folge des wettbewerbswidrigen Handelns ist und nicht selbst einen wettbewerbswidrigen Störungszustand darstellt; dies gilt jedoch nicht bei einer Werbung, die systematisch die Täuschung Dritter zum Ziel hat. Hier wirkt sich der rechtswidrige Störungszustand auch auf die Vertragsverhältnisse aus<sup>16</sup>.

4. In seiner Entscheidung »Gewinn-Zertifikat«<sup>17</sup> formulierte der BGH dann die Grundsätze, die nicht nur eine Lösung der nach einem Gesamtplan auf Täuschung angelegten Fälle ermöglichen, sondern darüber hinaus bei der Frage weiterhelfen, wann und unter welchen Voraussetzungen die Fruchtziehung bei wettbewerbswidriger Werbung unzulässig ist.

15 GRUR 1998, 415, 416 f. Im konkreten Fall hatte der BGH den Beseitigungsanspruch im Ergebnis jedoch verneint. Dieser sei in der Folgezeit u.a. durch Zeitablauf unbegründet geworden. Nicht recht überzeugen mögen die Erwägungen des BGH, dass insoweit auch zu berücksichtigen sei, dass der Beklagte »schon kraft Gesetzes verpflichtet war, die Geltendmachung von Forderungen gegenüber seinen durch die Formularschreiben gewonnen Kunden zu unterlassen, solange er nicht sicherstellen konnte, dass diese Forderungen nicht unter dem fortwirkenden Eindruck der Irreführung erfüllt werden«. Folgt man diesem Argument auf, steht der Anspruch insgesamt in Frage; denn der Beklagte war natürlich auch »kraft Gesetzes« (§§ 1, 3 UWG a.F.; § 263 StGB) verpflichtet, die Adressaten der Werbung nicht zu täuschen.

16 GRUR 1998, 415, 416 f.

17 GRUR 2001, 1178.

Der Sachverhalt im Fall »Gewinn-Zertifikat« weicht von den bereits zitierten Fällen ab. Es ging um ein Versandhandelsunternehmen, dessen Tätigkeit darauf beschränkt war, für einen im Ausland ansässigen Dritten den Versand und die Vertragsabwicklung im Inland zu besorgen. Dieser ausländische Dritte warb in Sendungen an private Endverbraucher mit sog. »Gewinn-Zertifikaten«. Darin täuschte das Unternehmen darüber, dass dem Kunden ein bereits ausgeloster hoher Geldgewinn sicher sei. Dieser vermeintliche Geldgewinn war unter Zuhilfenahme einer Barcode-Marke abzurufen, die der Kunde auf eine Bestellkarte für den Warenbezug aufkleben musste. Der klagende Verbraucherschutzverein sah in dieser Art der Werbung eine unzulässige Kopplung der Warenbestellung an die Gewinnspielteilnahme, die überdies den Endverbraucher über seinen vermeintlichen Geldgewinn täuschte. Der Verein beehrte nicht die Unterlassung einer derartigen Werbung, sondern dem Versandhandelsunternehmen sollte, verkürzt formuliert, verboten werden, bei einer derartigen Werbung die bestellten Waren nebst Rechnung zu versenden.

Der Bundesgerichtshof bestätigte das Urteil des Berufungsgerichts, mit dem es die Klage abgewiesen hatte. Er ließ zwar keinen Zweifel daran, dass die Gewinnspielwerbung der Beklagten wettbewerbswidrig war, weil sie bei den Empfängern den irrigen Eindruck erweckte, schon gewonnen zu haben. Außerdem war die Kopplung der Teilnahme an dem Gewinnspiel mit der Warenbestellung unlauter. Dennoch entschied der BGH gegen den Kläger; denn der Angriff richtete sich gerade nicht gegen diese, die Wettbewerbswidrigkeit der Werbung begründenden Umstände, sondern gegen die Erfüllung der durch sie initiierten Warenkäufe. Die Abwicklung der Kaufverträge, zu deren Abschluss die Kunden in jenem Fall durch wettbewerbswidrige Mittel veranlasst wurden, war jedoch grundsätzlich nicht wettbewerbswidrig. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn die Vertragserfüllung selbst nach den gesamten Umständen des Einzelfalles als unlauteres Wettbewerbsverhalten zu würdigen ist; denn nur dann ist der Schutzzweck des Wettbewerbsrechts, nämlich den *Wettbewerb* im Interesse der Marktbeteiligten und der Allgemeinheit zu schützen, berührt<sup>18</sup>.

Unter Hinweis auf den noch in § 1 UWG a.F. enthaltenen Begriff der *Sittenwidrigkeit* stellte der BGH klar, dass die Beurteilung der Abwicklung eines durch unlautere Werbemaßnahmen zustande gekommenen Vertrages als unlauteres Wettbewerbsverhalten allein wettbewerbsbezogen zu erfolgen hat. Der bloße Umstand, dass der Vertragsschluss durch den Einsatz unlauterer Mittel erfolgt, genügt für sich genommen nicht<sup>19</sup>. Selbst der zielgerichtete und

systematische Einsatz grob wettbewerbswidriger Mittel ist grundsätzlich nicht geeignet, um auch der Vertragsabwicklung den Stempel der Wettbewerbswidrigkeit aufzudrücken<sup>20</sup>. Die Grenze ist dort erreicht, wo der Werbende einen Betrug i.S. § 263 StGB begeht oder den Verbraucher, wie in den Fällen »Folgeverträge I + II«, durch Täuschung in die »Vertragsfalle« lockt und ihn an den (scheinbar) geschlossenen Verträgen festzuhalten versucht<sup>21</sup>. Solange der Verbraucher jedoch, wie im Falle »Gewinn-Zertifikat« bei der Warenbestellung, weiß, dass er einen Vertrag schließt, zu dessen Erfüllung er verpflichtet ist, folgt die Wettbewerbswidrigkeit der Vertragsabwicklung gerade nicht aus der Wettbewerbswidrigkeit der Werbemaßnahme<sup>22</sup>.

III. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist zu differenzieren:

1. Liegt dem Abonnementvertrag eine Werbung zugrunde, mit der der Verlag den Verbraucher in die *Vertragsfalle* gelockt hat, ist dieser Fall nach den Grundsätzen der BGH-Urteile »Folgeverträge I + II« zu entscheiden. Die Erfüllung derartiger Verträge widerspricht dem Schutzzweck des Wettbewerbsrechts. Ein Anspruch des Verlages auf Vertragserfüllung besteht nicht. Dies jedoch nicht, weil die Abwicklung der Verträge als Wettbewerbshandlung in unlauterer Weise potentielle Abonnenten der Wettbewerber des Verlages bindet, sondern weil eine bewusst auf Täuschung gerichtete Abonnementwerbung den Verbraucher in die *Vertragsfalle* lockt.

Dieses Ergebnis dürfte, mit Ausnahme vielleicht des betroffenen Verlages, auch der Interessenlage der Beteiligten entsprechen: der Verbraucher hat idR. kein Interesse daran, an einem Vertrag festgehalten zu werden, den er nicht schließen wollte und die Wettbewerber des täuschenden Verlages sind i.Zw. nicht daran interessiert, dass die Abonnementwerbung durch derartige Praktiken allgemein in Verruf gerät.

2. Anders verhält es sich dagegen wenn die Aufmerksamkeit des Verbrauchers zwar durch eine wettbewerbswidrige Abonnementwerbung geweckt wurde, der Abonnent jedoch nicht in die *Vertragsfalle* gelockt wurde. In die-

18 GRUR 2001, 1178, 1180.

19 Vgl. auch BGH, GRUR 1986, 816, 818 - Widerrufsbelehrung bei Teilzahlungskauf; GRUR 1987, 180 f - Ausschank unter Eichstrich II.

20 Ebenda.

21 Gleiches gilt für Werbemaßnahmen, durch die auf den Verbraucher Druck ausgeübt wird. Ob auch die unangemessene unsachliche Einflussnahme in sonstiger Weise i.S. § 4 Nr.1 UWG eine Ausnahme von dem Grundsatz der zulässigen Vertragsabwicklung zur Folge hat (so anscheinend Baumbach/Hefermehl/Köhler, UWG, 23. Aufl. 2004, § 4 Rdn 1.212) ist m.E. fraglich; denn darunter fielen ggf. auch die noch verbleibenden Fälle des *übertriebenen Anlockens*, bei denen die Vertragsabwicklung weder nach objektiver Rechtslage noch nach dem Willen der Parteien unlauter war bzw. sein wird.

22 Vgl. Baumbach/Hefermehl/Köhler, UWG, 23. Aufl. 2004, § 4 Rdn 1.212 f.

sen Fällen ist schon die Interessenlage regelmäßig eine andere; denn obwohl der BGH die (Un-) Zulässigkeit der Vertragsabwicklung in den oben zitierten Fällen wettbewerbsrechtlich nach § 1 UWG a.F. beurteilte, stand neben dem Schutz der Mitbewerber insbesondere der Schutz der Vertragspartner und der Allgemeinheit im Vordergrund<sup>23</sup>. Es galt, die Schutzfunktion des Wettbewerbsrechts im Verhältnis zu den Mitbewerbern und der Allgemeinheit zu wahren und die Fruchtziehung aus einer Vielzahl von Verträgen, deren Zustandekommen auf systematischer und zielgerichteter Täuschung beruhte, zu verhindern<sup>24</sup>. Das Verbot der Vertragsabwicklung kam nicht nur den Wettbewerbern zugute, sondern gerade auch den getäuschten Endverbrauchern, die formal an Verträge gebunden waren, die allenfalls anfechtbar waren; deren Erfüllung der Werbende zunächst jedoch verlangen konnte.

Wird der Verbraucher dagegen aufgrund einer »schlicht« wettbewerbswidrigen Werbung zum Vertragsschluss veranlasst, lassen sich im Wesentlichen zwei Fälle unterscheiden: zum einen geht es um Werbung, die wegen (bloßer) irreführender Angaben wettbewerbswidrig ist, in der jedoch nicht, wie in den dargestellten BGH-Fällen, die Grenze zum Betrug überschritten wird bzw. die nicht auf systematische Täuschung abzielt. Andererseits stehen Fälle zur Debatte, bei denen die Wettbewerbswidrigkeit auf Umstände gestützt wird, die außerhalb der Irreführungstatbestände liegen und in denen die Wettbewerbswidrigkeit mit der Unlauterkeit der Werbemaßnahme i.S. § 1 UWG a.F. (§§ 3, 4 UWG) begründet wird.

a) Ist es zum Abschluss eines Abonnementvertrages gekommen, obwohl die Werbung, die den Vertragsschluss initiiert hat, irreführend war, ohne dass der Verlag die Grenze zur *systematischen* Täuschung und damit zur Vertragsfalle überschritten hat, hängt die Zulässigkeit der Vertragserfüllung davon ab, ob der Verlag sie unter Aufrechterhaltung der Irreführung des Kunden verlangt. Hat der Verbraucher vor Vertragsschluss dagegen grundsätzlich die *Möglichkeit*, etwaige Fehlvorstellungen zu beseitigen, sei es durch entsprechende Hinweise in der Werbung oder aufgrund anderer Informationen vor Vertragsschluss, ist es dem Verlag grundsätzlich nicht verwehrt, auf der Erfüllung eines Vertrages zu bestehen<sup>25</sup>. Die Irreführung wirkt auf die Vertragserfüllung nicht fort; Irrtümer konnten entweder zuvor ausgeräumt werden oder hätten zumindest ausgeräumt werden können<sup>26</sup>. Diese Voraussetzung dürfte in der Mehrzahl »schlicht« irreführender Abonnementwerbung erfüllt sein. Der bloße Umstand, dass Abonnementwerbung mit irreführenden Angaben

anlockt, begründet zwar die Wettbewerbswidrigkeit der Werbung; ist sich der Abonnent jedoch darüber bewusst, dass er einen Abonnementvertrag schließt und erhält er die *Möglichkeit*, sich über den Vertragsinhalt umfassend zu informieren, ist die Vertragserfüllung für sich genommen nicht wettbewerbswidrig<sup>27</sup>. Anders ist der Fall dagegen zu beurteilen, wenn sich die Täuschung von der Anlage der Werbung her in der Vertragserfüllung fortsetzt.

b) Doch selbst dies kann nicht undifferenziert gelten. Ein pauschales Verbot der Vertragsdurchführung bei einer Abonnementwerbung, deren irreführende Angaben sich bei der Vertragserfüllung fortsetzen, würde unberücksichtigt lassen, dass einzelne Angaben für die Entscheidung des Verbrauchers für das Abonnement ggf. überhaupt keine Rolle spielen. So wurde bspw. vertreten, dass das Unterlassen einer Widerrufsbelehrung, so sie denn zu geben ist, die Unzulässigkeit der Vertragserfüllung zur Folge habe<sup>28</sup>. Zwar hat dieser Fall seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes per 1. Januar 2002 für Zeitschriftenabonnements an praktischer Bedeutung verloren<sup>29</sup>; andererseits hat der Gesetzgeber mit § 312c BGB i.V.m. § 1 der BGB-Informationspflichten-Verordnung eine Vielzahl neuer Hinweispflichten geregelt, deren Fehlen zur Unzulässigkeit der Vertragserfüllung führen könnte, wollte man einem undifferenzierten Verbot der Vertragserfüllung bei Aufrechterhaltung der Irreführung das Wort reden.

Tatsächlich würde, jedenfalls bei fehlender Widerrufsbelehrung, ein Verbot der Vertragserfüllung in unzulässiger Weise in die Vertragsrechte der Beteiligten eingreifen; denn es ist ausschließlich Sache des Kunden zu entscheiden, ob er sich von dem Vertrag lösen will oder nicht<sup>30</sup>. Der Einwand, der Verbraucher wisse regelmäßig nicht, dass er ggf. ein Widerrufsrecht hat<sup>31</sup>, knüpft zu Unrecht an die Interessenlage an, wie sie sich aus der zitierten Fruchtziehungsrechtsprechung des BGH ergibt. Diese Rechtsprechung hatte nicht den am Vertragsschluss interessierten Kunden vor Augen, sondern den vom Werbenden geprellten und gegen seinen Willen am Vertrag festgehaltenen Verbraucher<sup>32</sup>. Diese Interessenlage ist bei Zeitschriftenabonnements jedoch nicht zu unterstellen, jedenfalls nicht, wenn Fälle der »Vertragsfalle« gerade nicht in Rede stehen. Bei dem Abschluss von Abonnementverträgen verhält sich gerade nicht so, wie Köhler annimmt, dass der Abonnent »typischerweise ... , wenn er von seinen Rechten wüsste, die Vertragserfüllung verweigern

23 Vgl. BGH, GRUR 1994, 126, 127 – Folgeverträge I.

24 Ebenda.

25 Vgl. BGH, GRUR 1999, 261, 264 – Handy-Endpreis.

26 BGH, aaO. – Handy-Endpreis, ebenso in GRUR 2001, 1178, 1180 – Gewinn-Zertifikat.

27 Dies berührt nicht die Frage eines Anfechtungsrechts des Abonnenten nach § 123 BGB.

28 Schockenhoff, NJW 1995, 500, 502.

29 Vgl. §§ 505 Abs. 1 Satz 2, 491 Abs. 2 Nr. 1 BGB; zur alten Rechtslage vgl. BGH, GRUR 1989, 366 – Wirtschaftsmagazin.

30 Sack, WRP 2002, 396, 398.

31 Baumbach/Hetermehl/Köhler, UWG, 25. Aufl. 2004, § 4 Rdn. 1.213 a.F.

32 Was dazu geführt hat, dass über die bestehenden Möglichkeiten hinaus de lege ferenda ein spezielles gesetzliches Vertraglösungsrecht gefordert wurde, vgl. Fezer, WRP 2003, 127.

[würde]«<sup>33</sup>. Im Gegenteil: es ist vielmehr anzunehmen, dass überwiegend diejenigen, die sich für ein Zeitschriftenabonnement entschieden haben, an diesem auch dann festhalten, wenn sie bspw. über ein etwaiges Widerrufsrecht vorschriftsmäßig belehrt würden; denn sie haben sich bewusst für das Abonnement entschieden, bspw. aufgrund von Bestellkarten in Zeitschriften, im Zusammenhang mit Fragebogenaktionen, Mailings oder welche Werbemaßnahmen noch in Betracht kommen<sup>34</sup>. Ein gerichtliches Verbot, diese wirksam geschlossenen Verträge zu erfüllen, würde den Wettbewerb um diese Abonnenten nicht schützen, sondern unverhältnismäßig in die Vertragsfreiheit eingreifen.

c) Ein Verbot der Vertragserfüllung wäre auch deshalb unverhältnismäßig, weil es ein milderer Mittel zur Begradigung der »Informations-Schieflage« gibt. So würde es genügen, den Verlag zu verpflichten, die Abonnenten über etwaige Widerrufsrechte oder andere Informationen, die für die Vertragsdurchführung relevant sind, zu belehren<sup>35</sup>. Eines solchen milderer Mittels bedarf es beim Zeitschriftenabonnement schon deshalb, weil jede andere Entscheidung unverhältnismäßig in die Pressefreiheit des Verlages eingreifen würde<sup>36</sup>.

d) Grundsätzlich nicht anders ist der Fall zu beurteilen, wenn der Verbraucher sich für ein Zeitschriftenabonnement entscheidet, obwohl er in der Abonnementwerbung auf bestimmte Informationen gem. § 312 c BGB i.V.m. § 1 der BGB-InfoV nicht hingewiesen wurde. Auch dies hat nicht zur Folge, dass der Abonnent keine bewusste Kaufentscheidung getroffen hat und dies ebenso getan hätte, wenn er alle in der BGB-InfoV aufgeführten Informationen erhalten hätte. Auch hier mag man darüber nachdenken, ob der Anspruch durchsetzbar wäre, dem Abonnenten nach Vertragsschluss im Klagewege die ausstehenden Informationen nachzureichen; ein Anspruch, die unter Verstoß gegen die Hinweispflichten akquirierten Abonnements nicht auszuliefern, besteht dagegen nicht.

Auszunehmen sind hiervon lediglich die Fälle, in denen ein durchschnittlich informierter, vernünftiger Verbraucher bei Kenntnis aller Informationen den Abonnementvertrag *nicht* geschlossen hätte. Zu diesen Informationen gehören bei näherer Betrachtung allerdings nur fehlende oder fehlerhafte Angaben zum Preis sowie zum Vertragsgegenstand. Wird der Abonnent hierüber

getäuscht bzw. nicht informiert und kann er diese Täuschung nicht durch entsprechende Hinweise vor Vertragsschluss überwinden, kommt ein Verbot der Vertragserfüllung aus den bereits in der »Folgevertrags«-Rechtsprechung des BGH genannten Gründen in Betracht.

3. Von der irreführenden Abonnementwerbung im Sinne der unter 2. geschilderten Werbung zu unterscheiden ist der Fall, dass eine Abonnementwerbung nicht irreführend ist, sondern tatsächlich oder vermeintlich als unlauter (i.S. § 1 UWG a.F.) gegen §§ 3, 4 UWG verstößt.

a) Ein Beispiel sind die eingangs zitierten Angebote für Mini-Abonnements<sup>37</sup>. In jenen Fällen geht es darum, ob und unter welchen Voraussetzungen das Angebot von Probe-Abonnements zu ermäßigten Preisen nebst Zugabe zulässig ist. Anknüpfungspunkt ist Ziffer 3 der VDZ-Wettbewerbsregeln<sup>38</sup>. Eine Abonnementwerbung für ein drei- oder mehrmonatiges Probe-Abonnement mit einem Preisnachlass von mehr als 35% auf die kumulierten Einzelverkaufspreise der Zeitschrift oder ein Angebot, bei dem der Wert einer Zugabe nebst Preisnachlass die 35%-Grenze übersteigt, ist nach Ansicht des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg und des OLG Düsseldorf wettbewerbswidrig. Die Gerichte begründen dies unterschiedlich. Im Ergebnis soll jedoch der Einzelhandel durch eine solche Abonnementwerbung der Verlage benachteiligt sein. Eine Irreführung oder Übervorteilung *der Abonnenten* kommt gerade nicht in Betracht.

b) Sowohl das Hanseatische Oberlandesgericht in Hamburg als auch das OLG Düsseldorf haben, wie bereits erwähnt, in bisher ständiger Rechtsprechung nicht nur die Werbung für Probe-Abonnements verboten, bei denen der Verlag einen geldwerten Vorteil von mehr als 35% im Vergleich zu den kumulierten Einzelverkaufspreisen bot; untersagt wurde außerdem, »entsprechend der vorstehenden Ankündigung zu verfahren, mithin neuen Abonnenten . . . Hefte zum Preis von . . . Euro nebst [die ausgelobte Zugabe] ohne besondere Berechnung zu gewähren«.

Ob ein derartiges Verbot begründet ist und wie weit es ggf. gehen kann, richtet sich nach den unter II. geschilderten Grundsätzen. Ein Vertragsdurchführungsverbot kommt danach ersichtlich *nicht* in Betracht, soweit dies auf systematische Täuschung oder fortwirkende Irreführung gestützt würde. Es bleibt

33 Baumbach/Hefermehl/Köhler, UWG, 23. Aufl. 2004, § 4 Rdn 1.213 a.E.

34 Alle anderen Werbeangaben als zutreffend unterstellt.

35 S. 2. Satz, WUP 2002, 206, 209.

36 Dass auch der Pressevertrieb vom Grundrecht der Pressefreiheit aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützt ist, ist bspw. bei Löffler/Ricker, Handbuch des Presserechts, 5. Aufl. 2005, Kap. 7 Rdn 14 ff m.w.Nachw. nachzulesen.

37 Siehe Fn 1.

38 »Kurzabonnements zu Erprobungszwecken (»Probeabonnements«) sind zulässig, wenn sie zeitlich auf maximal drei Monate begrenzt sind und nicht mehr als 35 Prozent unter dem kumulierten Einzelverkaufspreis liegen. Derartige Probeabonnements sind nicht beliebig oft wiederholbar; sie dürfen nur in ein reguläres Abonnement führen, wenn dies jederzeit kündbar ist.«

also zu prüfen, ob von der *Erfüllung* der nach Ansicht der OLG Hamburg und Düsseldorf unter Verstoß gegen § 3 UWG (§ 1 UWG a.F.) beworbenen Abonnementverträge eine unlautere Störung des Wettbewerbs auf dem relevanten Markt ausgeht; denn nur unter dieser Voraussetzung wäre ein Verbot der Vertragserfüllung zu rechtfertigen<sup>39</sup>.

c) Eine derartige Störung des Wettbewerbs, sei es unter den Verlagen oder im Verhältnis der Verlage zu den Einzelhändlern, liegt jedoch nicht vor. Dies schon deshalb nicht, weil, worauf *Köhler* in anderem Zusammenhang zu Recht hinweist<sup>40</sup>, der Abonnent seine Kaufentscheidung im Zeitpunkt des Verbots bereits getroffen hat. Die bloße Vertragsabwicklung hat mangels Wettbewerbshandlung keine wettbewerbsrechtliche Relevanz mehr. Das Verbot der Vertragserfüllung käme einer Folgenbeseitigung gleich<sup>41</sup>, die mangels Rechtswidrigkeit der Vertragserfüllung unbegründet und in den genannten Fällen erst recht nicht im einstweiligen Verfügungsverfahren durchsetzbar wäre. Dies scheint im Ergebnis auch das OLG Hamburg so zu sehen; denn offenbar auf entsprechenden Hinweis stellte der Kläger im zitierten »Probe-Abonnement«-Fall<sup>42</sup> klar, dass sein beantragtes Verbot, »entsprechend der vorstehenden Ankündigung zu verfahren«, nicht die Erfüllung bereits geschlossener »und in Vollzug« gesetzter Verträge erfassen sollte<sup>43</sup>. Maßgeblich ist insoweit der Zeitpunkt, ab dem sich der in Anspruch genommene Verlag an ein gerichtliches Verbot zu halten hat, also im Verfügungsverfahren mit Vollziehung der einstweiligen Verfügung, im Klageverfahren mit Vollstreckbarkeit eines Urteils. Bestellungen der Verbraucher, die *nach* diesem Zeitpunkt beim Verlag eingehen, dürfen dagegen nach Ansicht des OLG Hamburg und des Landgerichts Hamburg im Termin zur mündlichen Verhandlung über den Widerspruch der zitierten einstweiligen Verfügung vom 22. November 2004<sup>44</sup> nicht mehr bedient werden. Dies ist insoweit auch folgerichtig, als sich die Bestellung des Probe-Abonnements durch den Verbraucher idR. als Angebot zum Vertragsschluss darstellt. Die Frage des Verbots der Vertragserfüllung stellt sich deshalb in Ermangelung eines Vertragsschlusses nicht mehr.

4. Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass die Durchführung wettbewerbswidrig gewonnener Abonnements nur in besonderen Ausnahmefällen verboten werden kann.

39 Vgl. BGH, GRUR 2001, 1178, 1180 – Gewinn-Zertifikat.

40 Baumhach/Hofmann/Köhler, UWG, 23. Aufl. 2004, § 4 Rdn 1.211.

41 Zu den Voraussetzungen vgl. OLG Hamburg, ZUM-RD 2003, 24 = FC-Games.

42 MD 2004, 990.

43 MD 2004, 990, 1000.

44 Siehe oben Fn 4.

Zulässige Verbote der Vertragserfüllung beschränken sich auf die praktisch kaum relevanten Fälle, in denen der Verlag den Verbraucher durch systematische Täuschung in die Vertragsfalle gelockt hat sowie auf jene, in denen die Vertragserfüllung unter dem Einfluss fortwirkender Irreführung steht.

Letzteres gilt allerdings nur insoweit, als ein durchschnittlich informierter, verständiger Verbraucher den Abonnementvertrag bei Kenntnis aller Informationen nicht geschlossen hätte. Das Fehlen von Informationen nach der BGB-InfoV, die nicht den Preis oder die Eigenschaft des Produktes an sich betreffen, gehören nicht zu diesen Informationen.

Umstände, welche die Unlauterkeit der Abonnementwerbung begründen, ohne dass diese irreführend ist, haben nicht zur Folge, dass die Erfüllung der Abonnementverträge selbst wettbewerbswidrig ist. Ein Durchführungsverbot kommt deshalb grundsätzlich nicht in Betracht.