

Die Enthaltungspflichten der Werbeagentur

**Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades**

**der Fakultät für Rechtswissenschaft
der Universität Regensburg**

**vorgelegt von
Sabrina Altrock**

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Jörg Fritzsche

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Wolfgang Servatius

Tag der mündlichen Prüfung: 13.09.2022

An dieser Stelle möchte ich vor allem Herrn Prof. Dr. Jörg Fritzsche meinen großen Dank aussprechen, der diese Arbeit betreut hat und mich bei deren Anfertigung mit zahlreichen Anregungen unterstützt hat.

Bedanken möchte ich mich außerdem bei Herrn Prof. Dr. Wolfgang Servatius, der in dem Promotionsverfahren als Zweitgutachter fungiert hat, für die Durchsicht der Dissertation und die Anfertigung des Zweitgutachtens.

Das vorliegende Werk basiert auf der Rechtslage am 12.10.2021 und berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur, die bis zum 12.10.2021 veröffentlicht worden beziehungsweise erschienen ist.

Traunstein, im November 2022

Sabrina Altrock

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung in das Thema dieser Arbeit	1
I. Die Bedeutung der Werbung und die Entwicklung der Werbeagenturen	1
II. Gegenstand der Untersuchung	3
1. Das Thema	4
2. Behandlung in der Rechtsprechung und Literatur	5
3. Gang der Untersuchung und Forschungsfragen	7
4. Begriffliche Einordnung der Enthaltungspflichten	8
B. Die Enthaltungspflicht der Werbeagentur	11
I. Die rechtliche Einordnung des Werbeagenturvertrags	12
II. Die Rechte der Werbeagentur an den von ihr erbrachten Leistungen	15
1. Die Schutzfähigkeit der Werbeleistung	16
a. Grundsätzliche Schutzfähigkeit einzelner Leistungen nach dem Urheberrecht	16
aa. Schutzfähige Werkarten	16
bb. Schöpfungshöhe	17
cc. Urheberrechtsschutzfähigkeit im Einzelnen	19
b. Schutz nach dem Designgesetz	21
c. Kennzeichenrechtlicher Schutz	22
d. Leistungen außerhalb des Sonderschutzes	24
2. Die Übertragung der Nutzungsrechte an den Kunden	24
a. Urheberrechtlich geschützte Leistungen	25
aa. Im Agenturvertrag ist eine explizite Regelung zur Nutzungsrechtsübertragung enthalten	27
bb. Im Agenturvertrag ist keine explizite Regelung zur Nutzungsrechtsübertragung enthalten	32
cc. Zwischenergebnis	37
b. Kennzeichenrechtliche und designrechtlich geschützte Werke ...	37
III. Vertragliche Pflichten aus dem Werbeagenturvertrag gegenüber dem Zweikunden	41
IV. Vertragliche Beziehung zwischen dem Erstkunden und der Werbeagentur ...	43
1. Enthaltungspflicht bezogen auf identische Werbeleistungen mit Sonderrechtsschutz bei ausschließlicher Nutzungsrechtsübertragung .	44

a. Gleichlauf zwischen der ausschließlichen Nutzungs- bzw. Rechteübertragung und der konkludent vereinbarten Enthaltungspflicht	44
b. Zeitlicher Umfang	46
c. Dogmatische Einordnung der Pflichtverletzung	47
2. Enthaltungspflicht bezogen auf eine identische Weitergabe der Werbeleistungen ohne Sonderrechtsschutz	50
a. Die Entscheidung des BGH, Urteil vom 14.12.1954, - Az. I ZR 65/5 - Kunstschutz in der Modeschöpfung	52
aa. Übertragbarkeit des Urteils auf die vorliegenden Untersuchungen	54
bb. Rückschlüsse aus dem Urteil	55
(1.) Dogmatische Einordnung	55
(2.) Notwendigkeit eines entgeltlichen Vorteils	56
(3.) Zeitlich und örtlicher Zusammenhang	57
(4.) Notwendigkeit eines Konkurrenzverhältnisses	59
b. Dogmatische Einordnung	61
c. Ergebnisse	62
3. Rückschlüsse für die einfache Nutzungsrechtsübertragung	62
a. Voraussetzung der Vertragszweckgefährdung	64
b. Dogmatische Einordnung	65
4. Weitergehende Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben	66
a. Dogmatische Einordnung	66
b. Umfang der aus Treu und Glauben hergeleiteten Enthaltungspflicht	68
aa. Die kodifizierte Enthaltungspflicht im Verlagsrecht und die Medizin-Duden Entscheidung	70
(1.) Kodifizierte Enthaltungspflicht in § 2 Abs. 1 VerlG	71
(2.) Die Entscheidung des BGH, Urteil vom 23.02.1973, - I ZR 70/71 - Medizin-Duden	73
(a.) Der tatsächliche Hintergrund der Entscheidung	73
(b.) Die Entscheidung	75

(3.) Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben im Verlagsrecht und der Meinungsstand in der Literatur und der Rechtsprechung	77
(a.) Keine Enthaltungspflicht über den Regelungsgehalt von § 2 Abs. 1 VerlG hinaus?	78
(b.) Reichweite der Enthaltungspflicht	79
(c.) Stellungnahme	82
(4.) Übertragbarkeit des verlagsrechtlichen Urteils auf den Werbeagenturvertrag	85
(5.) Übertragbarkeit des Maßstabs auf die Konstellation der Werbeagentur für die Begründung von Enthaltungspflichten	88
bb. Sachlicher Umfang der Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben	92
(1.) Unterste Grenze	92
(2.) Bestimmung des Vertragszwecks	93
(3.) Grad der Ähnlichkeit zwischen Erst- und Zweitwerbung	95
(4.) Kriterium desselben Gegenstandes	97
(5.) Wahl des Werbemittels	100
cc. Zeitlicher Umfang der Enthaltungspflicht	101
(1.) Enthaltungspflichten bis oder auch nach Beendigung des Agenturvertrags	101
(2.) Zeitliche Grenzen der Enthaltungspflicht	104
C. Vertragliche Vereinbarungen über die Enthaltungspflicht	107
I. Schranken einer einzelvertraglichen Vereinbarung	108
1. Schranke aus § 138 BGB	109
a. Zeitliche Grenze	111
b. Sachliche Grenze	115
c. Räumliche Grenze	117
d. Rechtsfolgen; Notwendige Einzelfallbetrachtung	117
2. Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen	118
a. Allgemeine Voraussetzungen	119
b. Das Erfordernis der „Spürbarkeit“	121

aa. Außenwirkung	121
bb. De-minimis-Bekanntmachung	122
cc. Einordnung als vertikale Vereinbarung	123
dd. Zwischenergebnis	125
c. Einschränkende Auslegung bei Austauschverträgen	126
d. Keine Freistellungsfähigkeit	129
II. Vereinbarungen über die Enthaltungspflicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen	130
1. Verhältnis zu § 138 BGB und zum Kartellrecht	130
2. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Einbeziehung in den Vertrag	131
3. Reichweite der Inhaltskontrolle	131
a. Klausel im Sinne des Kunden	133
b. Klausel im Sinne der Werbeagentur	136
III. Verwendung von Regelungen in der Praxis	140
1. Identische bzw. gegen Sonderrecht verstoßende Zweitwerbung	140
2. Klausel zur Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben	145
D. Ansprüche bei Verletzung der Enthaltungspflicht	151
I. Ansprüche gegen den Zweitkunden	151
1. Ansprüche bei urheber-, kennzeichen- oder designrechtlich geschützter Leistung	152
a. Urheberrechtliche Ansprüche	152
b. Kennzeichen- und designrechtliche Ansprüche	156
c. Verhältnis zu zivilrechtlichen Ansprüchen	157
2. Abwehrrechte nach dem UWG	159
II. Ansprüche gegen die Werbeagentur	165
1. Ansprüche bei urheber-, kennzeichen- oder designrechtlich geschützter Leistung	166
a. Urheberrechtliche Ansprüche	166
b. Kennzeichen- und designrechtliche Ansprüche	169
c. Verhältnis zu zivilrechtlichen Ansprüchen	169
2. Abwehrrechte außerhalb von den Sonderrechten	170

3. Abwehrrechte aufgrund der vertraglichen Beziehung mit der Werbeagentur	171
4. Sonstige Rechte aufgrund der vertraglichen Beziehung mit der Werbeagentur	175
E. Schluss	179

A. Einführung in das Thema dieser Arbeit

I. Die Bedeutung der Werbung und die Entwicklung der Werbeagenturen

„In der modernen Geschäftswelt ist es nutzlos, ein kreativer Denker zu sein, wenn man das, was man erschaffen hat, nicht auch verkaufen kann“,¹

oder das Zitat:

„Werbung ist die Kunst, auf den Kopf zu zielen und die Brieftasche zu treffen.“,²

stammen vom britischen Werbetexter David Ogilvy³ sowie dem amerikanischen Publizisten Vance Packard⁴ und beschreiben die Stellung der Werbung in der heutigen Zeit besser denn je. Sie geben zutreffend wieder, welchen Einfluss eine ansprechende Werbung auf unser Kaufverhalten hat und wie wichtig eine ansprechende Werbung für die Verkaufszahlen der Unternehmen ist.

Dabei lässt sich als klassische Werbung eine Anzeige in der Zeitung, oder in einer Zeitschrift, ein Plakat und der Spot im Fernsehen, Hörfunk oder Filmtheater klassifizieren.⁵ Führt man sich aber vor Augen, dass ein Großteil der Gesellschaft bei Beginn eines Werbeblocks den TV-Sender wechselt, oder bewusst die Werbeanzeige überblättert, weil sie es als Störung des redaktionellen Ablaufs empfindet, so stellt man fest, dass auch die klassische Werbung zunehmend an ihre Grenzen gestoßen ist.⁶ Aufgrund dessen hat sich die nicht-klassische Werbung herausgebildet. Sie versucht

¹ Zitat von David Mackenzie Ogilvy; im Original „In the modern world of business, it is useless to be a creative original thinker unless you can also sell what you create“; *Ogilvy* S. 30.

² Zitat von Vance Packard “advertising-communication is the art of aiming the heart to hit the head to empty the wallet”.

³ David Mackenzie Ogilvy (geboren 23.06.1911 in West Horsley, England; gestorben am 21.07.1999 auf Schloss Touffou, in Frankreich); vgl. *Kenneth* S. 27 und 309.

⁴ Vance Packard (geboren 22.05.1914 in Granville Summit, Pennsylvania, Vereinigte Staaten; gestorben 12. 12.1996, in Martha's Vineyard, Massachusetts).

⁵ *Pepels/Marketingkommunikation* S. 177 ff..

⁶ *Pepels/Marketingkommunikation* S. 159.

potenzielle Kunden durch Öffentlichkeitsarbeit, wie zum Beispiel Placement⁷ und Sponsoring, oder durch das Internet mit Banner-Werbung und Werbe-E-Mails zu erreichen.⁸

Die Werbung hat in unserer Gesellschaft deshalb einen derart überragenden Status erreicht, weil erst durch sie ein Produkt oder eine Dienstleistung ihre Bekanntheit und damit den nötigen Kundenkreis gewinnt.⁹ Gerade im Bereich der Markenartikel ist die Werbung nicht mehr wegzudenken,¹⁰ da ein Kunde nur dann bereit ist, das teurere Markenprodukt vorzuziehen, wenn er mit dieser Marke eine bestimmte, vorzugswürdige Produkteigenschaft verbindet. Je auffälliger und individueller die Werbung ist, desto größer ist der Kundenkreis, den diese erreichen kann. Das Angebot muss sich derart in die subjektive Wahrnehmung eingefügt haben, dass es sich von den konkurrierenden Angeboten abhebt und der Kunde es diesen gegenüber bevorzugt.¹¹

Aufgrund der immensen Bedeutung der Werbung für ein Unternehmen und der Komplexität der Werbeherstellung haben sich Werbeagenturen gebildet, um Unternehmen die Erstellung der Werbung als Leistung anzubieten. Ursprünglich haben sich die Werbeagenturen aus der Annoncenexpedition entwickelt.¹² Durch diese wurde Werbeproduzenten für ihre Anzeigen Anzeigenplätze in Zeitungen und Zeitschriften vermittelt. Dabei war die Annoncenexpedition auch Vorläufer des Werbemittlers, welcher die fertige Werbung verbreitete.¹³ Die heutigen Werbeagenturen sind komplexe Kommunikationsunternehmen, die für ihre Kunden in den Bereichen der Werbeberatung, Planung und Konzeption der Werbekampagnen, in der Entwicklung und Gestaltung von Werbemitteln, sowie im Einsatz dieser Werbemittel, der sogenannten Werbedurchführung, tätig werden.¹⁴ Dabei ist die

⁷ *Armstrong* S. 115 f.

⁸ *Pepels/Marketingkommunikation* S. 159 ff..

⁹ *Kleist* S. 1; *Backman* S. 45; *Anton* S. 59.

¹⁰ *Henning-Bodewig* GRUR 1981, 164, 164.

¹¹ *Kroeber-Riel/Esch* S. 72.

¹² *Pepels/Absatz-Beförderung* S. 171.

¹³ *Tucher* S. 13.

¹⁴ *Hattemer* S.14.

kreative Werbungskonzeption und deren Realisierung ein Kernbereich der Agenturtätigkeit.¹⁵

Hierbei können die Leistungspflichten einer Werbeagentur unterschiedlich ausgestaltet sein.¹⁶ So umfasst das Leistungsspektrum einer sogenannten „Full-Service-Agentur“ alle Leistungen entlang des Werbeprozesses, angefangen von der Strategieberatung, über die Konzeption der Werbung, deren Umsetzung, bis hin zur Angebotseinholung, den Einkauf, sowie eine Effizienzkontrolle durch eine Markt- und Verbraucheranalyse.¹⁷ Mit der wachsenden Medienvielfalt haben sich zudem immer mehr spezialisierte Agenturen gebildet, deren Angebot lediglich ein Teilspektrum der gesamten Werbetätigkeit abdeckt. So ist die „Kreativ-Agentur“ auf die Kampagnengestaltung spezialisiert, die „Media-Agenturen“ hingegen beraten ihre Kunden bei der Auswahl geeigneter Medien für die Schaltung von Anzeigen oder Werbespots. Die Spezialisierungen im Werbeagenturbereich sind breit gefächert, so existieren beispielsweise auch Event- Sport- oder Kunstagenturen.¹⁸ „Internetagenturen“ haben sich ausschließlich oder schwerpunktmäßig auf die Kommunikation im Internet spezialisiert und darauf Marketing, Vertrieb und Verkauf über das Internet erfolgreich abzubilden.¹⁹ So können im Online-Marketing die durch das Tracking gewonnenen personenbezogene Daten gezielt für Marketingzwecke genutzt werden.²⁰ Die damit einhergehenden speziellen Fragen der Zulässigkeit und Reichweite sind allerdings nicht Gegenstand dieser Dissertation.

II. Gegenstand der Untersuchung

Um das Thema dieser Arbeit, die Erörterung der Frage, ob und in welchem Umfang für die Werbeagentur eine Enthaltungspflicht besteht (1.) herauszuarbeiten, wird deren Behandlung in der Rechtsprechung und Literatur (2.) und anschließend der Gang dieser Untersuchung dargestellt (3.), wobei ein zusätzliches Augenmerk auf die Begriffliche Einordnung der „Enthaltungspflichten“ gelegt wird (4.).

¹⁵ Tucher S. 14.

¹⁶ Heider S.10 ff..

¹⁷ Siegert/Brecheis S. 139 ff..

¹⁸ Nennen GRUR 2005, 214, 215.

¹⁹ Vgl. Ausführungen unter: <https://www.qbus.de/qblog/welche-arten-von-werbeagenturen-gibt-es/>, (Stand 29.09.2021).

²⁰ Vgl. zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit des Trackings: Remmertz GRUR-Prax 2018, 254.

1. Das Thema

Da mit der steigenden Bedeutung der Werbung zugleich das Verlangen der Kunden steigt, eine besonders erfolgreiche Werbeagentur für die eigenen Produkte zu beauftragen, steht die Frage im Raum, ob die Werbeagentur mit beliebigen Kunden Verträge schließen kann, oder ob sie diesbezüglich bestimmten Grenzen unterliegt. Konkret kann sich für die Agentur die Frage stellen, ob sie eine Pflicht trifft, unter bestimmten Umständen auf einen Vertrag mit einem Zweitkunden zu verzichten. Ist der potenzielle Zweitkunde beispielsweise ein Konkurrent des Erstkunden und begehrt dieser aufgrund des vorausgegangenen Erfolges des Werbespots einen „ähnlichen“, hieran angelehnten Werbespot, oder eine ähnlich gestaltete Werbekampagne, so bedarf es einer näheren rechtlichen Reflexion, ob die Agentur aufgrund ihrer vertraglichen Beziehung mit dem Erstkunden gehalten sein kann, auf den nachfolgenden Vertrag mit dem Zweitkunden zu verzichten. Diese Frage stellt sich sowohl während der laufenden Vertragsbeziehung mit dem Erstkunden, aber auch in den Fällen, in denen der Vertrag mit dem Erstkunden bereits beendet ist und damit eine zeitgleiche, oder nachgelagerte Anfrage eines Zweitkunden bei der Agentur eingeht. Eine Unterlassungspflicht der Werbeagentur ist nicht nur dann denkbar, wenn die nachfolgende Werbeleistung die erworbenen Rechte des Erstkunden an seiner Werbeleistung verletzt, sondern auch, wenn sie diese nicht unmittelbar berührt. Besonders problematisch erscheint die Konstellation, in welcher der Zweitkunde in Konkurrenz mit dem Erstkunden steht und dieser aufgrund der positiven Resonanz der Werbung, Interesse an der erbrachten Leistung und ihrem positiven Effekt auf die Verkaufszahlen zeigt.

Die Dissertation soll sich daher mit der Frage beschäftigen, für welche Fälle von einer Enthaltungspflicht der Werbeagenturen auszugehen ist und wann und in welchen Grenzen eine Werbeagentur befugt ist, die abgeänderte, für sich genommene eigenständige Werbeleistung für einen Zweitkunden zu erbringen.

Ein Schwerpunkt der wissenschaftlichen Untersuchung soll vor allem auf die Beantwortung der Frage gelegt werden, wann Enthaltungspflichten allein aufgrund der vertraglichen Beziehung zwischen der Werbeagentur und dem Erstkunden bestehen, das heißt, ohne dass solche ausdrücklich vereinbart werden. In einem zweiten Schritt widmet sich diese Arbeit der Fragestellung, ob und in welchen Grenzen die vertragsimmanenten Enthaltungspflichten für die Vertragsparteien dispositiv sind und

in welchem Umfang die Enthaltungspflichten im Agenturvertrag vereinbart werden können. Im letzten Teil werden schließlich die Ansprüche der Werbeagentur bei Verstoß gegen die Enthaltungspflichten dargestellt.

2. Behandlung in der Rechtsprechung und Literatur

Die Frage nach den vertragsimmanenten Enthaltungspflichten speziell für Werbeagenturen, wird, - soweit ersichtlich - nicht in der Literatur oder in der Rechtsprechung behandelt. Im Urheberrecht sind Enthaltungspflichten in demjenigen Umfang anerkannt, in denen der Urheber seinem Vertragspartner die ausschließlichen Nutzungsrechte überträgt, gem. § 31 Abs. 3 S. 1 UrhG und sich seine eigene Nutzung gem. § 31 Abs. 3 S. 2 UrhG nicht vorbehält.²¹ Außerhalb der Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte sind sie, - abgesehen für das Wiederverfilmungsrecht in § 88 Abs. 2 S. 2 UrhG - im Urheberrecht nicht explizit geregelt.²²

Da eine Enthaltungspflicht im Verlagsrecht in § 2 Abs. 1 VerlG normiert ist²³ und im Verlagsrecht über diese gesetzlich geregelte Pflicht eine auf dem allgemeinen Treuegedanken gründende, weitergehende Enthaltungspflicht anerkannt ist²⁴, findet sich das Thema der Enthaltungspflicht vor allem in der (Kommentar-) Literatur zu § 2 VerlG wieder²⁵. Über das Verlagsrecht hinaus, werden die Fragen nach vertragsimmanenten Enthaltungspflichten, deren Umfang und Grenzen stiefmütterliche behandelt, sodass sich in der allgemeineren urheberrechtlichen Literatur²⁶ meist nur ein kurzer Hinweis auf deren Existenz findet, es jedoch an genaueren Ausführungen zu den Voraussetzungen und Umfang fehlt.

²¹ Fromm/Nordemann/Nordemann Vor §§ 31 Rn. 45.

²² Fromm/Nordemann/Nordemann Vor §§ 31 Rn. 45a.

²³ Schricker/Schricker § 2 Rn. 1; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert Vor §§ 31 ff. Rn. 117.

²⁴ Loewenheim/Nordemann-Schiffel/Nordemann § 70 Rn. 131; Ulmer-Eilfort/Obergfell/Obergfell § 2 Rn. 20; Schricker/Schricker § 2 Rn. 8; a.A. Gottschalk ZUM 2005, 359, 367.

²⁵ BeckOK UrhG/Wegner § 2 VerlG Rn. 1 ff.; Raue/Hegemann/Bullinger § 8 Rn. 10 f.; Fromm/Nordemann/Nordemann-Schiffel § 2 VerlG Rn. 4 ff.; Ulmer-Eilfort/Obergfell/Obergfell § 2 Rn. 20 ff. und 23 ff.; Schricker/Schricker § 2 Rn. 1 ff.; Wegner/Wallenfels/Kaboth/Wegner 2. Kap. Rn. 30.

²⁶ BeckOK UrhG/Soppe § 31 Rn. 13; Dreier/Schulze/Schulze Vor § 31 Rn. 41 ff.; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Kotthoff § 31 Rn. 42 f.; Lutz Rn. 1012; Mestmäcker/Schulze/Hertin Vor 31 ff. Rn. 90 ff.; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert Vor §§ 31 ff. Rn. 117; vgl. aber auch

In der Rechtsprechung²⁷ wird die Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben für verschiedenste Vertragstypen auch unter dem Stichwort der sog. nachwirkenden Treuepflicht behandelt und der Grundsatz aufgestellt, dass aus dem nachvertraglichen Treuegedanken die gegenseitige Pflicht erwächst, - zumindest für eine Übergangszeit - alles zu unterlassen, was den Vertragszweck des anderen Teils nachträglich geradezu vereiteln oder zumindest ernsthaft gefährden könnte. Hieraus soll sich eine Unterlassungspflicht dahingehend ergeben, keine Handlungen vorzunehmen, durch welche die der anderen Seite durch den Vertrag gewährten Vorteile wieder entzogen, oder wesentlich geschmälert würden.²⁸ Ein für die Konkurrenzsituation zwischen Erst- und Zweitkunden vergleichbares Urteil findet sich in der Entscheidung des BGH vom 14.12.1954.²⁹ In dieser Entscheidung hatte der BGH eine Unterlassungspflicht für einen Hersteller von Damenmänteln hergeleitet, nachdem dieser weitere Damenmäntel auf der Grundlage einer ihm zuvor vom Kläger überlassenen Modellskizze angefertigt hatte. Der BGH gab der Klage im Ergebnis statt und begründete eine Vertragspflicht der Beklagten, sich der Veräußerung an Konkurrenten des dortigen Klägers zu enthalten primär durch eine Vertragsauslegung, leitete selbiges Ergebnis aber auch aus den nachwirkenden Treuepflichten her.

Ein verlagsrechtliches Urteil, welches in der urheberrechtlichen Literatur unter dem Stichwort der Enthaltungspflichten aus Treu und Glauben zu finden ist, ist die Medizin-Duden Entscheidung des BGH³⁰.³¹ Hier hatte der BGH über die Reichweite der Enthaltungspflichten eines Verfassers für den Fall zu entscheiden, dass die Parteien im Verlagsvertrag keine ausdrückliche Vereinbarung getroffen haben. Diesem Urteil

Fromm/Nordemann/Nordemann Vor §§ 31 Rn. 45 ff., der differenzierter zwischen ungeschriebenen Enthaltungspflichten und vertraglichen Vereinbarungen unterscheidet. Wiederum andere gehen auf die Frage der Enthaltungspflichten überhaupt nicht ein, vgl. etwa Eichelberger/Wirth/Seifert/Wirth § 31 Rn. 1 ff..

²⁷ BGH NJW 1955, 460 - Kunstschutz in der Modeschöpfung; BGH NJW 1965, 491; BGH NJW 1973, 1923; BGH NJW 1994, 2754; OLG Nürnberg, NJW-RR 1999, 737; OLG Karlsruhe BeckRS 9998, 06611; LG Hamburg NJW-RR 1994, 142.

²⁸ BGH NJW 1955, 460, 462 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

²⁹ BGH NJW 1955, 460 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

³⁰ BGH GRUR 1973, 426 - Medizin-Duden.

³¹ BeckOK UrhG/Wegner § 2 VerIG Rn. 2; Dreier/Schulze/Schulze Vor § 31 Rn. 42; Ulmer-Eilfort/Obergfell/Obergfell § 2 Rn. 20; Loewenheim/Nordemann-Schiffel/Nordemann § 70 Rn. 131 und § 80 Rn. 16; Schricker/Schricker § 2 Rn. 8; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert Vor §§ 31 ff. Rn. 117.

soll aufgrund seiner Bedeutung und der thematischen Nähe zu den vorliegenden Untersuchungen besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden.

3. Gang der Untersuchung und Forschungsfragen

Die Arbeit gliedert sich im Wesentlichen in drei Teile: Der erste Abschnitt bildet zugleich den Hauptteil der Arbeit und befasst sich mit dem Umfang und den Grenzen der Enthaltungspflichten (B.). Im zweiten Teil wird beleuchtet, inwieweit vertragliche Vereinbarungen über die Enthaltungspflichten möglich sind (C.) und im letzten Teil werden die Ansprüche, die bei Verletzung der Enthaltungspflichten bestehen, dargestellt (D.).

Um die bestehenden Enthaltungspflichten näher einfassen zu können, soll in einem ersten Schritt der Werbeagenturvertrag rechtlich eingeordnet werden (B.I.). Dabei wird auch näher darauf einzugehen sein, welche verschiedenen Werbeleistungen die Agentur erbringt, welchem Schutz diese unterliegen (B.II.1.) und welche Rechte im Rahmen des Werbeagenturvertrags von der Agentur auf ihren Kunden übertragen werden (B.II.2.). Hieran anschließend ist das Verhältnis zum potenziellen Zweitkunden näher zu betrachten (B.III.). Welche rechtlichen Anforderungen muss eine von der Agentur erbrachte Werbeleistung aufweisen und wann ist diese als mangelhaft anzusehen? Die weitergehenden Untersuchungen befassen sich sodann mit dem Vertragsverhältnis von Werbeagentur und ihrem Zweitkunden (B. IV.). Wann kann eine Enthaltungspflicht bezogen auf eine identische Weitergabe der Werbeleistung an den Zweitkunden angenommen werden (B.IV.1.)? Wenn die Enthaltungspflicht als Korrelat zur ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragung angesehen werden kann, was gilt dann in denjenigen Fällen, in denen kein Sonderrechtsschutz besteht (B.IV.2.) und welche Rückschlüsse müssen hieraus für die einfache Nutzungsrechtsübertragung gezogen werden (B.IV.3.)?

Nach diesen Darstellungen wird in einem weiteren Schritt untersucht, ob auch Unterlassungspflichten der Werbeagentur bestehen können, wenn eine rechtsverletzungsfreie Leistung an den Zweitkunden erbracht werden soll (B.IV.4.). Da diese Frage, in welchen Fällen die Werbeagentur gehalten ist, eine abgeänderte, für sich genommene eigenständige Werbeleistung für einen Zweitkunden zu unterlassen, den Schwerpunkt der wissenschaftlichen Untersuchung darstellt, sollen einschlägige Entscheidungen herangezogen werden, in denen die Gerichte von einer solchen

Enthaltungspflicht ausgegangen sind und diese Urteile auf ihre Übertragbarkeit auf die Konstellation des Werbeagenturvertrags hin überprüft werden. Vor allem die von der Literatur im Zusammenhang mit Enthaltungspflichten zitierte³² Medizin-Duden Entscheidung des BGH vom 23.02.1973 soll dazu genutzt werden den sachlichen und zeitlichen Umfang der Enthaltungspflichten zu konstatieren.

Der zweite Teil der Arbeit (C.) befasst sich mit der Möglichkeit, den Umfang der Enthaltungspflichten im Sinne im Agenturvertrag zu vereinbaren. Im Rahmen der einzelvertraglichen Regelungsmöglichkeiten ist auf die sich aus § 138 BGB sowie aus den kartellrechtlichen Bestimmungen ergebenden Grenzen einzugehen (C.II.1. und 2.). Da die Vereinbarung zu Enthaltungspflichten im Agenturvertrag oftmals als Allgemeine Geschäftsbedingungen einzuordnen sein wird, sind auch die Möglichkeiten und Grenzen darzustellen, diese im Sinne des Kunden einerseits und im Sinne der Werbeagentur andererseits, zu vereinbaren. Abschließend soll eine für die Praxis vorgeschlagene Klausel zu Enthaltungspflichten im Werbeagenturvertrag auf ihre Zweckmäßigkeit hin untersucht werden und versucht werden, der Praxis Formulierungshilfen für Enthaltungspflichten an die Hand zu geben (C.II.3).

Der letzte und dritte Teil dieser Dissertation befasst sich schließlich mit den Ansprüchen, die dem Erstkunden bei Verletzung der Werbeagentur gegen ihre Enthaltungspflichten entstehen (D.). Neben Ansprüchen gegen den Zweitkunden, der mit der Werbung am Markt auftritt (D.I.), stehen auch Ansprüche gegen die Werbeagentur im Raum (D.II.).

4. Begriffliche Einordnung der Enthaltungspflichten

Zunächst aber muss aufgrund deren uneinheitlichen Verwendung, die begriffliche Einordnung von Enthaltungspflichten vorangestellt werden. In der Literatur werden sie meist unter den Begriff der Wettbewerbsverbote gefasst, oder in unmittelbarem Zusammenhang genannt.³³ Eine explizite begriffliche Unterscheidung fehlt dagegen meist.

³² BeckOK UrhG/Wegner § 2 VerIG Rn. 2; Dreier/Schulze/Schulze Vor § 31 Rn. 42; Ulmer-Eilfort/Obergfell/Obergfell § 2 Rn. 20; Loewenheim/Nordemann-Schiffel/Nordemann § 64 Rn. 131; Schricker/Schricker § 2 Rn. 8; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert Vor §§ 31 ff. Rn. 117.

³³ BeckOK UrhG/Soppe § 31 Rn. 13; Dreier/Schulze/Schulze Vor § 31 Rn. 41 ff.; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Kotthoff § 31 Rn. 42 f.; Fromm/Nordemann/Nordemann Vor §§ 31 Rn.

Soppe geht davon aus, dass die Enthaltungspflicht die Vereinbarung zweier Parteien, zumeist des Urhebers sei, sich jeder eigenen Nutzung des Werks zu enthalten. Das Wettbewerbsverbot bzw. das Konkurrenzverbot sei die Vereinbarung der anderen Partei keinen Wettbewerb zu liefern, oder ihr Konkurrenz zu bereiten.³⁴ Dem ist schon insoweit entgegenzutreten, als die Enthaltungspflicht keine „Vereinbarung“ voraussetzt, da sie sich auch aus Treu und Glauben herleiten lassen.³⁵ *Nordemann* führt aus, dass Enthaltungspflichten in demjenigen Umfang anerkannt sind, in denen der Urheber seinem Vertragspartner die ausschließlichen Nutzungsrechte überträgt, gem. § 31 Abs. 3 S. 1 UrhG und sich seine eigene Nutzung gem. § 31 Abs. 3 S. 2 UrhG nicht vorbehält.³⁶ Er legt gleichzeitig dar, dass auch ungeschriebene Enthaltungspflichten existieren.³⁷ Soweit er weiter betont, dass Enthaltungspflichten auch außerhalb der Einräumung von ausschließlichen Nutzungsrechten denkbar sind und hier Wettbewerbsverbote in Klammern setzt,³⁸ ist nicht klar, ob dies die Definition der Wettbewerbsverbote in Abgrenzung zur Enthaltungspflicht wiedergeben soll, oder nur gleichbedeutend für Wettbewerbsverbote gelten soll. Jedenfalls fehlt es auch hier an einer expliziten bzw. eindeutigen Unterscheidung zwischen dem Begriff der Enthaltungspflicht und den Wettbewerbsverboten. Nach *Lutz* soll die Enthaltungspflicht das Gegenstück zur Rechtseinräumung im Sinne eines ausschließlichen Nutzungsrechts sein.³⁹ Die weitergehende, aus Treu und Glauben herzuleitende Unterlassungsverpflichtung des Urhebers bezeichnet er als stillschweigendes Wettbewerbsverbot.⁴⁰ Sofern die begriffliche Unterscheidung bei *Lutz* derart getroffen werden soll, dass Enthaltungspflichten nur in demjenigen Umfang bestehen, indem gem. § 31 Abs. 3 S. 1 UrhG die ausschließlichen Nutzungsrechte übertragen worden sind, so steht dies der Annahme entgegen, dass auch diejenigen

45 ff.; *Lutz* Rn. 1012; *Mestmäcker/Schulze/Hertin* Vor 31 ff. Rn. 90 ff.; *Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert* Vor §§ 31 ff. Rn. 117.

³⁴ BeckOK UrhG/*Soppe* § 31 Rn. 13.

³⁵ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden; *Fromm/Nordemann/Nordemann* Vor §§ 31 Rn. 45.

³⁶ *Fromm/Nordemann/Nordemann* Vor §§ 31 Rn. 45.

³⁷ *Fromm/Nordemann/Nordemann* Vor §§ 31 Rn. 46 ff..

³⁸ *Fromm/Nordemann/Nordemann* Vor §§ 31 Rn. 45a, da dort ausgeführt wird: „Auch außerhalb der Einräumung ausschließlicher Nutzungsrechte sind Enthaltungspflichten (Wettbewerbsverbote) denkbar.“

³⁹ *Lutz* Rn. 1012.

⁴⁰ *Lutz* Rn. 1013.

Pflichten als Enthaltungspflichten zu bezeichnen sind, die sich über die Enthaltungspflicht aus § 31 Abs. 3 S. 1 UrhG hinaus aus Treu und Glauben ergeben können⁴¹ und die Werbeagentur gehalten sein kann, sich unter bestimmten Umständen einer Werbeleistung an einen Zweitkunden zu enthalten, auch wenn diese Werbeleistung die Urheber-, Kennzeichen- oder Designrechte nicht verletzt.

Zuzugeben ist der Nennung von Enthaltungspflichten in unmittelbarem Zusammenhang mit Wettbewerbsverboten im Urheber-⁴² und Verlagsrecht⁴³, dass die aus Treu und Glauben entspringende Enthaltungspflicht seit der Medizin-Duden Entscheidung so verstanden wird, dass der der Verfasser seine Treuepflicht gegenüber dem Verleger verletzen kann, wenn er während der Dauer des Verlagsvertrages über den gleichen Gegenstand in einem anderen Verlag ein Werk erscheinen lässt, das sich an den gleichen Abnehmerkreis wendet und nach Art und Umfang geeignet ist, dem früheren Werk ernsthaft Konkurrenz zu bereiten.⁴⁴ Wettbewerbsverbote können mit der Definition nach Art. 1 Abs. 1 d) Alt. 1 der europäischen Vertikal-GVO 330/2010⁴⁵, unter anderem⁴⁶ als „unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung, die den Abnehmer veranlasst, keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen, die

⁴¹ Vgl. hierzu BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden.

⁴² BeckOK UrhG/Soppe § 31 Rn. 13; Dreier/Schulze/Schulze Vor § 31 Rn. 41 ff.; Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Kotthoff § 31 Rn. 42 f.; Fromm/Nordemann/Nordemann Vor §§ 31 Rn. 45 ff.; Lutz Rn. 1012; Mestmäcker/Schulze/Hertin Vor 31 ff. Rn. 90 ff.; Wandtke/Bullinger/Wandtke/Grunert Vor §§ 31 ff. Rn. 117.

⁴³ BeckOK UrhG/Wegner § 2 VerIG Rn. 16; vgl. auch Ulmer-Eilfort/Obergfell/Obergfell § 2 Rn. 8 f.; wonach in der Praxis häufig „explizite Wettbewerbsklauseln mit einer entsprechenden Enthaltungspflicht des Verfassers vertraglich vereinbart“ werden.

⁴⁴ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden.

⁴⁵ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20. April 2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen.

⁴⁶ Art. 1 Abs. 1 d) Alt. 2 stellt weiter klar, dass Wettbewerbsverbote außerdem folgende Verpflichtungen sind: „mittelbare Verpflichtung des Abnehmers, auf dem relevanten Markt mehr als 80 % seines Gesamtbezugs an Vertragswaren oder -dienstleistungen und ihren Substituten, der anhand des Werts des Bezugs oder, falls in der Branche üblich, anhand des bezogenen Volumens im vorangehenden Kalenderjahr berechnet wird, vom Anbieter oder von einem anderen vom Anbieter benannten Unternehmen zu beziehen“.

mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen“, verstanden werden.

Die Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben greift aber

bei einem „Bereiten ernsthafter Konkurrenz“ ein, sodass hier der Bezug zum Wettbewerbsverbot, welches ebenfalls auf die Konkurrenzsituation abstellt, hergestellt wird. Hierin erschöpfen sich die Enthaltungspflichten allerdings nicht, da die Enthaltungspflichten im engeren Sinne bei ausschließlicher Nutzungsrechtsübertragung für den Urheber losgelöst von der Schaffung von Konkurrenz bestehen⁴⁷. Das Wettbewerbsverbot ist also einerseits enger, weil es speziell auf die wettbewerbliche Situation abzielt, andererseits aber auch weiter, als es keine Rolle spielt, ob dem Vertragspartner „ernsthafte“ Konkurrenz unterbreitet wird.

Bei der Definition der Enthaltungspflicht ist auch zu beachten, dass diese auch bestehen können, wenn keine urheberrechtlich geschützte Leistung besteht.⁴⁸ Wollte man für die Enthaltungspflicht also, losgelöst vom Urheberrecht, eine Definition finden, so könnte man sie so fassen, dass die Enthaltungspflicht die schuldrechtliche Unterlassungspflicht⁴⁹ eines Vertragspartners ist, die dahingehend besteht, eigene Nutzungen der vertraglichen Leistung in einem gewissen Umfang zu unterlassen. Dabei kann die Enthaltungspflicht vertraglich vereinbart werden, dem schuldrechtlichen Vertrag immanent sein, oder sich auch aus Treu und Glauben ergeben. Es muss daher zwischen Enthaltungspflichten im engeren Sinne und den weitergehenden Enthaltungspflichten aus Treu und Glauben unterschieden werden.

B. Die Enthaltungspflicht der Werbeagentur

Zur Klärung der Frage, welche Enthaltungspflichten für die Werbeagentur bestehen, muss zunächst der Werbeagenturvertrag rechtlich eingeordnet werden (I.). In einem

⁴⁷ Fromm/Nordemann/Nordemann Vor §§ 31 Rn. 45.

⁴⁸ Vgl. hierzu BGH NJW 1955, 460 - Kunstschutz in der Modeschöpfung und die nachfolgenden Ausführungen unter: B.IV..

⁴⁹ So auch Ulmer-Eilfort/Obergfell/Obergfell § 2 Rn. 24, für die Pflicht aus § 2 VeriG unter Hinweis auf OLG München ZUM 2007, 751, 753.

zweiten Schritt werden die von ihr zu erbringenden Werbeleistungen dahingehend untersucht, welchen Schutzvorschriften sie unterliegen und inwieweit die Rechte daran an den Kunden übertragen werden (II.1. und 2.). Hieran anschließend werden die vertraglichen Pflichten zwischen Agentur und ihrem Zweitkunden dargestellt (III.) und anschließend das Verhältnis zum Erstkunden näher betrachtet (IV.), um so den Umfang der Enthaltungspflichten in den verschiedenen Erscheinungsformen zu erfassen.

I. Die rechtliche Einordnung des Werbeagenturvertrags

Zunächst soll der Werbeagenturvertrag rechtlich näher qualifiziert werden. Für dessen Einordnung ist zunächst die Präsentationsphase von der Umsetzungsphase zu unterscheiden.

Innerhalb der Präsentationsphase ist nämlich zwischen einer unentgeltlichen Akquisitionsleistung und einem - meist nur stillschweigend - vereinbarten, entgeltlichen Präsentationsvertrag zu differenzieren. Im Falle einer rein unentgeltlichen Akquisitionsleistung haftet die Werbeagentur lediglich im vorvertraglichen Bereich, nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo (dem sog. „Verschulden bei Vertragsverhandlungen“⁵⁰).⁵¹ Mit einer Vereinbarung zur Erbringung einer rein unentgeltlichen Akquisitionsleistung durch die Werbeagentur wird somit noch kein Vertragsverhältnis begründet. Die Abgrenzung zum Präsentationsvertrag kann sich in Einzelfällen schwierig gestalten, zumal dieser nicht ausdrücklich als solcher in der Vertragsvereinbarung der Parteien bezeichnet sein muss, sondern auch durch konkludentes Verhalten begründet werden kann.⁵² Zwar ist der Übergang zwischen unentgeltlicher Akquisitionsleistung und stillschweigend vereinbartem Präsentationsvertrag fließend und stark vom jeweiligen Einzelfall abhängig, jedoch lässt die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte den Schluss zu, die Annahme eines stillschweigend vereinbarten Präsentationvertrags auszudehnen.⁵³ Eine unentgeltliche Akquisitionsleistung wird sich deshalb überwiegend auf die allgemeine Darstellung des Leistungsspektrums einer Werbeagentur und die Erstellung von

⁵⁰ MüKo BGB/*Emmerich* § 311 Rn. 39.

⁵¹ Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 93 f..

⁵² Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 98.

⁵³ OLG Düsseldorf NJW-RR 1991, 120; OLG Zweibrücken NJW-RR 1995, 1265; LG München I vom 04.06.1999 - 12 O 1439/98.

Kostenvoranschlägen beschränken. Handelt es sich demgegenüber um die Konzeption werblicher Maßnahmen oder die Präsentation einer konkret gewünschten Leistung, wird in aller Regel von einem stillschweigend vereinbarten Vertragsschluss auszugehen sein, wobei im Falle eines Werkvertrages § 632 Abs. 1 BGB Anwendung findet.⁵⁴ Denn die kreative Leistung einer Werbeagentur ist üblicherweise nicht unentgeltlich zu erhalten, sondern stellt üblicherweise das zu entlohnende Ergebnis der Tätigkeit dar, die ein Designer oder ein Werbeunternehmen auf der "ersten Stufe" eines vielfach zweistufig aufgebauten Vertragsverhältnisses zu erbringen hat. Daher ist ein Vergleich zur Einholung von reinen Angebotsunterlagen eines Handwerkers verfehlt, da die konzeptionelle Arbeit eines Designers oder eines Werbeunternehmens nicht lediglich als "Vorarbeit" für die Schaffung eines reproduktionsfähigen körperlichen Werks zu qualifizieren ist, sondern schon das Ergebnis der ersten Leistungsphase darstellt.⁵⁵

Ist der Werbeagenturvertrag zweistufig aufgebaut, folgt auf die Präsentationsphase die sog. Umsetzungsphase. Allerdings ist hier zu sehen, dass der Umsetzungsphase nicht zwingend eine Präsentationsphase vorangegangen sein muss. Erteilt ein Kunde nämlich unmittelbar den Auftrag an die Werbeagentur, entfällt diese, sodass es wiederum auf die konkrete Ausgestaltung des Einzelfalls ankommt.⁵⁶

Gelangt man im Ergebnis dazu, dass ein Präsentationsvertrag bzw. eine unmittelbare Auftragserteilung an die Werbeagentur vorliegt, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Einordnung des Vertrags. Einzelmaßnahmen, in denen die Werbeagentur mit der Konzeption und Herstellung eines einzelnen Werbemittels beauftragt ist, werden häufig als Werkvertrag einzuordnen sein.⁵⁷ Übernimmt die Agentur dagegen ein Paket von Leistungen, das von der Marktanalyse, über die Entwicklung von Werbestrategien, den Entwurf und die Realisierung von Werbemaßnahmen bis hin zur Erfolgsanalyse reicht, wird es sich grundsätzlich um Geschäftsbesorgungsverträge i. S. d. § 675 BGB handeln.⁵⁸ Ob dieser weitergehend als Geschäftsbesorgungsdienst- oder werkvertrag

⁵⁴ Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 102.

⁵⁵ OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.09.1990 - 12 U 209/89.

⁵⁶ Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 143.

⁵⁷ *Omsels/Wagner* GRUR 2015, 1059, 1060.

⁵⁸ BGHSt 23, 246, 250; OLG Frankfurt BB 1978, 681; Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 110; *Fikentscher* WRP 1970, 1, 1 f.; *Bülow* GRUR 1978, 676, 677.

zu qualifizieren ist, richtet sich nach der Art des Auftrags.⁵⁹ Zu fragen ist danach, ob sich die Agentur lediglich zum Tätigwerden verpflichtet, oder weitergehend dazu, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen.⁶⁰ Im ersten Fall liegt dann ein Dienstvertrag vor, welcher sich nach den §§ 611 ff. BGB richtet, im zweiten Fall hingegen bestimmt sich das Vertragsverhältnis nach den Vorschriften über das Werkvertragsrecht, welche in den §§ 631 ff. BGB geregelt sind. Dabei ist in allen Fällen der konkrete Einzelfall zu prüfen, sodass sich eine Tendenz oder Regel nicht von vornherein fest- bzw. aufstellen lässt. Zur Bestimmung des Vertragstypus sind sämtliche, sich aus dem Vertrag ergebende Rechte und Pflichten sorgfältig zu prüfen und danach zu untersuchen welchem Vertragstypus diese zuzuordnen sind.

Zu beachten ist bei der rechtlichen Einordnung als Geschäftsbesorgungsdienst- bzw. werkvertrag, dass der „Erfolg“ im Sinne des Werkvertragsrechts nicht etwa auf den Erfolg der Werbekampagne oder auf das Erreichen einer bestimmten Umsatzzahl abzielt, sondern vielmehr als die Umsetzung und Durchführung einer bestimmten Werbemaßnahme beschrieben werden kann.⁶¹ Ihre praktische Bedeutung erlangt die Abgrenzung zum Dienstvertrag vor allem im Hinblick auf die Gewährleistungsrechte, Mängelhaftung und Kündigungsmöglichkeiten.⁶²

Ist die jeweilige Werbemaßnahme urheberrechtlich geschützt, so kommt als zusätzliche Komponente der Lizenzvertrag hinzu, sodass ein gemischter Vertrag entsteht.⁶³

Die Besonderheit besteht bei der rechtlichen Qualifizierung von Werbeagenturverträgen in der mannigfaltigen Möglichkeit der einzelnen vertraglichen Ausgestaltung. Denkbar ist beispielsweise auch eine Vereinbarung dahingehend, ein einzelnes Kennzeichen zu schaffen, wie etwa ein Warenzeichen, oder aber auch ein Firmenemblem, aber auch die Erstellung eines Werbeslogans, Werbetextes, oder Werbespots. Darüber hinaus ist auch die Vereinbarung über die Erstellung und Begleitung bzw. Durchführung einer gesamteinheitlichen Werbeaktion der verschiedensten Art möglich, über Entwürfe von

⁵⁹ Koch/Otto/Rüdlin S.171.

⁶⁰ BGHZ 149, 57, 60 f.; Emmerich § 9 Rn. 3; Medicus/Lorenz § 33 Rn. 1.

⁶¹ Sosnitza ZUM 1998, 631, 631 f.

⁶² Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 110; Lambsdorff/Skora Rn. 94 ff.; MüKo BGB/Busche § 631 Rn. 11 ff., Sosnitza ZUM 1998, 631, 631; Bülow GRUR 1978, 676, 677.

⁶³ Tucher S. 45.

Preisausschreiben bis hin zur völligen Übernahme einer globalen Werbeaktion.⁶⁴ Die „werbliche Betreuung“ eines Kunden als Gesamtauftrag wird oftmals als Dienstvertrag einzuordnen sein, so etwa Verträge zwischen Werbeagentur und werbetreibenden Unternehmen, die auf Beratung und Konzeptionierung einer Werbekampagnen abzielen und mit monatlich fälligen Pauschalbezügen honoriert werden⁶⁵, wohingegen die Erteilung einer abgrenzbaren „Einzel-Werbemaßnahme“ tendenziell eher als Werkvertrag einzuordnen ist, wie z.B. die Entwicklung von drei Werbe-Mailings unterschiedlichen Inhalts⁶⁶, oder die Erstellung eines Layouts für eine Selbstdarstellungsbroschüre^{67,68}.

II. Die Rechte der Werbeagentur an den von ihr erbrachten Leistungen

Hat die Werbeagentur für ihren Kunden die vertraglich vereinbarte Leistung erbracht, stellt sich die Frage, wem die Rechte an der erbrachten Werbeleistung in welchem Umfang zustehen. Diese Klärung stellt den Ausgangspunkt zu der Frage dar, ob und in welchen Grenzen eine Werbeagentur befugt ist, eine abgeänderte Werbeleistung für einen Zweitkunden zu erbringen, da so ermittelt werden kann, welche Rechte sie an ihren Kunden in welchem Umfang übertragen hat und ob bzw. inwieweit sie aufgrund der vertraglichen Übertragung dieser Rechte gehalten ist, diese Leistungen nicht erneut an einen Zweitkunden zu erbringen.

In einem ersten Schritt ist daher der den einzelnen Werbeleistungen zu Grunde liegende Schutz bzw. dessen Voraussetzungen darzustellen (1.), da je nach Fallkonstellation sowohl urheberrechtlich geschützte Werkteile (a.), dem Designrecht (b.) und dem Kennzeichenrecht (c.) unterliegende Komponenten, als auch Leistungen außerhalb des genannten Sonderrechts (d.) in Betracht kommen. Sodann wird zunächst anhand der urheberrechtlich geschützten Leistung geprüft, inwieweit Nutzungsrechte an den Kunden der Werbeagentur übertragen werden, sofern keine vertragliche Vereinbarung besteht (2.a.) und daran anschließend die Konsequenz für

⁶⁴ Anm. *Harmsen* in BGH GRUR 1974, 286, 290.

⁶⁵ OLG Hamburg, Urteil vom 29.08.1996 - 3 U 121/95.

⁶⁶ OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.03.2003 - 5 U 39/02.

⁶⁷ OLG Zweibrücken NJW-RR 1995, 1265.

⁶⁸ *Nennen* GRUR 2005, 2014, 2015.

andere Werbeleistungen, die nicht, oder nicht ausschließlich dem Urheberrecht unterstehen, dargestellt (2.b.).

1. Die Schutzfähigkeit der Werbeleistung

Für die einzelnen von der Werbeagentur erbrachten Leistungen sind verschiedene Leistungsschutzrechte denkbar. Daher wird in einem ersten Schritt dargestellt, unter welchen Voraussetzungen die Werbeleistung dem Urheberrecht bzw. dem Kennzeichen- bzw. Designrecht unterliegt und in welchen Fällen kein sonderrechtlicher Leistungsschutz eingreift.

a. Grundsätzliche Schutzfähigkeit einzelner Leistungen nach dem Urheberrecht

Dem Grunde nach kann das gesamte Spektrum, der von der Werbeagentur erbrachten Leistung, zu den urheberrechtlich geschützten Werkarten zählen.⁶⁹ Insbesondere ist er bei Werbegrafiken für Plakate, Websites oder Werbeanzeigen, zudem bei Werbespots, jedoch auch bei Werbeslogans bzw. Werbejingles denkbar, sodass im Folgenden dargestellt wird, welche Voraussetzungen deren Schutzfähigkeit nach dem Urheberrecht gegeben sein müssen

aa. Schutzfähige Werkarten

Das Urheberrecht verschafft seinem Inhaber eine monopolartige Rechtsstellung, welche ihm die Anerkennung des geistigen Eigentums an seinem Werk auf bestimmte Zeit garantiert.⁷⁰ Dabei entsteht es ex lege zusammen mit dem Werk und ist von etwaigen Veröffentlichungen unabhängig.⁷¹ Daher ist für den urheberrechtlichen Schutz weder eine Eintragung, noch der Copyright-Vermerk⁷² notwendig.⁷³ Für die von

⁶⁹ Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 481.

⁷⁰ Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 471; Mestmäcker/Schulze/Müller-Katzenburg § 1 Rn. 9.

⁷¹ Schack Rn. 259.

⁷² Die Anbringung eines Copyright-Vermerks führt zu einer gesetzlichen Vermutung der Urheberschaft. Zudem empfiehlt es sich für Werke, die im Ausland (insbesondere der USA) verbreitet werden, um deren Rechtsdurchsetzung zu gewährleisten.

⁷³ Koch/Otto/Rüdlin S. 25; Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 479.

der Werbeagentur erbrachten Leistungen sind die urheberrechtlichen Regelungen dann von Bedeutung, wenn diese als urheberrechtliches Werk zu qualifizieren sind.⁷⁴ Nach § 1 UrhG genießen Werke der Literatur, Wissenschaft und Kunst den Schutz des Urheberrechts. In diesem Zusammenhang ist auch § 2 UrhG zu lesen, welcher beispielhaft und nicht abschließend verschiedene Werkarten nennt.⁷⁵ Nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG zählen zu den geschützten Werken der Kunst unter anderem auch „Werke der angewandten Kunst und Entwürfe solcher Werke“.⁷⁶ Hierunter wird man oftmals zumindest Teile der Werbemaßnahme fassen können, insbesondere wenn es um die Erstellung einer Werbegrafik und um eine Gebrauchsgrafik geht.

Hierbei nimmt § 2 Abs. 2 UrhG eine Einschränkung vor und bestimmt, dass nur persönliche geistige Schöpfungen im Sinne eines unmittelbaren und zielgerichteten geistigen Schaffens- bzw. Gestaltungsprozesses, mithin keine Zufallsergebnisse⁷⁷ den urheberrechtlichen Schutz genießen.⁷⁸ § 2 Abs. 2 UrhG stellt insoweit materiellrechtliche Schutzvoraussetzungen für die in § 2 Abs. 1 UrhG genannten Werkarten auf.⁷⁹ Es darf sich nicht um bloße Ideen handeln, gefordert wird vielmehr eine äußerlich wahrnehmbare Form.⁸⁰ Demnach besteht der Schutz von Agenturleistungen grundsätzlich nicht für bloße Werbeideen.⁸¹ Für niedergelegte Entwürfe ist allerdings zu untersuchen, ob sie für sich genommen bereits den urheberrechtlichen Schutz genießen.⁸²

bb. Schöpfungshöhe

Eine Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass das Arbeitsergebnis eine gewisse Gestaltungshöhe erreicht, welche man auch als schöpferische Eigentümlichkeit

⁷⁴ Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 473.

⁷⁵ Dreier/Schulze/Schulze § 2 Rn. 2; Eichelberger/Wirth/Seifert/Wirth/Seifert § 2 Rn. 2.

⁷⁶ Die Werke der angewandten Kunst unterscheiden sich von den „reinen“ als „bildende Kunst“ bezeichneten Werken aus § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG durch ihren Gebrauchszweck und durch die Art ihrer Herstellung; Dreier/Schulze/Schulze § 2 Rn. 158.

⁷⁷ Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Dreyer § 2 Rn. 26; Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 476.

⁷⁸ BeckOK UrhR/Ahlberg § 2 Rn. 54.

⁷⁹ BeckOK UrhR/Ahlberg § 2 Rn. 50.

⁸⁰ BGHZ 73, 288, 292 f.; Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 477.

⁸¹ BGHZ 18, 175, 176 f.

⁸² Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Dreyer § 2 Rn. 39; Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 477; NJW-RR 1988, 1204 - Vorentwurf II.

bezeichnet.⁸³ Durch das Kriterium der Schöpfungshöhe schließt das Gesetz das, was jedermann mit durchschnittlichen Fähigkeiten erbringen kann, aus dem Schutz des Urheberrechts aus. Die jeweilige Schöpfungshöhe wird allerdings für verschiedene Werkarten unterschiedlich hoch angesetzt.⁸⁴

Zu fragen ist daher, welche Schöpfungshöhe Werke der Werbeagentur erreichen müssen, um unter den urheberrechtlichen Schutz zu fallen und insbesondere die sogenannte „kleine Münze“ ausreicht. Als „kleine Münze“ werden Werke verstanden, die gerade eben noch ein Mindestmaß an Gestaltungshöhe erreichen, und deshalb von der Rechtsprechung noch als schutzwürdig angesehen werden.⁸⁵

Dabei wird die Beurteilung darüber, ob für den urheberrechtlichen Schutz die „kleine Münze“ ausreichend ist, von der Rechtsprechung je nach Werkart und nach den Umständen des Einzelfalls unterschiedlich getroffen. So sind die Anforderungen an die schöpferische Eigentümlichkeit bei Musikwerken⁸⁶ und Sprachwerken⁸⁷ grundsätzlich eher gering anzusetzen. Hingegen sei bei wissenschaftlichen Werken⁸⁸ und Werken der angewandten Kunst⁸⁹ ein höherer Maßstab anzusetzen.⁹⁰ Damit ist nach der Rechtsprechung zunächst auf die konkrete erbrachte Leistung der Werbeagentur abzustellen und diese unter die jeweiligen Werkarten einzuordnen. In einem zweiten Schritt kann dann aus dem sich aus der jeweiligen Werkart ergebenden Anforderungsmaßstab an die schöpferische Eigentümlichkeit festgestellt werden, ob die geforderte Gestaltungshöhe erreicht worden ist und somit ein Urheberrechtsschutz besteht.

⁸³ Eichelberger/Wirth/Seifert/Seifert/Wirth § 2 Rn. 7.

⁸⁴ Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Dreyer § 2 Rn. 65; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Leistner § 2 Rn. 53 ff.

⁸⁵ Eichelberger /Wirth/Seifert/Seifert/Wirth § 2 Rn. 8.

⁸⁶ BGH GRUR 1991, 533 - Brown Girl II.

⁸⁷ BGH GRUR 1981, 520, 521 - Fragensammlung.

⁸⁸ BGH GRUR 1981, 352, 355 - Staatsexamensarbeit; BGH GRUR 1984, 659, 661 - Ausschreibungsunterlagen.

⁸⁹ BGH GRUR 1981, 517, 519 - Rollhocker; BGH GRUR 1995, 581, - Silberdistel; BGH GRUR 2000, 144, 145 - Comic- Übersetzungen II; WRP 2004, 1498, 1500 - Metallbett; OLG Frankfurt GRUR-RR 2006, 43, 44.

⁹⁰ Dreier/Schulze/Schulze § 2 Rn. 24 ff..

Diese unterschiedlichen Maßstäbe der Rechtsprechung werden zwar von der Literatur vehement kritisiert,⁹¹ da der Begriff der Schöpfungshöhe einheitlich ausgelegt werden müsse. Dafür die kleine Münze als allgemeine Grenze heranzuziehen, spräche insbesondere, dass der Schutz der kleinen Münze in mehreren Bereichen des Urheberrechts durch europäisches Recht⁹² vorgegeben ist.⁹³

Hiergegen lässt sich aber anbringen, dass ein genereller Maßstab der kleinen Münze den Schutz des Urheberrechts überdehnt.⁹⁴ Die Unterscheidung der Rechtsprechung nach der jeweiligen Werkart bietet eine Möglichkeit, dem Einzelfall nach gerecht zu entscheiden. In Anbetracht der vielfältigen Erscheinungsmöglichkeiten verschiedenster Werkarten ist es gerade sachgerecht im jeweiligen Einzelfall danach fragen zu können, ob das konkrete Werk durch die innewohnende eingebrachte schöpferische Fantasie nicht nur vorgegebenes einhält, sondern sich von gleichartigen Werken abhebt.⁹⁵ Ein weiteres Argument dafür, weshalb es sachgerecht ist für Gestaltungen im Bereich der angewandten Kunst zu verlangen, dass die urheberrechtsschutzfähigen Leistungen die üblichen Durchschnittsgestaltungen deutlich überragen müssen, ist, dass Gestaltungen unterhalb dieser Grenze dem Designrecht zugänglich sind.⁹⁶ Obgleich für einzelne Werkarten europäische Richtlinien bestehen, welche den Maßstab der kleinen Münze vorgeben, so lässt dies nicht den Schluss zu, dass dies für alle Werkarten gelten müsse. Dass die Richtlinien nur bestimmte Werkarten ansprechen, lässt im Gegenteil den Schluss zu, dass auch nach europäischem Recht nicht der generelle Maßstab der kleinen Münze gelten soll.

cc. Urheberrechtsschutzfähigkeit im Einzelnen

Aus dem Schluss, dass die kleine Münze nicht allgemeiner Bewertungsmaßstab sein kann, folgt, dass - zumindest nach der Rechtsprechung und damit in der Praxis - weiterhin zwischen den einzelnen Werkarten unterschieden werden muss, um feststellen zu können, ob urheberrechtlicher Schutz eingreift. Im Hinblick auf die Rechtsprechung kann festgehalten werden, dass die kleine Münze nicht ausreichend

⁹¹ Dreier/Schulze/Schulze § 2 Rn. 32 ff.; Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 486; Wandtke GRUR 2002, 1, 8 f..

⁹² So zum Beispiel für Computerprogramme (RL 91/250/EWG) und Datenbanken (RL 96/9/EG).

⁹³ Dreyer/Kotthoff/Meckel/Hentsch/Dreyer § 2 Rn. 69 f.

⁹⁴ Rehbindner/Peukert Rn. 201 ff.; Schulze S. 283; Wandtke/Bullinger/Bullinger § 2 Rn. 24.

⁹⁵ BeckOK UrhR/Ahlberg § 2 Rn. 75.

⁹⁶ BGH GRUR 1983377, 378 - Brombeermuster; Anm. Boddien KG ZUM 2005, 230, 237.

ist für Werbetexte und Werbeslogans und diese meist keinen urheberrechtlichen Schutz genießen. Dies ergibt sich aus deren Kürze und der damit verbundenen Schwierigkeit, die erforderliche Individualität zu erlangen.⁹⁷ So hat die Rechtsprechung dem Slogan „Hier ist DEA - hier tanken Sie auf“ und „Thalia verführt zum Lesen“⁹⁸ den urheberrechtlichen Schutz mangels erreichter Gestaltungshöhe abgesprochen.⁹⁹ Hingegen hat sie einen solchen in zeitlich früheren Entscheidungen noch bejaht für die Werbeanpreisung für Schlafsäcke mit „Ein Himmelbett im Handgepäck“.¹⁰⁰ Außerdem auch für „Schmiegsam wie ein Frühlingsfalter bin ich mit Forma-Büstenhalter“¹⁰¹ und „Heute bleibt die Küche kalt, wir gehen in den Wienerwald“¹⁰². Aus dieser Rechtsprechungsübersicht lässt sich schließen, dass gerade längeren Slogans, welche aufgrund von überraschenden Wendungen besonders originell sind, der Schutz oftmals zugesprochen werden kann. Dagegen genügen gängige werbemäßige Imperative, wie zum Beispiel "Bitte ein Bit" und sprachliche Wiederholungen, wie "Persil bleibt Persil" in der Regel nicht.¹⁰³

Schließlich kann als weiterer Grundsatz festgehalten werden, dass Werbespots, die für den urheberrechtlichen Schutz geforderte Gestaltungshöhe aufgrund ihrer Komplexität leichter erreichen können, wohingegen bei einzelnen Werbegrafiken und Werbedesigns anhand des jeweiligen Einzelfalls entscheiden werden muss, ob die geforderte Schöpfungshöhe erreicht ist.¹⁰⁴

Bejaht wurde beispielsweise die Urheberrechtsschutzfähigkeit einer comicartigen grafischen Darstellung eines Handwerkers im Rahmen einer Werbeanzeige¹⁰⁵, die Zeitungsanzeige im Rahmen einer Werbekampagne, zumindest sofern sie sich sowohl durch ihre inhaltliche Konzeption und Formgebung von dem Üblichen unterscheidet¹⁰⁶,

⁹⁷ Mestmäcker/Schulze/v. Gamm § 2 Rn. 62; *Erdmann* GRUR 1996, 550, 552 ff..

⁹⁸ LG Mannheim GRUR-RR 2010, 462.

⁹⁹ OLG Hamburg ZUM 2001, 240.

¹⁰⁰ OLG Düsseldorf DB 1964, 617.

¹⁰¹ OLG Köln GRUR 1934, 758, 759.

¹⁰² OLG München vom 10.01.1969 - 6U 1778/68.

¹⁰³ *Erdmann* GRUR 1996, 550, 552; *Kaulmann* GRUR 2008, 854, 854.

¹⁰⁴ BGH GRUR 1966, 390 - Werbefilm; OLG Frankfurt GRUR 1979, 466 - Glückwunschkarte; Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 492 f..

¹⁰⁵ LG Oldenburg GRUR 1987, 636 - EMIL.

¹⁰⁶ OLG München NJW-RR 1994, 1258.

die Gestaltung eines Werbeplakats, das die besondere Art der Schriftgestaltung mit künstlerischen Elementen und die collagenhafte Verbindung der Bildelemente aufgewiesen hat¹⁰⁷ und die Gestaltung eines Firmenlogos^{108, 109}

Verneint wurde der Urheberrechtsschutz dagegen für die grafische Darstellung von Flaggen verschiedener Nationen auf welchen sich ein Fußball mit umlaufender Schrift "Fußball-Weltmeisterschaft 1986 in Mexiko" befand. Dieser Abbildung wurde die Eigentümlichkeit der geistigen Leistung von der Rechtsprechung abgesprochen.¹¹⁰ Ebenso verneint wurde der Schutz für die Gestaltung von Handy-Logos, bei welchen es sich nach der Aussage des Gerichts um die einfache umrisshaft, comicartige Darstellung von Tieren handelte, mithin um banale, alltägliche und vorbekannten Darstellungen ohne ein Mindestmaß an Individualität und Aussagekraft.¹¹¹ Der urheberrechtliche Schutz wurde auch einem Logo für die Dose eines Natursalzes verwehrt, da diesem nach Auffassung des Gerichts eine überragende Gestaltung gegenüber dem Werk eines Durchschnittsdesigners fehlte.¹¹²

Festzuhalten bleibt damit, dass nahezu die gesamte Bandbreite der denkbaren Leistungen der Werbeagenturen, wie etwa Texte, Slogans, Bilder, Töne, Filme oder Multimedia-Gestaltungen dem urheberrechtlichen Schutz zugänglich sein können. Entscheidend ist die Betrachtung des jeweiligen Einzelfalls, bei welcher in einem ersten Schritt das Werk in die jeweilige Kategorie des § 2 Abs. 1 UrhG eingeordnet wird und in einem zweiten Schritt dann (nach den von der Rechtsprechung geltenden Maßstäben) untersucht wird, ob die geforderte Schöpfungshöhe erreicht worden ist.

b. Schutz nach dem Designgesetz

Desweiteren können Werbeleistungen auch unter den designrechtlichen Schutz fallen. Anders als das Urheberrecht entsteht es nicht ipso iure mit dem Werk selbst, sondern

¹⁰⁷ OLG Jena GRUR-RR 2002, 379, 380 - Rudolstädter Vogelschießen.

¹⁰⁸ OLG Naumburg ZUM 2005, 759.

¹⁰⁹ Dreier/Schulze/Schulze § 2 Rn. 165.

¹¹⁰ OLG Frankfurt GRUR 1987, 44 - WM-Slogan.

¹¹¹ OLG Hamburg ZUM 2004, 386 - Handy-Logos.

¹¹² KG ZUM 2005, 230 - Verpackungsgestaltung.

bedarf grundsätzlich einer Eintragung.¹¹³ Der Designschutz steht selbstständig neben dem urheberrechtlichen Schutz, sodass es zu einer Kumulierung kommen kann, wenn die Anforderungen an die Schutzvoraussetzung beider Gesetze erfüllt sind.¹¹⁴ Die Annahme eines graduellen Stufenverhältnisses zwischen Designrecht und Urheberrecht, nach der der designrechtliche Schutz den Unterbau des Urheberschutzes darstellen sollte, hat der BGH in seiner Entscheidung zum Geburtstagszug¹¹⁵ explizit aufgegeben.¹¹⁶ Für werbliches Schaffen eignet sich der designrechtliche Schutz insbesondere für zweidimensionale Gestaltungen, welche neu und eigenartig sind.¹¹⁷ Dies können insbesondere Erzeugnisse der Werbegrafik, Dekore und Produktausgestaltungen sein.¹¹⁸ Die von der Werbeagentur entworfenen Logos sind zwar keine Gegenstände im sprachüblichen Sinn, sie sind jedoch nach dem Designrecht schutzfähig, da auch graphische Symbole als Erzeugnisse gem. § 1 DesignG gelten¹¹⁹.¹²⁰ Als grundsätzlich nach dem Designrecht schutzfähig wurden von der Rechtsprechung¹²¹ auch die von einer Werbeagentur für ihren Kunden entwickelten verschiedenen Website-Designs angesehen.¹²²

c. Kennzeichenrechtlicher Schutz

Ferner kann die Werbeagentur im Rahmen des Agenturvertrags mit der Entwicklung eines zu einer Marke anzumeldenden Logos, einer geschäftlichen Bezeichnung, oder der Anmeldung eines Werbeslogans beauftragt sein.¹²³ Dabei ist das Markenrecht völlig unabhängig neben dem Urheber- oder Designrecht.¹²⁴ Voraussetzung für die

¹¹³ Zum Anmeldeverfahren: Bulling/Langöhrig/Hellwig/Müller Rn. 258 ff.; zu den Voraussetzungen der Schutzentstehung als nicht eingetragenes Gemeinschaftsgeschmacksmuster: Eichmann/Kurl/*Eichmann* § 1 Rn. 9.

¹¹⁴ Dreier/Schulze/*Dreier* Vor Rn. 32.

¹¹⁵ BGH GRUR 2014, 175 Rn. 26 - Geburtstagszug.

¹¹⁶ Dreier/Schulze/*Dreier* Vor Rn. 32.

¹¹⁷ Günther/Beyerlein/*Beyerlein* § 2 Rn. 2.

¹¹⁸ Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 527 f..

¹¹⁹ Eichmann/Jestaedt/Fink/Meiser/*Eichmann/Jestaedt* § 1 Rn. 23.

¹²⁰ Eichmann/Jestaedt/Fink/Meiser/*Eichmann/Jestaedt* § 1 Rn. 43.

¹²¹ Vgl. beispielsweise LG Düsseldorf BeckRS 2013, 19906.

¹²² Eichmann/Jestaedt/Fink/Meiser/*Eichmann/Jestaedt* § 1 Rn. 29.

¹²³ Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 533.

¹²⁴ *Sosnitza* ZUM 1998, 631, 634.

Eintragung einer Marke ist das Vorliegen der Markenfähigkeit nach § 3 Abs. 1 MarkenG sowie das Fehlen der absoluten Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 MarkenG

Für Werbeslogan ist die Markenfähigkeit nach § 3 Abs. 1 MarkenG grundsätzlich zu bejahen, da sie grundsätzlich zur Unterscheidung von Waren und Dienstleistungen geeignet sind.¹²⁵ Die weitere Voraussetzung der Unterscheidungskraft eines Werbeslogans nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG wurde auch nach Inkrafttreten des MarkenG nur ausnahmsweise, nämlich bei Vorliegen eines schutzfähigen Bestandteils, wie etwa der Name des Unternehmens oder eine bereits eingetragene Marke bzw. eines erheblich fantasievollen Überschusses bejaht.¹²⁶ Infolgedessen wurde unter anderem der Slogan „Laß Dir raten, trinke Spaten“¹²⁷ für die Anpreisung von Bier oder die Bewerbung von Tee mit „Messmer-Tee im Nu“¹²⁸ als eintragungsfähig beurteilt. Als schutzwürdig galten auch die Slogans „Mach mal Pause - trinke Coca Cola“, sowie „Mars macht mobil, bei Arbeit, Sport und Spiel“.¹²⁹

In der „Radio-von-hier“ Entscheidung¹³⁰ nahm die Rechtsprechung eine Kehrtwende vor und verlangt seitdem in Übereinstimmung mit sonstigen Wortmarken nur noch, dass der Slogan geeignet sein muss, die angemeldeten Waren oder Dienstleistungen eines Unternehmens von solchen anderer Unternehmen zu unterscheiden.¹³¹ Dessen Unterscheidungskraft soll dann ausgeschlossen sein, wenn der Slogan das Produkt lediglich beschreibt oder anpreist. Als Indizien gegen einen rein beschreibenden Begriffsinhalt und damit für die Unterscheidungskraft von Werbeslogans nennt der BGH Kürze, eine gewisse Originalität und Prägnanz der Wortfolge sowie Mehrdeutigkeit,¹³² wobei vor allem letzterem Merkmal besondere Bedeutung

¹²⁵ *Kaulmann* GRUR 2008, 854, 855.

¹²⁶ BPatG GRUR 1995, 734 - While You Wait; so auch *Erdmann* GRUR 1996, 550 (554); *Kaulmann* GRUR 2008, 854, 855; *Sosnitza* ZUM 1998, 631, 636.

¹²⁷ LG München GRUR 1953, 184.

¹²⁸ BGH GRUR 1961, 343 - Messmer-Tee.

¹²⁹ Beispiele aus *Sosnitza* ZUM 1998, 631, 636.

¹³⁰ BGH GRUR 2000, 321- Radio von hier.

¹³¹ Vgl. beispielsweise BGH GRUR 2000, 720, 721 - Unter uns; vgl. hierzu auch *Kaulmann* GRUR 2008, 854, 855.

¹³² BGH GRUR 2000, 321 - Radio von hier; BGH GRUR 2000, 323 - Partner with the Best; BGH GRUR 2000, 720 - Unter Uns; BGH GRUR 2001, 1047 - LOCAL PRESENCE; GLOBAL POWER; BGH GRUR 2002, 1070, 1071 - Bar jeder Vernunft.

zukommt.¹³³ So wird es kein Zeichen geben, bei dem Originalität vorliegt, ohne dass es mehrdeutig ist und Kürze und Prägnanz einer Wortfolge dürfte für sich genommen nicht geeignet sein, die Unterscheidungskraft eines Werbeslogans zu begründen.¹³⁴

Weiterhin können gem. § 3 Abs. 1 MarkenG auch Klangzeichen markenrechtlichen Schutz genießen, was im Bereich der Werbeleistungen für die Rundfunkwerbung relevant werden kann. Dabei sind zum einen sogenannte Jingles schutzwürdig,¹³⁵ zum anderen aber auch gesprochene Slogans oder Naturtöne, wie etwa ein rauschender Wasserfall.¹³⁶

d. Leistungen außerhalb des Sonderschutzes

Für Leistungen der Werbeagentur spielen die Vorschriften des Patentschutzes und des Gebrauchsmusterschutzes grundsätzlich keine Rolle. Allerdings bedeutet es in Fällen, in denen ein Schutz nach dem Urheberrecht sowie dem Kennzeichen- und Designrecht ausscheidet, nicht die Gemeinfreiheit der Leistung. Vielmehr genießen solche Leistungen den ergänzenden Schutz gegen unlauteren Wettbewerb¹³⁷ und können auch nach den zivilrechtlichen Grundsätzen geschützt sein. Da deren Schutz für die „Nutzungsrechtsübertragung“ der Werbeagentur an ihren Kunden keine Rolle spielt, sondern erst bei den unter Teil D dargestellten Ansprüchen, wird auf die einzelnen erforderlichen Schutzvoraussetzungen an dieser Stelle eingegangen.¹³⁸

2. Die Übertragung der Nutzungsrechte an den Kunden

Nachdem die Feststellung getroffen worden ist, welche der einzelnen Leistungen der Agentur sonderrechtlichem Schutz unterfallen, ist im Folgenden näher zu betrachten, in welchem Umfang den Kunden der Werbeagentur die Nutzungsrechte an der

¹³³ BGH GRUR 2000, 321 - Radio von hier : „Danach ist ein ausschließlich beschreibender Inhalt auf Grund der Mehrdeutigkeit der Wortfolge nicht zu erkennen.“; BGH GRUR 2000, 323 - Partner with the Best: „sich ein eindeutig beschreibender Inhalt nicht erkennen lässt“; BGH GRUR 2000, 720 - Unter Uns: „Die Wortfolge ist daher mehrdeutig.“; BGH GRUR 2002, 1070, 1071 - Bar jeder Vernunft: „Denn die Wortfolge ist (...) mehrdeutig und interpretationsbedürftig.“ vgl. hierzu auch *Kaulmann* GRUR 2008, 854, 855.

¹³⁴ *Kaulmann* S. 60.

¹³⁵ BPatG GRUR 1997, 60 - SWF-3 NACHRICHTEN.

¹³⁶ *Ingerl/Rohnke/Ingerl/Rohnke* § 3 Rn. 30.

¹³⁷ *Kaulmann* GRUR 2008, 854, 859; *Kreifels/Breuer/Maidl* Rn. 495.

¹³⁸ Vgl. Ausführungen unter: D.I.2. und D.II.2..

jeweiligen Leistung eingeräumt werden. Liegt ein zweistufiges Vertragsverhältnis vor und geht der Umsetzungsphase eine Präsentationsphase voraus, ist für die Beurteilung der Übertragung der Nutzungsrechte allein die zweite Stufe entscheidend, nachdem die erste Stufe lediglich die Erstellung eines Entwurfs abbildet und innerhalb dieser keine Rechte „weggegeben“ werden sollen.¹³⁹

Die Grundsätze der Nutzungsrechtsübertragung im Rahmen des Werbeagenturvertrags sollen im Folgenden zunächst anhand einer urheberrechtlich geschützten Werkleistung beleuchtet werden, wobei danach differenziert werden muss, ob eine ausdrückliche Vereinbarung im Agenturvertrag getroffen worden ist, oder nicht. Anschließend wird dann auf die kennzeichen- und designrechtlich geschützten Leistungen eingegangen.

a. Urheberrechtlich geschützte Leistungen

Nachdem das Urheberrecht in der Person der Werbeagentur entstanden ist, muss danach gefragt werden, welche Nutzungsrechte dem Kunden an den Werken eingeräumt werden sollen, damit der Kunde mit der für ihn erbrachten Leistung auf dem Markt auftreten kann. Der Werbeagentur als primäre Leistungsinhaberin wird grundsätzlich daran gelegen sein, so wenig Rechte zu übertragen wie möglich, um ihren Kunden dauerhaft an sich zu binden und in Bezug auf weitere potenzielle Zweitkunden, so wenig Einschränkungen wie nur möglich zu unterliegen. Demgegenüber sollen aus Sicht des Kunden so umfassende Rechte übertragen werden, dass er mit der Werbung ungestört auf dem Markt auftreten kann. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer Übertragung von urheberrechtlichen Nutzungsrechten folgt dabei aus § 31 UrhG. Darin ist die jeweilige Nutzungsart nicht mit dem Verwertungsrecht gleichzusetzen. Unter dem Begriff der Verwertungsrechte versteht man die dem Urheber gesetzlich zugestandenen Rechtsbefugnisse, d. h. die Ausschlussrechte. Dagegen ist die Nutzungsart die konkrete technisch und

¹³⁹ Dreier/Schulze/Schulze Vor § 31 Rn. 166; BGH GRUR 1985,129, 131 - Elektrodenfabrik; OLG Dresden, Urteil vom 28.12.2010 - 14 U 1580/09.

wirtschaftlich eigenständige Verwendungsform des Werkes, also eine bestimmte Art und Weise der wirtschaftlichen Nutzung des Urheberrechts.¹⁴⁰

Nach § 31 Abs. 1 S. 1 und 2 UrhG kann der Urheber einem anderen das Recht einräumen, das Werk auf einzelne oder alle Nutzungsarten zu nutzen und dieses Nutzungsrecht dem anderen gegenüber als einfaches oder ausschließliches Recht sowie räumlich, zeitlich oder inhaltlich beschränkt einräumen.

Nutzungsrechte können also schon nach dem gesetzlichen Wortlaut räumlich, zeitlich oder inhaltlich begrenzt übertragen werden.¹⁴¹ So kann die eingeräumte Nutzungsberechtigungen auf einzelne Orte oder ein Sprachgebiet¹⁴², auf einen festen Beginn und das Ende der Nutzungsberechtigung¹⁴³ und auf bestimmte Nutzungsarten¹⁴⁴ beschränkt werden.

Dabei kann das Nutzungsrecht einerseits als einfaches Recht, andererseits auch als ausschließliches Recht eingeräumt werden. Das einfache Nutzungsrecht berechtigt den Inhaber nach § 31 Abs. 2 UrhG nur dazu, die erbrachte Werkleistung auf die erlaubte Art zu nutzen, ohne dass eine Nutzung durch andere ausgeschlossen ist.¹⁴⁵ Das ausschließliche Nutzungsrecht dagegen berechtigt den Rechtsinhaber nach § 31 Abs. 3 S. 1 UrhG das Werk unter Ausschluss aller anderen Personen auf die ihm erlaubte Art zu nutzen und selbst Nutzungsrechte einzuräumen. Nach der gesetzlichen Konzeption besteht darüber hinaus eine sog. volle Ausschließlichkeit, das heißt, grundsätzlich ist eine Nutzung durch den Urheber selbst ausgeschlossen, wenn eine sog. eingeschränkte Ausschließlichkeit nicht nach § 31 Abs. 3 S. 2 UrhG vereinbart worden ist.¹⁴⁶

Für die Bestimmung, in welchem Umfang die Nutzungsrechte an den Kunden der Werbeagentur übertragen worden sind, sind zwei Fälle zu unterscheiden. Zum einen die Situation, dass der Werbeagenturvertrag eine explizite Regelung zur

¹⁴⁰ Loewenheim/*Nordemann/Ohly* § 24 Rn. 5.

¹⁴¹ Loewenheim/*Nordemann/Ohly* § 27 Rn. 1.

¹⁴² Beispielsweise der deutschsprachige Raum; Wandtke/*Bullinger/Wandtke/Grunert* § 31 Rn. 9 ff..

¹⁴³ Wandtke/*Bullinger/Wandtke/Grunert* § 31 Rn. 11 ff..

¹⁴⁴ Wandtke/*Bullinger/Wandtke/Grunert* § 31 Rn. 14 ff..

¹⁴⁵ BeckOK *UrhG/Soppe* § 31 Rn. 65; Fromm/*Nordemann/Nordemann* § 31 Rn. 86.

¹⁴⁶ BeckOK *UrhG/Soppe* § 31 Rn. 66; Dreier/*Schulze/Schulze* § 31 Rn. 56 ff.; Fromm/*Nordemann/Nordemann* § 31 Rn. 91 ff..

Nutzungsrechtsübertragung enthält und zum anderen die Fallkonstellation, dass es an einer solchen Vereinbarung fehlt.

aa. Im Agenturvertrag ist eine explizite Regelung zur Nutzungsrechtsübertragung enthalten

Für den Fall, dass im Werbeagenturvertrag die einzelnen Nutzungsarten und deren genauer Übertragungsumfang explizit geregelt sind, ergibt sich die Reichweite der Übertragung schon aus dem Vertragstext selbst und ist dann allenfalls auszulegen und auf seine Wirksamkeit hin zu untersuchen. Umstritten ist, ob und unter welchen Voraussetzungen eine formularmäßige Vereinbarung zur Übertragung der Nutzungsrechte der Kontrolle, nach der für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltende Grundsätze standhält. Die im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen durchzuführende Inhaltskontrolle soll für solche Klauseln, in der die einzelnen Nutzungsarten explizit aufgeführt sind nach einer weit verbreiteten Ansicht in der Literatur deshalb weitgehend eingeschränkt sein, da die Nutzungsrechtsübertragung als Leistungsgegenstand einer solchen Überprüfung gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB nicht zugänglich ist.¹⁴⁷ In der oberlandesgerichtlichen und landesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁴⁸ dagegen wurde in den Jahren nach der Urheberrechtsnovelle 2002¹⁴⁹ die Überprüfbarkeit von

¹⁴⁷ So auch *Czychowski/Nordemann* NJW 2013, 756, 759; *Castendyk* ZUM 2007, 169, 173; *Kuck* GRUR 2000, 285, 288; *Loewenheim/Nordemann/Ohly* § 66 Rn. 18b; *Nordemann* NJW 2012, 3121, 3122; *Schack* Rn. 1087; *Schippan* ZUM 2012, 771, 773; a.A. *Berberich* ZUM 2007, 205, 210 nachdem die Zweckübertragungslehre eine Doppelfunktion sowohl für die Frage nach der Kontrollfähigkeit der Einräumung von Nutzungsrechten als auch nach dem Kontrollmaßstab als gesetzliches Leitbild erhält; *Dreier/Schulze/Schulze* § 31 Rn. 115 ff..

¹⁴⁸ OLG Rostock ZUM 2012, 706; OLG Hamburg GRUR-RR 2011, 293; OLG München ZUM 2014, 424, 428.; OLG Zweibrücken ZUM 2001, 346, 347 f.; LG Bochum ZUM-RD 2012, 217, wobei hier die Nutzungsübertragung unentgeltlich erfolgte und hierauf die Überprüfbarkeit gestützt worden ist.

¹⁴⁹ Denn der neue § 11 S.2 UrhG sollte nach dem Willen des Gesetzgebers eine für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltende Kontrolle ermöglichen. § 11 S.2 UrhG „...ermöglicht es der Rechtsprechung, die Vorschriften des Gesetzes - auch im Rahmen der AGB-Kontrolle - nach diesem Normzweck auszulegen, denn das Prinzip der angemessenen Vergütung hat künftig Leitbildfunktion. Damit gewährt das Urheberrecht lückenlosen Schutz: § 32 UrhG und § 32 a UrhG sichern die angemessene Vergütung dort, wo eine Inhaltskontrolle nicht möglich ist (§ 8 AGBG bzw. § 307 Abs. 3 BGB in der ab 1. Januar 2002 geltenden Fassung). Im Übrigen ist nach § 11 S. 2 UrhG im Rahmen der für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Kontrolle das Prinzip der angemessenen Vergütung

Nutzungsrechtsübertragungsklauseln nach den §§ 305 ff. BGB teilweise mit dem Argument bejaht, dass nur solche Klauseln einer Inhaltskontrolle entzogen seien, die unmittelbar den Gegenstand des Vertrags, die Art, die Güte und den Umfang der Hauptleistung unmittelbar festlegen. Nach der ständigen Rechtsprechung¹⁵⁰ betreffe dies nur den engen Bereich der Leistungsbezeichnungen, ohne deren Bezeichnung mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts kein wirksamer Vertrag vorliegt. Dagegen seien Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen abweichend vom Gesetz oder der nach Treu und Glauben geschuldeten Leistung einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, an den Maßstäben der §§ 305 ff. BGB zu überprüfen.¹⁵¹ Um solche soll es sich bei Nutzungsrechtsübertragungsklauseln in der Regel handeln. Darüber hinaus sei die in § 31 Abs. 5 UrhG zum Ausdruck kommende Zweckübertragungslehre,¹⁵² wonach in Verträgen des Urhebers über sein Urheberrecht im Zweifel keine weitergehenden Rechte eingeräumt werden, als dies der Zweck des Nutzungsvertrags erfordert,¹⁵³ nicht nur eine Auslegungsregel, sondern ein gesetzliches Leitbild im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.¹⁵⁴

Gerade besonders umfassenden Nutzungsrechtsübertragungsklauseln wurde in der Vergangenheit die Wirksamkeit abgesprochen. So hat das OLG Rostock in seinem Urteil vom 09.05.2012¹⁵⁵ einer Klausel als unwirksam angesehen, in welcher sich der freie Journalist als Urheber verpflichtet hatte dem beklagten Unternehmen ein „ausschließliches, zeitlich und räumlich unbeschränktes Nutzungsrecht an seinen Leistungen (Text, Fotos oder Illustrationen) und den damit zusammenhängenden

als wesentlicher Grundgedanke des Urheberrechts zu achten.“ (Rechtsausschuss Urhebervertragsgesetz, BT-Drucks. 14/8058, S. 17 f.).

¹⁵⁰ BGHZ 161, 190; BGH NJW 2010, 1958 Rn. 20.

¹⁵¹ OLG Rostock ZUM 2012, 706.

¹⁵² Mittlerweile wird sie auch als „Lehre vom Übertragungszweck“, „Übertragungszweckgedanke“ oder „Übertragungszwecklehre“ bezeichnet; vgl. beispielsweise BGH GRUR 2010, 628 Tz. 33 - Vorschaubilder; BGH GRUR 2011, 714 Tz. 20 - Der Frosch mit der Maske; BGH GRUR 2012, 1031 Tz. 15 - Honorarbedingungen Freie Journalisten.

¹⁵³ Vgl. BGHZ 131, 8, 12 f. - Pauschale Rechtseinräumung; BGHZ 137, 387 - Comic-Übersetzungen I.

¹⁵⁴ OLG Rostock ZUM 2012, 706, 709; LG Bochum ZUM-RD 2012, 217, 223; OLG Hamburg GRUR-RR 2011, 293, 294.

¹⁵⁵ OLG Rostock ZUM 2012, 706.

Urheber- und Leistungsschutzrechten für alle Nutzungsarten“ zu übertragen¹⁵⁶. Das Gericht sah hierin keine Leistungsbeschreibung im Sinne des § 307 Abs. 3 S. 1 BGB, da der Vertrag, diese vertragliche Absprache über die Nutzungsrechtsübertragung hinweggedacht, nicht „inhaltsleer“ wäre, sondern hinsichtlich des Umfangs der Übertragung von Nutzungsrechten die gesetzlichen Regelungen der §§ 31 Abs. 5 und 38 Abs. 3 UrhG gelten würden. Desweiteren handele es sich bei § 31 Abs. 5 UrhG um ein gesetzliches Leitbild im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB, da die Zweckübertragungslehre bei Vereinbarungen, nach deren Wortlaut der Urheber in pauschaler Weise Nutzungsrechte einräumt, eine Bedeutung aufweisen würde, die über eine bloße Auslegungsregel hinausginge, weil die Zweckübertragungslehre in diesem Fall den Umfang der Einräumung von Nutzungsrechten nach Maßgabe des Vertragszwecks beschränken würde. Das Gericht bejahte das Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung mit dem Argument, dass es sich nicht ausschließlich, so wie der streitgegenständliche Vertrag zuzuordnen war, um Rechte zur Nutzung im Pressebereich handeln würde und der durch die Klausel vorgesehenen wirtschaftlichen Nutzung des Werkes keine angemessen beteiligende Vergütung gegenüberstünde.¹⁵⁷

Dagegen hat sich der BGH in seinem Urteil vom 31.05.2012 gestellt.¹⁵⁸ Darin hatte er die Frage zu beurteilen, ob die in den Verträgen eingeräumten Nutzungsrechte zwischen einem Berufsverband für freie Journalisten und einem Zeitungsverlag wirksam waren. Der Verlag räumte sich in den einzelnen Verträgen das zeitlich, räumlich und inhaltlich unbeschränkte Nutzungsrecht ein, „die Beiträge im In- und Ausland in körperlicher und unkörperlicher Form digital und analog zu nutzen, und zwar insbesondere in Printmedien, Tele- und Mediendiensten, Internet, Film, Rundfunk, Video, in und aus Datenbanken, Telekommunikations-, Mobilfunk-, Breitband- und Datennetzen sowie auf und von Datenträgern, ungeachtet der Übertragungs-, Träger- oder Speichertechniken“¹⁵⁹. Das Nutzungsrecht sollte sich darüber hinaus „insbesondere auch auf das Recht an Lichtbildern sowie auf die Befugnis zum Vervielfältigen, Verbreiten, Vermieten, Verleihen, Archivieren, Bearbeiten, Senden, Übersetzen, zur öffentlichen Zugängigmachung, Nutzung in

¹⁵⁶ OLG Rostock ZUM 2012, 706, 708.

¹⁵⁷ OLG Rostock ZUM 2012, 706, 709 f..

¹⁵⁸ BGH GRUR 2012, 1031 - Honorarbedingungen Freie Journalisten.

¹⁵⁹ BGH GRUR 2012, 1031, 1032 - Honorarbedingungen Freie Journalisten.

elektronischen Pressespiegeln, Wiedergeben von Funksendungen und Verfilmen, ungeachtet der Verwertungszwecke (auch werbliche und gewerbliche Nutzung etc.)¹⁶⁰ erstrecken. Aus dieser Auflistung wird deutlich, dass sich der Verlag, in dem diesem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt ein sehr umfassendes Nutzungsrecht einräumen ließ. Der BGH hat die Klausel trotzdem als wirksam beurteilt und klargestellt, dass § 31 Abs. 5 UrhG als Maßstab einer Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht in Frage komme.

Zur Begründung führte er an, dass der dem Auslegungsgrundsatz des § 31 Abs. 5 UrhG innewohnende Leitgedanke seitens des Gesetzgebers nicht als gesetzliche Regelung im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB umgesetzt worden sei. Vielmehr werde der Inhalt und Umfang der Nutzungsrechtsübertragung der Disposition der Vertragsparteien überlassen, sodass § 31 Abs. 5 UrhG überhaupt erst zur Anwendung gelangen würde, wenn es an einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung fehlen würde oder über den Umfang einer Rechtseinräumung Unklarheiten bestünden. Es läge in der Natur einer derartigen Auslegungsregel, dass sie den Vertragspartnern Spielraum für eine Vertragsgestaltung überlässt und daher lediglich Ersatzfunktion und keine eigenen Leistungsschutzrechte begründen würde.¹⁶¹

Gegen die Annahme eines Leitbildcharakters soll nach dem BGH der konkret-individuelle Prüfungsmaßstab sprechen, welcher sich daraus ergäbe, dass sich der Umfang der zu übertragenden Nutzungsrechte bei fehlender vertraglicher Regelung nach dem konkreten Vertragszweck bestimmen würde. Ein konkret-individueller Vertragszweck sei gerade kein geeigneter Maßstab im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB, da dort auf die typische Interessenlage der Parteien am „Normalgeschäft“ abzustellen sei.¹⁶² Darüber hinaus stützte er seine Argumentation zusätzlich darauf, dass es sich bei der Auslegungsregel des § 31 Abs. 5 UrhG um den Gegenstand der vertraglichen Hauptleistungspflicht handeln würde und einer Inhaltskontrolle deshalb enge Grenzen gesetzt seien.¹⁶³

In seiner Entscheidung stellte sich der BGH damit gegen die zuvor erfolgte landes- und oberlandesgerichtliche Rechtsprechung und bestätigte damit im Ergebnis sein

¹⁶⁰ BGH GRUR 2012, 1031, 1032 - Honorarbedingungen Freie Journalisten.

¹⁶¹ BGH GRUR 2012, 1031, Rn. 17 - Honorarbedingungen Freie Journalisten.

¹⁶² BGH GRUR 2012, 1031, Rn. 19 - Honorarbedingungen Freie Journalisten.

¹⁶³ BGH GRUR 2012, 1031, Rn. 18 - Honorarbedingungen Freie Journalisten.

Urteil aus dem Jahre 1984¹⁶⁴. Dabei kommt er im Rahmen seiner Entscheidungsbegründung zwar zur Anwendung der §§ 305 ff. BGB und geht damit - wohl stillschweigend - davon aus, dass es sich bei der Klausel zur Nutzungsrechtsübertragung nicht bloß um reine Leistungsbeschreibungen im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr.1 BGB handelt.¹⁶⁵ Dagegen verneint er aber die Prüfbarkeit des Zweckübertragungsgedankens des § 31 Abs. 5 UrhG im Rahmen einer Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Es bleibt damit abzuwarten, ob die in der Vergangenheit eine gegenteilige Auffassung vertretenden landes- und oberlandesgerichtlichen Gerichte bei ihrer bisherigen Auffassung verbleiben, oder so wie das OLG München in seiner Entscheidung vom 27.06.2013¹⁶⁶ diese ausdrücklich aufgeben.¹⁶⁷ Das LG Köln hat in seiner, dem Urteil des BGH in zeitlicher Hinsicht nachfolgender Entscheidung vom 16.01.2014 zwar im Rahmen der Überprüfung der Nutzungsrechtsübertragungsklausel an einen Online-Plattformbetreiber deren Unwirksamkeit angenommen. Dabei hat es sich aber mit dem oben dargestellten Urteil des BGH nicht in Widerspruch gesetzt, da es sich bei dem Sachverhalt, den das LG Köln zu beurteilen hatte, um eine unentgeltliche Nutzungsrechtsübertragungsklausel gehandelt hat. Die Unwirksamkeit dieser Klausel nach § 307 BGB folgte aus deren Zuwiderlaufen mit dem Grundgedanken des deutschen Urheberrechts, nämlich eine angemessene Beteiligung am wirtschaftlichen Nutzen der Werke zu erhalten gem. § 11 S. 2 UrhG.¹⁶⁸

¹⁶⁴ BGH GRUR 1984, 45, 49 - Honorarbedingungen Sendevertrag; wobei die Entscheidungsgründe hier noch explizit offen gelassen haben, ob die Nutzungsübertragungsklausel eine Leistungsbeschreibung enthält, die der Inhaltskontrolle gem. § 307 ff. BGB entzogen ist.

¹⁶⁵ Vgl. insoweit auch die Übereinstimmung zur landes- und oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung, OLG Rostock ZUM 2012, 706; OLG Hamburg GRUR-RR 2011, 293; OLG München ZUM 2014, 424, 428; OLG Zweibrücken ZUM 2001, 346, 347 f.; LG Bochum ZUM-RD 2012, 217; GRUR-Prax 2014, 530.

¹⁶⁶ OLG München ZUM 2014, 424, 428.

¹⁶⁷ Das OLG München ZUM 2014, 424, 428 gibt seine vorherige Auffassung aus OLG München ZUM 2011, 576 in der es die Nutzungsübertragungsklausel noch als unwirksam angesehen hat und damit eine Überprüfbarkeit anhand der für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Maßstäbe bejaht hat, ausdrücklich auf und schließt sich damit der Entscheidung des BGH GRUR 2012, 1031 - Honorarbedingungen Freie Journalisten an.

¹⁶⁸ LG Köln BeckRS 2014, 19044 - Internethändler.

Damit ist in den Fällen, in denen eine explizite Regelung im Agenturvertrag zur Frage der Reichweite der Nutzungsrechtsübertragung getroffen worden ist in Übereinstimmung mit dem BGH¹⁶⁹ und einem Großteil der Literatur¹⁷⁰ grundsätzlich von deren Wirksamkeit auszugehen. Dieser Grundsatz wird allenfalls dann in denjenigen Fällen unterbrochen, in denen eine Nutzungsrechtsübertragung unentgeltlich bzw. ohne Gegenleistung erfolgen soll,¹⁷¹ oder sich die Klausel in einer generellen Nutzungsrechtseinräumung erschöpft.¹⁷²

bb. Im Agenturvertrag ist keine explizite Regelung zur Nutzungsrechtsübertragung enthalten

Für den Fall, dass überhaupt keine explizite vertragliche Vereinbarung zur Nutzungsrechtsübertragung im Agenturvertrag getroffen worden ist, oder sich die Klausel in einer generellen Nutzungsrechtseinräumung erschöpft,¹⁷³ muss der Umfang der Rechtsübertragung erst ermittelt werden.

Bezüglich des Umfangs ist dabei von der allgemein anerkannten Auslegungsregel mit der Zweckübertragungstheorie, welche in § 31 Abs. 5 UrhG zum Ausdruck gelangt, davon auszugehen, dass der Inhaber der Urheberrechte im Zweifel durch Nutzungsverträge keine weitergehenden Rechte überträgt, als es der erstrebte Vertragszweck erfordert.¹⁷⁴ Dies bedeutet, dass zunächst der konkrete Vertragszweck beleuchtet werden muss. Ein solcher wird häufig gleich zu Anfang im Vertragstext des Werbeagenturvertrags, beispielsweise der Präambel Erwähnung finden. Allerdings sind sowohl umfassende als auch pauschale Erklärungen zum Vertragszweck, vor dem Hintergrund, dass die Verträge in aller Regel Standardmuster darstellen und

¹⁶⁹ BGH GRUR 2012, 1031 - Honorarbedingungen Freie Journalisten.

¹⁷⁰ *Czychowski/Nordemann* NJW 2013, 756, 759; *Castendyk* ZUM 2007, 169, 173; *Kuck* GRUR 2000, 285, 288; *Loewenheim/Nordemann/Ohly* § 66 Rn. 18b; *Nordemann* NJW 2012, 3121, 3122; *Schack* Rn. 1087; *Schippan* ZUM 2012, 771, 773.

¹⁷¹ LG Köln BeckRS 2014, 19044 - Internethändler.

¹⁷² Siehe folgende Ausführungen unter B. III. 1. b.

¹⁷³ § 31 Abs. 5 UrhG ist im Rahmen der für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Kontrolle nur dann nicht anwendbar, wenn die Nutzungsarten im Einzelnen in dem Formularvertrag bezeichnet sind (s. o. unter B. III. 1. a.). Im Fall einer generell formulierten Nutzungsrechtseinräumung bleibt § 31 Abs. 5 UrhG unmittelbar, d.h. ohne Umweg über § 307 BGB anwendbar; *Czychowski/Nordemann* NJW 2013, 756, 759.

¹⁷⁴ *Dreyer/Schulze/Schulze* § 31 Rn. 110.

somit weniger das „individuelle“ Ziel, als eine Standardisierung darstellen, mit Zurückhaltung zu bewerten. Denn hiermit verbunden ist zugleich das Risiko, dass über eine entsprechend weite Standarddefinition des Vertragszweckes der Schutzzweck der Zweckübertragungslehre unterlaufen wird. Ein besonders umfassend gefasster Vertragszweck soll daher im Lichte des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur wirksam sein, wenn er dem tatsächlichen Willen beider Vertragspartner entspricht und andernfalls auf seinen tatsächlichen Kern zurückzuführen sein.¹⁷⁵ Diese Ansicht geht also davon aus, ein zu weit gefasster Vertragszweck würde einer rechtlichen Prüfung nicht standhalten und unwirksam sein, sodass sich der Inhalt des Vertrags nach § 306 Abs. 2 BGB und somit den gesetzlichen Vorschriften richtet. Hierbei muss dann wieder auf § 31 Abs. 5 UrhG abgestellt werden, nachdem sich der Umfang der Nutzungsarten nach dem von beiden Partnern zugrunde gelegten - wirklichen - Vertragszweck erstreckt. In diesem Fall ist dann aber nicht auf den schriftlich niedergelegten Vertragszweck, sondern auf den, dem Rechtsgeschäft tatsächlich zugrunde liegenden Vertragszweck abzustellen. Dieser Literaturmeinung könnte man entgegenhalten, dass sie sich nicht mit der Rechtsprechung des BGH zu den Honorarbedingungen für freie Journalisten¹⁷⁶ in Einklang bringen lässt. Wenn schon weit über den Vertragszweck hinausgehende explizite Nutzungsrechtsübertragungsklauseln nicht unwirksam sind, so kann nichts anderes für einen weit gefassten Vertragszweck gelten, der über dasjenige was die Parteien wirklich beabsichtigen (§ 133, 157 BGB) hinausgeht. Allerdings verkennt diese Argumentation die Bedeutung der Zweckübertragungslehre. Bei der Anwendung des § 31 Abs. 5 UrhG ist von vornherein nur auf den von beiden Parteien zugrunde gelegten Vertragszweck, also demjenigen, was nach übereinstimmendem Verständnis beider Parteien mit der Rechteinräumung bezweckt werden sollte, abzustellen.¹⁷⁷ Somit werden Nutzungsrechte nach § 31 Abs. 5 UrhG nur bei einem feststellbaren Konsens übertragen, sodass es alleine auf das von **beiden** Parteien zugrunde gelegte Verständnis ankommt, und etwaige einseitige Vorstellungen einer Partei außer Betracht bleiben.¹⁷⁸ Diesen Grundsatz kann eben auch kein ausdrücklicher, aber zu weit gefasster Vertragszweck unterlaufen, wenn dieser nicht den übereinstimmenden

¹⁷⁵ Loewenheim/*Nordemann/Ohly* § 66 Rn. 13; Schricker/*Schricker* § 8 Rn. 5b.

¹⁷⁶ BGH GRUR 2012, 1031 - Honorarbedingungen Freie Journalisten.

¹⁷⁷ BeckOK UrhG/*Soppe* § 31 Rn. 95; Dreier/*Schulze/Schulze* § 31 Rn. 120.

¹⁷⁸ BeckOK UrhG/*Soppe* § 31 Rn. 96; OLG Hamm NJW 2014, 3659, 3667.

Willen beider Parteien wieder gibt. Damit ergibt sich letztlich auch kein Wertungswiderspruch zu der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu den Honorarbedingungen für freie Journalisten,¹⁷⁹ da es sich dort um explizite Nutzungsrechtsübertragungsklauseln gehandelt hat, für dessen Überprüfung § 31 Abs. 5 UrhG im Rahmen von § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB gerade keine Anwendung findet.

Für den Fall, dass kein ausdrücklich niedergeschriebener bzw. ein nicht beachtlicher Vertragszweck existiert, ist dieser durch eine Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln und danach zu fragen, wie dies üblicherweise nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte in vergleichbaren Verträgen gehandhabt wird,¹⁸⁰ welche Begleitumstände relevant sind und worauf die Parteien aufgrund ihres schlüssigen Verhaltens schließen konnten.¹⁸¹

Wurde der Vertragszweck in der vorbeschriebenen Art und Weise ermittelt, muss in einem zweiten Schritt danach gefragt werden, bis zu welchem Umfang Nutzungsrechte für dessen Erreichung von Nöten sind. Die Zweckübertragungslehre verschafft dem Kunden der Werbeagentur als Werknutzer damit einen zwingenden Kern von urheberrechtlichen Nutzungsbefugnissen, die für die vereinbarte Verwertung unerlässlich sind.¹⁸² Es ist jedoch stets darauf zu achten, dass der Vertragszweck zweifelsfrei ermittelt werden kann, da verbleibende Zweifel zu Lasten des Kunden als Verwerter gehen und im Zweifel die Rechte bei der Agentur verbleiben.¹⁸³

Ausgehend von den oben dargestellten Grundsätzen kann man anhand der Rechtsprechung davon ausgehen, dass eine Werbeagentur, welche die umfassende Werbegestaltung und Werbemittlung für ein Produkt übernimmt, oder damit beauftragt ist einen Werbefilm zu erstellen, im Grundsatz dazu verpflichtet ist, ihrem Kunden umfassende Rechte zur Nutzung der erstellten Werbung zu verschaffen, wenn erkennbar ist, dass diese zur Werbung für die wirtschaftlichen Interessen des Kunden

¹⁷⁹ BGH GRUR 2012, 1031 - Honorarbedingungen Freie Journalisten.

¹⁸⁰ BGH GRUR 1988, 300, 300 f. - Fremdenverkehrsbroschüre; BGH GRUR 1986, 885, 886 - Metaxa.

¹⁸¹ Loewenheim/*Nordemann/Ohly* § 66 Rn. 14.

¹⁸² Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Grunert* § 31 Rn. 45 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung in BGH ZUM-RD 2000, 419 - Programmfehlerbeseitigung; OLG Düsseldorf ZUM 2001, 795, 797 .

¹⁸³ Loewenheim/*Nordemann/Ohly* § 66 Rn. 14.

eingesetzt werden soll, da dies einem Werbeagenturvertrag zugrunde liegen Vertragszweck grundsätzlich entspricht.¹⁸⁴

Nach dem Urteil des LG Berlin¹⁸⁵ gebietet der Vertragszweck im Werbeagenturvertrag außerdem die Übertragung ausschließlicher Nutzungsrechte an den Kunden. Die geschuldeten Werbeleistungen der Agentur, welche in aller Regel speziell auf den Geschäftsgegenstand und damit den jeweiligen Kunden abgestimmt wurden, sind, um ihren Vertragszweck zu erreichen, auf eine Alleinstellung am Markt angewiesen, „weil eine parallele Verwertung durch einen Mitbewerber den erstrebten Erfolg einer individuellen Präsentation des eigenen Angebotes zunichtemachen würde“¹⁸⁶. Auch wenn dem dieser Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt keinen Werbeagenturvertrag betraf und die Erwägungen des Gerichts diesbezüglich über den Streitgegenstand hinausgehen, ist dieser Ansicht zuzustimmen. Für den Erfolg einer Werbemaßnahme ist insbesondere die Originalität und die Identifikationsmöglichkeit mit dem beworbenen Produkt ausschlaggebend. Um diese Ziele zu erreichen, ist der Kunde aber in der Regel auf eine Alleinstellung am Markt angewiesen. Da dies für die Werbeagentur auch erkennbar ist, wird man im Grundsatz davon ausgehen müssen, dass sie ihrem Kunden ausschließliche Nutzungsrechte überträgt.

¹⁸⁴ BGH GRUR 1966, 691, 692 - Schlafsäcke; bei welchem der BGH davon ausging, dass die Werbeagentur ihrem Kunden ein zeitlich und sachlich unbeschränktes Rechts zur Nutzung des geschaffenen Werbespruchs übertragen hat; BGH GRUR 1960, 612, 609 - Wägen und Wagen; worin der BGH davon ausging, dass die Werbeagentur die damit beauftragt wird, einen Werbekulturfilm zu erstellen, welcher erkennbar zur Werbung für die wirtschaftlichen Interessen des Kunden eingesetzt werden soll, und wem hierfür sämtliche Herstellungskosten einschließlich der Materialkosten bezahlt werden, dazu verpflichtet ist, seinem Kunden nicht nur das Eigentum an dem fertigen Negativ zu verschaffen, sondern ihm auch die Auswertungsrechte - auch für notwendige Änderungen des Films - einzuräumen.

¹⁸⁵ LG Berlin, Urteil vom 26.01.2006 - 16 O 543/05.

¹⁸⁶ LG Berlin, Urteil vom 26.01.2006 - 16 O 543/05; das LG Berlin hatte hier nicht über einen Werbeagenturvertrag zu entscheiden, weil die dortige Klägerin vorgetragen hatte, sie sei aufgrund von Leistungen ihrer Geschäftsführer, welche die in Streit stehenden urheberrechtliche Leistung gefertigt hatten, anspruchsberechtigt. Das LG Berlin führte aber aus, dass selbst wenn „entgegen der Behauptung der Klägerin nicht ihre Geschäftsführer und Mitarbeiter, sondern Dritte, z. B. Mitarbeiter einer Werbeagentur, die Texte verfasst haben sollten“, eine ausschließliche Nutzungsübertragung nach dem Vertragszweck anzunehmen sei.

Etwas anderes kann etwa dann gelten, wenn es sich um keine umfassende Werbemaßnahme, sondern etwa um die Erstellung eines Werbekatalogs handelt. Hierzu hat das OLG Düsseldorf¹⁸⁷ entschieden, dass der Kunde der Werbeagentur mit der Übereignung der im Auftrag hergestellten Originalfotos für einen Katalog von Automobilzubehör nur ein einfaches und damit kein ausschließliches Nutzungsrecht erwirbt. Ebenfalls in diese Richtung wurde vom OLG Hamm entschieden, dass der Fotograf, der Fotos für den Werbekatalog eines Modeunternehmens erstellt, lediglich einfache Nutzungsrechte an den Fotografien überträgt.¹⁸⁸ In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung des AG Düsseldorf¹⁸⁹ einzuordnen. Dort hat das Gericht entschieden, dass bei der Beauftragung von Werbeplakaten für Litfaßsäulen im Format A 1, diese nicht in einem doppelten Format außerhalb von Litfaßsäulen verwendet werden dürfen. Eine Ausnahme zu dem Grundsatz, dass umfassende ausschließliche Nutzungsrechte im Werbeagenturvertrag übertragen werden, wird daher in den Fällen vorliegen, in denen der Vertragszweck eingeschränkt ist.

Für den zeitlichen Umfang der Übertragung dieser Nutzungsrechte ist insbesondere von Bedeutung, ob es sich bei dem konkreten Werk bzw. den konkreten Werkteilen nach dem Willen beider Parteien um solche handelt, die in den Mittelpunkt der zu erbringenden Werbeleistung gestellt sind und als sog. "Aufhänger" benutzt werden. Denn nach der Rechtsprechung ist für beide Vertragsparteien erkennbar, dass wenn sich ein solcher Aufhänger im Rahmen der Werbeleistung als wirksam erweist, dieser in der Regel nicht nur zur vorübergehenden Verwendung bestimmt ist. Vielmehr sei dann mit einer langzeitigen Verwendung auf beiden Seiten zu rechnen und damit auch eine langzeitige Übertragung der Nutzungsrechte gewollt. Die Berechtigung zur Verwendung des erbrachten Werkteils, welche in einem der zitierten Urteile beispielsweise in einem Slogan lag, endet nicht mit dem Ende der Agenturleistung, da eine solche zeitliche Einschränkung dem Vertragszweck zuwiderlaufen würde.¹⁹⁰

¹⁸⁷ OLG Düsseldorf GRUR 1988, 541 - Warenkatalogfotos.

¹⁸⁸ OLG Hamm ZUM-RD 2016, 729, 734 - Unberechtigte Weitergabe von Werbefotos an Vertriebspartner.

¹⁸⁹ AG Düsseldorf AfP 1995, 320.

¹⁹⁰ BGH GRUR 1966, 691, 692 - Schlafsäcke.

cc. Zwischenergebnis

Damit bleibt für den Umfang der Übertragung der Nutzungsrechte an die Kunden einer Werbeagentur festzustellen, dass explizite Vereinbarungen grundsätzlich vorrangige Beachtung finden. Diese sind zwar, sofern sie vom Kunden im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB „gestellt“ werden, inhaltlich gem. § 305 ff. BGB überprüfbar, werden aber in aller Regel nicht im Rahmen des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB an § 31 Abs. 5 UrhG scheitern und der Auffassung des BGH folgend selbst dann nicht, wenn dadurch umfassende Nutzungsrechte übertragen werden sollen.¹⁹¹ Die Vertragsparteien eines Werbeagenturvertrags können den Umfang der Nutzungsrechtsübertragung damit weitestgehend privatautonom regeln.

Sind keine ausdrücklichen Vereinbarungen getroffen worden ist mit der Zweckübertragungslehre entscheidend auf den jeweiligen Vertragszweck des Agenturvertrags abzustellen. Ist kein ausdrücklicher Vertragszweck im Vertragstext festgelegt, ist dieser zunächst durch Auslegung zu ermitteln und mit der Zweckübertragungslehre grundsätzlich davon auszugehen, dass der Urheber keine weitergehende Rechte überträgt, als dies der Vertragszweck erfordert. Dieser, den Umfang der Nutzungsrechtsübertragung einschränkender Ausgangspunkt wird im Werbeagenturvertrag allerdings insoweit abgeschwächt, als dort in aller Regel die umfassende und ausschließliche Rechtseinräumung für eine umfassende Werbegestaltung und Werbemittlung bzw. die Erstellung eines Werbespots im Raum steht, da diese im Grundsatz vom Kunden für beide Vertragsparteien „erkennbar“ dauerhaft und vielseitig genutzt werden können sollen.¹⁹²

b. Kennzeichenrechtliche und designrechtlich geschützte Werke

Unabhängig vom Schutz nach dem Urheberrecht kommt für zu erbringende Leistungen der Werbeagentur, beispielsweise für den Fall, dass ein Logo oder eine geschäftliche Bezeichnung entwickelt werden soll, auch der Schutz nach dem Markengesetz in Betracht.¹⁹³ Auch hier stellt sich in gleicher Weise die Frage, ob bzw.

¹⁹¹ Vgl. Ausführungen unter: B. III. 1. a..

¹⁹² BGH GRUR 1966, 691, 692 - Schlafsäcke; BGH GRUR 1960, 612, 609 - Wägen und Wagen.

¹⁹³ Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 533.

wie weit die Werbeagentur ihren Kunden diese Rechte überträgt. Wie bereits dargestellt, steht die Vorschriften des MarkenG unabhängig neben dem Urheber- oder Designrecht.¹⁹⁴ Es wird daher in vielen Fällen, in denen für eine Leistung der Werbeagentur ein Kennzeichenschutz bzw. ein Schutz nach dem Designgesetz besteht, zugleich der urheberrechtliche Schutz Anwendung finden.¹⁹⁵

Steht für ein entworfenen Unternehmenslogo der Markenschutz im Raum, wird die Werbeagentur die Marke in der Praxis zumeist direkt auf den Kunden, für den sie das Logo entworfen hat, eintragen, und nicht, was grundsätzlich auch zulässig wäre, die Marke auf sich zu dem bloßen Zweck der späteren Übertragung anmelden.¹⁹⁶

Es sind auch Fälle denkbar, in denen die Werbeagentur damit beauftragt ist ein Unternehmenskennzeichen nach § 5 Abs. 2 MarkenG zu entwerfen. Hier besteht von Anfang an eine Verbindung zum Geschäftsbetrieb, d.h. zum Kunden, da die Entstehung des Schutzes für Unternehmenskennzeichen nicht von formellen Tatbeständen, sondern allein von der Benutzung im geschäftlichen Verkehr abhängt.¹⁹⁷ Eine formelle Übertragung auf den Kunden, wie beim markenrechtlich geschützten Werk, erübrigt sich daher in diesen Fällen.

Im Ergebnis ist damit der Kunde selbst Inhaber der Marke bzw. Inhaber der geschützten geschäftlichen Bezeichnungen und selbst Anspruchsberechtigter aus §§ 14, 15 MarkenG.

Auch solche Werkleistungen, die dem designrechtlichen Schutz unterfallen, insbesondere also Erzeugnisse der Werbegrafik, Dekore und Produktausgestaltungen¹⁹⁸ sowie Logos¹⁹⁹ oder Website-Designs²⁰⁰, werden von der

¹⁹⁴ *Sosnitza* ZUM 1998, 631, 634

¹⁹⁵ *Dreier/Schulze/Dreier* Einl. Rn. 32.

¹⁹⁶ Es genügt nunmehr das Vorliegen eines generellen Benutzungswillens des Rechtsinhabers, die Marke als Unternehmenskennzeichen im geschäftlichen Verkehr selbst zu benutzen oder sie der Benutzung durch einen Dritten - im Wege der Lizenzerteilung oder nach einer Übertragung - zuzuführen; Argument aus §§ 27, 30 MarkenG; vgl. etwa BGH GRUR 2009, 780 Rn. 19 – *Ivadal*; BGH GRUR 2001, 242, 245 – *Classe E*; *Fezer/MarkenR* § 3 Rn. 230.

¹⁹⁷ *Ingerl/Rohnke/Ingerl/Rohnke* § 5 Rn. 57.

¹⁹⁸ *Kreifels/Breuer/Maidl* Rn. 527 f..

¹⁹⁹ *Eichmann/Jestaedt/Fink/Meiser/Eichmann/Jestaedt* § 1 Rn. 43.

²⁰⁰ *Eichmann/Jestaedt/Fink/Meiser/Eichmann/Jestaedt* § 1 Rn. 29.

Werbeagentur im Rahmen des Agenturvertrags auf den Kunden übertragen. Dabei ist sowohl die Übertragung des eingetragenen Designs auf den Kunden möglich als auch die aus der Entwurfstätigkeit entstehende Anwartschaftsrechts auf Anmeldung eines eingetragenen Designs.²⁰¹

Sollte eine ausdrückliche Übertragung der Kennzeichen- oder Designrechte an den Werkleistung im Agenturvertrag nicht getroffen worden sein, was insbesondere in denjenigen Fällen denkbar ist, in denen kein schriftlicher Werbeagenturvertrag besteht, wird sich zumindest eine Übertragungspflicht gem. §§ 133, 157 BGB aus der Vertragsauslegung ergeben.

In Bezug auf die parallel bestehenden Urheberrechte, ist in diesen Fällen davon auszugehen, dass dem Kunden in der Regel ein ausschließliches Nutzungsrecht übertragen werden soll, da ein markenrechtliches geschütztes Firmenlogo oder eine geschäftliche Bezeichnung nach dem Vertragszweck erkennbar auf die Schaffung eines unterscheidungskräftigen Image- und Werbeträgers gerichtet ist und eine Verwechslung diesem Zweck zuwiderlaufen würde.²⁰²

Ausdrücklich ist dies von der Rechtsprechung²⁰³ in Bezug auf ein Firmenlogo entschieden worden. In dem vom OLG Dresden in seinem Urteil vom 28.12.2010²⁰⁴ zu entscheidendem Fall, hat eine Werbeagentur auf Unterlassung und Schadensersatz gegen ihren ehemaligen Kunden und die Verwenderin des Markenzeichens geklagt, weil sie der Auffassung war, dass durch den Werbeagenturvertrag lediglich Printleistungen und der Entwurf von Flyern und Karten erfassen waren, nicht aber die Entwicklung des darauf befindlichen Logos und die Übertragung von Nutzungsrechten an dem Logo. Das Gericht hat zugunsten des Kunden entschieden, dass er aufgrund des Verwertungsvertrags die erforderlichen Nutzungsrechte an dem Logo erlangt hat und die Klage der Werbeagentur abgewiesen. Nach dem von den Parteien zugrunde gelegten Vertragszweck sollte dem Kunden auf der zweiten Stufe des Agenturvertrags an dem in Streit stehenden

²⁰¹ Zur Anmeldung und damit zur Begründung des Designschutzes ist dann der Kunde berechtigt; BGH WRP, 98, 609, 610.

²⁰² Fromm/Nordemann/Nordemann § 31 Rn. 143.

²⁰³ OLG Dresden, Urteil vom 28.12.2010 - 14 U 1580/09.

²⁰⁴ OLG Dresden, Urteil vom 28.12.2010 - 14 U 1580/09.

Firmenlogo ein inhaltlich unbeschränktes, ausschließliches Nutzungsrecht endgültig eingeräumt werden.

Die Erstellung eines Firmenlogos, das vom Kunden entweder als Unternehmenskennzeichen oder markenmäßig verwendet werden soll, sei nämlich darauf gerichtet einen Wiedererkennungswert und einen Identifizierungseffekt mit dem dazugehörigen Unternehmen zu erzeugen. Für die gegenüberstehende Vertragspartei, also die Werbeagentur ist daher ersichtlich, dass es dem Kunden auf die Schaffung eines Corporate Designs und einen Wiedererkennungs- und Identifizierungseffekt mit dem Unternehmen ankommen würde. Das Gericht hat weiter ausgeführt, dass es dem Vertragszweck widerspräche, wenn beim Entwerfer des Logos und damit dem primären Urheber noch Einflussmöglichkeiten hinsichtlich dessen Verwendung verblieben wären und diese Verwendung auch auf Dauer angelegt sei und nicht einseitig unterbunden werden könne. Es sei „regelmäßig Sinn und Zweck eines Firmenemblems, ein zeitlich unbegrenztes Nutzungsrecht daran einzuräumen“²⁰⁵.

Zwar wurde vom Gericht die Zweckübertragungslehre in seinen rechtlichen Erwägungen explizit beachtet und damit der Grundsatz berücksichtigt, wonach der Urheber im Zweifel keine weitergehenden Rechte überträgt, als es der Zweck der Verfügung erfordert. Das Gericht hat aber gerade deren Kehrseite hervorgehoben, nämlich dass der Urheber auf der anderen Seite dem Nutzer zumindest diejenigen Rechte sichert, die erforderlich sind, um den Zweck der Verfügung zu erreichen.²⁰⁶ Im Rahmen einer Erstellung eines Firmenlogos bedürfe es nach Sinn und Zweck des Vertrags eines ausschließlichen, umfassenden und zeitlich unbegrenzten Nutzungsrechtes. Andernfalls hätte es nämlich der Urheber in der Hand, eine durch Gebrauch mühsam aufgebaute Verkehrsgeltung wieder durch Entzug der Nutzungsrechte zunichte zu machen.²⁰⁷

²⁰⁵ OLG Dresden, Urteil vom 28.12.2010 - 14 U 1580/09.

²⁰⁶ OLG Dresden, Urteil vom 28.12.2010 - 14 U 1580/09.

²⁰⁷ Ausführungen der Vorinstanz zum Urteil des OLG Dresden vom 28.12.2010 - 14 U 1580/09: LG Leipzig, Urteil vom 25.09.2009 - 5 O 4583/07.

III. Vertragliche Pflichten aus dem Werbeagenturvertrag gegenüber dem Zweitkunden

Wenn die Werbeagentur für ihren Zweitkunden eine Werbeleistung erbringt, mit der die Rechte des Erstkunden verletzt werden, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage, welche Rechte des Zweitkunden sie mit einer solchen Leistung verletzt. Die folgenden Erörterungen sollen sich damit befassen, ob bzw. gegen welche vertraglichen Pflichten die Agentur in diesen Fällen verstößt.

Wie eingangs dargestellt²⁰⁸ ist der Agenturvertrag als Geschäftsbesorgungsvertrag i. S. d. § 675 BGB einzuordnen.²⁰⁹ Je nachdem, ob die Agentur damit beauftragt ist die „werbliche Betreuung“ eines Kunden als Gesamtauftrag durchzuführen, oder „Einzel-Werbemaßnahmen“ geschuldet sind, ist dieser weitergehend als Geschäftsbesorgungsdienst-, oder Werkvertrag zu qualifizieren, sodass die §§ 611 ff. BGB bzw. §§ 631 ff. BGB Anwendung finden. Hat man den Agenturvertrag als Werkvertrag zu qualifizieren, richten sich die vertraglichen Hauptpflichten gem. §§ 631, 633 BGB auf die rechtzeitige mangelfreie Herstellung des vereinbarten Werks.²¹⁰ Die Sollbeschaffenheit und damit dasjenige was von der Werbeagentur geschuldet ist, richtet sich gem. § 633 Abs. 2 S. 1 BGB nach dem, was die Vertragsparteien ausdrücklich vereinbart haben, oder bei Vertragsschluss stillschweigend vorausgesetzt haben. Lediglich nachrangig, nämlich soweit nichts anderes vereinbart ist, ist gem. 633 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BGB auf die im Vertrag vorausgesetzte Verwendung bzw. deren gewöhnliche Verwendung abzustellen.

Erbringt die Werbeagentur für ihren Zweitkunden eine Werbeleistung, mit der die Rechte des Erstkunden verletzt werden, so ist dies in der Rechtsbeziehung zwischen Werbeagentur und ihrem Zweitkunden als unrechtmäßige Werbung und damit als mangelhafte Werbeleistung einzuordnen.

Die Werbung weist in diesen Fällen einen Rechtsmangel nach § 633 Abs. 3 BGB²¹¹ auf, da sich eine gegen Rechte anderer verstoßende Werbung nicht dazu eignet, mit

²⁰⁸ Vgl. Ausführungen unter: B I..

²⁰⁹ BGHSt 23, 246, 250; OLG Frankfurt BB 1978, 681; Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 110; *Fikentscher* WRP 1970, 1, 1f.; *Bülow* GRUR 1978, 676, 677.

²¹⁰ Palandt/*Sprau* § 631 Rn. 16.

²¹¹ BeckOK BGB/*Voit* § 633 Rn. 19.

ihr dauerhaft auf dem Markt aufzutreten und mit ihr zu werben.²¹² Ungeachtet der Tatsache, dass die Rechtmäßigkeit der Werbeleistung in den meisten Fällen schon stillschweigend von den Vertragspartnern vorausgesetzt sein dürfte, fehlt es der unrechtmäßigen Werbeleistung zumindest an der im Vertrag vorausgesetzten Verwendungsmöglichkeit. Es gehört damit zu den Hauptleistungspflichten der Agentur die geschuldete Werbeleistung einer umfassenden und eingehenden Kontrolle zu unterziehen und zu überprüfen, ob diese mit dem Recht vereinbar ist.²¹³

Im Ergebnis nichts anderes gilt in denjenigen Fällen, in denen die Vertragsbeziehung zum Zweitkunden als Dienstvertrag einzuordnen ist. Im Rahmen eines Dienstvertrages wird zwar grundsätzlich nur die Ausführung der versprochenen Dienste geschuldet. Doch auch wenn ein Erfolgseintritt im Sinne des Werkvertragsrechts²¹⁴ nicht geschuldet ist, ist eine unrechtmäßige Leistung im Dienstvertrag ohne weiteres denkbar. Anders als bei einem Werkvertrag wird hier nicht auf das mangelhafte Leistungsergebnis abgestellt, sondern an die fehlerhaft ausgeführte Tätigkeit als solche angeknüpft. Die Leistung der Werbeagentur muss damit bestimmten qualitativen Anforderungen entsprechen.²¹⁵ Dabei werden die Parteien die Rechtmäßigkeit der zu erbringenden Werbeleistung, - ebenso wie im oben dargestellten Fall, dass der Vertrag als Werkvertrag zu qualifizieren ist, - regelmäßig gem. § 133, 157 BGB (zumindest stillschweigend) zum Vertragsinhalt und damit zum Inhalt der versprochenen Dienste gemacht haben. Doch auch ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung wird man davon ausgehen können, dass die Werbeagentur ihre Leistung entsprechend dem geltenden Recht erbringt, da der Dienstverpflichtete die von ihm geschuldete Tätigkeit im Allgemeinen „lege artis“, also nach den jeweils anerkannten Regeln und Standards, die für die geschuldete Tätigkeit gelten, erbringen muss.²¹⁶ Die Werbeagentur schuldet im Rahmen der Leistungserbringung daher eine

²¹² OLG Düsseldorf BeckRS 2003, 17851 Rn. 28.

²¹³ Anm. *Harmsen* zu BGH GRUR 1974, 286, 288 - Bastel-wettbewerb II; BGH GRUR 1988, 564, 565; OLG Düsseldorf BeckRS 2003, 17851; *Nennen* GRUR 2005, 214, 216.

²¹⁴ Geschuldet ist die rechtzeitige mangelfreie Herstellung des versprochenen Werks. Dagegen ist ein konkreter Werbeerfolg, wie etwa die Erreichung der Werbeziele durch Umsatzsteigerung, oder ein bestimmter Grad der Zielerreichung grundsätzlich nicht geschuldet. Vgl. hierzu BGH GRUR 1974, 284, 285 - Bastel-Wettbewerb I; OLG München NJW-RR 1996, 626, 627.

²¹⁵ *Alexander* JA 2015, 321, 323.

²¹⁶ *Alexander* JA 2015, 321, 323.

korrekt ausgeführte Tätigkeit, wobei sich der Standard, an dem ihre Bemühungen zu messen sind, aus § 276 BGB ergibt.²¹⁷ Eine Pflichtverletzung der Werbeagentur liegt danach vor, wenn sie sich nicht mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt bemüht hat, die Werbeleistung auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Damit lässt sich auch im dienstvertraglichen Bereich die Pflicht, gegenüber dem Zweitkunden eine rechtmäßige Werbeleistung zu erbringen, als Hauptleistungspflicht qualifizieren, sodass ein Verstoß auch ohne spezielleres Gewährleistungsregime einen Mangel darstellt und grundsätzlich unter §§ 611 Abs. 1, 675 Abs. 1, 241 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1 BGB zu fassen ist, ohne dass sich inhaltlich Änderungen zu dem oben dargestellten ergeben.

Die Rechtsprechung stellt hohe Anforderungen an die Pflichten der Werbeagentur, die rechtliche Beurteilung aller mit der zu erbringenden Werbeleistung zusammenhängenden Fragen vorzunehmen und fordert eine umfassende und eingehende Kontrolle, ob eine geplante Werbemaßnahme mit dem Recht vereinbar ist.²¹⁸ Sofern die Werbeagentur also eine Werbeleistung an ihren Zweitkunden erbringt, die mit der des Erstkunden identisch ist, oder so weit ähnelt, dass eine freie Benutzung ausscheidet, so verstößt sie gegen ihre Hauptleistungspflichten aus dem nachfolgenden Vertrag mit dem Zweitkunden. Da die Werbeagentur die Leistung an den Erstkunden selbst erbracht hat, dürfte ausgeschlossen sein, dass sie sich auf eine ausreichende Rechtmäßigkeitsprüfung berufen kann. Die Werbeagentur haftet damit im Innenverhältnis gegenüber dem Zweitkunden, da sie ihm gegenüber eine rechtmäßige Werkleistung schuldet.

IV. Vertragliche Beziehung zwischen dem Erstkunden und der Werbeagentur

Für die Beantwortung der Frage, ob bzw. inwieweit die Agentur gegenüber dem Erstkunden einer Enthaltungspflicht unterliegt, muss grundsätzlich zwischen zwei Fällen unterschieden werden: Die Enthaltungspflicht in Bezug auf eine identische Weitergabe an einen Zweitkunden und eine Unterlassungspflicht darüber hinaus, die es der Agentur untersagen würde auch eine so weit abgeänderte Werbeleistung an

²¹⁷ MüKo BGB/*Wagner* Vor § 630 a Rn. 20; Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt/*Wagner* S. 219 f..

²¹⁸ OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2002, 77 - Störerhaftung der Werbeagentur.

einen Zweitkunden zu unterlassen, die nicht als urheber-, kennzeichen- oder designrechtlicher Verstoß der Erstwerbung gewertet werden kann.

Zunächst wird die Enthaltungspflicht bei einer identischen Weitergabe der Werbeleistung an den Zweitkunden im Verhältnis zu der zuvor erfolgten ausschließlichen Nutzungs- bzw. Rechteübertragung dargestellt (1.) und daran anschließend für Fälle beleuchtet, in denen keine sonderrechtlich geschützte Leistung besteht (2.). Weiter wird geprüft, ob sich aus den hergeleiteten Ergebnissen der Rückschluss ziehen lassen kann, dass eine identische Weitergabe der Werbeleistung an einen Zweitkunden stets möglich, wenn die Werbeagentur ihrem Erstkunden kein ausschließliches, sondern nur ein einfaches Nutzungsrecht verschafft hat (3.).

Der folgende vierte Abschnitt befasst sich sodann mit der eigentlichen Kernfrage dieser Arbeit, nämlich dem Umfang und den Grenzen einer weitergehenden Enthaltungspflicht für so weit abgeänderte Werbeleistungen, die nicht als urheber-, kennzeichen- oder designrechtlicher Verstoß gewertet werden müssen (4.).

1. Enthaltungspflicht bezogen auf identische Werbeleistungen mit Sonderrechtsschutz bei ausschließlicher Nutzungsrechtsübertragung

Zunächst sollen die Fälle näher betrachtet werden, in denen die Agentur an den Zweitkunden eine identische bzw. nur so weit abgeänderte Werbeleistung erbringt, dass sie damit gleichzeitig die Urheber-, Kennzeichen- oder Designrechte des Erstkunden verletzt.

a. Gleichlauf zwischen der ausschließlichen Nutzungs- bzw. Rechteübertragung und der konkludent vereinbarten Enthaltungspflicht

Wie oben bereits dargestellt, ergibt in denjenigen Fällen, in denen die Nutzungsrechtsübertragung nicht explizit in den Vertragstext aufgenommen worden ist, in vielen Fällen die Auslegung des Agenturvertrags, dass die Parteien die Übertragung ausschließlicher Nutzungsrechte an den Kunden gewollt haben, da eine parallele Verwertung der identischen Leistung bei umfassenden Werbemaßnahmen, die sich insbesondere nicht nur in der Erstellung eines Werbekatalogs erschöpfen, dem Vertragszweck des Werbeagenturvertrags zuwider läuft.²¹⁹

²¹⁹ Vgl. Ausführungen unter: B. II. 2. b.; LG Berlin, Urteil vom 26.01.2006 - 16 O 543/05.

An dieses ausschließliche Nutzungsrecht knüpft sich die Enthaltungspflicht der Werbeagentur, die es ihr untersagt eine identische bzw. nur geringfügig geänderte Werbeleistung an den Zweitkunden zu erbringen: Die Agentur, die ihrem Kunden ein ausschließliches Nutzungsrecht an den von ihr erbrachten Leistungen eingeräumt hat, darf das Werk weder selbst nutzen, noch nach dem sog. „Sukzessionsschutz“ einem Dritten für den Zeitraum der Exklusivität dieses Nutzungsrecht einräumen.²²⁰ Im Urheberrecht sind daher Enthaltungspflichten in demjenigen Umfang anerkannt, in denen der Urheber seinem Vertragspartner die ausschließlichen Nutzungsrechte überträgt, gem. § 31 Abs. 3 S. 1 UrhG und sich seine eigene Nutzung gem. § 31 Abs. 3 S. 2 UrhG nicht vorbehält.²²¹

Dasselbe muss allerdings auch gelten, wenn es sich um keine urheberrechtliche Leistung, sondern um eine kennzeichen- oder designrechtliche Leistung handelt. Auch dann kommt dem Kunden als Inhaber der Marke bzw. Inhaber der geschäftlichen Bezeichnung gem. §§ 14 Abs. 1, 15 Abs. 1 MarkenG ein ausschließliches Recht²²², bzw. als Inhaber des Designs ein Benutzungs- und Verbotungsrecht gem. § 38 Abs. 1 S. 1 DesignG²²³ zu.

Aus der ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragung bzw. der Übertragung der Kennzeichen- oder Designrechte ergibt sich auf der vertraglichen Ebene des Agenturvertrags, der - zumindest stillschweigend zum Ausdruck gekommene - Parteiwille am Bestehen einer Enthaltungspflicht der Werbeagentur in demjenigen Umfang, in dem der Kunde die ausschließlichen Nutzungsrechte erhalten hat. Es wäre widersprüchlich, wenn man unter Zugrundelegung obiger Betrachtung des Vertrags und der Verpflichtung der Werbeagentur, ausschließliche Nutzungsrechte an ihren Kunden zu übertragen und ihm die Inhaberschaft der Kennzeichen- und Designrechte zu verschaffen, zu dem Ergebnis gelangen würde, dass zwar eine Übertragung der

²²⁰ Dieses Recht wird deshalb auch Exklusivrecht genannt; BeckOK UrhG/Soppe § 31 Rn. 66; Dreier/Schulze/Schulze § 31 Rn. 56.

²²¹ Fromm/Nordemann/Nordemann Vor §§ 31 Rn. 45; von einem Gleichlauf der ausschließlichen Nutzungsübertragung und der diesbezüglichen Enthaltungspflicht geht auch *Hahn* in ZUM 2011, 82, 83, in seiner Anmerkung zu LG Hamburg, Urteil vom 30. Juli 2010, - 310 O 46/10 bei der Beurteilung nach überschießenden Verbotsrechten sowie auch *Lutz* S. 299 aus.

²²² Ingerl/Rohnke/Ingerl/Rohnke § 14 Rn. 7 und § 15 Rn. 5.

²²³ Eichmann/Jestaedt/Fink/Meiser/Eichmann/Jestaedt § 29 Rn. 8.

ausschließlichen Nutzungsrechte bzw. Verschaffung der Kennzeichen- bzw. Designrechte an den Erstkunden vereinbart war, aber in einem zweiten Schritt annehmen würde, dass der Werbeagentur das Recht verblieben wäre, die identische Leistung an einen Zweitkunden zu erbringen. Die vertragliche Verpflichtung, zu seinen einst vertraglich erbrachten Leistungen und der hiermit erfolgten Rechteübertragung an den Erstkunden nicht nachträglich dadurch in Widerspruch zu treten, dass gegenüber einem Zweitkunden vorgegeben wird, diese übertragenen Rechte noch zu besitzen, ist dem Vertrag immanent. Sofern man also davon ausgeht, dass sich die Werbeagentur dazu verpflichtet hat, die ausschließlichen Nutzungsrechte an ihren Kunden zu übertragen bzw. ihm die Kennzeichen- oder Designrechte zu verschaffen, wäre es nicht zu Ende gedacht, hierin nicht ebenfalls die Pflicht zu sehen, sich dahingehend zu enthalten, an einen Zweitkunden die identischen, oder eine freie Benutzung ausschließende Leistungen zu erbringen. Die Enthaltungspflicht dahingehend, keine identische oder „unfreie“ Werbeleistung an den Zweitkunden zu erbringen ist damit als Gegenstück der ausschließlichen Rechtseinräumung an den Erstkunden anzusehen,²²⁴ sodass es zu einem Gleichlauf der beiden Erscheinungen kommt.

b. Zeitlicher Umfang

Da sich die Enthaltungspflicht der Werbeagentur dahingehend, keine identische bzw. nur geringfügig geänderte Werbeleistung an den Zweitkunden zu erbringen, sodass gleichzeitig die Urheber-, Kennzeichen- oder Designrechte des Erstkunden verletzt werden, als Korrelat zu der ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragung bzw. der Übertragung der Kennzeichen- oder Designrechte darstellt, ist auch der zeitliche Umfang der Enthaltungspflicht mit der zeitlichen ausschließlichen Nutzungs- bzw. Rechteübertragung verknüpft. Der zumindest stillschweigend zum Ausdruck gekommene Parteiwille am Bestehen einer Enthaltungspflicht der Werbeagentur bildet einen Gleichlauf mit der zeitlichen Nutzungs- bzw. Rechteübertragung, sodass sich die Werbeagentur solange einer nachfolgenden identischen Leistung an den Zweitkunden zu enthalten hat, wie sie dem Erstkunden seine ausschließlichen Rechte übertragen hat.

²²⁴ Lutz S. 299.

Soweit es sich bei dem Werk bzw. den betroffenen Werkteilen nach dem Willen beider Parteien um solche handelt, die in den Mittelpunkt der zu erbringenden Werbeleistung gestellt sind und als sog. "Aufhänger" benutzt werden, ist für beide Vertragsparteien erkennbar, dass wenn sich ein solcher "Aufhänger" im Rahmen der Werbeleistung als wirksam erweist, dieser in der Regel nicht nur zur vorübergehenden Verwendung bestimmt ist. Vielmehr sei dann mit einer langzeitigen Verwendung auf beiden Seiten zu rechnen und damit auch eine langzeitige Übertragung der Nutzungs- und Verwertungsrechte gewollt.²²⁵ Für die zeitliche Dauer der Enthaltungspflicht, die einen Gleichlauf mit der ausschließlichen Nutzungs- bzw. Rechteübertragung darstellt, sind daher jeweils die Vertragsumstände und das, was die Vertragsparteien erkennbar zum Vertragsgegenstand gemacht haben, ausschlaggebend.

Die Enthaltungspflicht in Bezug auf kennzeichen- oder designrechtliche Leistungen kann zeitlich sogar dauerhaft fortbestehen, da diese in der Regel ebenfalls von dauerhafter Natur sind. Für die Werbeagentur, die beispielsweise mit dem Entwurf eines Firmenlogos beauftragt ist, ist erkennbar, dass es vom Kunden eingesetzt werden soll, um einen Wiedererkennungswert und einen Identifizierungseffekt mit dem dazugehörigen Unternehmen zu erzeugen. Für sie ist daher ersichtlich, dass es dem Kunden auf ein zeitlich unbeschränktes Nutzungsrecht ankommt, da er den einmal gewonnenen Wiedererkennungswert nicht von einer weiteren Nutzungsrechtsübertragung durch den Urheber abhängig machen will,²²⁶ sodass sie sich einer zeitlich unbeschränkten Enthaltungspflicht unterwirft.

c. Dogmatische Einordnung der Pflichtverletzung

Im Weiteren stellt sich damit die Frage, wie eine Pflichtverletzung der Werbeagentur, dadurch, dass sie eine identische bzw. nur geringfügig geänderte Werbeleistung an einen Zweitkunden erbringt, rechtlich einzuordnen ist. Zu unterscheiden sind grundsätzlich Pflichtverletzungen während der Durchführung des Agenturvertrags und Pflichtverletzungen bzw. Leistungsstörungen, die erst nach Beendigung eines Vertrags begangen werden. Die an den Zweitkunden erbrachte urheber-, kennzeichen- oder designrechtsverletzende Werbeleistung wird in zeitlicher Hinsicht

²²⁵ BGH GRUR 1966, 691, 692 - Schlafsäcke.

²²⁶ OLG Dresden, Urteil vom 28.12.2010 - 14 U 1580/09.

vor allem nach Beendigung des Vertrags mit dem Erstkunden erbracht werden, sodass es sich in der Regel um eine Pflichtverletzung nach Beendigung des Werbeagenturvertrags mit dem Erstkunden handelt. Denn eine urheber-, kennzeichen- oder designrechtsverletzende Werbeleistung an den Zweitkunden setzt voraus, dass aus dem Vertrag mit dem Erstkunden bereits Rechte entstanden sind und ihm etwaige Nutzungsrechte auch übertragen worden sind. Dies erfolgt grundsätzlich zum Ende der Leistungsphase des Agenturvertrags, sodass die verletzende Leistung an den Zweitkunden in der Regel nach Beendigung des Vertrags mit dem Erstkunden, also nach beidseitiger vollständiger Erfüllung der Hauptleistungspflichten begangen wird.

Im nachvertraglichen Bereich ist die sogenannte culpa post contractum finitum, welche ihren Ursprung in den nachwirkenden Treuepflichten hat, von den Vertragsfortwirkungen zu unterscheiden. Als nachwirkende Treuepflichten werden solche Pflichten bezeichnet, welche die Parteien eines Vertrags noch nach beiderseitiger Erfüllung, somit im Abwicklungsstadium treffen.²²⁷ Die echten nachwirkenden Treuepflichten unterscheiden sich von den Vertragsfortwirkungen, - welche ebenfalls erst nach Beendigung des Vertrags begründet werden, - dadurch, dass sie nicht ausdrücklich vereinbart sind, wie dies beispielsweise bei ausdrücklich vereinbarten Wettbewerbsverboten, Verschwiegenheitsvereinbarungen, Abfindungsansprüchen, oder Ruhegeldern der Fall ist.²²⁸ Dabei sind die echten nachwirkenden Treuepflichten nachrangig zu einer Vertragsauslegung i. S. d. §§ 133, 157 BGB und damit zu einem rechtlichen „Wollen“ der Parteien und ergeben sich vielmehr erst aus einer Auslegung nach Treu und Glauben (§§ 157, 242 BGB; § 347 HGB) und damit dem rechtlichen „Sollen“.²²⁹

Für die Abgrenzung zwischen den Vertragsfortwirkungen und den echten Treuepflichten gilt, dass sich die Pflicht, sich identischen bzw. nur leicht abgeänderten Leistungen an Zweitkunden zu enthalten und damit nicht die Urheberrechte bzw. Kennzeichen- oder Designrechte des Erstkunden zu verletzen, aus dem, zumindest stillschweigend zum Ausdruck gekommenen Parteiwillen selbst ergibt.²³⁰

²²⁷ MüKo BGB/*Ernst* § 280 Rn. 114.

²²⁸ MüKo BGB/*Ernst* § 280 Rn. 114.

²²⁹ BGHZ 16, 4 - Mantelmodell; LG Hamburg NJW-RR 1994, 1472.

²³⁰ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. 1. a..

Damit ist die Enthaltungspflicht der Werbeagentur in dieser Hinsicht als Vertragsfortwirkungen einzuordnen.

In Fällen in denen die Werbeagentur entgegen dieser Verpflichtung handelt und an einen Zweitkunden dieselbe Werbeleistung erbringt, würde sie nicht nur gegen ihre vertraglichen Pflichten aus diesem Zweitvertrag deshalb verstoßen, weil sie kein ausschließliches Nutzungsrecht an den Zweitkunden übertragen könnte und die Kennzeichen- und Designrechte des Erstkunden verletzen würde, sondern auch gegen die Vertragsfortwirkungen aus dem Agenturvertrag mit dem Erstkunden verstoßen, da mit der ausschließlichen Nutzungs- bzw. Rechteübertragung die Enthaltungspflicht der Werbeagentur korreliert.

Ist der Vertrag zwischen der Werbeagentur und ihrem Kunden ausnahmsweise noch nicht beendet, die Leistung an den Erstkunden aber bereits an ihn übertragen, so stellt sich die Pflicht der Werbeagentur, keine identische bzw. nur geringfügig geänderte Werbeleistung an einen Zweitkunden zu erbringen als Unterlassungspflicht dar.

In der Literatur ist die dogmatische Einordnung der leistungssichernden Nebenpflichten umstritten.²³¹ So wird zum Teil vertreten, diese § 241 Abs. 1 BGB zuzuordnen, sodass nur die Schutzpflichten im engeren Sinne unter § 241 Abs. 2 BGB zu fassen wären.²³² Dafür lässt sich anbringen, dass es historisch betrachtet die Schutzpflichten waren, welche man als nicht vom Leistungsbegriff im Sinne des § 241 Abs. 1 BGB erfasst anerkannte. Ebenso wird eine Zuordnung zu § 242 BGB vertreten, da schon dessen Wortlaut mit „Leistung so zu bewirken ...“ erkennbar auf die leistungsbegleitenden Pflichten abstellt.²³³

²³¹ Vgl. zum Ganzen: MüKoBGB/Bachmann § 241 Rn. 60 ff..

²³² *Madaus* Jura 2004, 289, 290 f.; Grigoleit FS Canaris, 2007, 275, 279 f.; *Herresthal* GS Unberath, 2015, 179, 186; Staudinger/*Olzen* § 241 Rn. 153 f.. Vgl. auch Staudinger/*Olzen* § 241 Rn. 270 ff., der Leistungssicherungspflichten danach abgrenzt, ob sie das Äquivalenzinteresse betrifft (dann Abs. 1), oder das Integritätsinteresse (dann Abs. 2).

²³³ Für Zuordnung zu § 242 BGB: *Gröschler* FS Konzen, 2006, 109, 116; s. auch *Medicus* FS Canaris, 2007, 835, 840 der zu der dogmatischen Einordnung folgendes ausführt, dass diese „letztlich aus § 242 herzuleiten“ sind.

Für eine Zuordnung zu § 241 Abs. 2 BGB²³⁴ spricht aber zum einen die Gesetzesbegründung zu § 241 Abs. 2 BGB²³⁵: Mit der in der Begründung enthaltenen Gleichsetzung von „Schutzpflichten (oder auch weiteren Verhaltensweisen)“²³⁶ hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, nicht nur Schutzpflichten im engeren Sinne von § 241 Abs. 2 BGB erfassen zu wollen. Desweiteren spricht der Blick auf die Rechtsfolgen, die sich an die Verletzung einer Leistungspflicht knüpfen, namentlich der durch erfolglose Fristsetzung mögliche Übergang zum Schadensersatz statt der Leistung, für eine dogmatischen Einordnung in Abs. § 241 Abs. 2 BGB. Die Rechtsfolgen erscheinen nur dann passend, wenn es sich dabei auch tatsächlich um eine primäre Leistungspflicht und nicht um eine bloße - wenn auch leistungsbezogene - Nebenpflicht handelt,²³⁷ sodass die Leistungstreuepflichten nach vorzugswürdiger Ansicht in § 241 Abs. 2 BGB zu verankern sind.

Auch eines Rückgriffs auf § 242 BGB bedarf es im Rahmen des § 241 Abs. 2 BGB auch in denjenigen Fällen, in denen sich die Nebenpflicht nicht aus der Vertragsauslegung ergibt, nicht. Vielmehr ist der Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB schon bei der näheren Ausgestaltung der Nebenpflicht zu beachten.²³⁸

2. Enthaltungspflicht bezogen auf eine identische Weitergabe der Werbeleistungen ohne Sonderrechtsschutz

In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, ob eine Enthaltungspflicht der Werbeagentur auch in Fällen besteht, in denen eine identische Werbeleistung an den Zweitkunden erbracht werden soll, im Gegensatz zur oben genannten Fallkonstellation aber keine unter den Sonderschutz fallende Werbeleistung besteht. Vorrangig sind etwaige ausdrückliche Vereinbarungen der Parteien über eine Enthaltungspflicht, die

²³⁴ So auch BeckOK BGB/Sutschet § 241 Rn. 46; MüKo BGB/*Ernst* § 242 Rn. 95.

²³⁵ BT-Drucks. 14/6040, Vorb. zu § 241 Abs. 2 S. 125.

²³⁶ BT-Drucks. 14/6040, Vorb. zu § 241 Abs. 2 S. 125: „Die moderne Schuldrechtslehre unterscheidet zwischen Leistungs- und Schutzpflichten (oder auch weiteren Verhaltenspflichten).“

²³⁷ MüKoBGB/Bachmann, 8. Aufl. 2019, BGB § 241 Rn. 61.

²³⁸ BeckOK BGB/Sutschet § 241 Rn. 42.

gegebenenfalls hinsichtlich des sachlichen Umfangs am beiderseitigen Willen der Parteien ausgelegt werden muss.²³⁹

Soweit eine ausdrückliche Vereinbarung nicht besteht, kann in diesen Fällen nicht auf die ausschließliche Nutzungsrechtsübertragung abgestellt werden, da schon kein urheberrechtliches Nutzungsrecht bzw. Kennzeichen- oder Designrechte des Erstkunden besteht. Deshalb kann die Enthaltungspflicht nicht darauf gestützt werden, dass sie das Korrelat zwischen Nutzungs- bzw. Rechteübertragung²⁴⁰ darstellt.

Fälle, in denen eine Werbeagentur eine nicht dem Sonderschutz des Urheber-, Kennzeichen- oder Designrechts unterfallende Werbeleistung identisch an einen Zweitkunden weitergegeben hat, sind bisher, - soweit ersichtlich - noch nicht entschieden worden. Wohl auch deshalb, weil in der Praxis in vielen Fällen eine explizite Regelung aufgenommen sein wird, nach der die Agentur die im Rahmen des Vertrages an den Kunden gewährten Leistungen, insbesondere sämtliche Ideen, Entwürfe und Gestaltungen nicht in gleicher Form für andere Auftraggeber verwenden, darf.²⁴¹

Für die Beantwortung dieser Frage, ob eine Enthaltungspflicht hinsichtlich der identischen Weitergabe der Werbeleistung auch in Fällen besteht, in denen kein Sonderrechtsschutz besteht, soll im Folgenden eine Entscheidung des BGH zum Kunstschutz in der Modeschöpfung²⁴² herangezogen werden, auf ihre Übertragbarkeit hin untersucht werden und insbesondere deren Ergebnisse mit den Auslegungsgrundsätze in denjenigen Fällen abgeglichen werden, in denen die Agentur eine urheber-, kennzeichen- oder designrechtlich geschützte Leistung erbringt.

²³⁹ Vgl. hierzu BGH GRUR 2002, 795 – Titelexklusivität, in welcher der sachliche Umfang eines nachvertraglichen Aufnahmeverbotes durch Auslegung ermittelt wurde.

²⁴⁰ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. 1.a..

²⁴¹ So zum Beispiel empfohlen im Werbeagenturvertragsmuster für die Auftragserteilung für eine bestimmte Werbemaßnahme in Beck'sche Online-Formulare Vertrag/Nieß Form. 25.2 in § 5 Abs. 4.

²⁴² BGH NJW 1955, 460 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

**a. Die Entscheidung des BGH, Urteil vom 14.12.1954, - Az. I ZR 65/5 -
Kunstschutz in der Modeschöpfung**

Näher zu erörtern ist das Urteil des BGH vom 14.12.1954,²⁴³ indem das Gericht für die Beklagte eine Unterlassungspflicht angenommen hatte. In dem diesem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt hatte die Klägerin, eine Firma für Damenbekleidung, einen Zwischenmeister und zugleich die Beklagte mit der Serienanfertigung nach einer ihr gehörenden Modellskizze für einen Damenmantel beauftragt. Der Beklagten oblag es im Rahmen der vertraglich geschuldeten Tätigkeit aus dieser Modellskizze einen Schnitt zu entwickeln. Die Modellskizze hatte die Klägerin zuvor entgeltlich von einer Modezeichnerin erworben. Weder für die Modellzeichnung, noch für das im Wege des Auftrags gefertigte Bekleidungsstück bestand ein urheberrechtlicher oder markenrechtlicher Schutz. Der Zwischenmeister hatte weitere Damenmäntel auf Basis des von der Klägerin überlassenen Modells gefertigt und noch während der gleichen Saison an einen Konkurrenten der Klägerin weiterverkauft. Dieser Konkurrent konnte die Damenmäntel somit zeitgleich mit der Klägerin am Markt anbieten und den Preis der Klägerin schon allein dadurch unterbieten, als er die Modellskizze - anders als die Klägerin - nicht entgeltlich hatte erwerben müssen. Der Tatbestand der Entscheidung betont dabei, dass sämtliche Parteien am selben Ort ansässig waren. Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin ein Verbot dahingehend, dass es der Beklagten untersagt sei, die in Streit stehenden Mäntel herzustellen, herstellen zu lassen oder zu verbreiten, sowie die Zahlung von Schadensersatz für den durch die zeitgleich begangene Pflichtverletzung entstandenen Schaden. Der BGH gab der Klage im Ergebnis statt und leitete eine Vertragspflicht der Beklagten, sich der Veräußerung an den Konkurrenten zu enthalten, primär im Wege der Vertragsauslegung her, machte aber auch Ausführungen dahingehend, dass sich dasselbe Ergebnis aus den (nachwirkenden)²⁴⁴ Treuepflichten herleiten ließe.

Die Vorinstanz hatte den Vorrang der Vertragsauslegung missachtet und sogleich auf die Pflichten nach Treu und Glauben abgestellt. Der BGH stellte daher zunächst auf

²⁴³ BGH NJW 1955, 460 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

²⁴⁴ Der BGH ließ, - wohl mangels genauere Tatsachenfeststellungen - dahinstehen, ob die Weitergabe der Mantelskizze durch die Beklagte erst nach, oder zeitlich noch vor der Erfüllung der Leistungspflichten gegenüber der Klägerin stattfand; BGH NJW 1955, 460, 463 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

den Treuegedanken aus § 242 BGB ab und kam im Ergebnis dazu, dass die Beklagte ihre vertraglichen Pflichten durch die Weitergabe der Mäntel an den Konkurrenten verletzt habe. Im Weiteren hat er ausgeführt, dass die Beklagte aus dem vertraglichen Treuegedanken, dem ein laufender Fertigungsauftrag im besonderen Maße unterstehen würde, grundsätzlich gehalten sei, alles zu unterlassen, was den von der Klägerin erkennbar mit dem Vertrag bezweckten Erfolg gefährden, oder vereiteln könnte. Es läge auf der Hand, dass durch den Verkauf des identischen Mantelmodells an Konkurrenten die Gefahr von wettbewerbsrechtlichen Störungen bestehen würden, als hierdurch ein zeitlicher Wettbewerbsvorsprung der Mitbewerber resultieren würde und die Möglichkeit erwachse, die Mäntel durch ersparte Aufwendungen für die Entwicklung des Modells günstiger auf dem Markt anbieten zu können. Der BGH betonte in seinem Urteil, dass für die Abgrenzung der Vertragspflichten aus Treu und Glauben gem. § 242 BGB im Rahmen der gebotenen Abwägung auf beide Interessen der Vertragsparteien einzugehen sei. Hierbei hat er das Interesse der Beklagten an einer anderweitigen Verwertung der Mäntel berücksichtigt, jedoch, - im Gegensatz zur Vorinstanz - auch die Belange der Klägerin, vor wettbewerbsrechtlichen Beeinträchtigungen geschützt zu werden, herausgehoben.²⁴⁵

Im Weiteren hat der BGH aber ausdrücklich herausgestellt, dass sich diese Unterlassungspflicht der Beklagten für den diesem Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt ebenfalls und vorrangig aus der Vertragsauslegung gem. §§ 133, 157 BGB ergeben würde.²⁴⁶ Die Auftragserteilung der Klägerin konnte, so der BGH, - angesichts der wettbewerblichen Nachteile, die sich für sie für den Fall ergeben würden, dass es der Beklagten gestattet wäre, die Modellskizze auch für Konkurrenten der Klägerin zu verwerten, - nach Treu und Glauben nur dahin verstanden worden sein, dass die Klägerin eine Weitergabe an ihre Konkurrenten keinesfalls dulden wollte. Es wäre damit Sache der Beklagten gewesen, eine solche Absicht bei Vertragsabschluss eindeutig gegenüber der Klägerin zum Ausdruck zu bringen.²⁴⁷ Da eine solche ausdrückliche Kundgabe unterblieben sei, müsse sich die Beklagte einer

²⁴⁵ BGH NJW 1955, 460, 463 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

²⁴⁶ Wobei der BGH hier nicht daran gehindert war, den Willen der Vertragsparteien frei und selbstständig durch Auslegung zu ermitteln, weil das Berufungsgericht eine Auslegung nicht vorgenommen hatte, sondern zugleich auf die Pflichten aus § 242 BGB abgestellt hatte.

²⁴⁷ BGH NJW 1955, 460, 463 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

Verwertung der Modellskizze schon aufgrund des Ergebnisses der Vertragsauslegung enthalten.

aa. Übertragbarkeit des Urteils auf die vorliegenden Untersuchungen

Das Urteil des BGH über den Kunstschutz in der Modeschöpfung ist für die hier aufgeworfene Frage, ob die Werbeagentur eine Enthaltungspflicht trifft, keine identische Leistung an den Zweitkunden zu erbringen, wenn eine Leistung nach dem Sonderrechtsschutz und damit keine urheber-, kennzeichen- oder designrechtliche Leistung besteht, deshalb von Bedeutung, als es auch dort um die Frage der identischen Weitergabe von Leistungen an direkte Konkurrenten des Vertragspartners ging.

Die Modellskizze unterlag keinem Sonderrechtsschutz, insbesondere keinem urheberrechtlichen Schutz. Vielmehr verwendete die Beklagte die ihr von der Klägerin überlassene Modellskizze und den von ihr daraus gefertigten Schnitt unbearbeitet für Mäntel zur Weiterveräußerung an andere Marktteilnehmer weiter. Zwischen der mit den Mänteln Großhandel betreibenden Klägerin und der Beklagten wurden keine ausschließlichen Rechte übertragen, sondern die Beklagte lediglich damit beauftragt, Mäntel anhand eines vorgegebenen Modells zu fertigen, wobei die Beklagte als Vorstufe hierzu anhand dieser Mantelskizze einen Schnitt entwickeln musste. Die Frage des Bestehens von Enthaltungspflichten wurde daher losgelöst von etwaigen Urheber-, Kennzeichen- oder Designrechten beantwortet.

Das Gericht hat die (nachwirkende) Treuepflicht bzw. das Ergebnis der Vertragsauslegung damit begründet, dass durch die Weitergabe der Leistung an Marktteilnehmer wettbewerbsrechtliche Störungen zu befürchten seien und somit der Vertragszweck gefährdet sei. Es bestand also auch in dem diesem Urteil zugrunde liegenden Fall ein Dreiecksverhältnis zwischen der Beklagten, die Mäntel anhand der Modellskizze der Klägerin gefertigt hat, der Klägerin, die den Großhandel mit den von der Beklagten gefertigten Mäntel betrieben hat und dem Konkurrenten auf der anderen Seite, welcher ebenfalls die ihm von der Beklagten überlassenen Damenmäntel anhand der klägerischen Modellskizze vertrieben hat. Dieses Dreiecksverhältnis ist ebenso prägend für die Konstellation des Werbeagenturvertrags: Zwischen der Werbeagentur und dem Erstkunden besteht eine vertragliche Beziehung in der Gestalt, als die Agentur für ihren Erstkunden eine Werbeleistung entwirft.

Demgegenüber steht der potenzielle Zweitkunde und die Frage, ob sich die Agentur einem Vertrag mit dem Zweitkunden zu enthalten hat.

bb. Rückschlüsse aus dem Urteil

Im Folgenden sollen zunächst die dogmatischen Ergebnisse des Urteils beleuchtet werden ((1.)). Im Weiteren werden die für das Urteil prägenden Tatsachen herausgestellt und dahingehend untersucht, ob und wieweit sie für die Vorliegende Fragestellung herangezogen werden können. Im Einzelnen stellt sich die Frage, ob sich für die Begründung einer Enthaltungspflicht die Notwendigkeit ergibt, dass dem Zweitkunden ein entgeltlicher Vorteil gewährt wird ((2.)) und welche Rolle der örtliche und zeitliche Zusammenhang der Weitergabe an einen Zweitkunden spielen ((3.)). Nach dem Ergebnis aus diesem Urteil, ist eine Enthaltungspflicht insbesondere denkbar, wenn sich der Erst- und der Zweitkunde als Konkurrenten am Markt gegenüberstehen, da so der Vertragszweck mit dem Erstkunden, der darin besteht aus der vertraglichen Werbeleistung der Agentur zu profitieren, nachträglich konterkariert werden könnte. Gefragt werden muss daher, ob dies gleichsam negativ formuliert werden kann und eine Enthaltungspflicht dann ausscheiden, wenn eine Vertragszweckgefährdung ausgeschlossen ist, wie dies bei einem branchenfremden Zweitkunden der Fall wäre ((4.)).

(1.) Dogmatische Einordnung

Die dogmatischen Ergebnisse dieses Urteils lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass der Prüfung, ob eine Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben besteht, zwingend eine Auslegung der - auch stillschweigend zum Ausdruck gekommenen - Willenserklärungen der Parteien vorauszugehen hat. Nach Ansicht des BGH konnte die Auftragserteilung der Klägerin von der Beklagten nur dahin verstanden werden, dass sie eine Weitergabe an ihre Konkurrenten keinesfalls dulden wollte.²⁴⁸ Die Grenzen sind hier jedoch fließend, da im Rahmen der Vertragsauslegung danach gefragt wird, wie der andere Teil die Willenserklärung seines Vertragspartners nach Treu und Glauben verstehen durfte.

²⁴⁸ BGH NJW 1955, 460, 463 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

(2.) Notwendigkeit eines entgeltlichen Vorteils

Fraglich ist, ob es für die Begründung einer solchen Enthaltungspflicht notwendig ist, dass dem nachfolgenden Vertragspartner bzw. dem Zweitkunden ein entgeltlicher Vorteil dadurch erwächst, dass er sich Aufwendungen erspart, die der Erstkunde noch aufwenden musste.

Prägend für die Urteilsgründe war nämlich nicht zuletzt der Umstand, dass die Klägerin die Mantelskizzen erst von einer Modezeichnerin entgeltlich erwerben musste. Die Beklagte dagegen hat dem Konkurrenten der Klägerin die Mäntel anhand des von ihr entwickelten Schnitts unmittelbar gefertigt, ohne dass dieser die Mantelskizzen gesondert bezahlen musste. Hierauf stützte der BGH gerade seine Argumentation, dass die Konkurrenten, durch das Wegfallen dieser Erwerbspflicht eigene Aufwendungen ersparen konnten und die Damenmäntel zu einem geringeren Preis anbieten konnten. Zum oben dargestellten Dreiecksverhältnis kam also gerade noch eine weitere, - vorgeschaltete - Vertragsbeziehung zwischen der Klägerin und dem Entwerfer der Mantelskizze hinzu. Dies unterscheidet den Fall von dem hier zu untersuchenden Sachverhalt, da dem Zweitkunden nicht zwingend ein entgeltlicher Vorteil entstehen wird. Vielmehr wird auch er die volle Leistung der Werbeagentur zu bezahlen haben.²⁴⁹ Mit der Argumentation, die Gewährung eines entgeltlichen Vorteils wäre zwingende Voraussetzung für die Bejahung einer Unterlassungspflicht, könnte die Enthaltungspflicht abgelehnt werden, da der Zweitkunde der Werbeagentur keinen entgeltlichen Vorteil dadurch erlangt, dass er sich an die Werbeagentur des Erstkunden wendet.

Dieses Argument greift aber nur auf den ersten Blick: Die Enthaltungspflicht resultiert entweder aus der Vertragsauslegung bei der danach gefragt wird, wie der Vertragspartner die Auftragserteilung nach Treu und Glauben verstehen muss,²⁵⁰ oder aus dem (nach-) vertraglichen Treuegedanken, aufgrund dessen der Vertragspartner gehalten sein kann, alles zu unterlassen, was den vom Kunden

²⁴⁹ Es sei denn, die Werbeagentur, - wovon in der Praxis nicht per se ausgegangen werden kann, - stellt ihm ihre Leistung „vergünstigt“ in Rechnung, weil sie schon bei der Entwicklung für den Erstkunden berechnet wurde.

²⁵⁰ BGH NJW 1955, 460, 463 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

erkennbar mit dem Vertrag bezweckten Erfolg gefährden oder vereiteln könnte²⁵¹. Eine Vertragszweckgefährdung ist auch bei Fehlen eines entgeltlichen Vorteils denkbar, sodass nicht nur eine wirtschaftliche Betrachtung, sondern gerade auch eine tatsächliche Betrachtung geboten ist. Auch dass sich der Vertragspartner eine größere Zurückhaltung aufzuerlegen hat, als ein Dritter ist nicht per se unbillig, sondern Ergebnis der einem jeden Vertrag immanenten Treuepflicht.²⁵²

Das Fehlen eines entgeltlichen Vorteils führt damit nicht dazu, dass die Enthaltungspflicht entfällt. Vielmehr ist dieser Gesichtspunkt im Rahmen der Auslegung und der widerstreitenden Interessen zu berücksichtigen.

(3.) Zeitlich und örtlicher Zusammenhang

Für die Bejahung einer Unterlassungspflicht war in diesem dem BGH-Urteil zugrunde liegenden Fall sowohl das zeitliche als auch das örtliche Kriterium entscheidend: Die Beklagte und Zwischenmeisterin hatte die Modellskizze im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Auftragsfertigung für die Klägerin weitergegeben, sodass der Mitbewerber noch in derselben Saison Mäntel anhand dieser Modellskizze fertigen und vertreiben konnte. Dabei waren sämtliche Parteien am selben Ort ansässig, womit sie die Damenmäntel von derselben Örtlichkeit aus vertrieben haben.²⁵³

Der zeitliche Faktor spielt für die Annahme einer Vertragszweckgefährdung auch in Bezug auf den Agenturvertrag eine Rolle, sodass die Enthaltungspflicht der Werbeagentur je eher zu bejahen sein wird, desto unmittelbarer die Werbeleistung an den Zweitkunden erfolgen soll.

Zweifelhaft erscheint dagegen, ob die Werbeagentur sich - ohne eine explizite vertragliche Regelung - dazu verpflichtet, sich sozusagen „für alle Zeit“ einer identischen Weitergabe der Werbeleistung zu enthalten:

Zwar lässt ein Vergleich zu denjenigen Fällen, in denen die Werbeagentur eine urheber-, kennzeichen- oder designrechtliche Werbeleistung erbringt, den

²⁵¹ RGZ 161, 330; BGHZ 16, 4; BGHZ 61, 176; BGH NJW 1994, 2754; OLG Nürnberg NJW-RR 1999, 737; OLG Karlsruhe NJW-RR 1987, 343; LG Hamburg NJW-RR 1994, 142.

²⁵² In Bezug auf Wettbewerbsbeschränkungen in Verlagsverträgen auch *Greuner* in GRUR 1972, 109, 110.

²⁵³ BGH NJW 1955, 460, 461 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

Rückschluss zu, dass im Einzelfall eine längere Enthaltungspflicht resultieren kann und diese insbesondere nicht starr auf die Vertragsdauer begrenzt sind. Allerdings kann die Annahme einer Enthaltungspflicht im Umkehrschluss auch nicht zeitlich unbegrenzt sein:

In Fällen, in denen die Agentur eine urheber-, kennzeichen- oder designrechtlich geschützte Werbeleistung erbringt, stellt sich die ausschließliche Nutzungsrechtsübertragung als Korrelat zur Enthaltungspflicht der Werbeagentur dar.²⁵⁴ Für den zeitlichen Umfang der Übertragung dieser ausschließlichen Nutzungsrechte ist wiederum von Bedeutung, ob es sich bei dem konkreten Werk bzw. den konkreten „Werkteilen“ nach dem Willen beider Parteien um solche handelt, die in den Mittelpunkt der zu erbringenden Werbeleistung gestellt sind und als sog. "Aufhänger" benutzt werden. Jedenfalls bei einem Aufhänger ist für beide Vertragsparteien erkennbar, dass dieser, falls er sich als wirksam erweist, nicht nur zur vorübergehenden Verwendung bestimmt sein kann, sondern mit einer langzeitigen, - aber nicht dauerhaften - Verwendung zu rechnen ist.²⁵⁵

Dieses Ergebnis muss spiegelbildlich auch im Rahmen der Auslegung der Willenserklärungen der Parteien bzw. der Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben für die Fälle Berücksichtigung finden, in denen es mangels Urheber-, Kennzeichen- oder Designrecht nicht um eine Übertragung ausschließlicher Nutzungsrechte geht. Den Parteien ist bewusst, dass der Erstkunde auf eine Alleinstellung am Markt angewiesen ist, solange er diese Alleinstellung auch nutzt, d.h. die Werbung verwendet und es sich um einen sog. Aufhänger handelt. Dagegen endet die Enthaltungspflicht der Werbeagentur in dem Zeitpunkt, in dem für sie bei Vertragsschluss erkennbar ist, dass der Kunde die Werbeleistung nicht mehr nutzt, da einer zeitlich unbegrenzten Enthaltungspflicht die Betätigungsfreiheit der Werbeagentur gegenübersteht.

Auch das örtliche Merkmal aus diesem Urteil lässt sich nicht ohne Weiteres auf die Konstellation der Werbeagentur derart übertragen, dass der Erst- und der Zweitkunde am selben Ort agieren müssten. Anders, als in dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt, indem die Klägerin und ihr Konkurrent die Damenmäntel direkt - und am selben Ort - vertrieben haben, ist hier die erstellte Werbung dazwischen geschaltet,

²⁵⁴ Vgl. Ausführungen unter: B. II. 2. a. bb..

²⁵⁵ BGH GRUR 1966, 691, 692 - Schlafsäcke.

um potenzielle Kunden mit der Werbewirkung zu erreichen. Der Ort, an dem der Erstkunde und sein Konkurrent tätig werden, tritt - je nach Art des Werbemittels - weit hinter der breiteren Adressierung der Werbung zurück, sodass das Merkmal der Örtlichkeit nicht so verstanden werden kann, es käme auf den Sitz des Erstkunden und seines Konkurrenten an. Vielmehr ist auf dem Umfang der konkreten Werbung abzustellen, in dem diese potenzielle Kunden adressiert. Auf der einen Seite ist damit auf das Gebiet abzustellen, in dem die Werbung platziert wird. Diese wird häufig, aber nicht immer, im ganzen Bundesgebiet verbreitet.

(4.) Notwendigkeit eines Konkurrenzverhältnisses

Für das Ergebnis des Urteils ist vor allem bedeutend, dass sich die Klägerin und der Zweitkunde der Beklagten in einem Konkurrenzverhältnis auf dem Markt befunden haben und die Beklagte durch die Weitergabe der formgleichen Mäntel ihren Vertragszweck mit der Klägerin gefährdet hatte.

Somit stellt sich die Frage, ob die Werbeagentur, für die Situationen in denen keine Urheber-, Kennzeichen- oder Designrechte des Erstkunden bestehen, nur dann keine identische Werbeleistung an den Zweitkunden erbringen darf, wenn sie damit entsprechend dem Urteil des BGH zum Kunstschutz in der Modeschöpfung²⁵⁶ gleichzeitig eine Vertragszweckgefährdung in Bezug auf den Agenturvertrag mit dem Erstkunden begeht. Insbesondere, ob sie eine Leistung, die keinem gesondertem Schutz untersteht, identisch weitergeben darf, solange der Zweitkunde beispielsweise kein Konkurrent ist.

Verglichen mit den Fällen, in denen die Werbung einem Sonderrechtsschutz unterliegt und eine Auslegung des Agenturvertrags ergibt, dass ausschließliche Nutzungsrechte übertragen werden²⁵⁷ und die Werbeagentur daher dazu verpflichtet ist, ihrem Kunden umfassende Rechte zur Nutzung der erstellten Werbung zu verschaffen,²⁵⁸ stellt sich die Frage, ob eine vorrangig durchzuführende Vertragsauslegung²⁵⁹ ergibt, dass eine identische Weitergabe der erbachten Werbeleistung, unabhängig davon, ob der Zweitkunde ein Konkurrent des Erstkunden ist, ausgeschlossen ist. Soweit

²⁵⁶ BGH NJW 1955, 460 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

²⁵⁷ LG Berlin, Urteil vom 26.01.2006 - 16 O 543/05.

²⁵⁸ BGH GRUR 1966, 691, 692 - Schlafsäcke; BGH GRUR 1960, 612, 609 - Wägen und Wagen.

²⁵⁹ BGH NJW 1955, 460, 463 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

ersichtlich, sind solche Fälle von der Rechtsprechung bislang noch nicht entschieden worden und auch die Literatur behandelt diese Fragestellung nicht explizit.

Auch wenn keine vorrangige vertragliche Regelung besteht, lässt sich ein entsprechendes Auslegungsergebnis gem. §§ 133, 157 BGB für nicht unter den Sonderschutz fallende Werbeleistungen aber mit einem Erst-Recht-Schluss bejahen:

Der Inhalt der Willenserklärungen der Parteien ist durch eine Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln und danach zu fragen, wie dies üblicherweise nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte in vergleichbaren Verträgen gehandhabt wird,²⁶⁰ welche Begleitumstände relevant sind und worauf die Parteien aufgrund ihres schlüssigen Verhaltens schließen konnten²⁶¹. Im Zweifel ist diejenige Deutung vorzuziehen, durch die sich ein Vertragswerk als widerspruchsfrei erweisen kann.²⁶²

Wenn nach der Rechtsprechung davon auszugehen ist, dass eine Werbeagentur im Grundsatz dazu verpflichtet ist, ihrem Kunden umfassende Rechte zur Nutzung der erstellten Werbung zu verschaffen, da dies einem Werbeagenturvertrag zugrunde liegenden Vertragszweck grundsätzlich entspricht²⁶³ und der Vertragszweck im Werbeagenturvertrag die Übertragung ausschließlicher Nutzungsrechte an den Kunden gebietet, wenn bzw. soweit der Kunde auf eine Alleinstellung am Markt angewiesen sei, weil eine parallele Verwertung durch einen Mitbewerber den erstrebten Erfolg einer individuellen Präsentation des eigenen Angebotes zunichtemachen würde,²⁶⁴ so greift diese Argumentation erst recht ein, wenn die Leistung der Agentur keinem Sonderschutz unterliegt und die Zweckübertragungsregel gem. § 31 Abs. 5 UrhG nicht eingreift, nach der die einzelnen Nutzungsrechte tendenziell beim Urheber verbleiben.²⁶⁵ Insoweit ist für die Werbeagentur erkennbar, dass es dem Kunden auf eine Alleinstellung am Markt ankommt und eine parallele Verwertung durch die identische Weitergabe der Agentur

²⁶⁰ BGH GRUR 1988, 300, 300 f. - Fremdenverkehrsbroschüre; BGH GRUR 1986, 885, 886 - Metaxa.

²⁶¹ Loewenheim/*Nordemann/Ohly* § 66 Rn. 14.

²⁶² MüKo BGB/*Busche* § 133, 64; unter Verweis auf BAG NZA 2017, 638 Rn. 31.

²⁶³ BGH GRUR 1966, 691, 692 - Schlafsäcke; BGH GRUR 1960, 612, 609 - Wägen und Wagen.

²⁶⁴ LG Berlin, Urteil vom 26.01.2006 - 16 O 543/05.

²⁶⁵ Dreier/*Schulze/Schulze* § 37 Rn. 1.

an einen, - auch nicht in unmittelbaren Konkurrenzverhältnis stehenden - Zweitkunden ausgeschlossen sein muss.

Damit wäre im Grundsatz davon auszugehen, dass sich die Werbeagentur gem. §§ 133, 157 BGB dazu verpflichtet, sich der identischen Weitergabe der nicht sonderrechtlich geschützten Werbeleistung zu enthalten. Die Tatsache, ob eine Weitergabe an einen Konkurrenten erfolgt, oder nicht, kann hierfür, - zumindest nicht allein - entscheidend sein, da auch eine parallele Verwendung eines branchenfremden Mitbewerbers den Erfolg der Werbewirkung beeinträchtigen kann.

Anders kann dies aber in Fällen zu beurteilen sein, in denen man zu dem Ergebnis gelangt, das vorliegend insgesamt keine ausschließliche Nutzungsrechtsübertragung stattgefunden hätte, weil eine parallele Verwertung im Agenturvertrag vorausgesetzt wird, oder die Weitergabe an einen Nichtkonkurrenten zu keinerlei Beeinträchtigung der Werbewirkung führt. In diesen Fällen wird eine Enthaltungspflicht abzulehnen sein.

b. Dogmatische Einordnung

Da sich die Enthaltungspflicht der Werbeagentur, keine für den Erstkunden entworfenen Leistungen, identisch an den Zweitkunden weiterzugeben, selbst wenn keine Urheber-, Kennzeichen- oder Designrechte des Erstkunden bestehen, unter Zugrundelegung der obigen Ausführungen schon aus der Auslegung des Parteiwillens ergibt, ist diese Enthaltungspflicht im nachvertraglichen Bereich grundsätzlich als Vertragsfortwirkung²⁶⁶ einzuordnen. Sollte die Auslegung im Einzelfall zu einem anderen Ergebnis gelangen, kann die Enthaltungspflicht, - gestützt auf die Entscheidung des BGH zum Kunstschutz in der Modeschöpfung - aber auch als nachwirkende sog. echte Treuepflicht²⁶⁷ bestehen.

Der oben genannten Ansicht²⁶⁸ folgend wäre diese Leistungstreuepflicht während oder nach Vertragsbeendigung unter § 241 Abs. 2 BGB zu fassen.²⁶⁹

²⁶⁶ MüKo BGB/*Ernst* § 280 Rn. 114.

²⁶⁷ RGZ 113, 70, 72; RGZ 161, 330, 338; BGH NJW 1955, 460 - Kunstschutz in der Modeschöpfung; BeckOK BGB/*Sutschet* § 241 Rn. 71; MüKo BGB/*Ernst* § 280 Rn. 114.

²⁶⁸ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. c..

²⁶⁹ So auch BeckOK BGB/*Sutschet* § 241 Rn. 46; MüKo BGB/*Ernst* § 242 Rn. 95.

c. Ergebnisse

Als Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass die Werbeagentur im Grundsatz eine Enthaltungspflicht dahingehend trifft, keine für den Erstkunden entworfenen Leistungen, identisch an den Zweitkunden weiterzugeben, selbst wenn keine Urheber-, Kennzeichen- oder Designrechte des Erstkunden bestehen. Dies ergibt sich bereits aus einer Vertragsauslegung²⁷⁰ und gilt entsprechend dem Urteil des BGH zum Kunstschutz in der Modeschöpfung²⁷¹ jedenfalls dann, wenn die Werbeleistung in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang weitergegeben wird, sich örtlich an denselben Kundenkreis richtet und an einen Konkurrenten des Erstkunden weitergegeben wird.

Doch auch wenn der Erst- und der Zweitkunde nicht in einem Konkurrenzverhältnis stehen, wird in vielen Fällen die Auslegung des Vertrags ergeben, dass sich die Agentur grundsätzlich einer identischen Weitergabe enthalten muss, da für sie erkennbar ist, dass es dem Kunden auf eine Alleinstellung am Markt ankommt und eine parallele Verwertung durch die identische Weitergabe den Vertragszweck gefährdet. Dort wo die Vertragszweckgefährdung von vornherein ausgeschlossen ist, oder die Vertragsauslegung ergibt, dass eine parallele Verwertung zugelassen sein soll, findet die Enthaltungspflicht ihre Grenzen.

Darüber hinaus kann wohl, - ohne eine entsprechende ausdrückliche Vereinbarung - nicht davon ausgegangen werden, dass die Agentur die nicht urheber-, kennzeichen- oder designrechtlich geschützte Werbung zeitlich unbeschränkt, - sozusagen nie wieder - an einen Zweitkunden weitergeben darf, sodass auch die zeitliche Komponente eine Grenze bildet, die je nach dem im Vertrag zugrunde gelegten Einsatz der Werbewirkung unterschiedlich anzusetzen ist.

3. Rückschlüsse für die einfache Nutzungsrechtsübertragung

Im Mittelpunkt der oben genannten Fälle stehen diejenigen Sachverhaltskonstellationen, in denen die Werbeagentur dem Kunden kein ausschließliches, sondern nur ein einfaches Nutzungsrecht verschafft hat, oder aber

²⁷⁰ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. 1. a..

²⁷¹ BGH NJW 1955, 460, - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

die Auslegung ergäbe, dass die Agentur dem Kunden im Falle einer sonderrechtlich geschützten Leistung ebenfalls nur eine einfache Nutzungsrechtsübertragung vorgenommen hätte. Ein solches einfaches Nutzungsrecht berechtigt den Kunden nach § 31 Abs. 2 UrhG nur dazu, die erbrachte Werkleistung auf die erlaubte Art zu nutzen, ohne dass eine Nutzung durch andere ausgeschlossen ist.²⁷² In den im Einleitungsteil dargestellten Beispielen bzw. Urteilen²⁷³ kann ein solches einfaches Nutzungsrecht beispielsweise bei der Übereignung der im Auftrag hergestellten Originalfotos für einen Werbekatalog²⁷⁴ angenommen werden. Nachdem die Nutzung durch Dritte für die Fotos nicht ausgeschlossen ist und insbesondere nicht damit argumentiert werden kann, die Enthaltungspflicht ergäbe sich als Korrelat zur ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragung, bezieht sich die Enthaltungspflicht auf diese Teile der Werbeleistung per se grundsätzlich nicht.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Gedanken der Vertragszweckgefährdung, da sich das einfache Nutzungsrecht und die Vertragszweckgefährdung im Grunde ausschließen: Dort wo der Erfolg der Werbewirkung wesentlich von der Alleinstellung am Markt abhängig ist und eine parallele Verwertung durch einen Mitbewerber oder sonstige Dritte den erstrebten Erfolg einer individuellen Präsentation des eigenen Angebotes zunichtemachen würde²⁷⁵, wird kein einfaches, sondern ein ausschließliches Nutzungsrecht übertragen. Dies betrifft dann in der Regel die das Wesen der bestimmten Werbemaßnahme ausmachende Teile der Leistung. Bei unwesentlichen oder für die Werbewirkung nicht entscheidenden Bestandteilen, wie den einzelnen Fotos in einer Werbebroschüre, reicht es aus, ein einfaches Nutzungsrecht zu übertragen. Werden

²⁷² BeckOK UrhG/Soppe § 31 Rn. 65; Fromm/Nordemann/Nordemann § 31 Rn. 86.

²⁷³ Vgl. Ausführungen unter: B. II. 2. a. bb..

²⁷⁴ OLG Hamm ZUM-RD 2016, 729, 734 - Unberechtigte Weitergabe von Werbefotos an Vertriebspartner.

²⁷⁵ LG Berlin, Urteil vom 26.01.2006 - 16 O 543/05; das LG Berlin hatte in dieser Entscheidung nicht über einen Werbeagenturvertrag zu entscheiden, weil die dortige Klägerin vorgetragen hatte, sie sei aufgrund von Leistungen ihrer Geschäftsführer, welche die in Streit stehenden urheberrechtliche Leistung gefertigt hatten, anspruchsberechtigt. Das LG Berlin führte aber aus, dass selbst wenn „entgegen der Behauptung der Klägerin nicht ihre Geschäftsführer und Mitarbeiter, sondern Dritte, z. B. Mitarbeiter einer Werbeagentur, die Texte verfasst haben sollten“, eine ausschließliche Nutzungsübertragung nach dem Vertragszweck anzunehmen sei.

solche unwesentlichen Teile dann an einen Dritten, insbesondere einen Konkurrenten weitergegeben, wird der Vertragszweck des Erstkunden nicht betroffen.

a. Voraussetzung der Vertragszweckgefährdung

Auf der anderen Seite sollte auch bei der Übertragung einfacher Nutzungsrechte nicht vorschnell angenommen werden, dass insgesamt keine Enthaltungspflicht für die Werbeagentur besteht und sie damit jede Art von Zweitwerbung an weitere Kunden erbringen kann, ohne irgendwelchen Unterlassungspflichten zu unterliegen. Anknüpfend an das Beispiel der Werbebroschüre, könnte man sich einen Fall vorstellen, in dem die Agentur einer Anwaltskanzlei eine Werbebroschüre entwirft. Hierfür hat die Werbeagentur auch Fotos des Landgerichts des Kanzleisitzes gefertigt und dem Kunden hierbei nur das einfache Nutzungsrecht übertragen. Weitere sonderrechtlich geschützte Teile enthält die Werbebroschüre nicht, sodass sie einer zweiten Anwaltskanzlei, die ebenfalls im Landgerichtsbezirk ansässig ist, eine Broschüre entwirft. Darin enthalten sind nicht nur die Bilder des Landgerichts, sondern auch im Übrigen entspricht die Werbebroschüre (bis auf Adressen und Bezeichnung) der des Erstkunden. Beide Broschüren weisen dieselbe Aufmachung, dieselben nicht sonderrechtlich geschützten Logos und Farbschemen auf. Für potenzielle Mandanten entsteht bei der Durchsicht der beiden Broschüren aufgrund der identischen Gestaltungsweise der Eindruck der Zusammengehörigkeit.

Wie im Urteil des BGH zum Kunstschutz in der Modeschöpfung²⁷⁶ wird man für die Beantwortung der Frage, ob sich in diesem Fall eine Enthaltungspflicht ergibt, eine Auslegung der - auch stillschweigend zum Ausdruck gekommenen - Willenserklärungen der Parteien vorzunehmen haben bzw. danach zu fragen haben, ob die Agentur aus dem (nach-) vertraglichen Treuegedanken gehalten ist, sich einem solchen Zweitvertrag zu enthalten, weil sie damit den vom Erstkunden erkennbar mit dem Vertrag bezweckten Erfolg gefährden oder vereiteln könnte²⁷⁷. Dies wäre in unserem Beispielfall wohl zu bejahen, da die Werbewirkung durch den Eindruck der Einheitlichkeit, der unmittelbaren Konkurrenz und der örtlichen Nähe beider

²⁷⁶ BGH NJW 1955, 460 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

²⁷⁷ RGZ 161, 330; BGHZ 16, 4; BGHZ 61, 176; BGH NJW 1994, 2754; OLG Nürnberg NJW-RR 1999, 737; OLG Karlsruhe NJW-RR 1987, 343; LG Hamburg NJW-RR 1994, 142.

Anwaltskanzleien wesentlich beeinträchtigt ist, da für Mandanten nicht erkennbar wäre, ob die Broschüre die Kanzlei des Erstkunden, oder des Zweitkunden bewirbt. Für die Beurteilung, ob eine Beeinträchtigung der Werbeleistung des Erstkunden im Raum steht, wird man sich hierbei an dem Gedankengut der § 4 Nr. 3a UWG, §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 4, 15 Abs. 2 MarkenG orientieren können. Mit den im Markenrecht entwickelten Grundsätzen zur Verwechslungsgefahr würde zwar eine bloße Assoziationen an das Originalprodukt nicht ausreichen,²⁷⁸ soweit aber die angesprochenen Verkehrskreise den Eindruck gewinnen können, die Nachahmung stamme vom Hersteller des Originals oder einem mit ihm geschäftlich oder organisatorisch verbundenen Unternehmen,²⁷⁹ dürfte die Werbewirkung des Erstkunden durch das „gedankliche in Verbindungbringen“ der Kunden in der Regel konterkariert sein.

Doch auch bei weiteren Fallkonstellationen ist die Enthaltungspflicht in den oben dargestellten Grenzen für nicht sonderrechtlich geschützte Werbeleistungen denkbar, da kein Grund ersichtlich ist, Verträge anders zu behandeln, in denen eine urheberrechtlich geschützte Werbeleistung - ausnahmsweise - nur mit einem einfachen Nutzungsrecht übertragen worden ist.

Eine Enthaltungspflicht wird daher, - unabhängig vom Konkurrenzverhältnis zwischen Erst- und Zweitkunden - anzunehmen sein, wenn die Auslegung des Vertrags ergibt, dass eine parallele Verwertung den Vertragszweck gefährdet. In denjenigen Fallkonstellationen, in denen die Vertragszweckgefährdung von vornherein ausgeschlossen ist, oder die Vertragsauslegung ergibt, dass eine parallele Verwertung zugelassen sein soll, findet die Enthaltungspflicht der Werbeagentur, gleichsam wie die Enthaltungspflicht für nicht sonderrechtlich geschützte Leistungen²⁸⁰ aber ihre Grenzen.

b. Dogmatische Einordnung

Diese Enthaltungspflicht in Fällen einfacher Nutzungsrechtsübertragung ergibt sich in dem oben genannten Fällen ebenfalls aus der Auslegung des Parteiwillens, sodass

²⁷⁸ BGH GRUR 2005, 166, 170 - Puppenausstattungen; OLG Köln GRUR-RR 2014, 393, 394.

²⁷⁹ Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler § 4 Rn. 3.42.

²⁸⁰ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. 2..

sie im nachvertraglichen Bereich grundsätzlich als Vertragsfortwirkung²⁸¹, jedenfalls - gestützt auf die Entscheidung des BGH zum Kunstschutz in der Modeschöpfung - aber auch als nachwirkende sog. echte Treuepflicht²⁸² einzuordnen ist.

Mit der in dieser Dissertation vertretenen Ansicht²⁸³ wäre diese Leistungstreuepflicht während oder nach Vertragsbeendigung unter § 241 Abs. 2 BGB zu fassen.²⁸⁴

4. Weitergehende Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben

Im Weiteren soll nun die eigentliche Kernfrage erörtert werden, ob und in welchem Umfang die Werbeagentur eine über die soeben dargestellten Enthaltungspflichten hinaus eine Unterlassungspflicht trifft, die es ihr verbietet mit bestimmten Zweitkunden einen Agenturvertrag zu schließen. Muss sich die Werbeagentur auch solcher nachfolgenden Werbeleistungen enthalten, bei denen die Werbung des Erstkunden so weit abgeändert wird, dass die Leistung an den Zweitkunden eine freie Benutzung im Sinne des Urheberrechts darstellen würde und etwaig bestehende Kennzeichen- oder Designrechte nicht verletzt werden? In diesen Fällen hätte der Erstkunde keinen Anspruch auf Beseitigung der Beeinträchtigung bzw. Unterlassung gem. § 97 Abs. 1 UrhG bzw. § 14 Abs. 5, 15 Abs. 4 MarkenG, § 42 Abs. 1 DesignG, da eine widerrechtliche Verletzung seiner Urheber-, Kennzeichen- oder Designrechte nicht vorliegt. Das ihm übertragene ausschließliche Nutzungsrecht bzw. die ihm zustehenden Kennzeichen- oder Designrechte gewähren dem Erstkunden in diesen Fällen keine auf den Sonderschutz begründeten Abwehrrechte gegen die Werbung des Zweitkunden. Dementsprechend würde die Werbeagentur gegenüber ihrem Zweitkunden im Grundsatz eine rechtmäßige Werbeleistung erbringen.

a. Dogmatische Einordnung

Zunächst soll eine solche Enthaltungspflicht dogmatisch eingeordnet werden. In der Praxis ist im Grundsatz davon auszugehen, dass sich in vielen Fällen zu den

²⁸¹ MüKo BGB/*Ernst* § 280 Rn. 114.

²⁸² RGZ 113, 70, 72; RGZ 161, 330, 338; BGH NJW 1955, 460 - Kunstschutz in der Modeschöpfung; BeckOK BGB/*Sutschet* § 241 Rn. 71; MüKo BGB/*Ernst* § 280 Rn. 114.

²⁸³ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. c..

²⁸⁴ So auch BeckOK BGB/*Sutschet* § 241 Rn. 46; MüKo BGB/*Ernst* § 242 Rn. 95.

Enthaltungspflichten keine explizite Regelung im Vertrag der Parteien findet, die, ihre Wirksamkeit vorausgesetzt, vorrangig herangezogen werden könnte. Die Leistung an den Zweitkunden wird grundsätzlich nach Beendigung des Vertrags mit dem Erstkunden erbracht werden, sodass auch für diese Enthaltungspflicht im nachvertraglichen Bereich die Abgrenzung zwischen den nachwirkenden Treuepflichten und den Vertragsfortwirkungen zu erfolgen hat. Anders als die Pflicht der Werbeagentur, sich denselben Werbeleistungen zu enthalten, korreliert die Pflicht, sich darüberhinausgehend auch Leistungen an Zweitkunden zu enthalten, die keine Verletzung der Rechte des Erstkunden im Sinne des § 97 Abs. 1 und 2 UrhG darstellen, nicht mit der ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragung bzw. der Rechteübertragung an den Erstkunden. Eine Enthaltungspflicht wäre aber nur dann als Vertragsfortwirkung einzuordnen, wenn die Auslegung des Vertrages gem. §§ 133, 157 BGB ergeben würde, dass die Parteien eine diesbezügliche Enthaltungspflicht zumindest konkludent vereinbart haben,²⁸⁵ oder die ergänzende Vertragsauslegung ergäbe, dass beide Parteien eine Enthaltungspflicht nach dem Vertragszweck gleichermaßen gewollt haben²⁸⁶ und eine vertragliche Regelungslücke bestünde.

Die Interessen der Vertragsparteien sind in dieser Konstellation allerdings als gegenläufig einzustufen: Die Werbeagentur wird durch den Vertrag mit dem Erstkunden keinen weitergehenden Einschränkungen bei ihrer künftigen Tätigkeit für andere Kunden, insbesondere also Unterlassungspflichten unterliegen wollen. Ihr wirtschaftliches Interesse geht dahin, in Bezug auf nachfolgende Verträge keinen Einschränkungen zu unterliegen, die sich nicht unmittelbar aus der ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragung ergeben. Der Erstkunde dagegen wird gerade während dem Zeitraum, in dem er die erworbene Werbeleistung aktiv am Markt verwendet, im Hinblick auf seine Konkurrenten an einer Alleinstellung seiner Werbung interessiert sein. Anders als für den Umstand, dass der Vertragswille der Parteien darauf gerichtet ist, dass sich die Werbeagentur dahingehend zu enthalten hat, keine identische oder dem Sonderrechtsschutz widerlaufende Werbeleistung an den Zweitkunden zu erbringen, ist eine darüber hinausgehende Enthaltungspflicht bezüglich ihres Umfangs zunächst nicht näher eingrenzbar, sodass auch deshalb nicht von einer konkludenten Vereinbarung der Parteien ausgegangen werden kann, da es schon an einem konkret

²⁸⁵ MüKo BGB/*Ernst* § 280 Rn. 114.

²⁸⁶ *Hahn* ZUM 2011, 82, 84.

fassbaren Parteiwillen fehlt. Ein Ergebnis dahingehend, den Parteiwillen auf „ein rechtlich gebotenes Maß“ zu reduzieren, würde aber dem Gedanken von Treu und Glauben zuzuordnen sein. Es fällt damit unter den Gedanken des rechtlichen „Sollens“ und nicht des rechtlichen „Wollens“, ²⁸⁷ sodass auch eine ergänzende Vertragsauslegung darin ihre Grenzen findet²⁸⁸.

Da die Parteien diese weitergehende Enthaltungspflicht somit nicht zum Vertragsgegenstand bzw. Inhalt gemacht haben, wäre diese nachvertragliche Pflicht als sog. nachwirkende Treuepflicht einzuordnen, deren Verstoß sich als „culpa post contractum finitum“ darstellt.

Anders ist dies nur in denjenigen Fällen zu beurteilen, in denen der Werbeagenturvertrag eine explizite Regelung zu den Enthaltungspflichten enthält. Soweit eine ausdrückliche Vereinbarung über diese nachvertraglichen Enthaltungspflichten besteht, sind sie als Vertragsfortwirkungen einzuordnen.²⁸⁹

Sollte der Vertrag zwischen der Werbeagentur und ihrem Kunden ausnahmsweise noch nicht beendet, das Nutzungsrecht bzw. die Kennzeichen- oder Designrechte aber bereits an ihn übertragen sein, so stellt sich die Enthaltungspflicht als Leistungstreuepflicht dar.

b. Umfang der aus Treu und Glauben hergeleiteten Enthaltungspflicht

Aus dem nachvertraglichen Treuegedanken bzw. der Leistungstreuepflicht ²⁹⁰ erwächst grundsätzlich die gegenseitige Pflicht, - zumindest für eine Übergangszeit - alles zu unterlassen, was den Vertragszweck des anderen Teils nachträglich geradezu vereiteln oder zumindest ernsthaft gefährden könnte, sodass sich eine Unterlassungspflicht dahingehend ergibt, keine Handlungen vorzunehmen, durch die, die der anderen Seite durch den Vertrag gewährten Vorteile wieder entzogen, oder wesentlich geschmälert würden.²⁹¹ Diese Grundsätze bedeuten, wenn man sie auf die

²⁸⁷ BeckOK BGB/*Sutschet* § 242 Rn. 34.

²⁸⁸ MüKo BGB/*Busche* § 157 Rn. 37.

²⁸⁹ MüKo BGB/*Ernst* § 280 Rn. 114.

²⁹⁰ BeckOK BGB/*Sutschet* § 241 Rn. 42.

²⁹¹ RGZ 161, 330; BGHZ 16, 4; BGHZ 61, 176; BGH NJW 1994, 2754; OLG Nürnberg NJW-RR 1999, 737; OLG Karlsruhe NJW-RR 1987, 343; LG Hamburg NJW-RR 1994, 142; MüKo BGB/*Ernst* § 280 Rn. 115.

vorliegende Fallkonstellation des Werbeagenturvertrages übertragen will, dass sich in den Grenzen von Treu und Glauben eine Unterlassungspflicht der Werbeagentur ergeben kann, die darauf gerichtet ist, keine Handlungen und damit auch keine Zweitverträge abzuschließen, die den Vertragszweck mit dem Erstkunden (nachträglich) vereiteln, oder ernsthaft gefährden.

Die nachfolgende Untersuchung ist darauf gerichtet, diese allgemeinen Grundsätze für den Werbeagenturvertrag zu konkretisieren und die Frage zu beantworten, ob und in welchem Umfang die Agentur eine Enthaltungspflicht trifft. Urteile oder wissenschaftliche Untersuchungen sind für die Konstellation solcher Enthaltungspflichten der Werbeagentur - soweit ersichtlich - nicht vorhanden. Auch existiert, anders als für manche sog. freie Berufe, wie beispielsweise die Anwaltschaft,²⁹² keine gesetzlich kodifizierte Verpflichtung, die Verträge mit Zweitkunden begrenzen würde. Das Verbot widerstreitende Interessen wahrzunehmen begrenzt in § 43a Abs. 4 BRAO, § 3 Abs. 1 Alt. 1 BORA und § 356 StGB²⁹³ die sanktionslose Tätigkeitsmöglichkeit der Anwälte. Somit darf ein Rechtsanwalt nicht tätig werden, wenn er eine andere Partei in derselben Rechtssache im widerstreitenden Interesse beraten hat oder mit dieser Rechtssache in sonstiger Weise im Sinne der §§ 45, 46 BRAO beruflich befasst war, vgl. § 3 Abs. 1 BORA. Hierdurch soll das Vertrauensverhältnis von Rechtsanwalt und Mandant, die Wahrung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und die im Interesse der Rechtspflege gebotene Gradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung geschützt werden²⁹⁴. Da dieser Schutzzweck die Rechtspflege schützen soll, sind deren Gedanken allerdings nicht auf den wirtschaftlich geprägten Werbeagenturvertrag übertragbar.

Daher soll ein für die Enthaltungspflichten im Verlagsrecht wegweisendes Urteil zur Enthaltungspflicht herangezogen werden und auf seine Übertragbarkeit auf die vorliegende Fallkonstellation hin überprüft werden.

²⁹² Ähnlich auch für Steuerberater, vgl. § 57 Abs. 1 StBerG, § 2 Abs. 1 BOSTB i.V.m. § 6 BOSTB.

²⁹³ § 356 StGB fordert im Gegensatz zu den berufsrechtlichen Vorschriften, bei denen auch Fahrlässigkeit genügt, Vorsatz und sanktioniert den Verstoß des einzelnen Anwalts. § 43a Abs. 4 BRAO bezieht sich dagegen auch auf die Sozizen, wohingegen § 3 Abs. 1 Alt. 1 BORA auch Angestellte betrifft; vgl. hierzu BVerfG NJW 2006, 2469.

²⁹⁴ BT-Drucks. 12/4993, S. 27; vgl. auch BVerfGE 108, 150.

aa. Die kodifizierte Enthaltungspflicht im Verlagsrecht und die Medizin-Duden Entscheidung

Zur Frage, wann eine Enthaltungspflicht aus dem allgemeinen Treuepflichtgedanken entspringt, soll insbesondere ein Urteil aus dem Verlagsrecht Aufschluss geben. So hat der BGH in seiner Medizin-Duden Entscheidung²⁹⁵ aus dem Jahr 1973 Wettbewerbsbeschränkungen in einem Verlagsvertrag auf den Grundsatz von Treu und Glauben gestützt und dazu den folgenden Leitsatz formuliert: „Auch wenn ein Verlagsvertrag dem Verfasser nicht ausdrücklich Wettbewerbsbeschränkungen auferlegt, verletzt der Verfasser in der Regel seine Treuepflicht gegenüber dem Verleger, wenn er während der Dauer des Verlagsvertrages über den gleichen Gegenstand in einem anderen Verlag ein Werk erscheinen lässt, das sich an den gleichen Abnehmerkreis wendet und nach Art und Umfang geeignet ist, dem früheren Werk ernsthaft Konkurrenz zu bereiten“.²⁹⁶ Da der BGH in dieser Entscheidung davon auszugehen scheint, dass eine Enthaltungspflicht des Verfassers auf Treu und Glauben gestützt werden kann, wenn er ein nachgelagertes Werk erscheinen lässt, dass die Auswertung des Ersten gefährdet, besteht Anlass, das verlagsrechtliche Urteil näher dahingehend zu beleuchten, ob und wie es auf die vorliegende Konstellation des Werbeagenturvertrags Anwendung finden kann.

Hierzu soll auf die im Verlagsrecht ausdrücklich kodifizierte Enthaltungspflicht nach § 2 Abs. 1 VerlG eingegangen werden ((1.)). Für die Annahme der Enthaltungspflichten aus Treu und Glauben gilt die Medizin-Duden Entscheidung²⁹⁷ als wegweisend, sodass im Weiteren zunächst deren Sachverhalt und die Entscheidungsgründe, die diesem Urteil zugrunde lagen, dargestellt werden ((2.)) und die verlagsrechtliche Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben und der Meinungsstand in der Literatur und der Rechtsprechung dazu dargelegt werden ((3.)). Die weiteren Ausführungen befassen sich mit der Übertragbarkeit der Medizin-Duden Entscheidung auf die Fragestellung, ob die Agentur eine Unterlassungspflicht trifft, die es ihr untersagt, - mit bestimmten - Zweitkunden einen Agenturvertrag zu schließen und sich die Werbeagentur (auch) solchen nachfolgenden Werbeleistungen enthalten muss, bei der die Werbung des Erstkunden so weit abgeändert wird, dass die Leistung an den

²⁹⁵ BGH GRUR 1973, 426 - Medizin-Duden.

²⁹⁶ BGH GRUR 1973, 426, 426 - Medizin-Duden.

²⁹⁷ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden.

Zweitkunden eine freie Benutzung im Sinne des Urheberrechts darstellen würde und etwaig bestehende Kennzeichen- oder Designrechte nicht verletzt werden ((4.)). Da sich eine normierte Enthaltungspflicht ausschließlich im Verlagsrecht in § 2 Abs. 1 VerlG findet und sich der Meinungsstand über den Maßstab zu der darüberhinausgehenden Unterlassungspflicht aus Treu und Glauben ebenfalls auf das Verlagsrecht bezieht, stellt sich die Frage, inwieweit sich die Grundsätze auf den Werbeagenturvertrag übertragen lassen, sodass sich die weiteren Ausführungen mit der Übertragbarkeit des Maßstabs für die Begründung von Enthaltungspflichten auf die Konstellation der Werbeagentur befassen ((5.)).

(1.) Kodifizierte Enthaltungspflicht in § 2 Abs. 1 VerlG

Im Verlagsrecht ist eine Enthaltungspflicht in § 2 Abs. 1 VerlG ausdrücklich kodifiziert.²⁹⁸ Nach dieser dispositiven²⁹⁹ Vorschrift hat sich der Verfasser während der Dauer des Vertragsverhältnisses Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes zu enthalten, welche einem Dritten während der Dauer des Urheberrechts untersagt ist. Unter „Vervielfältigung“ in diesem Sinne wird nach überwiegender Meinung der sogenannte enge verlagsrechtliche Vervielfältigungsbegriff nach § 1 VerlG verstanden, sodass ausschließlich dem Druckverfahren vergleichbare Reproduktionstechniken umfasst sind.³⁰⁰ § 2 Abs. 1 VerlG bestimmt, dass der Verfasser die Auswertung des Verlegers genauso wenig stören darf, wie ein Dritter. Damit wird der Verfasser vom Gesetz ausdrücklich einem Dritten gleichgestellt.³⁰¹ Ausnahmen ergeben sich aus der enumerativen Aufzählung in § 2 Abs. 2 Nr. 1 - 5 VerlG, wonach einzelne Befugnisse ausdrücklich beim Verfasser verbleiben (sog. vorbehaltene Nutzungsarten³⁰²) und § 2 Abs. 3 VerlG, wonach bei einem Zeitablauf von 20 Jahren nach Erscheinen des Werkes ein Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in einer Gesamtausgabe besteht. Eine weitere Einschränkung erfährt die Enthaltungspflicht durch die urheberrechtliche Vorschrift aus § 37 UrhG, sodass schutzfähige Bearbeitungen, welche auch dem Urheber freistehen, erlaubt sind.³⁰³

²⁹⁸ Schricker/*Schricker* § 2 Rn. 1; Wandtke/Bullinger/*Wandtke/Grünert* Vor §§ 31 ff. Rn. 117.

²⁹⁹ Ulmer-Eilfort/Obergfell/*Obergfell* § 2 Rn. 4; *Gottschalk* ZUM 2005, 359, 359.

³⁰⁰ Schricker/*Schricker* § 1 Rn. 51 und § 2 Rn. 9; Ulmer-Eilfort/Obergfell/*Obergfell* § 2 Rn. 25; *Gottschalk* ZUM 2005, 359, 359; *Wündisch* S. 37.

³⁰¹ Wegner/Wallenfels/Kaboth/*Wegner* 2. Kap. Rn. 30.

³⁰² Raue/Hegemann/*Bullinger* § 8 Rn. 10.

³⁰³ Ulmer-Eilfort/Obergfell/*Obergfell* § 2 Rn. 34; *Gottschalk* ZUM 2005, 359, 359.

Untersagt ist grundsätzlich³⁰⁴ auch die im Sinne von § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG umgestaltete Verwertung des Werkes durch den Verfasser (wie auch durch einen Dritten) untersagt, sofern es sich bei dem Zweitwerk nicht um eine „freie Benutzung“ gem. § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG handelt.³⁰⁵

Für den Verfasser enthält § 2 Abs. 1 VeriG damit eine schuldrechtliche Unterlassungspflicht dahingehend, dass ihm diejenigen Handlungen untersagt sind, welche den Verlag in der vertraglich geschuldeten Vervielfältigung und Verbreitung des Werkes behindern oder stören.³⁰⁶ Zur Ermittlung des konkreten sachlichen Umfangs der Enthaltungspflicht aus § 2 Abs. 1 VeriG ist der Verlagsvertrag nach der Zweckübertragungsregel gem. § 31 Abs. 5 UrhG dahingehend zu untersuchen, worauf sich das positive Benutzungsrecht und das negative Verbotungsrecht erstreckt.³⁰⁷

Allerdings normiert § 2 Abs. 1 VeriG deklaratorisch die Enthaltungspflicht, die sich als Folge aus der Exklusivität der dem Verlag eingeräumten Rechte bereits aus § 8 VeriG ergibt,³⁰⁸ sodass § 2 Abs. 1 VeriG über seinen klarstellenden Charakter keine Bedeutung zukommt.

Über die normierte deklaratorische Enthaltungspflicht nach § 2 Abs. 1 VeriG hinaus, findet der Gedanke des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Treuepflicht der Parteien, der sich als leitendes und ausgleichendes Prinzip durch das Gesamtgebiet des Verlagsvertragsrechts zieht,³⁰⁹ eine besondere Ausprägung bei der Bestimmung der weitergehenden Enthaltungspflichten. So ist im Verlagsrecht grundsätzlich anerkannt, dass sich eine Enthaltungspflicht des Verfassers aus dem allgemeinen Treuegedanken und damit über den Regelungsgehalt des § 2 Abs. 1 VeriG hinaus ergeben kann.³¹⁰

³⁰⁴ Es sei denn, es liegt ein Fall des Ausnahmekatalogs in § 2 Abs. 2 VeriG vor. *Schricker/Schricker* § 2 Rn. 8.

³⁰⁵ *Schricker/Schricker* § 2 Rn. 8.

³⁰⁶ *Ulmer-Eilfort/Obergfell/Obergfell* § 2 Rn. 23, OLG München ZUM 2007, 751, 753.

³⁰⁷ *Schricker/Schricker* § 2 Rn. 3a.

³⁰⁸ *Ulmer-Eilfort/Obergfell/Obergfell* § 2 Rn. 1.

³⁰⁹ *Schricker/Schricker* § 1 Rn. 23.

³¹⁰ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden; *Loewenheim/Nordemann-Schiffel/Nordemann* § 70 Rn. 131; *Ulmer-Eilfort/Obergfell/Obergfell* § 2 Rn. 20; *Schricker/Schricker* § 2 Rn. 8; a.A. *Gottschalk* ZUM 2005, 359, 366 f., der davon ausgeht, dass man ein allgemein dem Verlagsvertrag innewohnendes

(2.) Die Entscheidung des BGH, Urteil vom 23.02.1973, - I ZR 70/71 - Medizin-Duden

Für die Annahme der Enthaltungspflichten aus Treu und Glauben gilt die Medizin-Duden Entscheidung vom 23.02.1973³¹¹ als wegweisend. Im Folgenden sollen daher zunächst der Sachverhalt und die Entscheidungsgründe, die diesem Urteil zugrunde lagen, dargestellt werden.

In seiner Medizin-Duden Entscheidung³¹² hatte der BGH die Reichweite der Enthaltungspflichten eines Verfassers für den Fall, dass die Parteien keine ausdrückliche Vereinbarung hierzu getroffen haben, zu untersuchen. Streitgegenständlich war die Klage zweier Verlagsunternehmen gegen den Verfasser und dessen Zweitverleger, um insbesondere zu erreichen, dass diese ein konkurrierendes Zweitwerk nicht erscheinen lassen bzw. vervielfältigen.

(a.) Der tatsächliche Hintergrund der Entscheidung

Im Oktober 1964 schlossen die Kläger und die Beklagten einen Verlagsvertrag, durch den sich der Verfasser dazu verpflichtete, die Zusammenstellung des Manuskripts für einen "Ärzte-Duden" bzw. „Medizin-Duden“ zu übernehmen. Der Verfasser verpflichtete sich dazu, an die Kläger das urheberrechtliche Verwertungsrecht für die erste und alle folgenden Auflagen zu übertragen. Ein Konkurrenzverbot war im Vertrag nicht enthalten. In der Folge schlossen sich die beiden Kläger als Verlagsunternehmen durch den Vertrag vom Februar 1965 zusammen, um den "Ärzte-Duden" bzw. „Medizin-Duden“ gemeinschaftlichen herauszugeben. Dabei wurde das Manuskript des Verfasser klägerseits in sachlicher sowie in philologischer Hinsicht überarbeitet und als „Duden-Wörterbuch medizinischer Fachausdrücke“ („Medizin-Duden“) im Jahre 1968 zum Ladenpreis von 24,- DM herausgegeben. Der Duden enthielt rund 30.000 Stichwörter und richtete sich nach der Kurzinformation auf dem Schutzumschlag an Ärzte und deren Mitarbeiter, an den Studenten der Medizin und an fachlich interessierte Laien.

Wettbewerbsverbot „heute“ nicht mehr annehmen kann, weil § 2 Abs. 1 VerlG die Enthaltungspflicht des Verfassers bereits umfassend beschreibt.

³¹¹ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden.

³¹² BGH GRUR 1973, 426 - Medizin-Duden.

In der Taschenbuchreihe des Verfassers und späteren Beklagten zu 2.) erschien im September 1969 ein weiteres Werk, nämlich das von ihm verfasste „Wörterbuch der Medizin“. Dieses Taschenbuch richtete sich an „jedermann“. Es enthielt 14.000 Stichwörter und wurde für 5,- DM verkauft.³¹³

Beide Werke behandelten deren Inhalt nach demselben Gegenstand, nämlich die Erläuterung medizinischer Fachausdrücke, wogegen das „Wörterbuch der Medizin“ insgesamt weniger Stichwörter enthielt und die Erklärungen teilweise einfacher gestaltet waren. So haben sich beide Werke an Mitarbeiter von Ärzten und interessierte Laien gerichtet.³¹⁴

Die Kläger waren der Ansicht, das "Wörterbuch der Medizin" stelle eine Urheberrechtsverletzung dar, weil es eine unfreie Benutzung des „Medizin-Dudens“ sei. Darüber hinaus würde die Verbreitung des "Wörterbuchs der Medizin" eine Treuepflichtverletzung darstellen, nachdem beide Werke den gleichen Zweck verfolgten, nämlich dem Laien medizinische Fachausdrücke verständlicher zu machen. Es sei außerdem wettbewerbswidrig, wenn sich auf der Rückseite des Taschenbuchs folgender Hinweis befände: "Auf Grund seiner Materialsammlung wurde das Dudenwörterbuch medizinischer Fachausdrücke vom Bibliographischen Institut Mannheim zusammen mit dem Georg Thieme Verlag in Stuttgart herausgegeben."³¹⁵

Die Kläger hatten beantragt, es dem Verfasser zu verbieten, von seinem Zweitverleger die Vervielfältigung und Verbreitung des "Wörterbuchs der Medizin" zu verlangen, oder es in einem dritten Verlag erscheinen zu lassen. Dem Zweitverleger sollte es verboten werden, das "Wörterbuch der Medizin" zu vervielfältigen und zu verbreiten. Hilfsweise begehrten die Kläger das Verbot des Zweitverlegers das "Wörterbuch der Medizin" zu verbreiten, wenn auf einer der Umschlagseiten wörtlich oder sinngemäß darauf

³¹³ BGH GRUR 1973, 426, 426 - Medizin-Duden.

³¹⁴ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden.

³¹⁵ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden. Die Kläger machten geltend, es sei wettbewerbswidrig, wenn die Zweitverlegerin den Verfasser mit dieser Einleitung vorstellen würde. Was es mit dem Bibliographischen Institut Mannheim und dem Georg Thieme Verlag in Stuttgart konkret auf sich hat, erschließt sich aus dem Tatbestand des Urteils nicht vollständig, weil der BGH diesen Klageantrag mangels hierfür erforderlicher Feststellungen an das Berufungsgericht zurückverwiesen hat. Für die vorliegende Fragestellung ist dieser Antrag aber nicht entscheidend.

hingewiesen sei, dass der Verfasser das Duden-Wörterbuch auf Grund seiner Materialsammlung mit dem Georg Thieme Verlag in Stuttgart herausgegeben wurde.

Daneben beehrten die Kläger gesamtschuldnerisch Schadensersatz von den Beklagten und die Verurteilung des Zweitverlegers sämtliche Bestände des "Wörterbuchs der Medizin" zu vernichten.

(b.) Die Entscheidung

Das erstinstanzliche LG hatte es dem Zweitverleger gemäß dem Hilfsantrag verboten, das "Wörterbuch der Medizin" mit einem Hinweis auf der Umschlagseite auf die Materialsammlung des klägerischen Verlags zu verbreiten und im Übrigen die Klage abgewiesen. Damit wurde der Hauptantrag vom LG abgewiesen und es den Beklagten damit gerade nicht verboten, das "Wörterbuch der Medizin" erscheinen zu lassen und zu vervielfältigen. Die Berufung der Kläger gegen die teilweise Klageabweisung in erster Instanz wurde zurückgewiesen. Der BGH dagegen hat den Klageanträgen zu 1 und 2 stattgegeben und es dem Verfasser damit verboten, von seinem Zweitverleger die Vervielfältigung und Verbreitung des "Wörterbuch der Medizin" zu verlangen oder es in einem dritten Verlag erscheinen zu lassen. Dem Zweitverleger wurde es verboten, das "Wörterbuch der Medizin" zu vervielfältigen und zu verbreiten. Im Übrigen wurde die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen.³¹⁶

In seinen Entscheidungsgründen hat der BGH betont, dass obgleich die Parteien keine vertragliche Regelung dahingehend getroffen hatten, dass es dem Verfasser untersagt sein sollte, ein neues selbstständiges Werk während der Dauer des Urheberrechts zu verbreiten, ein Anspruch der Kläger darauf, die Verbreitung des „Wörterbuchs der Medizin“ zu untersagen, dennoch gegeben sei.

Für die Begründung dieses Anspruchs könne dahinstehen, ob das „Wörterbuch der Medizin“ eine abhängige Bearbeitung darstellen würde, und seine Verbreitung damit letztlich schon durch § 2 Abs. 1 VerlG ausgeschlossen sei, oder ob es als freie

³¹⁶ Der BGH konnte in Bezug auf den Klageantrag auf Schadensersatz und den Antrag auf Vernichtung der vorhandenen Exemplare des „Wörterbuchs der Medizin“ keine abschließende Entscheidung treffen, da das angefochtene Urteil nicht die hierfür erforderlichen Feststellungen enthielt; BGH GRUR 1973, 426, 428 - Medizin-Duden.

Benutzung im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG³¹⁷ und damit als selbständiges Werk anzusehen sei.

Der BGH stellte klar, dass die auf dem Verlagsvertrag beruhende Enthaltungspflicht weitergehen könne als der Regelungsgehalt des § 2 Abs. 1 VerlG. Die Herausgabe des „Wörterbuchs der Medizin“ stelle unabhängig von der kodifizierten Enthaltungspflicht und unabhängig von einer ausdrücklich vereinbarten Wettbewerbsvereinbarung eine Verletzung des Verlagsvertrags dar.³¹⁸

„Nach dem auch den Verlagsvertrag beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben hat der Verfasser alles zu unterlassen, wodurch die Auswertung des von ihm in Verlag gegebenen Werkes durch den Verleger in erheblicher Weise beeinträchtigt, wenn nicht gar unmöglich gemacht werden würde. Denn dies wäre nach dem Sinn und Zweck des Verlagsvertrags nicht mit dem Grundsatz von Treu und Glauben vereinbar. Andererseits darf jedoch der Verfasser nicht in unzumutbarer Weise in der Freiheit seines geistigen Schaffens beschränkt werden. Wenn (...) ein ausdrückliches Wettbewerbsverbot zu Lasten des Verfassers nicht vereinbart worden ist, so wird daher regelmäßig von einem Verstoß gegen Treu und Glauben nur dann gesprochen werden können, wenn das neue Werk denselben Gegenstand behandelt, sich an den gleichen Abnehmerkreis wendet und nach Art und Umfang geeignet ist, dem früheren Werk ernsthafte Konkurrenz zu bereiten.“³¹⁹

Nach Auffassung des BGH stellte das "Wörterbuch der Medizin" ein Konkurrenzwerk zum "Medizin-Duden" dar, da es inhaltlich denselben Gegenstand behandelt hat. Auch wenn das "Wörterbuch der Medizin" weniger Stichworte umfasste und auch die Erklärungen zu den einzelnen medizinischen Begrifflichkeiten teilweise einfacher gehalten war, würden sich beiden Werke an denselben Personenkreis richten.

Das für "jedermann" bestimmte "Wörterbuch der Medizin" und der "für einen breiten Personenkreis" gedachte "Medizin-Duden" sei im Wesentlichen für die Mitarbeiter von Ärzten und für interessierte Laien bestimmt, auch wenn im "Wörterbuch der Medizin"

³¹⁷ Bzw. § 24 Abs. 1 UrhG a.F.; aufgehoben durch das Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes vom 31.05.2021 (BGBl. I S. 1204) mit Wirkung vom 07.06.2021.

³¹⁸ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden.

³¹⁹ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden.

nicht ausdrücklich auch Ärzte und Medizinstudenten genannt seien, wie dies beim "Medizin-Duden" der Fall war.

Im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung der widerstreitenden Interessen zwischen der Freiheit des geistigen Schaffens des Verfassers und dem Interesse des Verlegers an einer ungestörten Verbreitung seines Werkes hat der BGH auch berücksichtigt, dass der "Medizin-Duden" nicht ausschließlich auf der Leistung des Verfassers beruhte, als dieser zwar die Materialsammlung zusammengestellt hatte, jene aber von Mitarbeitern des klägerischen Verlagsunternehmens in sachlicher und philologischer Hinsicht bearbeitet worden war. Den Klägern war somit neben der verlegerischen Tätigkeit eine Beteiligung an der Gestaltung des Manuskripts zuzusprechen. Hierdurch wäre der Verfasser „in besonderem Maße verpflichtet gewesen, sich bei der Abfassung und dem Erscheinenlassen eines ähnlichen Werkes größte Zurückhaltung aufzuerlegen“³²⁰. Seine medizinischen Kenntnisse könne der Verleger durch Veröffentlichungen auswerten, die mit seinen Treuepflichten aus dem mit den Klägern abgeschlossenen Verlagsvertrag vereinbar sind, sodass er nicht in unzumutbarer Weise in der Auswertung seines geistigen Schaffens beschränkt sei.³²¹

Der Entscheidung des BGH ist zuzustimmen, da es die beiderseitigen Interessen der Parteien ausreichende gewürdigt hat und die Vertragszweckgefährdung des Verfassers durch sein Zweitwerk überzeugend begründet hat.

(3.) Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben im Verlagsrecht und der Meinungsstand in der Literatur und der Rechtsprechung

Eine Enthaltungspflicht des Verfassers besteht nach der oben dargestellten Medizin-Duden Entscheidung und der überwiegenden Ansicht in der verlagsrechtlichen Literatur³²² also nicht nur im Umfang des § 2 Abs. 1 VerlG, sondern aufgrund des allgemeinen Treuegedankens auch über dessen Regelungsgehalt hinaus. Demnach kann dem Verfasser nach Treu und Glauben versagt sein, solche Handlungen

³²⁰ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden.

³²¹ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden.

³²² BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden; Loewenheim/*Nordemann-Schiffel/Nordemann* § 70 Rn. 131; Ulmer-Eilfort/*Obergfell/Obergfell* § 2 Rn. 20; Schrickler/*Schrickler* § 2 Rn. 8; a.A. *Gottschalk ZUM* 2005, 359, 366 f., der davon ausgeht, dass man ein allgemein dem Verlagsvertrag innewohnendes Wettbewerbsverbot heute nicht mehr annehmen kann, weil § 2 Abs. 1 VerlG die Enthaltungspflicht des Verfassers bereits umfassend beschreibt.

vorzunehmen, die ihm verlagsrechtlich und urheberrechtlich eigentlich erlaubt sind.³²³ Das heißt, dem Verfasser kann es unter diesem Gesichtspunkt auch verwehrt sein, solche Vervielfältigungen vorzunehmen, die an sich ein neues, selbstständiges Werk und eine freie Benutzung im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG darstellen und ihm damit nicht schon durch § 2 Abs. 1 VerlG versagt sind. Dabei soll der Grundsatz gelten, dass sich der Verfasser während der Dauer des Verlagsvertrags solcher Publikationstätigkeit zu enthalten hat, die der Verwertung seines Werkes durch den Verleger entgegenstehen können bzw. die geeignet sind, den Vertragszweck zu vereiteln.³²⁴ Entscheidend ist damit, dass der Verfasser mit seiner nachfolgenden Publikationstätigkeit dem Erstwerk derartig Konkurrenz machen würde, dass die Verwertung desselben nachträglich konterkariert werden würde.³²⁵

(a.) Keine Enthaltungspflicht über den Regelungsgehalt von § 2 Abs. 1 VerlG hinaus?

Demgegenüber hat *Gottschalk*³²⁶ die Ansicht vertreten, dass man eine über den Regelungsgehalt von § 2 Abs. 1 VerlG hinausgehende Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben „heute (...) nicht mehr annehmen können“³²⁷ wird, womit er eine Enthaltungspflicht nach Treu und Glauben damit generell ablehnt. Er begründet seine Ansicht damit, dass eine Enthaltungspflicht des Verfassers schon durch § 2 Abs. 1 VerlG geregelt werde und es deswegen keines Rückgriffs auf den Grundsatz von Treu und Glauben bedürfe. Zudem sei die Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben hinsichtlich ihres Umfangs und ihres Anwendungsbereichs zu unbestimmt. Den Vertragsparteien stünde es frei, ein vertragliches Wettbewerbsverbot in den Vertrag mitaufzunehmen. Es entspräche nicht dem Sinn des Verlagsvertrages, dass die Schaffensfreiheit des Verfassers zu Gunsten geschäftlicher Zwecke des Verlegers eingeschränkt werde, zumal beachten werden müsse, dass der inhaltliche Kern wissenschaftlicher Thesen, Lehren und Theorien urheberrechtlich ohnehin freigestellt sei.³²⁸

³²³ Schricker/*Schricker* § 2 Rn. 4.

³²⁴ *Hillig* S. 222; Ulmer-Eilfort/Obergfell/*Obergfell* § 2 Rn. 20.

³²⁵ Ulmer-Eilfort/Obergfell/*Obergfell* § 2 Rn. 20.

³²⁶ *Gottschalk* ZUM 2005, 359, 366.

³²⁷ *Gottschalk* ZUM 2005, 359, 366.

³²⁸ *Gottschalk* ZUM 2005, 359, 366 f..

Diesen Argumenten ist zu widersprechen. Allein aus der normierten und rein deklaratorischen Regelung in § 2 Abs. 1 VerlG lässt sich nicht der Rückschluss darauf ziehen, dass eine weitergehende Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben ausgeschlossen wäre, da § 2 Abs. 1 VerlG die Enthaltungspflicht schon nicht ausdrücklich abschließend regelt. Die Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben fußt auf dem Treuegedanken gem. § 242 BGB. Weshalb der jedem Vertrag immanente allgemeine Treuegedanke, wonach die grundsätzliche Pflicht beider Vertragsparteien besteht - zumindest für eine Übergangszeit - alles zu unterlassen, was den Vertragszweck des anderen Teils nachträglich geradezu vereiteln oder zumindest ernsthaft gefährden könnte,³²⁹ im Verlagsrecht nicht anwendbar sein sollte, erschließt sich nicht.³³⁰ Nicht überzeugend ist auch das Argument, dass der sachliche Umfang der aus dem allgemeinen Treuegedanken entspringenden Enthaltungspflicht zu unbestimmt sei. Zwar ist *Gottschalk* insoweit zuzugeben, dass die Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben nicht für alle denkbaren Fälle gleich ist, sondern am jeweiligen Einzelfall orientiert. Allerdings kann sie im Rahmen der gebotenen Abwägung innerhalb des § 242 BGB³³¹ hinreichend konkretisiert werden und damit dem Einzelfall gerecht werdend angewendet werden. Da im Rahmen dieser Interessenabwägung auf die beidseitigen Interessen der Vertragsparteien einzugehen ist,³³² steht entgegen dem Vorbringen von *Gottschalk*³³³ auch nicht zu befürchten, dass die Schaffensfreiheit des Verfassers zu Gunsten geschäftlicher Zwecke des Verlegers unangemessen eingeschränkt wird.

(b.) Reichweite der Enthaltungspflicht

Richtigerweise ist das Bestehen einer Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben damit im Grundsatz zu bejahen. Doch selbst wenn man aber mit der oben dargestellten Medizin-Duden Entscheidung und der überwiegenden Ansicht in der

³²⁹ BGH NJW 1955, 460 - Kunstschutz in der Modeschöpfung; BGH NJW 1965, 491; BGH NJW 1973, 1923; BGH NJW 1994, 2754; OLG Nürnberg NJW-RR 1999, 737; OLG Karlsruhe BeckRS 9998, 06611; LG Hamburg NJW-RR 1994, 142.

³³⁰ So auch *Sprick* GRUR 1973, 428, 428.

³³¹ Vgl. etwa BGH NJW 1955, 460, 463 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

³³² BGH NJW 1955, 460, 463 - Kunstschutz in der Modeschöpfung

³³³ *Gottschalk* ZUM 2005, 359, 367.

verlagsrechtlichen Literatur³³⁴ eine Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben grundsätzlich bejaht, so herrscht Uneinigkeit über den Maßstab, an dem sich die zweite Publikationstätigkeit des Verfassers messen lassen muss.

Nach einer Ansicht in der Literatur, die von *Greuner* vertreten wird,³³⁵ genügt schon die bloße „Gefahr“, dass das neue Werk des Verfassers den Absatz des früheren beeinträchtigt. In den Fällen, in denen ein Autor ein neues, in urheberrechtlichem Sinne selbständiges Werk verfasst, welches inhaltlich mit dem Erstwerk in Wettbewerb tritt, soll danach eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten sein. Sofern man unter Anwendung dieser Betrachtungsweise zu dem Ergebnis käme, dass die Gefahr bestünde, dass dieses Zweitwerk des Verfassers den Absatz des früheren beeinträchtigen könnte, wäre eine aus dem Vertrag abgeleitete Enthaltungspflicht begründet. Dass der Verfasser hier schlechter stünde, als ein Dritter, der ein urheberrechtlich selbständiges Werk veröffentlichen dürfe, sei hinzunehmen, weil jeder abgeschlossene Vertrag gewisse Einschränkungen zur Folge hätte, unter die sich der Vertragspartner freiwillig unterwerfen würde. Der Verfasser könnte ein für ihn unerwünschtes Ergebnis dadurch vermeiden, indem er mit dem Verleger eine Regelung darüber treffen könne, wie dieser Wettbewerbsgefahr ausgewichen werden könne.³³⁶

Daneben gibt es aber auch Stimmen in der verlagsrechtlichen Literatur, die dafür plädieren, diese Enthaltungspflichten restriktiver auszulegen.³³⁷ So soll die aus dem Verlagsvertrag erwachsende Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben nur insoweit bestehen, als die Auswertung des in Verlag gegebenen Werkes „nicht unmöglich gemacht werden darf, oder in schwerer Weise beeinträchtigen werden darf“.³³⁸ Dies wäre aber noch nicht bei jeder hinsichtlich Gegenstand, Abnehmerkreis, Art und Umfang konkurrierenden Veröffentlichung der Fall. Begründet wird dieser Maßstab von *Schricker* mit einem Rückschluss auf § 2 VerlG und darauf, dass dieser die Enthaltungspflicht des Verfassers - nahezu - ausschließlich festlegen würde, sodass

³³⁴ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden; Loewenheim/*Nordemann-Schiffel/Nordemann* § 70 Rn. 131; Ulmer-Eilfort/*Obergfell/Obergfell* § 2 Rn. 20; *Schricker/Schricker* § 2 Rn. 8.

³³⁵ *Greuner* GRUR 1972, 109, 110.

³³⁶ *Greuner* GRUR 1972, 109, 110.

³³⁷ *Schricker/Schricker* § 2 Rn. 8; *Sprick* GRUR 1973, 428, 428 f..

³³⁸ *Schricker/Schricker* § 2 Rn. 8.

eine großzügige Ausdehnung die normierte Grenze aushöhlen würde. Auch durch die Tendenz des Urhebergesetzes von 1965, das die Enthaltungspflicht durch die Einführung von § 37 Abs. 1 UrhG weiter reduziert hätte, käme die gesetzgeberische Wertung mit der Notwendigkeit zur restriktiven Beurteilung der Enthaltungspflicht zum Ausdruck. Eine enge Auslegung sei auch unter dem kartellrechtlichen Gesichtspunkt geboten. Für den Verleger bestünde die Möglichkeit und das Bedürfnis, seine Interessen durch ein ausdrückliches Wettbewerbsverbot zu sichern, sodass in dem Fall, in denen eine weitergehende Enthaltungspflicht nicht vereinbart ist, mit dem BGH aus der Medizin-Duden Entscheidung³³⁹ die Freiheit des geistigen Schaffens des Verfassers gegenüber dem Wettbewerbsinteresse des Verlegers zu betonen sei.³⁴⁰ Diese restriktive Handhabung führe dazu, dass die Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben in dem Umfang bestünde, in dem die Auswertung des in Verlag gegebenen Werkes unmöglich gemacht oder zumindest in schwerer Weise beeinträchtigt werden würde, sodass allein eine hinsichtlich Gegenstand, Abnehmerkreis, Art und Umfang konkurrierenden Veröffentlichung des Verfassers allein nicht genügen würde.³⁴¹ Bei der Prüfung, ob eine schuldrechtliche Unterlassungspflicht aus § 242 BGB bestünde, sei also auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen, um danach festzustellen, ob das Zweitwerk des Verfassers diese Voraussetzungen erfüllt.³⁴²

Auch *Sprick* hebt in seiner Anmerkung zur Medizin-Duden Entscheidung das Erfordernis einer Interessenabwägung hervor.³⁴³ Für die Annahme einer Enthaltungspflicht spreche etwa der Umstand, dass eine dauerhafte Vertragsbeziehung über mehrere Werke bestünde und erhebliche Dauerinvestitionen des Verlegers vorlägen, denn hierdurch sei das Vertrauen auf ungestörte Auswertung erweckt worden.³⁴⁴ Außerdem sei nach den konkreten Werksarten zu unterscheiden. So sei dem Verfasser populärwissenschaftlicher Literatur eher eine schuldrechtliche Unterlassungspflicht aus Treu und Glauben zuzumuten, als dem Autor anspruchsvoller wissenschaftlicher Werke.³⁴⁵ Ein Konkurrenzverhältnis am Markt entstünde zwar am

³³⁹ BGH GRUR 1973, 426 - Medizin-Duden.

³⁴⁰ Schricker/*Schricker* § 2 Rn. 8.

³⁴¹ Schricker/*Schricker* § 2 Rn. 8.

³⁴² Schricker/*Schricker* § 2 Rn. 8.

³⁴³ *Sprick* GRUR 1973, 428, 428.

³⁴⁴ *Schramm* UFITA Bd. 64, 1972, 19, 29.

³⁴⁵ Schricker/*Schricker* § 2 Rn. 8.

ehesten bei Sachbüchern, insbesondere wissenschaftlicher Literatur, allerdings sei hier zu beachten, dass der inhaltliche Kern wissenschaftlicher Thesen, Lehren und Theorien urheberrechtlich frei sei.³⁴⁶ Auf der anderen Seite müsse auch das Interesse des Verfassers an der Freiheit seines geistigen Schaffens sowie seine wirtschaftliche Situation beachtet werden und gegen das Bestehen einer Enthaltungspflicht abgewogen werden.³⁴⁷

(c.) Stellungnahme

Im Ergebnis ist der Ansicht zu folgen, welche die schuldrechtlichen Unterlassungspflichten für den Verfasser eng auslegen will und fordert, dass das nachfolgende Werk die Auswertung des Erstwerks unmöglich macht oder zumindest in schwerer Weise beeinträchtigt. Neben den in der Literatur angeführten Argumenten, spricht hierfür vor allem eines: Die Pflicht des Verfassers, sich über das Vertragswerk hinaus Veröffentlichungen von Konkurrenzwerken zu enthalten, ist als sog. Treuepflicht zu qualifizieren. Dieser Treuegedanke ist Ausfluss von §§ 157, 241 Abs. 2, 242 BGB bzw. § 347 HGB und erwächst aus dem Gebot des rechtlichen „Sollens“ der Parteien und damit gerade nicht dem, was die Parteien auch „gewollt“ und vereinbart haben. Soweit die Parteien keine Enthaltungspflicht für den Verfasser vereinbart haben, ist auch die „Nichtregelung“ Ausdruck ihres Parteiwillens, keiner weitergehenden Enthaltungspflicht als zwingend notwendig, unterliegen zu wollen, und damit als Ausfluss der Privatautonomie zu werten. Es ist gerade der Kern der Privatautonomie, dass sich die Parteien an ihrem Willen festhalten lassen müssen, sodass auch der Verlag zu akzeptieren hat, dass er - als sachnähere bzw. fachkundigere Partei - keine weitergehende Vereinbarung zu der Enthaltungspflicht mit dem Autor getroffen hat. Zwar kann auch dies nicht unbegrenzt gelten, da das Gebot von Treu und Glauben jedem Vertrag innewohnt. Dennoch kollidiert jeder korrigierende Eingriff in das von den Parteien hergestellte Vertragsgleichgewicht mit der Privatautonomie.³⁴⁸ Da eine schuldrechtliche Unterlassungspflicht aus Treu und Glauben nicht exzessiv in das von den Parteien Vereinbarte eingreifen sollte, hat sich diese richtigerweise an dem Maßstab zu orientieren, ob ohne sie die Auswertung des

³⁴⁶ Schricker/*Schricker* § 2 Rn. 8; BGH GRUR 1981, 352, 353 - Staatsexamensarbeit.

³⁴⁷ *Sprick* GRUR 1973, 428, 428.

³⁴⁸ MüKo BGB/*Schubert* § 242 Rn. 511.

in Verlag gegebenen Werkes unmöglich gemacht oder zumindest in schwerer Weise beeinträchtigt wird.

Entgegen der Ansicht von *Greuner*³⁴⁹ genügt nicht schon die bloße „Gefahr“ dahingehend, dass das neue Werk des Verfassers den Absatz des früheren beeinträchtigt. Dabei wird schon nicht klar, ob es sich um eine konkrete Gefahr handeln muss, dass der Absatz im jeweiligen Fall beeinträchtigt werden könnte, oder ob schon die abstrakte Gefahr genügen soll, also eine allgemeine, nicht auf den jeweiligen Einzelfall abstellende Gefahr ausreichend sein soll. Damit würde anhand dieses Maßstabs jede - noch so geringe - Beeinträchtigung der Absatzmöglichkeiten des Erstwerkes eine Enthaltungspflicht des Verfassers begründen und ihn damit wirtschaftlich und persönlich in der Freiheit seines geistigen Schaffens unzulässig einschränken.

Die restriktive Handhabung der Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben, wonach das Zweitwerk die Auswertung des in Verlag gegebenen Erstwerkes unmöglich machen, oder zumindest in schwerer Weise beeinträchtigen muss, entspricht im Grunde auch dem Maßstab in der Medizin-Duden Entscheidung³⁵⁰, als auch dort verlangt wird, dass das nachfolgende Werk die erste ernsthafte Konkurrenz bereitet.

Inwieweit darüber hinaus von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis ausgegangen werden muss, bleibt in der Medizin-Duden Entscheidung jedoch unklar:

Der amtliche Leitsatz³⁵¹ stellt den Grundsatz auf, dass „auch wenn ein Verlagsvertrag dem Verfasser nicht ausdrücklich Wettbewerbsbeschränkungen auferlegt, (...) der Verfasser **in der Regel** seine Treuepflicht gegenüber dem Verleger (verletzt), wenn er während der Dauer des Verlagsvertrages über den gleichen Gegenstand in einem anderen Verlag ein Werk erscheinen läßt, das sich an den gleichen Abnehmerkreis wendet und nach Art und Umfang geeignet ist, dem früheren Werk ernsthaft Konkurrenz zu bereiten.“³⁵²

³⁴⁹ *Greuner* GRUR 1972, 109, 110.

³⁵⁰ BGH GRUR 1973, 426 - Medizin-Duden.

³⁵¹ Bei dem abgedruckten Leitsatz handelt es sich nach „Jurion“ um einen amtlichen Leitsatz. Abrufbar unter: https://www.jurion.de/urteile/bgh/1973-02-23/i-zr-70_71/ (Stand: 08.10.2021).

³⁵² Leitsatz in BGH GRUR 1973, 426 - Medizin-Duden, Hervorhebungen sind solche der Verfasserin.

Damit wird nicht der Maßstab an sich, aus dem sich eine Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben ergibt, gegenüber dem der vorzugswürdigen Literaturansicht extensiviert. Allerdings verkehrt das dem Leitsatz zu entnehmende Regel-Ausnahme-Verhältnis ins Gegenteil.

Der BGH stellt mit seinem Leitsatz auf den ersten Blick ein Regel-Ausnahmeverhältnis auf, das grundsätzlich davon ausgeht, dass die Enthaltungspflicht des Verfassers „in der Regel“ dann besteht, wenn dieser ein Werk publizieren lässt, das dazu geeignet ist, dem Erstwerk „ernsthaft Konkurrenz“ zu bereiten. Im Gegensatz zu der oben genannten Literaturansicht³⁵³ soll „in der Regel“ und damit wohl auch „im Zweifel“ bei Fehlen entgegenstehender Gesichtspunkte eine Unterlassungspflicht aus Treu und Glauben bestehen, wenn der Verfasser ein Werk erscheinen lässt, das sich an den gleichen Abnehmerkreis wendet und nach Art und Umfang geeignet ist, dem früheren Werk ernsthaft Konkurrenz zu bereiten.

Inwieweit dieses Regel-Ausnahme-Prinzip tatsächlich anzuwenden ist und von der Rechtsprechung so auch gewollt ist, bleibt offen, weil der Leitsatz in diesem entscheidenden Punkt über die Entscheidungsgründe des Urteils hinausgeht. Die Entscheidungsgründe betonen noch, dass der Verfasser nicht in unzumutbarer Weise in der Freiheit seines geistigen Schaffens beschränkt werden darf. Von einem Verstoß gegen Treu und Glauben könne **regelmäßig nur dann** gesprochen werden, wenn das neue Werk denselben Gegenstand behandeln würde, sich an den gleichen Abnehmerkreis wendete und nach Art und Umfang geeignet sei, dem früheren Werk ernsthaft Konkurrenz zu bereiten.³⁵⁴ Die Entscheidungsgründe bleiben hinter dem Leitsatz zurück, als sie die Enthaltungspflicht unter den aufgeführten Voraussetzungen nicht in der Regel bejahen, sondern betonen, dass diese allenfalls unter den dargestellten Voraussetzungen angenommen werden könne. Eine Feststellung dahingehend, dass die Enthaltungspflicht bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen dann „in der Regel“ vorliegen würde, fehlt gerade. Ob der BGH durch seinen amtlichen Leitsatz damit über die Entscheidungsgründe hinaus ein Regel-Ausnahme-Prinzip aufstellen wollte, ist nicht endgültig zu beantworten, da er hierzu später keine Stellung mehr bezogen hat. Das OLG Frankfurt am Main übernimmt allerdings in seinem Beschluss vom 18.07.2005 dieses Regel-Ausnahmeprinzip für

³⁵³ Schrickler/*Schricker* § 2 Rn. 8; *Sprick* GRUR 1973, 428, 428 f..

³⁵⁴ BGH GRUR 1973, 426, 427.

den von ihm zu entscheidenden Fall für Herausgeberverträge, ohne auf die Problematik der Diskrepanz zwischen dem Leitsatz und den Entscheidungsgründen näher einzugehen.³⁵⁵

Zutreffend erscheint es, mit den Entscheidungsgründen und damit entgegen dem Leitsatz davon auszugehen, dass eine Enthaltungspflicht nach Treu und Glauben **regelmäßig nur dann und nicht schon in aller Regel** in Betracht kommt, wenn sich das Zweitwerk an den selben Abnehmerkreis wendet und dazu geeignet ist, dem Erstwerk ernsthaft Konkurrenz zu bereiten.³⁵⁶ Abzustellen ist nämlich gerade auf den Einzelfall und darauf, ob der Verfasser die Auswertung des von ihm in Verlag gegebenen Werkes unmöglich macht, oder zumindest in erheblicher Weise beeinträchtigt. Die Frage, ob sich das Zweitwerk an denselben Abnehmerkreis wendet und dazu geeignet ist, dem früheren Werk ernsthaft Konkurrenz zu bereiten, mag zwar ein erster Prüfungsschritt sein. Hierauf ein Regel-Ausnahmeverhältnis zu begründen, greift aber zu weit, da weiter auf den jeweiligen Einzelfall und damit auf die konkreten Auswirkungen der Zweitveröffentlichung abgestellt werden muss. Nur dann ist eine schuldrechtliche Unterlassungspflicht aus dem Verlagsvertrag unabhängig von der Parteivereinbarung durch Gesetz überhaupt geboten. Ein Regel-Ausnahmeverhältnis dagegen führt zu weit, da diese nachwirkende Treuepflicht in das von den Parteien vereinbarte Vertragsgefüge eingreift, sodass sich die Annahme einer Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben weiterhin als Ausnahme darstellen muss.

(4.) Übertragbarkeit des verlagsrechtlichen Urteils auf den Werbeagenturvertrag

Im Weiteren stellt sich die Frage, inwieweit die vom BGH aufgestellten Grundsätze aus der Medizin-Duden Entscheidung³⁵⁷ auf die Konstellation der Werbeagentur übertragbar sind.

³⁵⁵ OLG Frankfurt am Main GRUR-RR 2005, 361 - Alles ist möglich.

³⁵⁶ In diese Richtung auch *Sprick* GRUR 1973, 428, 428, der für eine intensivere Abwägung der gegenseitigen Interessen in anderen Fällen plädiert, da die generelle Fassung des Leitsatzes bei erster oder oberflächlicher Lektüre Anlass für eine unangemessene Ausdehnung dieser Entscheidung sein könnte. Der Leitsatz mit seiner Bemerkung, dass der Verfasser „in der Regel“ seine Treuepflichten verletze, sollte nicht Anlass dafür sein, einen extensiven Grundsatz in diese Richtung aufzustellen.

³⁵⁷ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden.

Die Medizin-Duden Entscheidung³⁵⁸ zeigt, dass eine aus dem Treuegedanken entspringende Enthaltungspflicht auch für den Fall zu prüfen ist, dass eine Werbeagentur eine weitere Werbeleistung an einen Zweitkunden erbringt und diese Werbeleistung nicht etwaig bestehende Urheber-, Kennzeichen- oder Designrechte des Erstkunden verletzt. Das Urteil ist gerade nicht auf das Verlagsrecht beschränkt, weil die Entscheidungsgründe ausdrücklich offenlassen, ob sich die schuldrechtliche Unterlassungspflicht aus der verlagsrechtlichen Regelung aus § 2 Abs. 1 VerlG ergibt. Denn auch ein selbstständiges Werk könne eine Vertragsverletzung begründen, als die auf dem Verlagsvertrag gründende Enthaltungspflicht weitergehen könne als die kodifizierte Enthaltungspflicht aus § 2 Abs. 1 VerlG.³⁵⁹ Diese Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben gründet auf § 242 BGB und ist damit nicht per se auf Verlagsverträge begrenzt.

Die Situation der dem Urteil zugrundeliegenden Fallkonstellation zwischen dem Verfasser und seinem Verleger und der hier interessierenden Konstellation zwischen der Werbeagentur und ihrem Kunden sind miteinander insoweit vergleichbar, als es in beiden Fällen um einen Ausgleich zwischen der Freiheit des geistigen Schaffens des Verfassers bzw. der Werbeagentur und der Auswertung der erworbenen Rechte des Verlegers bzw. des Kunden geht. Beide Verträge liegen im kreativen Bereich und werfen die Frage auf, wann der zugrundeliegende Vertragszweck es gebietet, dem Leistungserbringer eine Enthaltungspflicht aufzuerlegen. Dabei sind die kollidierenden Interessen der Vertragsparteien gegeneinander abzuwägen und innerhalb des § 242 BGB in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Es ist insbesondere zu beachten, dass der Verleger, ähnlich wie der Kunde der Werbeagentur, große wirtschaftliche Investitionen getätigt hat, um das Werk vertreiben zu können bzw. von einem Werbeerfolg zu profitieren und für ihn im Rahmen des durch die Grundrechte verkörperten Wertesystems³⁶⁰ vor allem die Eigentumsfreiheit nach Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG seiner erworbenen Rechte streitet. Auf der anderen Seite steht die schöpferische Freiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG aber auch die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG des Verfassers bzw. der Werbeagentur.

³⁵⁸ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden.

³⁵⁹ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden.

³⁶⁰ Palandt/Grüneberg § 242 Rn. 8.

Wendet man die Grundsätze aus dem Medizin-Duden Urteil auf die vorliegende Fragestellung an, so ergeben diese, dass eine Enthaltungspflicht bestehen kann, wenn die Zweitwerbung die Werbewirkung der früheren in erheblicher Weise beeinträchtigen oder sogar unmöglich machen würde. Unter Berücksichtigung der Freiheit des geistigen Schaffens und der Berufsfreiheit der Werbeagentur ist eine Enthaltungspflicht - nicht in der Regel,³⁶¹ - sondern nur dann gegeben, wenn sich die Zweitwerbung an denselben Verbraucherkreis wendet und nach Art und Umfang geeignet ist, der ursprünglichen Werbeleistung ernsthaft Konkurrenz zu bereiten.

Aus dem Medizin-Duden Urteil lässt sich allgemein der Schluss ziehen, dass zur Beantwortung der Frage, ob eine Enthaltungspflicht der Werbeagentur besteht, alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind und abzuwägen ist, ob in der konkreten Fallkonstellation die Auferlegung einer Enthaltungspflicht billig ist.

Die Entscheidungsgründe haben hervorgehoben, dass der Medizin-Duden nicht ausschließlich auf der Leistung des Verfassers beruhte, sondern unter Mitwirkung der Kläger, die an der Gestaltung des Manuskriptes beteiligt gewesen sind, zustande gekommen ist. Hierdurch sei der Verfasser in „besonderem Maße verpflichtet gewesen, sich bei der Abfassung und dem Erscheinen lassen eines ähnlichen Werkes größte Zurückhaltung aufzuerlegen.“³⁶² Diese Besonderheit ist bei einem Werbeagenturvertrag zwar auch denkbar, als die Werbeleistung auch auf den Ideen und Vorstellungen des Kunden beruhen kann, dürfte aber eher eine Ausnahme und damit Sonderkonstellation darstellen. In den meisten Fällen wird die Freiheit des geistigen Schaffens der Werbeagentur gegenüber der dem Urteil zugrundeliegenden Interessen des Verfassers als höher zu bewerten sein und eine Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben nur mit mehr Zurückhaltung anzunehmen sein.

Mit den Entscheidungsgründen lassen sich zwar Leitlinien entwickeln, letztentscheiden muss aber immer der Einzelfall betrachtet werden. Zusätzliche Unsicherheiten entstehen durch die Diskrepanz zwischen Leitsatz und den Entscheidungsgründen.

³⁶¹ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. 4. b. aa. (4.).

³⁶² BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden.

(5.) Übertragbarkeit des Maßstabs auf die Konstellation der Werbeagentur für die Begründung von Enthaltungspflichten

Da sich die normierte Enthaltungspflicht ausschließlich im Verlagsrecht in § 2 Abs. 1 VerlG findet und sich der Meinungsstand über den Maßstab zu der darüberhinausgehenden Unterlassungspflicht aus Treu und Glauben ebenfalls auf das Verlagsrecht bezieht, stellt sich die Frage, inwieweit sich die Grundsätze außerhalb des Verlagsrechts auf den Werbeagenturvertrag übertragen lassen.

Die Werbeagentur ist in aller Regel als Urheberin ihrer Werbeleistung zu sehen. Zwar findet sich im Urheberrecht keine entsprechende Regelung zu etwaigen Enthaltungspflichten, allerdings ist in diesem Zusammenhang zu sehen, dass auch § 2 VerlG in seinem Anwendungsbereich letztlich deklaratorischer Natur ist. Die Vervielfältigung sowie die, eine „freie Benutzung“ ausschließende umgestaltete Verwertung des Werkes durch den Verfasser ist ihm nicht erst durch § 2 Abs. 1 VerlG untersagt, sondern schon durch die Exklusivität der dem Verlag eingeräumten Rechte gem. § 8 VerlG.³⁶³ Dies gilt auch im Urheberrecht und damit für den Werbeagenturvertrag: Die Werbeagentur trifft grundsätzlich die vertragliche Unterlassungspflicht, sich bezüglich der von ihr erbrachten Leistungen und die damit erfolgte (ausschließliche) Rechteübertragung an den Erstkunden nicht nachträglich dadurch in Widerspruch zu setzen, dass sie gegenüber einem Zweitkunden vorgibt diese übertragenen Rechte noch zu besitzen. Genau wie im Verlagsrecht den Verfasser trifft die Werbeagentur damit eine vertragliche Enthaltungspflicht, die sie daran hindert, eine identische oder eine freie Benutzung ausschließende Werbeleistung an einen Zweitkunden zu erbringen.

Auch die Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben, die über den Regelungsgehalt des § 2 Abs. 1 VerlG hinausgeht, ist nicht auf das Verlagsrecht beschränkt. Sie gründet auf dem jeden Vertrag innewohnenden Treuegedanken nach § 242 BGB und ist damit grundsätzlich auf einen Werbeagenturvertrag übertragbar. Das Verlagsrecht ist zudem kein aliud zum Urheberrecht, sondern eine besondere Ausprägung zum Urheberrecht,³⁶⁴ bei dessen Auslegung die Grundsätze des Urheberrechts

³⁶³ Ulmer-Eilfort/Obergfell/Obergfell § 2 Rn. 1.

³⁶⁴ Ulmer-Eilfort/Obergfell/Obergfell Einl. Rn. 17.

heranzuziehen ist³⁶⁵. Beide Verträge zielen auf eine wirtschaftliche Verbreitung des Vertragsgegenstandes ab: Der Verleger versucht das in Verlag gegebene Werk zu verbreiten, und dem Kunden der Werbeagentur ist daran gelegen, dass mittels der erzielten Werbewirkung seine Produkte am Markt bekannt werden und hierdurch seine Verkaufszahlen steigen. Das zu verbreitende Werk bzw. das zur Verbreitung genutzte Mittel unterliegt (in der Regel) jeweils dem geistigen Eigentum. Soweit man damit argumentiert, dass das Verlagsrecht unter anderem deshalb vom gegenseitigen Treuegedanken geprägt ist, weil der Verleger im Voraus nicht unerhebliche Aufwendungen tätigt, um das Werk des Verfassers zu verbreiten, so lässt sich dieser Gedanke auch auf die Konstellation des Werbeagenturvertrags übertragen. Der Kunde tätigt erhebliche Investitionen, um die Werbeleistung zu erlangen und geht mit seiner Zahlung in Vorleistung. Die Werbeagentur unterliegt dagegen, wie auch der Verfasser einer vertragsimmanenten Treuepflicht, die es dem Vertragspartner untersagt, die vertragliche Leistung im Nachhinein wertlos zu machen. Die Werbewirkung hängt unter anderem davon ab, wie individuell und herausgehoben sich die Werbung darstellt, sodass sich auch hier die Frage, der aus Treu und Glauben hergeleiteten Enthaltungspflicht stellen kann.

Ebenso wie im Verlagsrecht gibt es auch im Urheberrecht Literaturstimmen, die dafür plädieren, diese Enthaltungspflichten aus Treu und Glauben grundsätzlich eng auszulegen, um der Schaffensfreiheit des Urhebers Rechnung zu tragen.³⁶⁶ Dieser Auffassung kann grundsätzlich mit derselben Begründung wie im Verlagsrecht gefolgt werden: Die schuldrechtlichen Unterlassungspflichten aus Treu und Glauben sollen nicht exzessiv in das von den Parteien Vereinbarte eingreifen, sodass sich deren Geltung richtigerweise an dem Maßstab zu orientieren haben, ob die erzielte Werbewirkung und damit der Vertragszweck des Werbeagenturvertrags unmöglich gemacht oder zumindest in schwerer Weise beeinträchtigen wird.

Schulze spricht allgemein für eine restriktive Auslegung von Enthaltungspflichten aufgrund der Schaffensfreiheit der Werbeagentur als Urheber.³⁶⁷ Im Zweifel verbleiben die Rechte beim Urheber, es gilt mit der Zweckübertragungslehre der Grundsatz, dass der Urheber im Zweifel keine weitergehenden Rechte überträgt, als es der Zweck der

³⁶⁵ Schrickler/*Schrickler* § 1 Rn. 5.

³⁶⁶ BeckOK UrhR/*Soppe* § 31 Rn. 13; Dreier/*Schulze/Schulze* Vor § 31 Rn. 43.

³⁶⁷ Dreier/*Schulze/Schulze* Vor § 31 Rn. 43.

Verfügung erfordert, sodass die aus der Treuepflicht erwachsenen Beschränkungen und Enthaltungspflichten eng auszulegen sind.

Soweit *Schulze* weitergehend aber den Grundsatz aufstellt, dass sich aus einer restriktiven Handhabung der aus Treu und Glauben erwachsenden Enthaltungspflicht ergeben soll, dass dasjenige, was jedem Dritten im Wege der freien Benutzung zustehen soll, auch dem Urheber erlaubt sein soll, so verneint er damit im Ergebnis die Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben.³⁶⁸ Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden:

In dem von *Schulze* hierzu zitierten Urteil des BGH aus dem Jahr 1960³⁶⁹ ging es um eine Klage zweier Verlagsunternehmen. Das klägerische Verlagsunternehmen hatte einen juristischen Kommentar zum Internationalen Übereinkommen über den Güterverkehr vertrieben. Nachdem sich dieses Übereinkommen durch den Neuabschluss eines Internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr überholt hatte, erschien im Verlag der Beklagten zu dieser Neuerung ein Erläuterungswerk. Das Werk stammte vom selben Verfasser und wies bei jeder Vorschrift auf die Änderungen zur Rechtslage hin. Dagegen wehrte sich die Klägerin mit der Begründung, dass das vom Beklagten verlegte Werk keine Neuschöpfung darstellen würde, sondern eine bearbeitete Neuauflage des früheren Kommentars sei, mit dem es im Text auf weiteste Strecken wörtlich übereinstimmen würde.³⁷⁰

Der BGH stellte zutreffend darauf ab, ob es sich bei dem nachfolgenden Erläuterungswerk um eine freie Benutzung gehandelt hat. Es sei dem Verfasser oder einem nachfolgenden Verlag untersagt, ein identisches oder bearbeitetes Werk zu veröffentlichen. Die Befugnisse des Erstverlegers fänden erst dort ihre Grenzen, wo es sich um eine freie Benutzung handeln würde. Der Verfasser nehme nach § 2 Abs. 1 VerlG dem Verleger gegenüber keine andere Stellung ein, als ein Dritter sie gegenüber dem Urheber hätte.³⁷¹

³⁶⁸ Dreier/Schulze/*Schulze* Vor § 31 Rn. 43.

³⁶⁹ BGH GRUR 1960, 636 - Kommentar.

³⁷⁰ BGH GRUR 1960, 636, 636 - Kommentar.

³⁷¹ BGH GRUR 1960, 636, 636 f. - Kommentar.

Das Zitat mit dem Urteil des BGH³⁷² von *Schulze*, zu der Behauptung, eine aus Treu und Glauben erwachsenden Enthaltungspflicht ergäbe sich nur in dem Umfang, dass dasjenige, was auch einem Dritten im Wege der freien Benutzung erlaubt ist, auch dem Urheber erlaubt sein soll, greift zu kurz. Zwar hat der BGH in seinem Urteil entschieden, dass das Erläuterungswerk keine freie Benutzung darstellt und hat deshalb eine Unterlassungspflicht des beklagten Verlagsunternehmens für das Vertreiben der Neuauflage bejaht. Allerdings hatte das Gericht damit keinen Anlass, eine weitergehende Enthaltungspflicht zu prüfen. Außerdem handelte es sich in dem diesem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt um ein Verlagswerk, das sich in unveränderter Gestalt für eine weitere Verbreitung nicht mehr geeignet hatte.

Es bestand kein Anlass, im konkreten Fall eine weitergehende Unterlassungspflicht aus Treu und Glauben zu prüfen, da ein Zweitwerk die Verbreitung des Erstwerks nicht unmöglich machen konnte, sondern bereits die Tatsache, dass das Erstwerk nicht mehr den aktuellen Gegebenheiten entsprach, die unveränderte Verbreitung unmöglich gemacht hatte. Das Gericht hat in seinem Urteil damit zutreffend darauf abgestellt, dass eine Verletzung des § 2 Abs. 1 VerlG nicht gegeben wäre, wenn das Zweitwerk eine freie Benutzung darstellen würde. Dies bedeutet gerade nicht, dass der Rückschluss gezogen werden könnte, dass eine aus dem Treuegedanken entspringende Enthaltungspflicht für andere Fälle, in denen das Erstwerk noch vertrieben wird, abzulehnen wäre. Dies gilt insbesondere für Fälle, in denen die Werbekampagne bereits beendet ist, aber dennoch ein Interesse des Erstkunden daran besteht, deren Werbewirkung zumindest vorübergehend nicht zu konterkarieren. Mit § 2 Abs. 1 VerlG, der auf die Verlagsdauer abstellt, wäre eine Enthaltungspflicht für diese Fälle nicht begründbar. Eine strikte Ablehnung allein mit der Begründung eines beendeten Vertrags greift aber zu kurz.

Der Treuegedanke aus §§ 157, 242 BGB ist auch nicht, wie es bei *Schulze* den Eindruck vermittelt,³⁷³ durch die Schaffensfreiheit des Urhebers ausgehebelt, sondern allenfalls eingeschränkt. Im Rahmen einer Abwägung müssen zwar die Interessen des Urhebers und die Zweckübertragungslehre beachtet werden, sodass dies zu einer restriktiven Annahme einer Enthaltungspflicht führt. Hieraus aber den Schluss zu ziehen, dass Enthaltungspflichten aus Treu und Glauben überhaupt nicht bestehen,

³⁷² BGH GRUR 1960, 636 - Kommentar.

³⁷³ Dreier/Schulze/Schulze Vor § 31 Rn. 43.

greift zu weit und lässt auch die spätere Rechtsprechung zur Medizin-Duden Entscheidung ³⁷⁴ außer Betracht, in der der BGH betont, dass sich die Enthaltungspflicht nicht in § 2 Abs. 1 VerlG erschöpft, sondern weitergehend im Einzelfall aus Treu und Glauben ergeben kann.

bb. Sachlicher Umfang der Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben

Nach den oben dargestellten Grundsätzen kommt eine schuldrechtliche Unterlassungspflicht aus Treu und Glauben im Werbeagenturvertrag dann in Betracht, wenn die Zweitwerbung für einen Konkurrenten des ersten konzipiert wird und diese Zweitwerbung der ersten Werbeleistung derart Konkurrenz bereitet, dass die Werbeleistung an den Erstkunden wertlos werden würde. Abzustellen ist aber auch hier auf den jeweiligen Einzelfall und für die Beantwortung der Frage, ob eine Enthaltungspflicht im Ergebnis zu bejahen ist, sind die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen und die entgegenstehenden Interessen der Vertragsparteien abzuwägen.

Im Folgenden soll versucht werden, den sachlichen Umfang der sich aus Treu und Glauben ergebenden Enthaltungspflicht durch die oben aufgestellten Grundsätze und Abwägungskriterien näher festzulegen.

(1.) Unterste Grenze

Die unterste Grenze, an die sich die nachfolgende Werbeleistung für den Zweitkunden halten muss, wenn eine ausschließliche Nutzungsrechtsübertragung an den Erstkunden stattgefunden hat oder bezweckt wäre, ist, dass sie eine sog. freie Benutzung in Bezug auf die erste Werbung darstellen muss und auch keine etwaig bestehenden Kennzeichen- oder Designrechte des Erstkunden verletzen darf. Sie muss also soweit abgeändert sein, dass sie nicht schon gegen Urheber-, Kennzeichen- oder Designrechte verstößt. Sofern es sich nämlich um keine freie Benutzung bzw. eine Rechtsverletzung handeln würde, bestünde nach dem oben

³⁷⁴ BGH GRUR 1973, 426 - Medizin-Duden.

gesagten schon eine schuldrechtliche Unterlassungspflicht der Werbeagentur als Vertragsfortwirkung.³⁷⁵

(2.) Bestimmung des Vertragszwecks

Für den Fall, dass die nachfolgende Werbeleistung an den Zweitkunden so weit abgeändert ist, dass sie nicht gegen seine Rechte verstößt, besteht die aus Treu und Glauben hergeleitete Enthaltungspflicht nur in dem Umfang, in dem die Zweitwerbung dazu geeignet ist, den Vertragszweck zu konterkarieren, oder zumindest in erheblicher Weise zu beeinträchtigen. Für den sachlichen Umfang der Enthaltungspflicht ist damit entscheidend, wie der Vertragszweck zwischen Agentur und Erstkunden ausgelegt wird.

Der Vertragszweck eines Werbeagenturvertrags ist unabhängig davon, ob ein Werk- oder Dienstvertrag vorliegt, die Erbringung bzw. Erstellung der vertraglich vereinbarten Werbeleistung gegen ein Entgelt. Dabei ist der Vertragszweck des Werbeagenturvertrags auf eine irgendwie geartete Werbewirkung gerichtet, welche im Einzelnen näher bestimmt werden kann.³⁷⁶ Würde man dies so verstehen, dass durch die Werbeleistung ein möglichst großer Werbeerfolg erzielt werden soll, würde jede Werbeleistung für einen Konkurrenten diesen Vertragszweck beeinträchtigen. Eine Enthaltungspflicht bestünde nach der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen in der Medizin-Duden Entscheidung grundsätzlich immer, sobald eine Werbeleistung an einen Konkurrenten des Erstkunden erbracht werden würde. Verstünde man hingegen den Vertragszweck nur dahingehend, dass die Werbeleistung insgesamt zu einer positiven Kundenresonanz führen soll und die Verkaufszahlen positiv beeinflussen soll, wäre nicht jede Werbeleistung an einen Zweitkunden untersagt, sondern nur soweit sie den positiven Werbeerfolg mindestens „erheblich beeinträchtigen“ würde. Wenn die Vertragspartner den Vertragszweck nicht ausdrücklich schriftlich niedergelegt haben, wird man ihn regelmäßig gem. §§ 133, 157 BGB dahingehend auslegen können, als übereinstimmend die positive Kundenresonanz gewollt ist. Ein möglichst großer Werbeerfolg mag zwar vom Kunden im Einzelfall gewünscht sein, die Werbeagentur dagegen vergibt sich durch eine derartige Vereinbarung einen Großteil ihrer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit, sodass letztlich auch der Kunde nicht davon

³⁷⁵ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. 1..

³⁷⁶ Kreifels/Breuer/Maidl Rn. 153.

ausgehen darf, dass die Werbeagentur seiner auf den Vertragsabschluss gerichteten Willenserklärung, - ohne explizite Benennung eines Vertragszwecks - einen solchen objektiv-normativen Erklärungswert beimisst.

Hieraus ist zugleich zu folgern, dass die Werbeagentur im Grundsatz nicht gehalten ist, sich sämtlicher Leistungen an Konkurrenten des Erstkunden zu enthalten. Insbesondere in denjenigen Fällen, in denen die Zweitwerbung ganz unabhängig von der des Erstkunden gestaltet ist, kann eine Enthaltungspflicht nicht ohne weiteres bejaht werden. Eine Zweitleistung an einen Konkurrenten des Erstkunden unterliegt mithin solange keiner Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben, als diese Zweitleistung die erste Werbeleistung nicht in „erheblicher Weise“ beeinträchtigt.

Dieses Ergebnis deckt sich auch mit der dogmatischen Einordnung der aus Treu und Glauben hergeleiteten Enthaltungspflicht als sog. „echte nachwirkende Treuepflicht“³⁷⁷. Die gesetzliche Unterlassungspflicht gründet auf dem rechtlichen „Sollen“ der Parteien und nicht auf dem, was sie vereinbart und gewollt haben, sodass der Eingriff in die Privatautonomie restriktiv gehandhabt werden muss. Eine gewisse durch seinen vormaligen Vertragspartner, die Werbeagentur, mitveranlasste Konkurrenz muss der Erstkunde demnach dulden. Ein solches Ergebnis ist auch deshalb geboten, da der Erstkunde kein Recht dahingehend beanspruchen kann, von jeglicher Konkurrenzwerbung befreit zu werden. Einen solchen weitgehenden Unterlassungsanspruch kann der Kunde ohne eine Vereinbarung weder von einem Dritten noch von seiner vormaligen Vertragspartnerin beanspruchen. Die Werbeagentur steht mit der aus Treu und Glauben hergeleiteten Enthaltungspflicht gegenüber einer anderen - dem Erstkunden nicht zur Vertragstreue verpflichteten - Werbeagentur schlechter, sodass sich ihre Unterlassungspflicht vor dem Hintergrund der geistigen Schöpfungsfreiheit nur dann rechtfertigen lässt, wenn die Werbeleistung des Zweitkunden einen bestimmten Beeinträchtigungsgrad erreicht. Damit muss für die Frage, ob eine Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben besteht, auf die wirtschaftliche Auswirkung, welche die Zweitwerbung in Hinblick auf die des Erstkunden entfaltet, abgestellt werden. So kann bei einer Produktwerbung für einen Erstkunden und einer Imagewerbung für das Unternehmen eines Zweitkunden nicht per se eine unmittelbare wirtschaftliche Auswirkung bestehen, weil die Zweitwerbung

³⁷⁷ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. 4. a..

nicht die Werbewirkung des beworbenen Produktes des Erstkunden konterkariert, sondern nur das Unternehmen des Zweitkunden hervorhebt.

(3.) Grad der Ähnlichkeit zwischen Erst- und Zweitwerbung

Für den Grad der Beeinträchtigung, den die Zweitwerbung in Bezug auf die des Erstkunden entfalten muss, lässt sich keine starre Grenze festlegen. Für die Frage, ob eine Enthaltungspflicht besteht, kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Eine vorzunehmende Interessenabwägung muss deshalb ergeben, dass - unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen - dasjenige des Kunden an einer Enthaltungspflicht überwiegt.³⁷⁸

Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung³⁷⁹ stellt sich daher die Frage, welchen Gesichtspunkten besondere Bedeutung beigemessen werden muss:

Spielt es für die Annahme einer Enthaltungspflicht eine Rolle, wie weit sich die als freie Benutzung einzuordnende Zweitwerbung von der des Erstkunden entfernt? Man könnte damit argumentieren, dass dieser Gesichtspunkt unerheblich ist, denn in der Medizin-Duden Entscheidung des BGH ist dieses Kriterium nicht explizit in die Abwägung eingeflossen. Dort hat der BGH sogar ausdrücklich offengelassen, ob das nachfolgende Werk in Bezug auf den Medizin-Duden eine freie Benutzung darstellt, oder nicht und damit die Ähnlichkeit zwischen den beiden Werken nicht näher thematisiert.³⁸⁰ Die Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben obliegt der Werbeagentur unabhängig von einer urheberrechtlichen Verletzung. Sie resultiert aus dem vertraglichen Treuegedanken gegenüber dem Erstkunden, sodass es unerheblich sein könnte, wie ähnlich sich die beiden Werbeleistungen sind.

Allerdings sprechen die besseren Argumente dafür, diesem Gesichtspunkt sogar besondere Bedeutung zuzumessen und eine Enthaltungspflicht umso eher dann anzunehmen, je ähnlicher sich die Erst- und die Zweitwerbung in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung sind. Je unterschiedlicher sie sind, desto eher muss eine schuldrechtliche Enthaltungspflicht abzulehnen sein. Untermauern lässt sich dieses Ergebnis zum einen durch die Entscheidung des BGH zum Kunstschutz in der

³⁷⁸ Vgl. BGH GRUR 1973, 426, 427 f.- Medizin-Duden; *Sprick* GRUR 1973, 428, 428 f..

³⁷⁹ Vgl. BGH GRUR 1973, 426, 427 f.- Medizin-Duden; *Sprick* GRUR 1973, 428, 428 f.; BGH NJW 1955, 460, 462 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

³⁸⁰ BGH GRUR 1973, 426 - Medizin-Duden.

Modeschöpfung.³⁸¹ Hier fußt die Argumentation des BGH auf der Tatsache, dass die dort streitgegenständliche Mantelskizze in unveränderter Form weitergegeben worden ist. Auch der Beschluss des OLG Frankfurt am Main³⁸² stützt dieses Ergebnis. Das OLG bejahte in seiner Entscheidung die Frage, ob die verlagsrechtlichen Grundsätze zur Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben auf Herausgeberverträge anwendbar sind, und kam zu einer Unterlassungspflicht des Herausgebers dahingehend, für eine mit der bisherigen Buchreihe in Wettbewerb tretende Buchreihe die Betreuung zu übernehmen. Für die Begründung einer Enthaltungspflicht hat das OLG unter anderem darauf abgestellt, dass der Herausgeber mit seinem nachfolgenden Werk eine „nahezu identisch angelegte“ Buchreihe herausgegeben hat und die beiden Buchreihen ein „nahezu vollständig übereinstimmendes“ Konzept aufgewiesen haben. Daran ändere sich auch nichts dadurch, dass sich beide Buchreihen nicht auf dasselbe Thema eingrenzen ließen, als beide bei der Auswahl nach dem Motto „Alles ist möglich“ verfahren würden.³⁸³ Damit misst die Entscheidung dem Umstand wie weit sich das Zweitwerk von dem ersten entfernt Bedeutung zu. So wird dort das übereinstimmende Konzept, die ernsthafte Konkurrenz zwischen den beiden Werken durch die beiderseits vorhandene regelmäßige Erscheinungsweise, die mögliche Breite der Themenauswahl und die wertvolle Aufmachung und Ausstattung der einzelnen Bände, hervorgehoben.

Zudem wird dem Erfordernis der Restriktion der Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben gerade auch das Kriterium gerecht, wie ähnlich sich die Erst- und die Zweitwerbung sind. Beruhen die beiden Werbeleistungen auf einem ähnlichen Konzept, bedienen sie sich derselben Medien und derselben Art und Weise ihre Kunden anzusprechen, dann ist dieser Umstand in die Abwägung für die Annahme einer Enthaltungspflicht zu berücksichtigen. Schafft die Werbeagentur durch die nachfolgende Werbeleistung an den Zweitkunden dagegen etwas völlig Neues und von der Erstwerbung Losgelöstes, besteht nicht ohne weiteres ein Grund ihr eine Enthaltungspflicht aufzuerlegen.

³⁸¹ BGH NJW 1955, 460 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

³⁸² OLG Frankfurt am Main GRUR-RR 2005, 361 - Alles ist möglich.

³⁸³ OLG Frankfurt am Main GRUR-RR 2005, 361, 361 - Alles ist möglich.

Für die Beurteilung, ob eine Beeinträchtigung der Werbeleistung des Erstkunden im Raum steht, wird man sich an dem Gedankengut der § 4 Nr. 3a UWG, §§ 14 Abs. 2 Nr. 3, 4, 15 Abs. 2 MarkenG orientieren können.

Soweit die angesprochenen Verkehrskreise durch die Ähnlichkeit der Werbeleistung den Eindruck gewinnen können, die Nachahmung stamme vom Hersteller des Originals oder einem mit ihm geschäftlich oder organisatorisch verbundenen Unternehmen,³⁸⁴ dürfte die Werbewirkung des Erstkunden durch das „gedankliche in Verbindungbringen“ der Kunden in der Regel konterkariert sein und eine Enthaltungspflicht zu bejahen sein. Bei einer bloßen Assoziationen an das Originalprodukt, die nach den im Markenrecht entwickelten Grundsätzen zur Verwechslungsgefahr nicht ausreichen würde,³⁸⁵ kann dagegen in der Regel noch nicht von einer Vertragszweckgefährdung ausgegangen werden, womit eine Enthaltungspflicht nicht bestünde.

(4.) Kriterium desselben Gegenstandes

Soweit der BGH in der verlagsrechtlichen Medizin-Duden Entscheidung darauf abstellt, dass die beiden Werke sich nicht nur an denselben Abnehmerkreis wenden müssen, sondern das **nachfolgende Werk denselben Gegenstand** wie das erste behandeln muss,³⁸⁶ stellt sich die Frage, wie sich dies für die Konstellation im Werbeagenturvertrag auswirkt. In den Entscheidungsgründen führt der BGH hierzu lediglich feststellend aus, dass das Wörterbuch der Medizin denselben Gegenstand wie der Medizin-Duden behandeln würde. Hieran würde auch die Tatsache nichts ändern, dass das Wörterbuch der Medizin weniger Stichwörter abhandeln würde und dessen Erklärungen teilweise einfach gefasst wären.³⁸⁷ Was der BGH genau unter „denselben Gegenstand“ fasst, findet keine explizite Erwähnung. So stellt er nicht explizit klar, ob es für die Einordnung als desselben Gegenstandes ausreichend ist, dass es sich bei beiden Werken um medizinische Literatur handelt, oder darüber hinaus verlangt wird, dass beide Werke derselben Werkart zuzuordnen sind, d.h. ob

³⁸⁴ Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler § 4 Rn. 3.42.

³⁸⁵ BGH GRUR 2005, 166, 170 - Puppenausstattungen; OLG Köln GRUR-RR 2014, 393, 394.

³⁸⁶ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden.

³⁸⁷ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden.

es sich um Nachschlagewerke für medizinische Fachausdrücke handeln muss. Das jedoch nicht alleine die Zuordnung in dieselbe Fachrichtung entscheidend sein kann, legt die explizite Hervorhebung des BGH über die verringerte Stichwörteranzahl und die einfacher gehaltene Erklärung der medizinischen Begriffe nahe, da diese Erwägungen weniger eine Rolle spielen für die Einordnung als medizinisches Werk, als für die Einordnung als Nachschlagewerk.

Im Verlagsrecht wird für die Einordnung unter denselben Gegenstand³⁸⁸ ebenfalls gefordert, dass das Erst- und das Zweitwerk derselben Werkart zugeschrieben werden kann, also beide Werke beispielsweise juristische Lehrbücher sein müssen, sodass eine Enthaltungspflicht dann ausscheidet, wenn das Zweitwerk ein rechtswissenschaftlicher Großkommentar ist.³⁸⁹ Eine Unterlassungspflicht soll auch dann nicht bestehen, wenn in einem gleichgelagerten Konkurrenzwerk ein anderes Thema behandelt wird. Dies wird e contrario damit begründet, dass selbst bei Behandlung desselben Themas einem Wettbewerbsverbot Grenzen gesetzt sind und sich die Rechtsprechung bei der Diskussion um die Enthaltungspflicht des Verfassers stets mit der Behandlung des gleichen Themas im Konkurrenzwerk beschäftigt.³⁹⁰

Fraglich ist, wie sich das Erfordernis, dass das nachfolgende Werk denselben Gegenstand wie das erste behandeln muss, beim Werbeagenturvertrag auswirkt. Die Voraussetzung „desselben Gegenstandes“ passt auf den ersten Blick nicht zu den Leistungsgegenständen Werbeagenturvertrags, da dort zwischen den einzelnen Werkarten unterschieden werden kann. Für den Fall der Werbeagentur könnte hier eine Konkretisierung dahingehend angenommen werden, dass es sich bei dem beworbenen Gegenstand um dieselbe Produktart handeln muss, das heißt eine

³⁸⁸ Für die Auslegung expliziter Wettbewerbsklauseln mit einer entsprechenden Enthaltungspflicht des Verfassers dahingehend, dass folgendes vereinbart wird: „Der Verfasser verpflichtet sich, ohne Zustimmung des Verlags in einem anderen Verlag kein Werk über den **gleichen Gegenstand** erscheinen zu lassen, das geeignet ist, mit dem vertragsgegenständlichen Werk in Konkurrenz zu treten.“ Vgl. Ulmer-Eilfort/Obergfell/Obergfell § 2 Rn. 8.

³⁸⁹ Ulmer-Eilfort/Obergfell/Obergfell § 2 Rn. 12.

³⁹⁰ Ulmer-Eilfort/Obergfell/Obergfell § 2 Rn. 13, mit einem Hinweis auf OLG München ZUM 2007, 751 ff..

Enthaltungspflicht der Werbeagentur nur dann in Betracht kommt, wenn es sich bei beiden beworbenen Produkten um denselben Gegenstand handelt.

Dagegen spricht aber, dass sich diese Voraussetzung nicht eingrenzen lässt, als es entscheidend darauf ankommt, wie eng oder weit man den beworbenen Gegenstand definiert. So können unter denselben Gegenstand dann auch Werbeleistungen für Fruchtsäfte und Limonaden gefasst werden, wenn man den Gegenstand als „Getränk“ auffasst. Zieht man ihn dagegen enger und unterscheidet zwischen den einzelnen Getränkearten, also Limonade, Saft oder Bier, wäre die Voraussetzung desselben Gegenstandes zu verneinen.

Es besteht aber auch keine Notwendigkeit das Tatbestandsmerkmal „desselben Gegenstandes“ als starre Voraussetzung für die Enthaltungspflicht zu fordern. Bei der Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben geht es letztlich immer um die nachträgliche Entziehung der vertragsgemäß gewährten Früchte, sodass im jeweiligen Fall die tatsächliche Marktsituation entscheidend ist. So müssen unter denselben Gegenstand grundsätzlich auch Werbeleistungen für Fruchtsäfte und Limonaden gefasst werden, sofern diese beiden Produktgruppen durch die Gestaltung der Werbung in ein Konkurrenzverhältnis treten.

Für die Annahme, dieses Kriterium nicht als starre Voraussetzung anzusehen, sondern es in eine Interessenabwägung einzustellen, spricht Entscheidung des OLG Hamburg in GesO-Kommentar II³⁹¹. Im zitierten Fall wurde die vertraglich ausgeschlossene Wettbewerbslage zwischen den beiden Werken nicht deshalb abgelehnt, weil es sich um einerseits um ein Handbuch und andererseits um einen Kommentar gehandelt hat. Vielmehr sei das Handbuch zur Insolvenzordnung gegenüber einem Kommentar zur Gesamtvollstreckungsordnung, kein „Werk über den gleichen Gegenstand..., das geeignet wäre, mit dem in diesem Vertrag genannten in Wettbewerb zu treten“. So bestand nach Auffassung des Gerichts unmittelbar vor In-Kraft-Treten der Neuregelung in Form der Insolvenzordnung keine Gefahr (mehr), dass ein Interessent, statt des Kommentars zur Gesamtvollstreckung, die lediglich im Bereich der neuen

³⁹¹ OLG Hamburg GRUR 2003, 95 - GesO-Kommentar II.

Bundesländer galt bzw. für Altverfahren weiter gilt, die streitgegenständliche Auflage des Handbuchs zur Insolvenzordnung erwerben würde. Vielmehr würde man auch für die neuen Bundesländer auf jeden Fall ein Werk zur neuen Insolvenzordnung benötigen.³⁹²

(5.) Wahl des Werbemittels

Werbung ist in klassischer Gestalt als Anzeige in der Zeitung, oder in einer Zeitschrift, als Plakat, oder als Spot im Fernsehen und Hörfunk³⁹³, aber beispielsweise auch als Placement³⁹⁴ und Sponsoring, sowie Banner-Werbung und Werbe-E-Mails³⁹⁵ denkbar.

Bei der Vielfalt der Erscheinungsformen von Werbung, stellt sich die Frage, ob die Wahl der Werbung bzw. des Werbemittels Einfluss darauf hat, inwieweit eine Enthaltungspflicht der Werbeagentur besteht oder nicht. Der BGH musste in der Medizin-Duden Entscheiden,³⁹⁶ genauso wenig wie das OLG Frankfurt am Main,³⁹⁷ differenzieren, weil es sich bei den beiden Trägermedien denknöwendiger Weise um Bücher gehandelt hat. Innerhalb eines Werbeagenturvertrags kann hier aber zu unterscheiden sein, da die Tatsache, ob es sich bei der Werbeleistung an den Erstkunden um einen Werbespot im Fernsehen und bei der nachfolgenden Werbeleistung an den Zweitkunden um eine Radiowerbung handelt, durchaus eine Rolle spielen kann. Schließlich erreichen die beiden unterschiedlichen Werbemedien, - unabhängig davon, dass es sich bei den beworbenen Produkten um Konkurrenzprodukte handelt - auch unterschiedliche Abnehmerkreise: Nämlich auf der einen Seite Radiohörer und auf der anderen Seite Fernsehzuschauer, auch wenn diese in der Praxis kaum strikt voneinander getrennt werden können. Deutlicher wird das Beispiel, wenn die Erstwerbung ein Zeitungsartikel, die Zweitwerbung dagegen ein Werbespot im Fernsehen ist. Hier könnte man damit argumentieren, dass diese

³⁹² OLG Hamburg GRUR 2003, 95, 96 - GesO-Kommentar II.

³⁹³ *Pepels/Marketingkommunikation* S. 177 ff..

³⁹⁴ *Armstrong* S. 115 f.

³⁹⁵ *Pepels/Marketingkommunikation* S. 159 ff..

³⁹⁶ BGH GRUR 1973, 426 - Medizin-Duden.

³⁹⁷ OLG Frankfurt am Main GRUR-RR 2005, 361 - Alles ist möglich.

beide Trägermedien schon von vornherein unterschiedliche Kundenkreise ansprechen, weil diejenigen, die beispielsweise eine Werbeanzeige in der Süddeutschen Zeitung lesen, in den meisten Fällen nicht zugleich einen Werbespot ansehen, der bei einem privaten Fernsehsender wie RTL ausgestrahlt wird. Die Wahl des jeweiligen Werbemittels muss daher in der Interessenabwägung Berücksichtigung finden und es muss danach gefragt werden, ob die Zweitwerbung im jeweiligen Einzelfall dazu geeignet ist die Werbewirkung des Erstkunden zu gefährden.

Unterscheiden sich die Werbemedien wie im oben genannten Fall grundlegend, wird eine Enthaltungspflicht eher zu verneinen sein. Dies aber nicht durch eine starre Anwendung des Vergleichs der beiden Werbemittel, sondern aufgrund der damit einhergehenden Gesamtumstände und der Tatsache, dass eine Gefährdung der Werbewirkung des Erstkunden in diesen Fällen eher ausscheidet.

cc. Zeitlicher Umfang der Enthaltungspflicht

Neben den oben erläuterten sachlichen Kriterien, auf die für die Beantwortung der Frage abgestellt werden muss, ob eine Enthaltungspflicht der Werbeagentur besteht, sollen sich die folgenden Untersuchungen mit der zeitlichen Schranke der Enthaltungspflichten befassen. Zum einen stellt sich die Frage, ob, - wie für den Werbeagentur relevant - die Enthaltungspflichten gerade auch nach Beendigung des Agenturvertrags bestehen können ((1.)). Hieran schließt sich die Frage an, welche zeitlichen Grenzen darüber hinaus festgemacht werden können ((2.)).

(1.) Enthaltungspflichten bis oder auch nach Beendigung des Agenturvertrags

Im Verlagsrecht erstreckt sich die Unterlassungspflicht des Verfassers aus § 2 Abs. 1 VerlG auf die gesamte Vertragslaufzeit. Sie entsteht ab Abschluss des schuldrechtlichen Verlagsvertrags und besteht bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses fort.³⁹⁸ Auch für die Enthaltungspflicht des Verfassers aus Treu und Glauben hat der BGH in seiner Medizin-Duden Entscheidung³⁹⁹ angenommen, dass diese bestünde, wenn der Verfasser **während der Dauer des Verlagsvertrags**

³⁹⁸ Schrickler/*Schricker* § 2 Rn. 2.

³⁹⁹ BGH GRUR 1973, 426 - Medizin-Duden.

über den gleichen Gegenstand in einem anderen Verlag ein Werk erscheinen lässt, das sich an den gleichen Abnehmerkreis wendet und nach Art und Umfang geeignet ist, dem früheren Werk ernsthaft Konkurrenz zu bereiten. In beiden Fällen bildet der bestehende Verlagsvertrag damit die zeitliche Grenze der Enthaltungspflicht aus § 2 Abs. 1 VerlG bzw. aus der Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben, sodass sich die Frage stellt, ob eine Enthaltungspflicht der Werbeagentur nur so lange in Betracht kommt, wie der Agenturvertrag nicht beendet ist.

Würde man dies bejahen, so würde eine Enthaltungspflicht der Werbeagentur in vielen Fällen ausscheiden: Der Agenturvertrag ist meist als Werkvertrag einzuordnen und ist grundsätzlich mit der Leistungserbringung der Werbeagentur, der Abnahme des Werks, sowie der Erfüllung der Vergütungspflicht durch den Kunden beendet. Die Frage nach den Enthaltungspflichten kann für die Werbeagentur zwar schon während der Vertragsbeziehung mit dem Erstkunden relevant werden, etwa dann, wenn unmittelbar nach dem Vertragsabschluss mit dem Erstkunden ein Konkurrent an die Agentur herantritt, wird sich in vielen Fällen aber auf die Zeit nach der Beendigung des Werbeagenturvertrags mit dem Erstkunden stellen, nämlich insbesondere dann, wenn der Zweitkunde durch diese auf die Agentur aufmerksam geworden ist.

Gerade in Fällen, in denen der Werbeagenturvertrag dort endet, wo die eigentliche Werbewirkung erst beginnt, erscheint es aber nicht sachgerecht die Enthaltungspflichten per se zu verneinen, zumal anerkannt ist, dass Treuepflichten Nachwirkung zukommen kann⁴⁰⁰.

Der BGH bezieht seine Feststellungen in seiner Medizin-Duden Entscheidung⁴⁰¹ für die Begründung der Enthaltungspflicht zwar auf die Dauer des Verlagsvertrags, weil der Verlagsvertrag der streitenden Parteien noch nicht beendet war. Eine darüberhinausgehende Aussage, ob eine Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben nach Beendigung des Verlagsvertrags ausscheidet, wird allerdings nicht, - zumindest nicht explizit - getroffen, sodass die Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben auch nach Vertragsende nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Zudem ist die Interessenlage im Verlagsvertrag und im Agenturvertrag unabhängig von der Frage

⁴⁰⁰ RGZ 161, 330, 338; BGHZ 16, 4, 10; BGHZ 61, 176, 179; BGHZ 80, 25, 28; BeckOK BGB/*Sutschet* § 241 Rn. 99; MüKo BGB/*Ernst* § 280 Rn. 114 f.; Prütting/*Wegen/Weinreich/Schmidt-Kessel* § 242 Rn. 85.

⁴⁰¹ BGH GRUR 1973, 426 - Medizin-Duden.

der Beendigung des Agenturvertrags ähnlich: Sowohl der Kunde der Werbeagentur als auch der Verlag tätigen nicht unerhebliche Investitionen, um mit der erstellten Werbung für ihre Produkte zu werben bzw. das Werk auszuwerten. Der Verlag aber wird im Rahmen des Verlagsvertrags zeitlich nachgelagert zum Verfasser tätig, sodass er darauf angewiesen ist, dass sich der Verfasser so verhält, dass die Auswertung des Werks nicht gefährdet, oder nachträglich unmöglich gemacht wird. Auch die Werbewirkung und damit die Nutzziehung aus den erkaufte Früchten setzt nachgelagert zur eigentlichen Tätigkeit der Werbeagentur ein und gegebenenfalls auch erst dann, wenn der Agenturvertrag bereits beendet ist. Damit ist auch der Kunde darauf angewiesen, dass die Agentur nichts unternimmt, was die mit der Werbung zu erzielenden Werbewirkung nachträglich konterkarieren würde.

Dass eine Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben auch nach Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen in Betracht kommt, zeigt gerade auch die Entscheidung des BGH zum Kunstschutz in der Modeschöpfung⁴⁰². In diesem Urteil wurde für die Beklagte als Zwischenmeister eine vergleichbare Unterlassungspflicht hergeleitet und ihr untersagt, die Damenmäntel auf Basis des von der Klägerin überlassenen Modells noch während der gleichen Saison an einen Konkurrenten der Klägerin weiter zu verkaufen.⁴⁰³ Dabei ließ der BGH ausdrücklich dahinstehen, ob die Lieferungen der Beklagten an andere Großhandelsfirmen für Damenmäntel - und damit die in Streit stehende Pflichtverletzung - erst nach der Erfüllung ihrer eigentlichen Leistungspflicht der Klägerin gegenüber stattgefunden hatten.⁴⁰⁴ In zeitlicher Hinsicht entscheidend, - so der BGH - sei vielmehr, dass die Weitergabe an den Konkurrenten der Klägerin so zeitnah erfolgt ist, dass dieser Konkurrent die Damenmäntel zeitgleich mit der Klägerin am Markt anbieten konnte. Auch bei einem durch beiderseitige Leistungen erfüllten Warenumsatzgeschäft könnten sich Nachwirkungen ergeben, dies sei insbesondere die, die eigentliche Abwicklung des Geschäftes überdauernde Verpflichtung einer Partei, alles zu unterlassen, was den Vertragszweck gefährden oder vereiteln könnte.⁴⁰⁵

⁴⁰² BGH NJW 1955, 460 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

⁴⁰³ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. 2. a..

⁴⁰⁴ BGH NJW 1955, 460, 462 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

⁴⁰⁵ BGH NJW 1955, 460, 463 - Kunstschutz in der Modeschöpfung.

Es ist daher zweckmäßig die Enthaltungspflicht der Werbeagentur nicht starr auf die Vertragslaufzeit mit dem Erstkunden zu begrenzen. Vielmehr muss sie gerade auch über den eigentlichen Agenturvertrag hinausgehen können, sodass die zeitlichen Grenzen aus § 2 Abs. 1 VerlG genauso wenig anzuwenden sind, wie die in der Medizin-Duden Entscheidung⁴⁰⁶ angeführte Vertragslaufzeit.

(2.) Zeitliche Grenzen der Enthaltungspflicht

Da die Vertragsbeendigung nach dem oben Ausgeführten keine zeitliche Schranke der Enthaltungspflicht bildet, stellt sich die Frage, ob und wie sich die Enthaltungspflicht der Werbeagentur zeitlich eingrenzen lassen kann.

Im Urheberrecht findet sich in § 88 Abs. 2 S. 2 UrhG eine Zweifelsregelung zu zeitlichen Schranken des Wiederverfilmungsrecht des Urhebers. Nach § 88 Abs. 2 S. 2 UrhG soll der Urheber nach Ablauf von zehn Jahren nach Vertragsabschluss im Zweifel berechtigt sein, sein Werk anderweitig filmisch zu verwerten. Doch die 10-jährige Ausschlussfrist der anderweitigen filmischen Verwertung aus dem Urheberrecht stellt keine unmittelbar auf die Konstellation des Werbeagenturvertrags übertragbare Regelung dar, da die Situation der Agentur und die der eines Urhebers, der sein Werk einem Dritten als Filmwerk überlässt, nicht vergleichbar ist. Die Zweifelsregelung im Sinne der 10-Jahres-Frist ist von dem Gedanken getragen, dass die kodifizierten zehn Jahre in aller Regel dazu genügen, die Investitionen des Vertragspartners zu amortisieren,⁴⁰⁷ als die Auswertung eines Filmes in der Praxis schon in einer Zeit von zwei bis drei Jahren abgeschlossen ist und nach diesem Zeitraum nur Wiederholungssendungen im Fernsehen in Betracht kommen, deren Vergütungsaufkommen in der Regel begrenzt ist.⁴⁰⁸ In der Praxis bestand das Bedürfnis, das ausschließliche Verfilmungsrecht des Filmherstellers zeitlich zu begrenzen und dem Urheber die erneute filmische Verwertung seines Werkes zu gestatten, wenn hierdurch eine Konkurrenz für das ursprüngliche Filmwerk nicht mehr zu befürchten ist.⁴⁰⁹ Die im Zweifel geltende 10-Jahres-Frist ist damit vom Amortisierungsgedanken getragen und nicht mit der Konstellation des Werbeagenturvertrags vergleichbar, als der Kunde seine Aufwendungen, - den Erwerb

⁴⁰⁶ BGH GRUR 1973, 426 - Medizin-Duden.

⁴⁰⁷ Amtliche Begründung Drucks. IV/270, 99.

⁴⁰⁸ Wandtke/Bullinger/Manegold/Czernik § 88 Rn. 81.

⁴⁰⁹ Amtliche Begründung BT-Drucks. IV/270, 99.

der Werbeleistung - nicht erst in 10 Jahren amortisieren kann. Die Ausstrahlung oder Verbreitung einer Werbung ist schnelllebig und erfolgt in der Regel nicht über Jahre, sondern nur über Monate hinweg. Auch die Werbewirkung auf das Kaufverhalten der Werbeadressaten ist dementsprechend begrenzt

Weitere explizit normierte zeitliche Grenzen finden sich im Urheberrecht nicht, sodass fraglich ist, wie der zeitliche Umfang der Enthaltungspflichten aus Treu und Glauben im Werbeagenturvertrag zu ziehen ist.

Hierbei ist zu sehen, dass das durch die Rechtsprechung aufgestellte Kriterium, dass sich eine Enthaltungspflicht ergibt, sofern dem früheren Werk ernsthaft Konkurrenz bereitet wird,⁴¹⁰ für sich genommen eine zeitliche Grenze darstellt. Die aus Treu und Glauben abgeleitete Enthaltungspflicht besteht so lange fort, wie der Erstkunde die Werbung der Agentur am Markt verwendet. Entscheidend muss aber nicht die Dauer der tatsächlichen Durchführung der Werbemaßnahme, sondern die vertraglich vereinbarte Dauer der Werbemaßnahme sein: Die aus dem nachvertraglichen Treuegedanken erwachsende Enthaltungspflicht beinhaltet die gegenseitige Pflicht, - zumindest für eine Übergangszeit - alles zu unterlassen, was den Vertragszweck des anderen Teils nachträglich geradezu vereiteln oder zumindest ernsthaft gefährden könnte,⁴¹¹ sodass keine außerhalb des Vertragszwecks liegende Dauer für die Begründung einer Enthaltungspflicht herangezogen werden kann. Sofern sich die Dauer der Werbemaßnahme explizit aus dem Vertrag ergibt, ist diese Vereinbarung als vorrangig zu betrachten. Andernfalls ist durch Auslegung zu ermitteln, wie lange die Werbemaßnahme verwendet werden sollte. Dabei ist gem. §§ 133, 157 BGB darauf abzustellen, wie die Werbeagentur die Verwendung der von ihr zu erbringenden Werbeleistung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte⁴¹² verstehen durfte. Der Kunde wird sich beispielsweise nicht darauf berufen können, dass zwischen ihm und der Agentur die Dauer dahingehend vereinbart war, dass er den Werbespot nach der Dauer seiner Ausstrahlung etwa ein Jahr später noch einmal identisch ausstrahlen wird und damit die Werbeagentur nach der Erstausstrahlung noch an die

⁴¹⁰ BGH GRUR 1973, 426, 426 - Medizin-Duden.

⁴¹¹ RGZ 161, 330; BGHZ 16, 4; BGHZ 61, 176; BGH NJW 1994, 2754; OLG Nürnberg NJW-RR 1999, 737; OLG Karlsruhe NJW-RR 1987, 343; LG Hamburg NJW-RR 1994, 142; MüKo BGB/*Ernst* § 280 Rn. 115.

⁴¹² MüKo BGB/*Busche* § 133 Rn. 29.

Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben gebunden wäre. Ein solcher - der Verkehrssitte zuwiderlaufender Wille, - müsste eindeutig zum Ausdruck gebracht werden.

Die Enthaltungspflicht endet damit erst, nachdem der Werbemaßnahme des Erstkunden keine Konkurrenz mehr gemacht wird und damit frühestens in dem Zeitpunkt, in dem die Werbeleistung vertragsmäßig nicht mehr genutzt werden soll.

Dies bedeutet im Umkehrschluss allerdings nicht, dass die Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben stets zeitgleich mit dem Ende der vertraglichen Verwendung der erbrachten Werbeleistung enden wird. Man stelle sich einen Fall vor in dem die Leistung der Werbeagentur an den Erstkunden erbracht wurde und das Vertragsverhältnis bereits beendet ist. Mit der erstellten Werbeleistung wird nicht mehr geworben, d.h. ein Spot wird schon nicht mehr ausgestrahlt. Begehrt nun ein Konkurrent eine ähnliche, aber für sich genommen freie Leistung, so stellt sich auch hier die Frage der Enthaltungspflicht der Werbeagentur. Zwar wird man sagen können, dass die nachfolgende Werbeleistung des Zweitkunden der Ausstrahlung des ersten Werbespots nicht unmittelbar Konkurrenz macht, weil der Werbespot des Erstkunden nicht mehr ausgestrahlt wird. Allerdings kommt es auch hier auf den Einzelfall an: Je nach den Umständen des Einzelfalles wird man der Werbeleistung des Erstkunden eine gewisse Nachwirkung zuzubilligen haben. Die Dauer der Nachwirkung ergibt sich aus dem, was die Parteien vertraglich vereinbart haben und aus der Tatsache, dass das Kundenverhalten zeitlich verzögert zur eigentlichen Werbung sein kann.

Diese der Werbeleistung zugebilligte Nachwirkung kann auf der anderen Seite aber auch nicht unbegrenzt sein, da es keinen allgemeinen Konkurrenzschutz gibt und damit allein die Tatsache, dass die Werbeagentur mit dem Erstkunden einen Vertrag geschlossen hat nicht dazu führen kann, dass sie sich jeglicher Leistungen enthalten muss, die zu einer Konkurrenzsituation ihres ehemaligen Vertragspartners führt. Es wäre unbillig, wenn sich der Erstkunde eine unbeschränkte Zeit auf die Enthaltungspflicht der Werbeagentur und damit völlig losgelöst, von seiner erkauften Werbewirkung berufen könnte, da die Annahme einer zeitlich unbegrenzten Enthaltungspflicht den Operationsspielraum der Werbeagentur und damit letztlich auch ihre Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG und ihre schöpferische Freiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG unangemessen einschränken würde.

Damit ergibt sich aus den Voraussetzungen der Rechtsprechung für eine Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben, nämlich, dass der früheren Werbeleistung ernsthaft Konkurrenz gemacht werden muss,⁴¹³ nach Durchführung einer Interessenabwägung,⁴¹⁴ dass die Enthaltungspflicht umso eher bejaht werden kann, je näher der Zweitvertrag in zeitlicher Hinsicht auf den Erstvertrag folgt. Denn je früher die Werbewirkung des Erstvertrags durch die nachfolgende Werbeleistung mit dem Zweitkunden gestört wird, umso höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass der Vertragszweck, also die positive Resonanz der Werbung gestört wird. Je später die nachfolgende Werbeleistung an den Zweitkunden erbracht wird, desto weniger wird die Interessenabwägung zu dem Ergebnis einer Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben gelangen.

Ebenfalls entscheidend für die Dauer der Enthaltungspflicht ist dann wiederum die Ähnlichkeit der beiden Werbeleistungen, sodass beide Aspekte in der Interessenabwägung korrelieren. Je ähnlicher sich die beiden Werbeleistungen sind, desto länger ist eine Enthaltungspflicht denkbar. Bewirbt die Werbung des Erstkunden beispielsweise ein Produkt, diejenige des Zweitkunden aber allein sein Unternehmen bzw. seine Marken, ist hierbei der Unterschied schon so groß, dass eine Enthaltungspflicht gar nicht bzw. zeitlich nur sehr begrenzt bestehen kann.

C. Vertragliche Vereinbarungen über die Enthaltungspflicht

Da sich Umfang und Grenzen der aus Treu und Glauben abgeleiteten Enthaltungspflicht immer erst anhand des konkreten Einzelfalls und der durchzuführenden Interessenabwägung ergeben, empfiehlt es sich für die Parteien des Werbeagenturvertrags aus Gründen der Rechtssicherheit und der späteren Konfliktvermeidung, explizite Regelungen zu den geltenden Enthaltungspflichten zu treffen und so weit wie möglich auch deren Umfang zu bestimmen. Die folgenden Darstellungen befassen sich mit den Möglichkeiten, solche Klauseln einzelvertraglich (I.1. und I.2.) und insbesondere unter Verwendung von Formularverträgen (II.) zu vereinbaren. Im Anschluss hieran sollen eine aus einer Formularsammlung stammende Musterklausel zu Enthaltungspflichten näher beleuchtet werden und der

⁴¹³ BGH GRUR 1973, 426, 427 - Medizin-Duden.

⁴¹⁴ Vgl. BGH GRUR 1973, 426, 427 f.- Medizin-Duden; *Sprick* GRUR 1973, 428, 428 f..

Praxis Formulierungsvorschläge für eine entsprechende Klausel an die Hand gegeben werden (III.).

I. Schranken einer einzelvertraglichen Vereinbarung

Bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer vertraglichen Vereinbarung über die Enthaltungspflichten der Werbeagentur steht an erster Stelle die Frage, ob darin ein Wettbewerbsverbot zu sehen ist und damit die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze anzuwenden sind.⁴¹⁵

Grundsätzlich sollen Wettbewerbsverbote zwischen Unternehmen verhindern, dass eine Vertragspartei während oder nach Ende der Vertragslaufzeit in Wettbewerb zur anderen Vertragspartei tritt und dabei die im Rahmen der Vertragsbeziehung erlangten Kenntnisse unbillig zu ihrem eigenen Vorteil ausnutzt.⁴¹⁶ Dies ist in der Konstellation einer Vereinbarung von Enthaltungspflichten im Werbeagenturvertrag auf den ersten Blick anders, da die Werbeagentur nicht unmittelbar mit ihrem Erstkunden in Wettbewerb tritt, wenn eine Werbeleistung für einen Zweitkunden erstellt wird. Auch verwertet die Werbeagentur durch ihre zeitlich nachgelagerte Werbung an den Zweitkunden grundsätzlich keinerlei Erkenntnisse, die sie vom Erstkunden erworben hätte, sodass bei der Vereinbarung einer Enthaltungspflicht auch vor dem Hintergrund, dass es einen allgemeinen Schutz vor Konkurrenz nicht gibt, vor allem die vertraglich begründete Verpflichtung, den Vertragszweck nicht zu gefährden, im Vordergrund steht.

Allerdings soll durch die entsprechende vertragliche Vereinbarung einer Enthaltungspflicht vermieden werden, dass die Werbung des Zweitkunden - sozusagen mittelbar - mit derjenigen des Erstkunden in Wettbewerb tritt. Auch die Auswirkung für die Werbeagentur entspricht derjenigen bei Vorliegen eines Wettbewerbsverbots, da ihr zeitweise eine Unterlassungspflicht auferlegt wird, Dienstleistungen für bestimmte Zweitkunden zu erbringen, sodass sie insoweit mit Wettbewerbsverboten gleichzusetzen sind.

⁴¹⁵ *Bernhard NJW 2013, 2785, 2785.*

⁴¹⁶ *Bernhard NJW 2013, 2785, 2785.*

Auch nach der europäischen Vertikal-GVO 330/2010⁴¹⁷ ist die Vereinbarung über die Enthaltungspflicht im Werbeagenturvertrag als Wettbewerbsverbot zu qualifizieren⁴¹⁸. Nach Art. 1 Abs. 1 d) der europäischen Vertikal-GVO 330/2010 ist ein Wettbewerbsverbot unter anderem jede „unmittelbare oder mittelbare Verpflichtung, die den Abnehmer veranlasst, keine Waren oder Dienstleistungen herzustellen, zu beziehen, zu verkaufen oder weiterzuverkaufen, die mit den Vertragswaren oder -dienstleistungen im Wettbewerb stehen“.

Eine Verpflichtung der Werbeagentur dahingehend, für einen bestimmten Zeitraum und einem gewissen Umfang keine Werbeleistung an einen Konkurrenten des Erstkunden zu erbringen, ist somit als Wettbewerbsverbot zu charakterisieren, da der Werbeagentur für einen bestimmten Zeitraum untersagt wird, ihre Dienstleistungen bzw. Waren an einen potenziellen Zweitkunden zu erbringen oder zu verkaufen, wenn dieser ein Konkurrent des Erstkunden ist. Damit sind für die Bestimmung der Grenzen der Enthaltungspflicht im Folgenden die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu Wettbewerbsverboten heranzuziehen.

1. Schranke aus § 138 BGB

Sofern die Vereinbarung zwischen der Agentur und ihrem Kunden einzelvertraglich getroffen wurde, weil entweder keine für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen verwendet wurden oder aber die Bestimmungen einzelvertraglich ausgehandelt sind, bestimmen sich die Grenzen der Wirksamkeit vor

⁴¹⁷ Verordnung (EU) Nr. 330/2010 der Kommission vom 20.04.2010 über die Anwendung von Artikel 101 Absatz 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Gruppen von vertikalen Vereinbarungen und abgestimmten Verhaltensweisen.

⁴¹⁸ Die unmittelbare Anwendung im deutschen Recht der Verordnung findet in § 2 Abs. 2 S. 1 GWB explizite Erwähnung.

allem nach § 138 BGB. Zwar sind die §§ 60 f., 74 ff.⁴¹⁹, 90a⁴²⁰, 112 f.⁴²¹ HGB bei der Betrachtung eines Wettbewerbsverbots grundsätzlich gegenüber der Überprüfung nach § 138 BGB vorrangig.⁴²² Für Regelungen zwischen der Werbeagentur und einem Kunden, nach der die Werbeagentur (in gewissen zeitlichen Grenzen) daran gehindert sein soll, Werbeleistungen an Konkurrenten des Erstkunden zu erbringen, sind diese allerdings nicht einschlägig, da die Agentur weder als Handelsvertreterin oder Handlungsgehilfin, noch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses tätig wird.

Somit ist zu prüfen, ob die jeweiligen Bestimmungen aufgrund einer knebelnden Wirkung sittenwidrig und gem. § 138 BGB nichtig sind. Dabei ist der Grad der durch die Vereinbarung resultierenden Freiheitsbeeinträchtigung entscheidend,⁴²³ sodass das Verbot nach Ort, Dauer und Gegenstand nicht die schutzwürdigen Interessen des Begünstigten überschreiten und den Verpflichteten nicht übermäßig beschränken darf.⁴²⁴

Für die Beurteilung der Wirksamkeit der jeweiligen Vereinbarung ist eine Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Umstände vorzunehmen.⁴²⁵ Demnach kann Sittenwidrigkeit aufgrund einer zusammenfassenden Würdigung von Inhalt, Beweggrund und Zweck gegeben sein.⁴²⁶ Da für die Beurteilung, ob ein Wettbewerbsverbot aufgrund § 138 BGB nichtig ist, auf den Gesamtcharakter des

⁴¹⁹ Der Schutz der §§ 60 und 74 ff. HGB gilt nach dem Wortlaut unmittelbar zwar nur für Handlungsgehilfen (§ 59 S. 1 HGB), ist aber auf alle Arbeitnehmer anwendbar. Er kommt dagegen nicht für weitere Fälle in Betracht, wenn eine Tätigkeit nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erbracht wird; MüKo HGB/v. *Hoyningen-Huene* § 60 Rn. 7 ff. und § 74 Rn. 9.

⁴²⁰ § 90a HGB betrifft alle Handelsvertreter i. S. d. § 84 Abs. 1 HGB. Auf andere selbstständige Gewerbetreibende ist § 90a HGB nicht entsprechend anwendbar, weil es an der ständigen Tätigkeit für einen Unternehmer und dem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zum Unternehmer, das die Grundlage für den durch § 90a HGB gewährten Schutz bei Wettbewerbsvereinbarungen bildet, fehlt; MüKo HGB/v. *Hoyningen-Huene* § 90a Rn. 7.

⁴²¹ § 112 HGB regelt das Wettbewerbsverbot innerhalb der OHG in Gestalt eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, vgl. MüKo HGB/*Langhein* § 112 Rn. 3. Auf andere Gesellschaftsformen wird 112 HGB nicht von Gesetzes wegen angewandt, vgl. MüKo HGB/*Langhein* § 112 Rn. 4.

⁴²² Prütting/*Wegen/Weinreich/Ahrens* § 138 Rn. 157.

⁴²³ *Ermann/Schmidt-Räntsch* § 138 Rn. 170.

⁴²⁴ MüKo BGB/*Armbrüster* § 138 Rn. 79.

⁴²⁵ *Fromm/Nordemann/Nordemann* Vor §§ 31 ff. Rn. 51.

⁴²⁶ *JurisPK BGB/Nassall* § 138 Rn. 10.

Vertrags und somit auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen ist, lassen sich für die Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit keine starren Grenzen, sondern lediglich Tendenzen aufzeigen.

Als Ausnahme zu dem Grundsatz, dass sich Grundrechtsnormen gegen den Staat richten und für eine unmittelbare und absolute Geltung der Grundrechtsnormen kein Raum ist,⁴²⁷ spielt für die Überprüfung des § 138 BGB außerdem die Werteentscheidung des Grundgesetzes eine entscheidende Rolle, sodass es die Generalklausel des § 138 BGB ermöglicht, den Wert- und Rechtsgehalt der Grundrechte auch im Privatverkehr zur Geltung zu bringen.⁴²⁸ Die jeweilige Bestimmung darf die Werbeagentur (als Verpflichtete) nicht übermäßig in ihrer Berufsausübung gem. Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG oder der schöpferischen Freiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG einschränken.⁴²⁹ Dies bedeutet, dass die vertragliche Abrede insbesondere auf ihre zeitlichen, gegenständlichen und räumlichen Grenzen hin untersucht werden muss⁴³⁰ und ein schutzwürdiges Interesse seitens des Verpflichtenden,⁴³¹ mithin dem Kunden, vorliegen muss.

Soweit ersichtlich, existieren für Bestimmungen zu Enthaltungspflichten zwischen einer Werbeagentur und ihrem Kunden darüber, keine Zweitleistung an einen weiteren Kunden, insbesondere einen Konkurrenten zu erbringen, keine Entscheidungen in der Rechtsprechung. Im Folgenden werden daher die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zur Wirksamkeit nachvertraglicher Wettbewerbsverbote beleuchtet und auf ihre Übertragbarkeit hin untersucht, um den Wirksamkeitsrahmen aus § 138 BGB näher konkretisieren zu können.

a. Zeitliche Grenze

In zeitlicher Hinsicht liegt eine Sittenwidrigkeit nahe, wenn ein Wettbewerbsverbot zeitlich unbegrenzt ist.⁴³² Hierdurch büßt die Werbeagentur ihre wirtschaftliche und künstlerische Selbstständigkeit dauerhaft ein, sodass das Verbot die Agentur in

⁴²⁷ Soergel/Siebert/*Hefermehl* § 138 Rn. 10.

⁴²⁸ BVerfG 7, 198; BVerfG 24, 236; Soergel/Wolf/*Hefermehl* § 138 Rn. 10.

⁴²⁹ Prütting/Wegen/Weinreich/*Ahrens* § 138 Rn. 157.

⁴³⁰ BGH BB 1998, 1554, 1555.

⁴³¹ Palandt/*Ellenberger* § 138 Rn. 104.

⁴³² *Bernhard* NJW 2013, 2785, 2786.

unverhältnismäßiger Art und Weise in der durch Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Berufsausübungsfreiheit und der schöpferischen Freiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG einschränkt, ohne durch sachliche Gründe gerechtfertigt zu sein.⁴³³ Eine Vereinbarung also, die der Werbeagentur die Pflicht auferlegt, für einen unbegrenzten Zeitraum darauf zu verzichten, mit Konkurrenten ihres Vertragspartners einen Vertrag abzuschließen, ist als Verstoß gegen § 138 Abs. 1 BGB zu qualifizieren und damit nichtig.

Neben einem zeitlich unbeschränkten Wettbewerbsverbot können aber auch unangemessen lange Wettbewerbsverbote gegen § 138 BGB verstoßen. In der Rechtsprechung hat sich für viele Fallkonstellationen der Grundsatz herausgebildet, dass die Schutzfrist eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots zwei Jahre nicht überschreiten darf.⁴³⁴ Beispielsweise hat der BGH entschieden, dass ein „über zwei Jahre hinausgehendes“ nachvertragliches Wettbewerbsverbot für einen aus einer Freiberuferssozietät ausgeschiedenen Gesellschafter in zeitlicher Hinsicht gegen § 138 BGB verstößt⁴³⁵ und eine Kundenschutzklauseln, die zwischen einer GmbH und einem ihrer Gesellschafter anlässlich des Ausscheidens aus der Gesellschaft vereinbart werden, nichtig sind, wenn sie in zeitlicher Hinsicht das notwendige Maß übersteigen, das „in der Regel zwei Jahre“ beträgt⁴³⁶. Die Zwei-Jahres-Grenze gilt grundsätzlich auch bei Abwerbverboten von Arbeitnehmern, wobei offengelassen wurde, ob ausnahmsweise das schutzwürdige Interesse des Unternehmers ein längeres Abwerbverbot begründen kann.⁴³⁷

⁴³³ MüKo BGB/*Armbrüster* § 138 Rn. 79; vgl. zur unzulässigen Beschränkung der Berufsfreiheit durch zeitlich unbeschränkte Wettbewerbsverbote BGH NJW 1986, 2944 f.; BGH NJW 2010, 1206, Rn. 13.

⁴³⁴ Vgl. auch BGH NJW 1991, 699, 700, in der das Gericht eine Mandantenschutzklausel als wirksam betrachtet hat, wenn diese die Mandanten in den Schutz einbezieht, die innerhalb der letzten „zwei oder drei Jahre“ vor dem Ausscheiden Auftraggeber der Gesellschaft waren; BGH NJW 2000, 2584, 2585, nach dem für einen gegen Abfindung ausscheidenden Gesellschafter aus einer Freiberuferssozietät mangels abweichender Abreden gilt, dass er die Mandanten der Sozietät „längstens für zwei Jahre“ seinen bisherigen Partnern belassen muss; MHdB *GesR/Doehner/Hoffmann* § 16 Rn. 71; Palandt/*Ellenberger* § 138 Rn. 104.

⁴³⁵ BGH NJW 2004, 66, 66.

⁴³⁶ BGH NJW 2015, 1012, 1012 Rn. 11.

⁴³⁷ BGH NJW 2014, 3442, 3445 Rn. 35 ff..

Dabei liegt den von der Rechtsprechung zur Zwei-Jahres-Grenze entschiedenen Fällen die Überlegung zugrunde, dass die Beteiligten, also die in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter bzw. die Käufer einer Freiberuflersozietät, mit dem zwei Jahre andauernden Wettbewerbsverbot ausreichend geschützt sind, weil sich danach die Kunden- bzw. Mandantenbeziehungen typischerweise gelockert haben, sodass der ausgeschiedene Gesellschafter wie jeder andere Wettbewerber behandelt werden kann.⁴³⁸ Die Konkurrenzschutzklausel bezweckt in diesen Fällen, den Kunden- bzw. Mandantenstamm der Sozietät und damit die bestehenbleibende Gesellschaft zu schützen. Das Wettbewerbsverbot entspringt dabei zumindest bei geschäftsführenden Gesellschaftern⁴³⁹ aus deren Treuepflicht.

Es stellt sich daher die Frage, ob diese Höchstgrenze von zwei Jahren auch auf Vereinbarungen zwischen der Werbeagentur und ihrem Kunden übertragen werden kann: Auszugehen ist hierbei von der Frage, ab welchem Zeitpunkt ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot durch die Interessen des Vertragspartners nicht mehr gerechtfertigt ist und damit den Verpflichteten unangemessen in seiner Berufsfreiheit gem. Art 12 Abs. 1 GG einschränkt. Diese grundrechtlichen Erwägungen sind auch im Rahmen des Werbeagenturvertrags anzustellen. Anders als bei den freien Berufen, die ein Vertrauensverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer voraussetzen und damit die Freiheit der Auftraggeber, mit einem Auftrag eine Person ihres Vertrauens zu bedenken,⁴⁴⁰ beschränkt wird, spielt dieser Gedanke für die Konstellation des Werbeagenturvertrags aber eine eher untergeordnete Rolle. Die Beziehung zwischen Werbeagentur und Kunden ist in der Regel primär wirtschaftlich geprägt und nicht wie beispielsweise beim Anwaltsvertrag, gegründet auf der vertrauensvollen Zusammenarbeit, die nicht zuletzt von der Person des Anwalts selbst abhängt.

⁴³⁸ BGH NJW-RR 1996, 741, 742; BGH NJW 2000, 2584, 2585; BGH NJW 2005, 3061, 3062; BGH NJW 2015, 1012, Rn. 13.

⁴³⁹ Auch bei nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschaftern ist eine Wettbewerbstätigkeit nicht von vornherein ausgeschlossen und kann sich im Einzelfall aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ergeben. Dies gilt insbesondere insoweit, als Gesellschafter die im Gesetz vorgesehenen Informations- und Kontrollrechte ausüben, sich über interne Angelegenheiten der Gesellschaft ausgiebig unterrichten können; MHdB GesR/Schmid § 24 Rn. 81 f..

⁴⁴⁰ MHdB GesR/Schmid § 24 Rn. 86.

Allerdings lässt sich der Schutzzweckgedanke, der den von der Rechtsprechung zur Zwei-Jahres-Grenze entschiedenen Fälle zugrunde liegen, in gewisser Art und Weise miteinander vergleichen: Mit der vereinbarten Enthaltungspflicht zwischen der Werbeagentur und ihrem Kunden wird der Schutzzweck verfolgt, die Werbewirkung der erbrachten Werbeleistung zu schützen. Auch hierbei spielt das „Verblässen der Werbewirkung“, ähnlich wie bei der Lockerung der Kunden- bzw. Mandantenbeziehung eine Rolle. Zudem entspringt auch die weitergehende Enthaltungspflicht, zu abgeänderten, das Sonderrecht nicht berührenden Zweitleistungen, dem Treuegedanken.⁴⁴¹

Will man diese Zwei-Jahres-Grenze auch für die Werbeagentur anwenden, bedeutet dies, dass eine Vereinbarung über die Enthaltungspflicht zwischen Agentur und Kunden, welche über die Dauer von zwei Jahren hinausgeht, gegen § 138 BGB verstößt. Die Rechtsprechung⁴⁴² spricht hier zwar zunächst nur davon, dass das Verbot „regelmäßig“ nicht über zwei Jahre betragen dürfe. Welche atypische Sondergestaltung ausnahmsweise eine Verlängerung dieses Zeitraumes rechtfertigen würde, wird durch den BGH aber nicht konkretisiert.⁴⁴³ Ob in der vorliegenden Konstellation des Werbeagenturvertrags überhaupt Fälle vorstellbar sind, bei denen ein so überragendes Interesse am Schutz der ersten Werbeleistung besteht, ist in Anbetracht der Beschränkung der grundgesetzlich abgesicherten Berufsausübungsfreiheit und der freien schöpferischen Gestaltung kaum vorstellbar. Zu beachten ist aber jedenfalls, dass die Zwei-Jahres-Grenze nur eine Höchstgrenze darstellt und damit nicht zugleich feststeht, ob ein zweijähriges Wettbewerbsverbot im Einzelfall auch wirksam wäre. Umgekehrt kann also für eine kürzere Enthaltungspflicht nicht per se die Aussage getroffen werden, dass keine Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB vorliegt.

Im Rahmen eines Werbeagenturvertrags besteht die Besonderheit, dass die Dauer des Werbeeinsatzes und die damit verbundene Werbewirkungen je nach Fallkonstellation stark variieren können. Nachdem sich das Wettbewerbsverbot, um nicht gegen § 138 BGB zu verstoßen, an ein in räumlicher, gegenständlicher und zeitlicher Hinsicht notwendiges Maß halten muss, ist zur Ermittlung des Maßstabes

⁴⁴¹ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. 4..

⁴⁴² BGH NJW 2015, 1012, Rn. 11.

⁴⁴³ BGH NJW 2015, 1012, Rn. 11.

primär auf die im Vertrag vorgesehene Werbewirkung abzustellen. Es ist demnach zu differenzieren, um welche Werbeleistung es sich im konkreten Fall handelt, d.h. ob eine ganze Werbekampagne oder ein einzelnes Werbeplakat erstellt wird, wo und wie lange mit dieser Werbung auf dem Markt geworben werden soll. In zeitlicher Hinsicht wird man dann davon ausgehen müssen, dass je umfangreicher oder „größer“ die Werbekampagne ist, desto länger auch ein Wettbewerbsverbot gefasst sein kann, da auch die vereinbarte Werbewirkung in diesen Fällen bedeutender ist.

Außerdem wird man in zeitlicher Hinsicht darauf abzustellen haben, wie lange mit der jeweiligen Werbung am Markt geworben wird. Solange die Werbung auch genutzt wird, wird ein Wettbewerbsverbot im Regelfall auch vom Schutzzweck gedeckt sein. Umgekehrt ist nicht per se davon auszugehen, dass das Wettbewerbsverbot zeitgleich mit dem Werbeauftritt enden muss, da man der einmal erzielten Werbewirkung wohl auch eine gewisse Nachwirkung zugestehen muss. Man wird aber den Grundsatz aufstellen können, dass je weiter das Wettbewerbsverbot und die Dauer des Werbeauftritts auseinanderfallen, desto eher ein Verstoß gegen § 138 BGB gegeben sein wird.

Die Rechtsfolge einer solchen, gegen das zeitliche Höchstmaß verstoßenden Vereinbarung ist aber in Ausnahme zum Verbot der geltungserhaltenden Reduktion nicht die Nichtigkeit der Vereinbarung. Verstößt ein Wettbewerbsverbot nämlich allein gegen die zeitliche Grenze, ohne dass weitere als sittenwidrig zu qualifizierende Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit vorliegen, nimmt die Rechtsprechung eine geltungserhaltende Reduktion auf das zeitlich tolerable Maß vor.⁴⁴⁴ Eine allein das zeitliche Maß überschreitende Vereinbarung zwischen Werbeagentur und ihrem Kunden wird damit auf ein zulässiges Höchstmaß beschränkt.

b. Sachliche Grenze

Ein Wettbewerbsverbot kann aber auch in sachlicher Hinsicht gegen § 138 BGB verstoßen. Dann nämlich, wenn sich das Wettbewerbsverbot nicht auf bestimmte Zweitkunden, also etwa Konkurrenten, sondern auf jegliche Tätigkeit der

⁴⁴⁴ So beispielsweise BGH WM 1990, 2121, 2123; BGH NJW-RR 1996, 741, 742; BGH NJW 2000, 2584, 2585; ebenso Joost/Strohn/Bergmann § 112 Rn. 22; MHdB GesR/Doehner/Hoffmann § 16 Rn. 72; MüKo BGB/Armbrüster § 138 Rn. 160; MüKo HGB/Langhein § 112 Rn. 22; Palandt/Ellenberger § 138 Rn. 104.

Werbeagentur beziehen würde, ist von einer Sittenwidrigkeit der Vereinbarung auszugehen. Der Erstkunde hat kein schutzwürdiges Interesse daran, dass die Agentur unabhängig davon, ob zu diesem potenziellen Zweitkunden ein Konkurrenzverhältnis besteht, in keiner Weise mehr für weitere Kunden tätig wird.⁴⁴⁵ Das Wettbewerbsverbot der Werbeagentur muss damit im Grundsatz auf (bestimmte) Konkurrenten des Erstkunden beschränkt sein. In sachlicher Hinsicht wird in jüngerer Zeit ein vergleichbarer Maßstab wie im Kartellrecht zu Grunde gelegt, nämlich ein Hinausgehen über das für die Vertragsdurchführung erforderliche Maß.⁴⁴⁶ Angesichts der unterschiedlichen Schutzrichtungen von § 1 GWB und § 138 BGB ist dieser Maßstab aber zu restriktiv. Wohingegen im Kartellrecht danach gefragt wird, ob eine Beschränkung des freien Wettbewerbs für die Allgemeinheit hingenommen werden kann, wird für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit danach gefragt, inwiefern die Einschränkung der gewerblichen Betätigung des Einzelnen gerechtfertigt ist.⁴⁴⁷ Sittenwidrigkeit ist nur zu bejahen, wenn das Wettbewerbsverbot die verfassungsrechtliche Grundentscheidung für die Freiheit des Berufs verletzt, weil der durch die Vereinbarung Verpflichtete gehindert wird, seinen Lebensunterhalt zu bestreiten⁴⁴⁸ und seine berufliche Tätigkeit längerfristig oder auf Dauer aufgeben muss.⁴⁴⁹

Damit ist von einem Verstoß in sachlicher Hinsicht nach § 138 BGB im Fall der Werbeagentur nur dann auszugehen, wenn die Agentur dadurch in ihrer Berufsfreiheit

⁴⁴⁵ Vgl. hierzu auch OLG Hamm BeckRS 2016, 20914 Rn. 24, worin es um die Beurteilung eines in sachlicher Hinsicht zu weitgehendes Wettbewerbsverbot eines ausscheidenden Geschäftsführers ging, weil durch die Klausel (unter anderem) ein Tätigwerden untersagt werden sollte. Nach dem Wettbewerbsverbot durfte der dortige Beklagte, d.h. der ausscheidende Geschäftsführer (unter anderem) in keiner Weise für ein Wettbewerbsunternehmen tätig werden, da ihm ein Tätigwerden „gleich aus welchem Grund, in selbstständiger, unselbstständiger oder sonstiger Weise“ untersagt war. Das Gericht hielt dies für zu weitgehend, da kein schutzwürdiges Interesse der Gesellschaft daran bestand, dass der Geschäftsführer nicht für ein Wettbewerbsunternehmen in einer Weise tätig wird, das keinen Bezug zu dem Tätigkeitsbereich des Geschäftsführers bei der Gesellschaft, seiner dort relevanten Fachkompetenz oder zu ihren Kunden aufweist.

⁴⁴⁶ *Bernhard* NJW 2013, 2785, 2786, unter Verweis auf BGH GRUR 2009, 698, 700 - Subunternehmervertrag II; wobei es im Gegensatz zu § 1 GWB nicht auf eine Spürbarkeit ankommt.

⁴⁴⁷ BGH NJW 1994, 384, 386.

⁴⁴⁸ BGH NJW 2005, 3061, 3061.

⁴⁴⁹ *Bernhard* NJW 2013, 2785, 2786.

verletzt werden würde, weil das Wettbewerbsverbot so weit gefasst ist, dass es ihr ein Tätigwerden für andere potenzielle Kunden verbieten würde. Neben einer fehlenden Einschränkung auf bestimmte Kunden ist dies auch denkbar in Fällen, in denen der Kreis der Konkurrenten unzulässig weit ausgedehnt wird, etwa bei der Inbezugnahme auf „alle Freiberufler“, „alle Lebensmittelhersteller“, oder „die ganze Automobilbranche“.

c. Räumliche Grenze

Ein weiteres Kriterium für die Beantwortung der Frage, ob eine Vereinbarung gegen § 138 BGB verstößt, ist deren räumliche Reichweite, da auch insoweit gefragt werden muss, ob eine nicht hinnehmbare Beeinträchtigung der Handlungs- und Berufsausübungsfreiheit der Agentur vorliegt.⁴⁵⁰ Für die Beurteilung der räumlichen Grenze muss differenziert werden, an welchen Kundenkreis sich die Werbeleistung des Erstkunden richtet. Dies kann je nach Art der Beauftragung stark variieren, da die Werbung in einem regionalen Prospekt nicht dieselbe räumliche Werbewirkung erzielt, wie ein deutschlandweit ausgestrahlter Werbespot. Je größer dieser räumliche Bereich der Werbewirkung gezogen werden kann, desto weiter kann sich das Wettbewerbsverbot räumlich erstrecken, ohne dass es als sittenwidrig eingeordnet werden muss.

Ist zwischen dem Erstkunden und der Werbeagentur explizit nur eine Werbeleistung für Deutschland vereinbart, wird die Agentur nicht durch eine Enthaltungspflicht gehindert sein, für einen Konkurrenten des Erstkunden eine Werbung für die Nachbarländer wie Österreich oder etwa die Schweiz zu gestalten.

d. Rechtsfolgen; Notwendige Einzelfallbetrachtung

Anders als bei einem Wettbewerbsverbot, welches nur in zeitlicher Hinsicht die zulässige Höchstgrenze überschreitet, sind solche, den räumlichen und sachlichen Umfang überschreitende Vereinbarungen nichtig.⁴⁵¹

Aufgrund der notwendigen Einzelfallbetrachtung bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit aus § 138 BGB und verschiedenster Werbeleistungen, verbleibt es

⁴⁵⁰ BGH GRUR 1998, 1047, 1049 - Subunternehmervertrag.

⁴⁵¹ So auch Joost/Strohn/Bergmann § 112 Rn. 22; MüKo HGB/Langhein § 112 Rn. 22; BGH NJW 2005, 3061, 3062; OLG Hamm BeckRS 2016, 20914 Rn. 25.

dabei, dass stets anhand des jeweiligen Einzelfalls danach gefragt werden muss, ob das Wettbewerbsverbot zum Schutz der Werbewirkung des Erstkunden notwendig ist, oder die Agentur in ihren Rechten aus Art. 12 Abs. 1 GG in unzulässiger Art und Weise beschränkt. Im Grundsatz gilt, dass je umfassender Vereinbarungen hinsichtlich der einzelnen Kriterien in räumlicher, zeitlicher und sachlicher Hinsicht sind und je weiter sie sich damit vom eigentlichen Zweck der Vereinbarung lösen, nämlich die erbrachte Werbeleistung und deren Wirkung zu schützen, desto eher von einer sittenwidrigen und damit nichtigen Vereinbarung auszugehen ist.

2. Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen

Daneben darf auch kein Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften vorliegen, da Vertragsklauseln, die für Wettbewerbsbeschränkungen kausal sind, nach § 134 BGB i.V.m. § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 2 AEUV grundsätzlich unheilbar nichtig sind.⁴⁵² Vereinbarungen, die der Werbeagentur verbieten, in gewissen zeitlichen Umfang keinen Zweitvertrag mit einem Konkurrenten abzuschließen, sind an § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV zu messen. Diese überwiegend⁴⁵³ übereinstimmenden Normen verbieten Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und abgestimmte Verhaltensweisen, die den Wettbewerb beschränken.

⁴⁵² MüKo GWB/Säcker § 1 Rn. 5; eine geltungserhaltende Reduktion ist jedenfalls möglich, wenn allein ein Verstoß gegen zeitliche Grenzen vorliegt, sodass die Klausel gem. § 139 BGB analog auf das zulässige Maß zu reduzieren ist; so Kling/Thomas/Thomas § 19 Rn. 217. Ob ein geographisch zu weit gehendes Wettbewerbsverbot in seinem Anwendungsbereich auf den zulässigen Umfang reduziert werden kann, wird von der Rechtsprechung uneinheitlich beantwortet; vgl. ablehnend BGH WuW 2004, 1051, 1052 - Restkaufpreis; grundsätzlich für möglich haltend BGH NJW 1994, 384, 386 - Ausscheidender Gesellschafter; dafür, dass Wettbewerbsverbote in kartellrechtlicher Sicht auch örtlich und gegenständlich objektiv einer Reduktion zugänglich sind Wiedemann/Topel § 50 Rn. 27, unter Hinweis auf BGH NJW-RR 2011, 835, 839 - Jette Joop.

⁴⁵³ Lediglich der Unternehmensbegriff hat im deutschen Recht eine umfangreichere Bedeutung, da er, wie § 185 Abs. 1 GWB klarstellt, auch Unternehmen der öffentlichen Hand umfasst, vgl. MüKo GWB/Säcker § 1 Rn. 10.

a. Allgemeine Voraussetzungen

Zunächst müsste eine „Beschränkung“ des Wettbewerbs, also eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit auf Seiten der Anbieter oder Nachfrager vorliegen. Betroffen sein müssten wettbewerbsrelevante Handlungen, wie beispielsweise Absatzmengen, Umsätze, Preise, Abnehmer, Gebiete, Werbung oder die Teilnahme am Wettbewerb generell.⁴⁵⁴ Die Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit soll dabei mindestens einen der Partner der Vereinbarung oder des Beschlusses betreffen, das heißt, § 1 GWB bzw. Art 101 AEUV soll nicht anwendbar sein, wenn sie sich ausschließlich auf die wettbewerbliche Handlungsfreiheit Dritter auswirkt.⁴⁵⁵ Für den vorliegenden Fall bedeutet das, dass die Beschränkung im Verhältnis zwischen der Werbeagentur und dem Erstkunden vorliegen muss. Auf den potenziellen Zweitkunden und damit den Konkurrenten des Erstkunden, mit dem die Werbeagentur nach dem Wettbewerbsverbot keine Vertragsbeziehung eingehen darf, ist dagegen nicht - bzw. zumindest nicht ausschließlich - abzustellen.

Die Vereinbarung zwischen der Werbeagentur und ihrem Erstkunden darüber, dass die Werbeagentur - für einen bestimmten Zeitraum - keinen Zweitvertrag mit einem Konkurrenten des Erstkunden schließen darf, fällt damit grundsätzlich unter die kartellrechtliche Kontrolle, da sie eine Vereinbarung darstellt, die eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirken kann. Von dieser Vereinbarung betroffen ist die Handlungsfreiheit der Werbeagentur insoweit, als sie, - je nach Ausgestaltung der Vereinbarung - ganz oder teilweise, zumindest für einen gewissen Zeitraum daran gehindert ist, mit einem Konkurrenten des Erstkunden einen Vertrag zu schließen und damit an diesem Teilbereich des Wettbewerbs teilzunehmen.

Weitere Voraussetzungen für Eröffnung des Anwendungsbereichs einer kartellrechtlichen Kontrolle ist, dass eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs alternativ entweder „bezweckt“ oder „bewirkt“ sein muss.⁴⁵⁶ Für den Fall, dass ein wettbewerbswidriger Zweck festgestellt werden kann, also eine subjektive Komponente zu bejahen ist, kommt es auf die tatsächlichen

⁴⁵⁴ Bechtold/Bosch § 1 Rn. 34.

⁴⁵⁵ Im Einzelnen streitig, vgl. hierzu Bechtold/Bosch § 1 Rn. 36, m.w.N..

⁴⁵⁶ *Dietze/Janssen* Rn. 165.

Auswirkungen der Vereinbarung nicht an.⁴⁵⁷ Für die Beurteilung der Frage, ob eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird, ist auf den Inhalt der konkreten Vereinbarung und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen. Vor dem Hintergrund der gebotenen restriktiven Auslegung⁴⁵⁸ ist von einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung nur bei „bestimmten“ Kollusionen auszugehen, „die den Wettbewerb hinreichend beeinträchtigen, damit davon ausgegangen werden kann, dass die Prüfung ihrer Auswirkungen nicht notwendig ist“⁴⁵⁹. Als wesentliches rechtliches Kriterium bezeichnet der EuGH die Feststellung, dass die Kollusion „in sich selbst eine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs erkennen lässt“⁴⁶⁰.

Liegt ein „Bezwecken“ nicht vor, muss anhand einer Betrachtung der Gesamtumstände und der jeweiligen Marktbedingungen anhand objektiver Kriterien untersucht werden, ob die Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt.⁴⁶¹

Für die Beantwortung der Frage, ob mit dem Wettbewerbsverbot zwischen der Werbeagentur und ihrem Kunden eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, kann darauf abgestellt werden, ob das fragliche Verhalten vorhersehbare Auswirkungen auf Preis, Menge oder Qualität der am Markt angebotenen Produkte haben wird und außerdem aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht anders erklärt werden kann als durch das Bestreben eines beteiligten Unternehmens, den auf ihm lastenden Konkurrenzdruck abzumildern, sogenannter „but-for-Test“.⁴⁶² Vorliegend wird grundsätzlich schon eine Auswirkung auf Preise, Mengen und Qualität der am Markt angebotenen Produkte, sei es auf die angebotenen Werbeleistungen der Werbeagentur oder dem jeweiligen umworbenen Produkt, abzulehnen sein. Dadurch dass es der Werbeagentur für einen bestimmten Zeitraum verwehrt ist, eine Werbeleistung an einen Konkurrenten zu erbringen, erfährt das durch sie umworbene Produkt keine Preissteigerung. Die Intention des Kunden ist aber auch nicht alleine

⁴⁵⁷ BGH NZKart 2018, 52, 53; EuGH, Slg. 2008, I-8637 Rn. 17 - Beef Industry; EuGH Slg. 2009, I-4529 Rn. 29 f. - T-Mobile Netherlands; EuGH GRUR Int. 2013, 285, Rn. 36 f. - Expedia.

⁴⁵⁸ EuGH NZKart 2014, 399 Rn. 58 - CB.

⁴⁵⁹ EuGH NZKart 2014, 399 Rn. 58 - CB.

⁴⁶⁰ EuGH NZKart 2014, 399 Rn. 57 - CB.

⁴⁶¹ MüKo GWB/Säcker § 1 Rn. 12; EuGH Slg. 2009, I-4529 Rn. 28 - T-Mobile Netherlands; EuGH 14.3.2013 – C-32/11, Rn. 34 - Allianz Hungária Biztosító; *Dietze/Janssen* Rn. 166.

⁴⁶² MüKo AEUV/Säcker/Zorn Art. 101 AEUV Rn. 263 ff..

darauf zurückzuführen, einen Konkurrenzdruck abzumildern, sondern primär darauf, die vertragliche Leistung und deren Erfolg, d.h. den Werbeerfolg, zu sichern. Damit ist die Wettbewerbsbeschränkung durch eine solche Konkurrenzklausele in aller Regel nicht bezweckt, sondern allenfalls bewirkt.

b. Das Erfordernis der „Spürbarkeit“

Da ein wettbewerbswidriger Zweck grundsätzlich nicht vorliegen wird, muss anhand einer umfassenden Analyse der Gesamtumstände der Vereinbarung und der Marktbedingungen untersucht werden, ob die Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt.⁴⁶³ Von der kartellrechtlichen Kontrolle gem. § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV sind nämlich solche Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen nicht umfasst, die ausschließlich zwischen den Parteien wirken und die den Dritten offenstehende Wahlmöglichkeiten nicht quantitativ oder qualitativ spürbar beeinträchtigen⁴⁶⁴ und damit keine Außenwirkung haben.⁴⁶⁵ Das Kriterium der Spürbarkeit dient dazu, die tatsächlichen Auswirkungen einer Vereinbarung festzustellen.⁴⁶⁶ Für die Beurteilung, ob eine Außenwirkung zu bejahen ist (aa.), sind die von der Kommission festgelegten Leitlinien zu betrachten (bb.) und in deren Kontext einzuordnen (cc.).

aa. Außenwirkung

Für das Kriterium der Spürbarkeit gilt der Grundsatz, dass die jeweilige Vereinbarung in einer fühlbaren, praktisch ins Gewicht fallenden Weise zu einer Veränderung der Marktverhältnisse führen können muss.⁴⁶⁷ Die Außenwirkung muss „mehr als nur unbedeutend“ sein.⁴⁶⁸ Für die Bejahung der Außenwirkung müssen regelmäßig die Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite beeinträchtigt werden. Es lässt sich der Grundsatz aufstellen, dass je schwerwiegender die Wettbewerbsbeschränkung ist,

⁴⁶³ BeckOK Kartellrecht/*Bretthauer* Art. 101 AEUV Rn. 69; MüKo GWB/*Säcker* § 1 Rn. 12.

⁴⁶⁴ *Mestmäcker/Schweitzer* § 11 Rn. 69.

⁴⁶⁵ *Bechtold/Bosch* § 1 Rn. 42.

⁴⁶⁶ Eine Wettbewerbsbeschränkung, die nur theoretisch vorstellbar, aber in der Realität nicht spürbar ist, ist keine Beschränkung im Sinne der ratio legis; vgl. MüKo GWB/*Säcker* § 1 Rn. 12.

⁴⁶⁷ BGH WuW/E 2469, 2470 - Brillenfassungen.

⁴⁶⁸ BGH GRUR 1998, 739, 743 - Car-Partner.

desto eher deren Spürbarkeit zu bejahen ist.⁴⁶⁹ Umgekehrt sind qualitativ schwache Wettbewerbsbeschränkungen eher nicht spürbar.⁴⁷⁰ Rückschlüsse auf die Auswirkungen am Markt können sich beispielsweise aus der Art und der Menge der den Gegenstand der Vereinbarung bildenden Erzeugnisse, aus den Marktanteilen der beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt,⁴⁷¹ als auch aus deren Größe⁴⁷² und sonstigen Stellung sowie aus wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhängen ergeben.⁴⁷³ Nach der Rechtsprechung ist der Marktanteil der an der jeweiligen Maßnahme beteiligten Unternehmen aber nicht allein ausschlaggebend.⁴⁷⁴ So kann die Spürbarkeit bei Marktanteilen über 5 % ausgeschlossen sein, wenn die Stellung des Unternehmens als schwach einzustufen ist,⁴⁷⁵ oder umgekehrt bei einer starken Marktstellung bei Marktanteilen von 3 % zu bejahen sein.⁴⁷⁶

bb. De-minimis-Bekanntmachung

In diesem Zusammenhang ist auch die De-minimis-Bekanntmachung der Kommission in der aktuellen Fassung von 2014⁴⁷⁷ von Bedeutung. Hierbei ist aber zu beachten, dass diese Marktanteilsschwelle keine für die Mitgliedstaaten bindende Grenze darstellt. Die Gerichte der Mitgliedstaaten sind an die De-minimis-Bekanntmachung der Kommission nicht gebunden, sodass hierdurch in erster Linie lediglich das

⁴⁶⁹ OLG München NJW-RR 1987, 1070, 1071.

⁴⁷⁰ OLG Stuttgart WuW 1988, 532, 534 - Wasseraufbereitung.

⁴⁷¹ Vgl. z. B. EuGH, Slg. 1983, 3151 Rn. 58 - AEG/Kommission, wonach ein Unternehmen, das 5 % des betreffenden Marktes beliefert dem Umfang nach so bedeutend ist, dass sein Verhalten den Handel grundsätzlich beeinträchtigen vermag.

⁴⁷² Vgl. z. B. EuGH, Slg. 1983, 1825, 1925 - Musique Diffusion Française u. a./Kommission, wonach Marktanteile von weit unter 5 % im Falle von Absprachen zwischen „großen“ Unternehmen die Spürbarkeit begründen können.

⁴⁷³ Vgl. z. B. EuGH, Slg. 1980, 2511, 2536 - Lancôme/Etos; EuGH, Slg. 1980, 3777, 3792 - L'Oréal/De Nieuwe Amck.

⁴⁷⁴ Vgl. z. B. EuGH GRUR Int. 2013, 285, 288 Rn. 81 - Expedia.

⁴⁷⁵ Vgl. z. B. EuG, Slg. 1998 II 3141 Rn. 103 - European Night Services u. a./Kommission.

⁴⁷⁶ *Mestmäcker/Schweitzer* § 11 Rn. 72.

⁴⁷⁷ Vgl. „Bekanntmachung über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die im Sinne des Artikels 101 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union den Wettbewerb nicht spürbar beschränken, (De-minimis-Bekanntmachung), (2014/C 291/01)“.

Aufgreifermessen der Kommission beschränkt ist.⁴⁷⁸ Dennoch dienen die durch die De-minimis-Bekanntmachung der Kommission festgesetzten Schwellenwerte den Gerichten der Mitgliedstaaten zumindest als Leitfaden, sodass sie einen ersten Anhaltspunkt darstellen.⁴⁷⁹

Die De-minimis-Bekanntmachung stellt quantitative und qualitative Kriterien auf, bei deren Vorliegen die Spürbarkeit einer Maßnahme ausgeschlossen sein soll und definiert damit einen bestimmten Bereich, innerhalb dessen keine Spürbarkeit einer Wettbewerbsbeschränkung besteht. Hierbei werden die quantitativen Kriterien nach horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen unterschieden. Erstere Vereinbarungen sollen den Wettbewerb nicht spürbar beschränken, wenn der von den an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen insgesamt gehaltene Marktanteil auf keinen durch die Vereinbarung betroffenen relevanten Märkten 10%⁴⁸⁰ überschreitet. Beim Vorliegen einer vertikalen Vereinbarung soll die Spürbarkeitsschwelle bei 15%⁴⁸¹ anzusetzen sein.⁴⁸² Da es sich bei dieser Marktanteilsschwelle nur um eine Negativdefinition handelt, führt deren Erreichen bzw. Überschreiten aber nicht per se dazu, dass die Wettbewerbsbeschränkung nach der De-minimis-Bekanntmachung als spürbar einzuordnen wäre.⁴⁸³

cc. Einordnung als vertikale Vereinbarung

Entscheidend ist nach dem oben Gesagten zunächst einmal die Einordnung der Vereinbarung der Werbeagentur mit ihrem Kunden als horizontale bzw. als vertikale Vereinbarung. In einem zweiten Schritt ist dann zu überprüfen, ob die Umstände des Einzelfalls es rechtfertigen, von den Marktanteilsschwellen aus der De-minimis-Bekanntmachung abzuweichen.

⁴⁷⁸ Immenga/Mestmäcker EU/Emmerich Art. 101 AEUV Rn. 149; Loewenheim-Kartellrecht/Grave/Nyberg Art. 101 AEUV Rn. 268; Mestmäcker/Schweitzer § 11 Rn. 72.

⁴⁷⁹ Loewenheim-Kartellrecht/Grave/Nyberg Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 270.

⁴⁸⁰ Vgl. Ziff. 8 a) der De-minimis-Bekanntmachung.

⁴⁸¹ Vgl. Ziff. 8 b) der De-minimis-Bekanntmachung.

⁴⁸² Bechtold/Bosch § 1 Rn. 45.

⁴⁸³ Loewenheim-Kartellrecht/Grave/Nyberg Art. 101 AEUV Rn. 268.

Ein Horizontalverhältnis wird dann angenommen, wenn tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber eine Vereinbarung schließen,⁴⁸⁴ deren Unternehmen auf demselben Markt bzw. derselben Marktstufe tätig sind.⁴⁸⁵

Ob die Tätigkeit auf derselben Marktstufe kumuliert zu der Voraussetzung des tatsächlichen bzw. potenziellen Wettbewerbsverhältnis vorliegen muss, oder ob von § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV auch horizontale Vereinbarungen zwischen Unternehmen erfasst sind, die zwar auf derselben Wirtschaftsstufe tätig sind, aber weder aktuelle noch potenzielle Wettbewerber sind, ist nicht eindeutig geklärt.⁴⁸⁶

In Abgrenzung dazu ist mit Art. 1 Abs. 1 a) Vertikal-GVO ein Vertikalverhältnis gegeben,⁴⁸⁷ wenn eine Beschränkung vorliegt, die zwischen Unternehmen in deren Funktion als Angehörige verschiedener Wirtschaftsstufen vereinbart werden. Das schließt zwar nicht aus, dass die Unternehmen in anderer Funktion auch aktuelle oder potenzielle Wettbewerber sind, stellt aber keine Voraussetzung für das vertikale Wettbewerbsverhältnis dar.⁴⁸⁸

Unabhängig davon, ob für die Einordnung als horizontale Beschränkung ein tatsächliches oder potenzielles Wettbewerbsverhältnis gefordert wird, stellt die Vereinbarung der Werbeagentur mit ihrem Kunden darüber, zeitweise keine Werbeleistung an einen Konkurrenten des Erstkunden zu erbringen, eine als vertikal einzuordnende Beschränkung dar. Die Werbeagentur erbringt ihre Leistung, deren Kern die beauftragte Werbeleistung darstellt und ihr Kunde vertreibt sein jeweiliges Produkt am Markt mithilfe dieser Werbung. Damit befinden sie sich nicht auf derselben, sondern auf verschiedenen Wirtschaftsstufen. Nach der sogenannten De-minimis-Bekanntmachung der Kommission 2014 soll die Spürbarkeitsschwelle damit bei 15% anzusetzen sein.

In der Praxis ist wohl in der Regel davon auszugehen, dass die Marktanteile auf dem relevanten Markt die Grenze von 15% nicht überschreiten, sodass eine Spürbarkeit

⁴⁸⁴ Vgl. Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, 2011/C 11/0, „Horizontalleitlinien“ Rn. 1.

⁴⁸⁵ *Bechtold/Bosch* § 1 Rn. 49.

⁴⁸⁶ Vgl. zu den Einzelheiten *Bechtold/Bosch* § 1 Rn. 50 ff..

⁴⁸⁷ *MüKo AEUV/Bernhard* Art. 1 Vertikal-GVO Rn. 16 ff..

⁴⁸⁸ *Bechtold/Bosch* § 1 Rn. 62.

anhand der De-minimis-Bekanntmachung in aller Regel zu verneinen sein wird, womit sich die Frage anschließt, ob Gründe existieren, eine Spürbarkeit bei Unterschreiten der De-minimis-Bekanntmachung anzunehmen.⁴⁸⁹

Die Vereinbarung, zeitweise keine Werbeleistung an einen Konkurrenten des Erstkunden zu erbringen, stellt keine schwerwiegende Wettbewerbsbeschränkung dar, wie dies beispielsweise bei einer Preis- oder Gebietsabsprache der Fall wäre.⁴⁹⁰ Es ist auch nicht davon auszugehen, dass diese Vereinbarung zu einer Veränderung der Marktverhältnisse führen könnte, da die Vereinbarung primär dazu dient, die erhoffte Werbewirkung zu erhalten und nicht durch eine nachfolgende zu konterkarieren. Dem Zweitkunden ist es nicht verwehrt mit jeder anderen Werbeagentur einen Agenturvertrag abzuschließen, sodass die Wahlmöglichkeiten der Marktgegenseite nicht signifikant beeinträchtigt werden.⁴⁹¹ Die vereinbarte Wettbewerbsbeschränkung stellt vielmehr eine Einschränkung für die Werbeagentur dar, die es ihr kurzzeitig untersagt, bestimmte Zweitkunden anzunehmen. Es ist damit grundsätzlich davon auszugehen, dass die Außenwirkung nicht „mehr als nur unbedeutend“ ist⁴⁹² und damit eine Spürbarkeit zu verneinen ist.

dd. Zwischenergebnis

Im Ergebnis wird die Vereinbarung zwischen der Werbeagentur und ihrem Kunden grundsätzlich keine Abweichungen der deutschen Gerichte, von der De-minimis-

⁴⁸⁹ Vgl. hierzu Immenga/Mestmäcker *EU/Emmerich* Art. 101 AEUV Rn. 143 mit Hinweisen auf die entsprechende Rechtsprechung. Dabei sind die Anforderungen an den maßgeblichen Marktanteil nach der Art der Wettbewerbsbeschränkung unterschiedlich. So können beispielsweise bei Preisabsprachen Anteile deutlich unter 10 % ausreichen, wobei für einen Rechtsschutz im Zusammenhang mit einem Verbandszeichen bei einem Marktanteil von 4 % im Bundesgebiet eine spürbare Marktbeeinflussung vorliegen kann, wenn die Wettbewerber nur regional absetzen. Bei einer Sortimentsabgrenzung soll ein geringerer Marktanteil als 5 % nicht spürbar sein. Sind die Marktpartner der Kartellmitglieder von diesen in besonderer Weise abhängig, ist eine Spürbarkeit auch bei geringen Marktanteilen zu bejahen. Bei Submissionsabsprachen im Baugewerbe hat die Rechtsprechung regelmäßig die Eignung zur Marktbeeinflussung angenommen, ohne quantitative Feststellungen über die Marktstellung der Abspracheteilnehmer zu treffen. Bei einer beschränkten Ausschreibung verändert eine Absprache zwischen zwei von neun Wettbewerbern die Konkurrenzsituation bereits spürbar.

⁴⁹⁰ Vgl. OLG München NJW-RR 1987, 1070, 1071 - Fassadenbau.

⁴⁹¹ Zu den einzelnen Kriterien nach denen sich Wettbewerbsbeschränkungen gewichten lassen *Bechtold/Bosch* § 1 Rn. 44.

⁴⁹² Vgl. BGH GRUR 1998, 739, 743 - Carpartner.

Bekanntmachung bei weit geringeren Marktanteilen eine Spürbarkeit zu bejahen, rechtfertigen. Allerdings ist hier zu sehen, dass die Frage, ob eine Vereinbarung die Spürbarkeitsschwelle überschreitet nur nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalles beantwortet werden kann,⁴⁹³ sodass die folgenden Ausführungen lediglich den „Regelfall“ beurteilen können und es letztlich auf die jeweiligen Besonderheiten ankommen wird.

c. **Einschränkende Auslegung bei Austauschverträgen**

Unabhängig von den oben genannten Voraussetzungen unterfallen bestimmte Vereinbarungen, unter Umständen auch Wettbewerbsverbote, keiner kartellrechtlichen Kontrolle. Es handelt sich dabei um sogenannte vertragsimmanente Wettbewerbsbeschränkungen. Damit bezeichnet werden solchen Fällen, in denen es erforderlich ist, eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung abzuschließen, um den eigentlichen Zweck eines Vertrages überhaupt realisieren zu können.⁴⁹⁴ Nach der Rechtsprechung sind demnach legitime ancillarisches⁴⁹⁵ Wettbewerbsverbote mit § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV⁴⁹⁶ stets vereinbar. Für die einschränkende Auslegung anhand der sogenannten Immanenztheorie⁴⁹⁷ ist entscheidend, ob das Wettbewerbsverbot sachlich erforderlich ist und zeitlich, räumlich und gegenständlich darauf beschränkt ist, den mit dem Austauschvertrag verfolgten Zweck zu erreichen.⁴⁹⁸

⁴⁹³ Wiedemann/Wiedemann § 2 Rn. 5.

⁴⁹⁴ Kling/Thomas/Thomas § 19 Rn. 65; Immenga/Mestmäcker GWB/Zimmer § 1 Rn. 148 ff.; MüKo GWB/Säcker § 1 Rn. 3.

⁴⁹⁵ Ancillarisch („dienend“); MüKo GWB/Säcker § 1 Rn. 3.

⁴⁹⁶ Die Beschränkungen unternehmerischer Handlungsfreiheit im Rahmen von Vertragsverhältnissen mit kartellrechtsneutralem Hauptzweck ist für Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. § 1 GWB unterfallenden Sachverhalten gleich zu beurteilen; vgl. MüKo GWB/Säcker § 1 Rn. 3.

⁴⁹⁷ Kling/Thomas/Thomas § 19 Rn. 65.

⁴⁹⁸ Vor der 7. GWB-Novelle wurden Wettbewerbsbeschränkungen in derartigen Verträgen - weitergehend - schon dann als mit § 1 GWB vereinbar angesehen, wenn für die Beschränkung bei wertender Betrachtungsweise im Hinblick auf die Freiheit des Wettbewerbs ein „anzuerkennendes Interesse“ bestand. Diese Rechtsprechung hat der BGH in seiner Entscheidung zum Subunternehmervertrag II (BGH NJW 2009, 1751, 1752 - Subunternehmervertrag II) ausdrücklich aufgegeben.

Nach diesem Maßstab als überschießende Beschränkung einzuordnende Wettbewerbsverbote bleiben allerdings weiter überprüfbar.⁴⁹⁹

Begründet wird diese Restriktion des Anwendungsbereichs des § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV damit, dass es nicht Ziel des Kartellrechts sein kann, den dynamischen Wettbewerbsprozess durch starre Verbote zu behindern. Dabei ist maßgebend, inwieweit die Art des jeweiligen Vertrages zugleich eine Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Parteien bedingt, sodass ohne diese Beschränkung der Austauschvertrag nicht geschlossen werden oder im Hinblick auf seine wirtschaftlichen Zwecke ausgehöhlt werden würde.⁵⁰⁰

In der Rechtsprechung wird diese tatbestandliche Restriktion in verschiedenen Fallkonstellationen vorgenommen.⁵⁰¹ Ein in der Praxis häufiger Anwendungsbereich liegt bei Unternehmenskaufverträgen vor.⁵⁰² So werden in der Regel Wettbewerbsverbote zu Lasten des Veräußerers vereinbart damit gewährleistet wird, dass der Unternehmenserwerber auch den zum Unternehmen gehörenden Kundenstamm, den sogenannten „good will“ mitübernehmen kann. Sofern sich diese Wettbewerbsbeschränkungen räumlich und zeitlich auf das erforderliche Maß⁵⁰³ beschränken, werden diese Vereinbarungen als kartellrechtlich zulässig gehalten und aus dem Anwendungsbereich von § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV ausgenommen.

Auch bei Wettbewerbsverboten zwischen Gesellschaften und ihren Gesellschaftern kann § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV teleologisch zu reduzieren sein, wenn das

⁴⁹⁹ MüKo GWB/Säcker § 1 Rn. 24.

⁵⁰⁰ MüKo GWB/Säcker § 1 Rn. 25.

⁵⁰¹ Diese teleologische Reduktion ist im deutschen Kartellrecht unter dem Stichwort „Immanenztheorie“ anerkannt. Zum selben Ergebnis kommt man allerdings auch im Rahmen von Art. 101 AEUV, auch wenn die Unionsgerichte und die Kommission die Rechtsinstitute der teleologischen Reduktion und der Analogie nicht verwenden, und stattdessen von „Auslegung“ des Art. 101 Abs. 1 AEUV sprechen; vgl. Kling/Thomas/Thomas § 5 Rn. 227.

⁵⁰² Vgl. beispielsweise BGHZ 38, 306 - Kino-Bonbonnière; BGHZ 104, 246 - neuform-Artikel; BGH NJW 1994, 384 - Ausscheidender Gesellschafter; EuGH 11.07.1985 Slg. 1985, 2545, 2571 Rn. 18 ff. - Remia.

⁵⁰³ Vgl. zu den Grenzen der Erforderlichkeit bzgl. Art 101 AEUV die Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind, ABI. 2005 Nr. C 56, S. 24.

konkrete Wettbewerbsverbot zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Gesellschaft notwendig ist und die Gesellschaft vor einer Aushöhlung und Zerstörung von innen heraus schützen soll.⁵⁰⁴ Außerdem ist nach der Rechtsprechung beispielsweise die restriktive Auslegung der kartellrechtlichen Normen bei Subunternehmerverträgen möglich. Da sich der Hauptunternehmer durch ein Wettbewerbsverbot davor schützen können muss, dass der Subunternehmer den Kunden des Hauptunternehmers abwirbt und der Hauptunternehmer vielfach nicht bereit wäre, einen Subunternehmerauftrag ohne eine Konkurrenzschutzklausel zu erteilen, sind diese von der kartellrechtlichen Überprüfung ausgenommen, soweit sie sich auf das sachlich, räumlich und zeitlich erforderliche Maß beschränken.⁵⁰⁵

Zwar hat die Rechtsprechung diese tatbestandliche Restriktion - soweit ersichtlich - noch nicht in der hier zu untersuchenden Fallkonstellation für Vereinbarungen zu Enthaltungspflichten zwischen Werbeagenturen und deren Kunden angewendet. Nach dem in der Literatur entwickelten Ansatz⁵⁰⁶ sind aber solche Wettbewerbsverbote von der kartellrechtlichen Überprüfung ausgenommen worden, die sich aus nicht notwendigerweise ausdrücklich vereinbarten vertraglichen Nebenpflichten ergeben, auf Treu und Glauben nach § 242 BGB oder gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten beruhen.⁵⁰⁷ Beachtet werden müsse aber, dass die Argumentation im Kartellrecht zu fußen habe und nicht aus zivilrechtlichen Erwägungen stammen könne: Da es eine wettbewerbsferne Wertung wäre, kartellrechtlich freizustellen, was zivilrechtlich geboten sei, könne die tatbestandliche Restriktion von § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV nur für solche wettbewerbsfördernde Vereinbarungen gerechtfertigt sein, die erst durch eine begleitende wettbewerbsbeschränkende Abrede durchführbar würden. Zu nennen wären solche Wettbewerbsverbote, welche die Austauschverträge erst ermöglichen oder die Marktteilnahme von Wirtschaftssubjekten in Form der Mitunternehmerschaft sichern. In Unternehmensveräußerungsverträgen könne das Wettbewerbsverbot dem Käufer zur Sicherung erworbener unkörperlicher

⁵⁰⁴ Vgl. beispielsweise BGH NJW 1984, 1351; BGH NJW 1994, 384.

⁵⁰⁵ BGH NJW 2009, 1751, 1752 - Subunternehmervertrag II.

⁵⁰⁶ *Schmidt*, Kartellverbot S. 81 f..

⁵⁰⁷ Immenga/Mestmäcker GWB/*Zimmer* § 1 Rn. 148.

Geschäftswerte dienen. Würden die Verträge anderenfalls nicht zustande kommen, so könne das Verbot im Ganzen der Belegung des Wettbewerbs dienen.⁵⁰⁸

Man könnte folglich damit argumentieren, dass auch in der Konstellation zwischen Werbeagentur und Kunden eine Vereinbarung zu Enthaltungspflichten dann nicht unter die kartellrechtliche Kontrolle fällt, wenn sie den Hauptzweck des Werbeagenturvertrags schützt. Zumindest dann, wenn sich die Vereinbarung in einem zeitlichen und sachlichen Rahmen hält, indem es für den kartellrechtsneutralen Hauptzweck erforderlich erscheint, lässt sich gut vertreten, diese von vornherein einer kartellrechtlichen Kontrolle zu entziehen. Eine solche Herausnahme der Überprüfung dürfte für Vereinbarungen gelten, sich identischen bzw. nur leicht abgeänderten Leistungen an bestimmte Zweitkunden zu enthalten, aber auch für die aus Treu und Glauben hergeleitete Enthaltungspflicht, da sich diese aus dem Agenturvertrag selbst ergibt und letztlich nur den Vertragszweck davor schützt, leer zu laufen.

Gehen Enthaltungspflichten bzw. Klauseln darüber hinaus, besteht kein Anlass, diese von einer kartellrechtlichen Kontrolle auszunehmen, da sie für den kartellrechtsneutralen Hauptzweck nicht per se erforderlich sind. Solche Vereinbarungen sind daher im Ganzen der oben dargestellten Kartellrechtskontrolle unterworfen.

d. Keine Freistellungsfähigkeit

Ebenso wenig wird diesen Vereinbarungen eine Freistellung nach §§ 2, 3 GWB bzw. Art. 101 Abs. 3 AEUV Zuteil, sodass es auf das Vorliegen einer Einschränkung der Freistellungsfähigkeit nach Art. 5 Abs. 1 Vertikal-GVO⁵⁰⁹ nicht ankommt. Die Freistellung nach § 2 Abs. 1 bzw. Art 101 Abs. 3 AEUV setzt voraus, dass die Vereinbarung „zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt“. Bei Wettbewerbsverboten können Effizienzgewinne im Vordergrund stehen, wenn durch sie die Konzentration auf bestimmte Kunden oder Gebiete der Absatz besonders gefördert wird.⁵¹⁰ Solche Effizienzvorteile stehen bei Vereinbarungen zu Enthaltungspflichten der Werbeagentur aber nicht im Raum, da damit primär die

⁵⁰⁸ Immenga/Mestmäcker *GWB/Zimmer* § 1 Rn. 148.

⁵⁰⁹ MüKo AEUV/*Bernhard* Art. 1 Vertikal-GVO Rn. 1 ff..

⁵¹⁰ *Bechtold/Bosch* § 2 Rn. 16.

Werbeleistung gesichert werden soll, daneben aber keine Vorteile der Marktgegenseite, mithin der übrigen werbesuchenden Unternehmen verbunden sein werden. Auch § 3 GWB scheidet mangels horizontaler Zusammenarbeit aus.⁵¹¹

II. Vereinbarungen über die Enthaltungspflicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

In der Praxis ist es üblich, Vereinbarungen über das Wettbewerbsverbot mithilfe von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu treffen.⁵¹² So ist es auf der einen Seite denkbar, dass Klauseln, an die sich die jeweilige Werbeagentur halten muss, von größeren Werbekunden selbst gestellt werden. Ebenso vorstellbar ist es, dass die standardisierten Werbeagenturverträge von der jeweiligen Agentur gestellt werden. Im Weiteren soll daher untersucht werden, inwieweit Klauseln zu den Enthaltungspflichten der Werbeagentur zum einen im Sinne des Kunden (C. II. 1.) und zum anderen im Sinne der Agentur (C. II. 2.) möglich sind.

1. Verhältnis zu § 138 BGB und zum Kartellrecht

Da die Wirksamkeitsschwelle des § 138 Abs. 1 BGB erheblich niedriger ist als diejenige für Allgemeine Geschäftsbedingungen nach § 307 Abs. 1 BGB, für welche im Gegensatz zur Sittenwidrigkeit lediglich eine objektiv gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung vorliegen muss, ist die Inhaltskontrolle im Rahmen ihres Schutzzwecks *lex specialis* gegenüber einer Überprüfung gem. § 138 Abs. 1 BGB.⁵¹³

⁵¹¹ Immenga/Mestmäcker GWB/Ellger/Fuchs § 3 Rn. 1.

⁵¹² Beck'sche Online-Formulare Vertrag/Nieß Form. 25.1. Werbeagenturvertrag - Rahmenvertrag 25.1 § 7.

⁵¹³ MüKo BGB/Wurmnest Vor § 307 Rn. 10; Palandt/Grüneberg Überbl. v. § 305 Rn. 15.; OLG Köln BeckRS 2012, 15923.

Unabhängig nebeneinander steht die Wirksamkeitskontrolle anhand der §§ 305 ff. BGB zu der kartellrechtlichen Kontrolle, auch soweit es sich um freigestellte Vereinbarungen handelt.⁵¹⁴

2. Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Einbeziehung in den Vertrag

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die durch eine Partei bei Vertragsschluss gestellt werden, § 305 Abs. 1 S.1 BGB. Es darf sich weder um eine überraschende Klausel (gem. § 305c Abs. 2 BGB) handeln, noch dürfen Individualabreden entgegenstehen (gem. § 305b BGB).⁵¹⁵ Da sowohl die Werbeagentur als auch der Kunde als Unternehmer i. S. v. § 14 BGB zu qualifizieren ist, findet § 310 Abs. 1 BGB Anwendung. Dies hat mangels Heranziehung der § 305 Abs. 2 und 3 BGB eine erleichterte Einbeziehungsmöglichkeit zur Folge.⁵¹⁶ Zum anderen finden §§ 308 und 309 BGB keine unmittelbare Anwendung, sodass deren Wertungen lediglich in die Generalklausel des § 307 Abs. 1, 2 BGB einfließen und danach gefragt werden muss, ob die Klausel im konkreten Fall auf Grund einer „Parallelwertung in der Unternehmersphäre“ auch im unternehmerischen Bereich des § 307 BGB als unwirksam anzusehen ist.⁵¹⁷

3. Reichweite der Inhaltskontrolle

Zunächst stellt sich die Frage nach der Reichweite der rechtlichen Überprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen: Keiner Kontrolle sind sogenannte deklaratorische Klauseln unterzogen, die lediglich die einschlägige gesetzliche Regelung wiedergeben.⁵¹⁸ Unter den Begriff „Rechtsvorschriften“ aus § 307 Abs. 3 S. 1 BGB fallen neben dem gesamten geschriebenen Recht im materiellen Sinn auch die dem Gerechtigkeitsgebot entsprechenden Rechtsgrundsätze, sodass auch alle ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts und die aufgrund ergänzender Auslegung nach §§ 157, 242 BGB sowie die aus der Natur des jeweiligen

⁵¹⁴ MüKo BGB/*Wurmnest* Vor § 307 Rn. 12; Palandt/*Grüneberg* Überbl. v. § 305 Rn. 20.

⁵¹⁵ Fromm/*Nordemann/Nordemann* Vor §§ 31 ff. Rn. 192.

⁵¹⁶ BeckOK BGB/*Becker* § 305 Rn. 81; *Stoffels* Rn. 191.

⁵¹⁷ MüKo BGB/*Basedow* § 310 Rn. 11; *Stoffels* Rn. 192.

⁵¹⁸ BeckOK BGB/*Schmidt* § 307 Rn. 73; MüKo BGB/*Wurmnest* § 307 Rn. 6.

Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten darunter zu fassen sind.⁵¹⁹ Damit sind auch die dem Vertrag innewohnende Treuepflichten gem. § 242 BGB von der Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB freigestellt, sodass eine Klausel, welche die aus Treu und Glauben hergeleitete Enthaltungspflicht lediglich schriftlich fixiert, keiner Inhaltskontrolle, aber dem Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB sowie der Überprüfung nach §§ 305b, 305c Abs. 1 BGB⁵²⁰ unterliegt.

Dagegen unterfallen Klauseln, die von der ungeschriebenen aus Treu und Glauben hergeleiteten Enthaltungspflicht abweichen, im Ganzen der Inhaltskontrolle. Weil die aus Treu und Glauben hergeleitete Enthaltungspflicht keine starren Grenzen aufweist, sondern für die Beantwortung der Frage, ob eine Enthaltungspflicht im Ergebnis zu bejahen ist, die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind und die entgegenstehenden Interessen der Vertragsparteien gegeneinander abgewogen werden müssen,⁵²¹ kann es im Einzelfall schwierig sein zu beantworten, ob eine Klausel der Inhaltskontrolle unterliegt.

Eine rein abstrakte Formulierung der Enthaltungspflicht dahingehend, dass es der Agentur untersagt ist, eine nachfolgende Werbeleistung an einen Zweitkunden zu erbringen, die dasselbe Produkt bewirbt, sich an den gleichen Abnehmerkreis wendet und nach Art und Umfang geeignet ist, dem vertragsgegenständlichen Werk ernsthafte Konkurrenz zu bereiten, würde letztlich nur die qua Gesetz bestehende Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben wiedergeben und damit nicht der Inhaltskontrolle § 307 BGB unterliegen, wäre aber gleichzeitig so abstrakt formuliert, dass sie kaum ein „Mehr“ zur Rechtssicherheit beitragen würde.

Ist durch die vertragliche Regelung zur Enthaltungspflicht dagegen versucht worden, konkret festzulegen, welche nachfolgende Werbeleistung nach Art und Umfang geeignet ist, den Erfolg der erbrachten Werbeleistung zu gefährden, und vor allem in Bezug auf welche Konkurrenten und für welchen Zeitraum ein Konterkarieren des

⁵¹⁹ BGH NJW 1993, 721, 722; BGH NJW 2014, 1168 Rn. 16.

⁵²⁰ Palandt/*Grüneberg* § 307 Rn. 42.

⁵²¹ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. 4. b. bb..

Vertragserfolgs zu befürchten steht, kann im Einzelfall schwierig sein, zu beurteilen, ob sich die kodifizierte Enthaltungspflicht an den gesetzlichen Rahmen hält oder hiervon abweicht.

Im Zweifelsfall wird man in einem solchen Fall von keiner von der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB freigestellten Klausel ausgehen können.⁵²² Allerdings dürfte es sich hierbei um ein eher dogmatisches Problem handeln, da eine Klausel, bei der in Frage steht, ob sie sich noch an die Grenzen der ungeschriebenen Enthaltungspflicht hält, kaum eine unangemessene Benachteiligung darstellen wird und damit im Ergebnis auch wirksam sein wird.

a. Klausel im Sinne des Kunden

Soweit eine Klausel, der für Allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden rechtlichen Überprüfung unterliegt, stellt sich die Frage in welchem Grenzen sich solche Vereinbarungen halten müssen. Zunächst sollen Klauseln untersucht werden, die von Kunden gestellt werden und deren Interessen entsprechen.

Klauseln sind im Rahmen des Werbeagenturvertrags dann günstig für den Kunden, wenn sie eine möglichst umfangreiche Enthaltungspflicht vorsehen. Gerade bei großen Werbekunden ist es denkbar, dass die Vertragsbedingungen durch diese selbst vorgegeben und nicht zur Disposition gestellt werden. In einer solchen Konstellation wäre der Kunde daher Klauselverwender. Im umgekehrten Fall, dass die Werbeagentur eine Klausel mit einer umfangreichen Enthaltungspflicht in ihren Verträgen aufgenommen hat, stellt sich das Problem der Wirksamkeit solcher Klauseln nicht, da eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners, mithin des Kunden im Sinne § 307 Abs. 1 S. 1 BGB gerade nicht vorliegt.

Zwar geht eine Überprüfbarkeit nach § 307 Abs. 1 BGB derjenigen nach § 138 Abs. 1 BGB vor.⁵²³ Allerdings verstoßen Klauseln, die nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind,

⁵²² BeckOK BGB/Schmidt § 307 Rn. 71.

⁵²³ MüKo BGB/Wurmnest Vor § 307 Rn. 10; Palandt/Grüneberg Überbl. v. § 305 Rn. 15.; OLG Köln BeckRS 2012, 15923.

zugleich gegen § 307 Abs. 1 BGB, da die Unwirksamkeitsschwelle im Rahmen einer Überprüfung von § 138 Abs. 1 BGB erheblich höher ist als die nach § 307 Abs. 1 BGB und im Gegensatz zur Sittenwidrigkeit lediglich eine objektive gegen Treu und Glauben verstoßende unangemessene Benachteiligung vorliegen muss. Mithin gelten auch im Rahmen der Überprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (mindestens) die oben genannten Grenzen zu § 138 Abs. 1 BGB⁵²⁴ hinsichtlich der zeitlichen, sachlichen und räumlichen Grenzen entsprechender Vereinbarungen.

In seinem Urteil vom 14.06.2007 hat das OLG München⁵²⁵ außerdem entschieden, dass eine von einem Verleger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gestellte Klausel, mit der ein Wettbewerbsverbot für die gesamte Laufzeit eines Verlagsvertrags betreffend ein Schullehrwerk vereinbart wird, wegen unangemessener Benachteiligung des Verfassers gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam ist. In diesem vom OLG München entschiedenen Fall war im Verlagsvertrag folgende Klausel enthalten: „Jeder Verfasser verpflichtet sich, ohne Genehmigung des Verlags kein anderes Werk erscheinen zu lassen, das von ihm verfasst wurde bzw. an dem er durch Rat oder Mitarbeit mitgewirkt hat und das zu dem in § 1 bezeichneten Werk in Wettbewerb treten könnte. Dies gilt insbesondere für ein anderes Werk, dessen Inhalt, Umfang, Aufbau, Zielgruppe und/oder Preissegment vergleichbar ist oder das in sonstiger Weise geeignet ist, mit dem Vertragswerk in Wettbewerb zu treten. Entsprechendes gilt für Werke, die einer der Verfasser zusammen mit einem oder mehreren der übrigen Verfasser verfasst hat. Die bereits erschienenen Werke der Verfasser sind dem Verlag bekannt und fallen nicht unter diese Regelung.“⁵²⁶ Im Hinblick darauf, dass der Verlagsvertrag keine von vornherein limitierte Laufzeit vorsah, sondern seine Beendigung vom Ausverkauf der Auflage abhängig war, hat das Gericht die Klausel als unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB angesehen. Der Ausverkauf der Auflage könne sich, so das OLG München, über Jahre hinziehen und die Verlegerin könne die Laufzeit des Verlagsvertrags in beträchtlichem Maße steuern, etwa durch vertraglich zugelassene und damit jederzeit mögliche unveränderte Nachdrucke, sodass das Konkurrenzverbot eine unbillige Einschränkung der grundrechtlich abgesicherten Schaffensfreiheit des Verfassers

⁵²⁴ Vgl. Ausführungen unter: C. I. 1..

⁵²⁵ OLG München ZUM 2007, 751.

⁵²⁶ OLG München ZUM 2007, 751, 751.

darstellen würde. Die Entscheidungsgründe betonen zwar unter Verweis auf die Medizin-Duden Entscheidung⁵²⁷, dass „im Grundsatz“ ein anerkanntes Interesse des Verlegers bestehen würde, sich durch eine Wettbewerbsklausel vor Konkurrenzwerken seitens des Verfassers zu schützen und sich damit einen zeitlichen Vorsprung auf dem Markt zu sichern. Durch die zeitliche Geltung der Klausel sei der Verfasser aber in der grundrechtlich abgesicherten Freiheit seines geistigen Schaffens unzumutbar eingeschränkt.⁵²⁸

Mit der Konstellation des Werbeagenturvertrags ist das diesem Urteil zugrunde liegende Vertragsverhältnis zwischen dem Verleger und dem Verfasser nicht unmittelbar vergleichbar, sodass die dort aufgestellten Grundsätze nicht ohne weiteres übertragen werden können. Anders als im dort entschiedenen Fall kann der Kunde das Vertragsende des Werbeagenturvertrags nicht wie der Verleger unmittelbar beeinflussen, sodass eine Vereinbarung, die für die gesamte Laufzeit des Werbeagenturvertrags vereinbart wird, nicht ohne weiteres eine unangemessene Benachteiligung der Werbeagentur gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen wird. Das Vertragsende ergibt sich aus dem Werbeagenturvertrag selbst und wird meist in der Erstellung der vertraglich vereinbarten Werbeleistung, unter Umständen aber auch in der Durchführung der gesamten Werbekampagne liegen. In der Regel erstreckt es sich aber, - anders als in dem vom OLG München entschiedenen Fall - nicht über mehrere Jahre. Allerdings lassen sich aus dem Urteil dennoch Rückschlüsse für die Zulässigkeit einer Klausel im Werbeagenturvertrag ziehen. Wenn das OLG München die unbillige Einschränkung der grundrechtlich abgesicherten Schaffensfreiheit des Verfassers darin sieht, dass sich der Ausverkauf der Auflage über „Jahre hinziehen“ kann und die Verlegerin die Laufzeit des Verlagsvertrags in beträchtlichem Maße dadurch steuern kann, dass sie vertraglich zugelassene Nachdrucke anfertigt, so ist davon auszugehen, dass auch im Werbeagenturvertrag keine wirksame Enthaltungspflicht dahingehend vereinbart werden kann, dass der Werbeagentur eine Tätigkeit für Konkurrenten solange untersagt wird, wie die Werbeleistung durch den Erstkunden am Markt verwendet wird, ohne zugleich festzulegen, wie lange dies der Fall sein wird bzw. die Verwendung von vornherein konkret einzuschränken. Denn

⁵²⁷ BGH GRUR 1973, 426 - Medizin-Duden.

⁵²⁸ OLG München ZUM 2007, 751, 753 f..

auch in diesem Fall hätte es der Kunde letztlich in der Hand, die Enthaltungspflicht - einseitig und gegebenenfalls über Jahre hinweg - zu verlängern.

Zwar war es für die Entscheidung des OLG München⁵²⁹ nicht relevant, den Zeitraum zu bestimmen, innerhalb der die Klausel wirksam gewesen wäre, sodass sich aus dem Urteil keine genaueren zeitlichen Rückschlüsse ziehen lassen, in welchen Grenzen eine Klausel in der vorliegenden Konstellation möglich wäre. Die Entscheidungsgründe verdeutlichen aber auch, dass die zweijährige Obergrenze aus Gründen der Rechtssicherheit nicht ausgeschöpft werden sollte und eher kürzere als längere Zeiträume festgelegt werden sollten, um dem Risiko der Rechtsunwirksamkeit entgegen zu wirken.⁵³⁰

b. Klausel im Sinne der Werbeagentur

Nachdem die Grenzen vertraglicher Vereinbarungen und Klauseln im Sinne des Kunden untersucht worden sind, soll nun auf die Gestaltungsmöglichkeit der Werbeagenturen, sei es als Klauselsteller oder im Rahmen einer einzelvertraglichen Vereinbarung, eingegangen werden. Aus Sicht der Agentur stellt sich vor allem die Frage, ob sie die Enthaltungspflichten durch eine entsprechende Klausel im Vertrag ausschließen kann.

Dabei kommt ein Ausschluss der Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben in Betracht. Die Enthaltungspflicht im engeren Sinn, die es der Agentur untersagt keine gleiche oder verletzende Werbeleistungen an Zweitkunden zu erbringen ist mit der ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragung untrennbar verbunden. Etwas anderes kann jedenfalls für solche Fälle der einfachen Nutzungsrechtsübertragung gelten, wobei eine solche Vereinbarung lediglich deklaratorischen Charakter besitzen würde, da die einfache Nutzungsrechtsübertragung per se mit keiner Enthaltungspflicht verknüpft ist.⁵³¹

Von der Rechtsprechung ist die Abdingbarkeit der Enthaltungspflichten der Werbeagentur - soweit ersichtlich - bislang nicht entschieden worden. Auch fehlt eine entsprechende Auseinandersetzung in der Literatur mit diesem Thema. Allerdings

⁵²⁹ OLG München ZUM 2007, 751.

⁵³⁰ *Musiol* FD-GewRS 2007, 239247.

⁵³¹ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. 3..

lässt sich die Dispositionsbefugnis über die Enthaltungspflichten mit deren dogmatischer Einordnung und einem Vergleich aus dem vertragsimmanenten Konkurrenzschutz in der Gewerberaummieta begründen.

Die Enthaltungspflicht der Werbeagentur sich auch einer abgeänderten Werbeleistung zu enthalten, wenn hierdurch eine erhebliche Vertragszweckgefährdung begründet wird, ist bis zur Beendigung des Vertrags als Leistungstreuepflicht, nach Vertragsbeendigung als nachwirkende Treuepflicht einzuordnen. Sie entspringt in beiden Fällen dem jedem Vertrag innewohnenden Treuegedanken und damit aus § 242 BGB und führt dazu, dass die Agentur - zumindest für eine Übergangszeit - alles zu unterlassen hat, was den Vertragszweck des anderen Teils (nachträglich) geradezu vereiteln oder zumindest ernsthaft gefährden könnte.⁵³²

Die Kriterien der Redlichkeit, des Vertrauensschutzes, der materiellen Gerechtigkeit und damit auch die Geltung von Treu und Glauben selbst gem. § 242 BGB sind zwar der Disposition der Parteien entzogen. Hiervon zu unterscheiden ist aber die im Grundsatz dispositive Interessenbewertung und Rechtsfolgenbestimmung im konkreten Fall. Damit ist es den Vertragsparteien beispielsweise gestattet einen eingeschränkten Leistungs- und Pflichtenstandard zu vereinbaren oder die Schwelle für das Eingreifen von Treu und Glauben höher zu legen und hierdurch die richterliche Interessenbewertung durch ihre privatautonome Risikoverteilung zu binden.⁵³³

Somit bleibt die Entscheidung darüber, ob im Rahmen des Werbeagenturvertrags eine Enthaltungspflicht eingreift, im Grundsatz der Disposition der Parteien unterstellt, da dies nicht die Geltung des Grundsatzes von Treu und Glauben selbst berührt, sondern lediglich die dispositive Interessenbewertung betrifft, da die Parteien durch eine entsprechende Vereinbarung über die Enthaltungspflicht lediglich den geltenden Pflichtenstandard modifizieren.

Für die Annahme, dass ein vollständiger Ausschluss von Enthaltungspflichten der Werbeagentur nicht nur durch Individualvereinbarung möglich ist, spricht darüber hinaus ein Vergleich mit dem aus dem Gewerbemietraum stammenden Konkurrenzschutz:

⁵³² Vgl. Ausführungen unter: B.IV.4..

⁵³³ MüKo BGB/Schubert § 242 Rn. 92.

Da der Gewerberaummietvertrag in aller Regel bezweckt, das Geschäft des Mieters möglichst gewinnbringend zu betreiben, spielt der Konkurrenzschutz dort eine entscheidende Rolle.⁵³⁴ Obwohl ausdrückliche gesetzliche Regelungen zum Konkurrenzschutz fehlen, wird dieser auch ohne entsprechende vertragliche Regelung in vielen Fällen als sogenannte vertragsimmanente Pflicht⁵³⁵ gewährt.⁵³⁶

Dabei werden Klauseln, die den Konkurrenzschutz des Mieters in einem Formularvertrag ausschließen, von der Rechtsprechung als wirksam angesehen.⁵³⁷ Der Ausschluss des Konkurrenzschutzes, so das OLG Hamburg⁵³⁸, stellt insbesondere keine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar. Die Pflicht des Vermieters zum Konkurrenzschutz des Mieters sei im Recht der Gewerberaumvermietung unselbständiger Teil der dem Vermieter obliegenden gesetzlichen Gebrauchsgewährungs- und Gebrauchserhaltungspflicht und mangels einer Abrede abhängig von den nach Treu und Glauben zu berücksichtigenden Umständen des Einzelfalles.⁵³⁹

Die Konkurrenzschutzpflichten stelle sich, so das OLG Hamburg⁵⁴⁰, als Abweichung von der gesetzlichen Regelung der §§ 535 S. 1⁵⁴¹, 536 BGB⁵⁴² dar. Diese Abweichung sei jedoch mit den wesentlichen Grundgedanken der §§ 535 S. 1 und 536 BGB vereinbar, da eine Unvereinbarkeit nur dann gegeben sei, wenn die Ausschlussklausel eine Abkehr vom Ordnungs- und Leitbild der §§ 535 S. 1, 536 BGB enthalten würde. Zugleich müsse dies für den Mieter Nachteile von Gewicht zur Folge haben und die Pflicht, Konkurrenzschutz zu gewähren, dürfe nicht nur auf

⁵³⁴ *Menn* NZM 2017, 688, 688.

⁵³⁵ Entweder als Ausdruck der dem Vermieter gem. § 535 Abs. 1 S. 1 BGB obliegenden Pflicht zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs oder als Nebenpflicht in Form der Leistungstreuepflicht; zum Meinungsstand vgl. BeckOK BGB/*Zehelein* § 535 Rn. 373.

⁵³⁶ BGH NJW 1979, 1404, 1405; BGHZ 70, 79, 80; OLG Koblenz NJW-RR 1995, 1352, 1352.

⁵³⁷ BGH NZM 2010, 361 Rn. 14; KG NZM 2005, 620, 621; OLG Hamburg NJW-RR 1987, 403, 403; ebenso BeckOK BGB/*Schmidt* § 307 Rn. 136.

⁵³⁸ OLG Hamburg NJW-RR 1987, 403.

⁵³⁹ OLG Hamburg NJW-RR 1987, 403, 403.

⁵⁴⁰ OLG Hamburg NJW-RR 1987, 403.

⁵⁴¹ Dem Urteil lag noch die bis 30.08.2001 geltende Fassung des § 535 S. 1 BGB zugrunde, der sich inhaltlich aber nicht von der nunmehr geltenden Fassung unterscheidet.

⁵⁴² Ebenfalls in der bis 30.04.2013 geltenden Fassung, wobei die Änderungen die Aussagen des Urteils nicht berühren.

Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern auf einem Gebot der Gerechtigkeit beruhen. Die Voraussetzungen lägen aber, so das Gericht, nicht vor.⁵⁴³ Zwar stünden für den Mieter nicht unerhebliche Ertragseinbußen im Raum, wenn sich ein Konkurrent im selben Mietobjekt niederließe. Auch widerspreche der Ausschluss des Wettbewerbsschutzes durch den Vermieter dem dispositiven Leitbild nach §§ 535 S. 1, 536 BGB, wonach die Erhaltung des Mietgegenstandes in einem vertragsmäßigen Zustand allein Sache des Vermieters sei. Aber es wäre gleichwohl zu berücksichtigen, dass die Konkurrenzschutzpflicht nur eine Facette der Gebrauchsgewährungs- und Gebrauchserhaltungspflicht darstellen würde und sie nicht auf einem Gerechtigkeitsgebot beruhe, welches unabhängig von der einzelnen Fallgestaltung für alle vergleichbaren Gewerberaummietverträge gleichermaßen Gültigkeit beanspruchen könne. Der Inhalt des vertragsimmanenten Konkurrenzschutzes sei vielmehr gänzlich vom konkreten Einzelfall abhängig und beziehe deshalb seinen Gerechtigkeitsgehalt allenfalls aus den individuellen Umständen des Einzelfalles.⁵⁴⁴

Unabhängig davon, ob man die vertragsimmanente Pflicht des Gewerberaummietvertrags als Ausdruck der dem Vermieter gem. § 535 Abs. 1 S. 1 BGB obliegenden Pflicht zur Gewährung des vertragsgemäßen Gebrauchs oder als Nebenpflicht in Form der Leistungstreuepflicht ansieht,⁵⁴⁵ ist deren Geltung im Grundsatz - auch in Gestalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen - dispositiv⁵⁴⁶.

Wie im Recht der gewerblichen Vermietung, ist auch die weitergehende Enthaltungspflicht im Werbeagenturvertrag vom konkreten Einzelfall abhängig, sodass man mit der Begründung des OLG Hamburg⁵⁴⁷ auch hier eine auf dem Gerechtigkeitsgebot beruhende Verpflichtung, die unabhängig von der einzelnen Fallgestaltung für alle vergleichbaren Gewerberaummietverträge gleichermaßen Gültigkeit beanspruchen könne, ablehnen muss, weil deren Gerechtigkeitsgehalt allenfalls aus den individuellen Umständen des Einzelfalles entspringt.

⁵⁴³ OLG Hamburg NJW-RR 1987, 403, 403.

⁵⁴⁴ OLG Hamburg NJW-RR 1987, 403, 403 f..

⁵⁴⁵ Zum Meinungsstand vgl. BeckOK BGB/*Zehelein* § 535 Rn. 373.

⁵⁴⁶ Ebenfalls höchstrichterliche Rechtsprechung, vgl. BGH NJW-RR 2010, 1017, Rn. 14.

⁵⁴⁷ OLG Hamburg NJW-RR 1987, 403.

III. Verwendung von Regelungen in der Praxis

Aufgrund der Tatsache, dass die Grenzen der Enthaltungspflicht vom jeweiligen Einzelfall abhängen, empfiehlt es sich für die Praxis, die Enthaltungspflichten möglichst eindeutig festzulegen, damit es über deren Geltung, Inhalt und Grenzen zwischen den Parteien zu keinen Streitigkeiten kommt, sondern mit Hilfe der vertraglichen Klausel für beide Parteien ersichtlich ist, wann eine Unterlassungspflicht der Agentur vorliegt. Die folgenden Ausführungen befassen sich daher mit einem Formulierungsvorschlag im Beck'schen Online-Formulare Vertragshandbuch⁵⁴⁸ und geben darüber hinaus eigene Vorschläge, wie eine Klausel über Enthaltungspflichten im Werbeagenturvertrag ausgestaltet sein könnte.

Bei den Klauseln ist danach zu unterscheiden, ob die Werbeleistung des Zweitkunden die sonderrechtlich geschützte Leistung des Erstkunden durch eine identische Weitergabe bzw. im Falle einer nur geringfügigen Veränderung (1.), oder die darüberhinausgehende Enthaltungspflicht betrifft (2.).

1. Identische bzw. gegen Sonderrecht verstoßende Zweitwerbung

Obwohl sich die Enthaltungspflicht der Werbeagentur dahingehend, keine identische Werbeleistung, oder gegen Sonderrecht verstoßende für andere Kunden zu erbringen, schon aus der Vertragsauslegung⁵⁴⁹ ergibt, empfiehlt es sich dennoch, diesen Punkt klarstellend in den Agenturvertrag aufzunehmen. Das Beck'sche Online-Formulare Vertragshandbuch sieht hierzu im Rahmenvertrag des Werbeagenturvertrags unter § 6 Abs. 1 und 4 folgende Formulierung vor:

„§ 6 Einräumung von Nutzungsrechten

(1) Die Agentur räumt dem Kunden zum Zeitpunkt ihres Entstehens, spätestens ihres Erwerbs, alle übertragbaren Rechte, insbesondere die urheberrechtlichen

⁵⁴⁸ Beck'sche Online-Formulare Vertrag/Nieß Form. 25.1. Werbeagenturvertrag - Rahmenvertrag.

⁵⁴⁹ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. 1. a..

Nutzungsrechte, Markenrechte und Namensrechte zur Verwertung der unter diesem Vertrag und den jeweiligen Auftragschreiben erbrachten Leistungen einschließlich aller Rechtspositionen an Ideen, Entwürfen und Gestaltungen frei von Rechten Dritter zur exklusiven, räumlich, inhaltlich und sachlich unbeschränkten und umfassenden Verwertung in allen derzeit bekannten und zukünftig bekannt werdenden Medien und Nutzungsarten ein. Hierzu gehören insbesondere, aber nicht ausschließlich, das Vervielfältigungs-, Verbreitungs-, Ausstellungs-, Vortrags-, Aufführungs- und Vorführrecht, das Senderecht, das Recht zur Wiedergabe durch Bild- und/oder Tonträger analog und/oder digital, das Recht der Wiedergabe von Funksendungen analog und/oder digital sowie das Online-Recht. Die Übertragung schließt das Recht zur Weiterübertragung an Dritte ein.

(...)

(4) Die Agentur wird die im Rahmen dieses Vertrages und der Auftragserteilung an den Kunden gewährten Leistungen, insbesondere sämtliche Ideen, Entwürfe und Gestaltungen nicht in gleicher oder abgeänderter Form für andere Auftraggeber verwenden.⁵⁵⁰

Durch § 6 Abs. 1 der Klausel wird eine umfassende und im Einzelnen konkret bezeichnete Nutzungsrechtsübertragung geregelt. Gleichzeitig wird in Abs. 4 klargestellt, dass die an den Erstkunden erbrachten Leistungen nicht anderweitig verwendet werden dürfen. Die Formulierung in Abs. 4, dass die durch Abs. 1 gewährten Leistungen „*nicht in gleicher oder abgeänderter Form*“ für andere Auftraggeber verwendet werden dürfen, ist aber missverständlich formuliert, da nicht definiert wird, was unter einer „*abgeänderten Form*“ verstanden werden soll. Die Begrifflichkeit einer „*abgeänderten Form*“ findet sich nicht in sondergesetzlichen Vorschriften, insbesondere nicht im Urheberrecht in den §§ 23 und 24 UrhG, sodass diese nicht unmittelbar zur Auslegung der Begrifflichkeit herangezogen werden können. Einerseits kann diese Formulierung restriktiv dahingehend aufgefasst werden, dass die abgeänderte Weitergabe in denjenigen Fällen untersagt ist, in denen keine freie Benutzung vorliegt, mithin unter die abgeänderte Form nur

⁵⁵⁰ Beck'sche Online-Formulare Vertrag/*Nieß* Form. 25.1. Werbeagenturvertrag - Rahmenvertrag, § 6 (1) und (4).

einwilligungsbedürftige Bearbeitungen und Umgestaltungen im Sinne des § 23 UrhG fallen. Sofern die „abgeänderte Werbeleistung“ so weit abgewandelt ist, dass sie als rechtlich selbstständig angesehen werden muss und insbesondere nicht gegen Urheberrechte, aber auch nicht gegen eventuell bestehendes Marken- oder Namensrecht verstößt, würde nach § 6 Abs. 4 bei dieser Alternative spiegelbildlich keine Enthaltungspflicht für die Werbeagentur bestehen. Andererseits könnte die Klausel aber auch so verstanden werden, dass eine „*abgeänderte Form*“ auch dann vorliegt, wenn die Leistung des Erstkunden in irgendeiner Art und Weise als Vorbild gedient hat, die Werbung des Zweitkunden an sich aber eine freie Benutzung im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG darstellt und sich das nachfolgende Werk angesichts seiner Individualität die entlehnten eigenschöpferischen Züge des benutzten Werks verblassen lassen⁵⁵¹. Mit dieser Auslegungsalternative wäre die Agentur einer noch strengeren Unterlassungspflicht unterworfen, da auch eine als freie Benutzung zu qualifizierende Werbeleistung an den Zweitkunden eine „Abänderung“ der Werbeleistung des Erstkunden darstellen kann.

Bei dieser zweiten „weiten“ Auslegungsalternative ergibt sich nicht nur das Abgrenzungsproblem, in welchen Fällen eine „Abänderung“ des Erstwerks vorliegt und wann diese ausscheidet, wenn hierfür nicht die Unterscheidung zwischen unfreier Bearbeitung oder Umgestaltung gem. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG und freier Benutzung nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG herangezogen werden kann. Vielmehr findet sich auch keine Einschränkung der Enthaltungspflicht hinsichtlich der Person des Zweitkunden und damit in sachlicher, aber auch in zeitlicher Hinsicht.

Da die Klausel nach ihrem Wortlaut, dem wirtschaftlichen Zweck sowie dem typischerweise anzutreffenden Verständnis der beteiligten Kreise⁵⁵² beide Auslegungsalternativen zulässt, hätte vor Anwendung der Unklarheitsregel gem. § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders eine Überprüfung stattzufinden, ob

⁵⁵¹ Spindler/Schuster/Wiebe § 24 Rn. 3.

⁵⁵² Allgemein zur Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vgl. BeckOK BGB/Schmidt § 305c Rn. 46 ff.; MüKo BGB/Basedow § 305c Rn. 33 ff..

tatsächlich beide Auslegungsalternativen, insbesondere die kundenfeindlichste Auslegungsalternative, Wirksamkeit beanspruchen.⁵⁵³

Wäre der Erstkunde als Klauselverwender anzusehen, wäre die Wirksamkeit der Klausel zweifelhaft:

Eine Vereinbarung, die es der Agentur verbieten würde, eine abgeänderte Werbeleistung an einen Zweitkunden zu erbringen, auch wenn diese Leistung an sich eine freie Benutzung darstellen würde, begegnet Bedenken. Denn eine Klausel zur Enthaltungspflicht, die keinen einschränkenden Zusatz auf bestimmte Zweitkunden und damit auf etwaige Konkurrenzverhältnisse,⁵⁵⁴ oder eine zeitliche Schranke⁵⁵⁵ enthält, ist schon nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam, sodass dies erst Recht im Rahmen der Überprüfung nach §§ 305 ff. BGB gelten muss. Der allein einschränkende Zusatz dieser Formulierung, nämlich dass die Zweitleistung eine „Abänderung“ der ursprünglich für den Erstkunden erbrachten Werbeleistung sein muss, vermag hieran nichts zu ändern, wenn die „Abänderung“ nicht als Abgrenzung zwischen einer unfreien Bearbeitung nach § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG und freier Benutzung nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG zu verstehen ist. Bei diesem weiten Verständnis⁵⁵⁶ kann nahezu jede im weitesten Sinne angelehnten Werbeidee als „Abänderung“ gesehen werden. Wird für den Erstkunden beispielsweise ein Werbeplakat entworfen, das lediglich das beworbene Produkt zeigt, sowie eine doppeldeutige Überschrift, könnte allein dieses Konzept, das heißt, das abgebildete Produkt kombiniert mit einer doppeldeutigen Überschrift, eine „Abänderung“ darstellen. Dagegen wäre diese Art der Werbung für den Zweitkunden wohl als freie Benutzung anzusehen, da die, die urheberrechtliche

⁵⁵³ So nun auch für den Individualprozess ständige Rechtsprechung, vgl. beispielsweise BGH NJW 2017, 1596 Rn. 39; BGHZ 175, 76 Rn. 9; BGHZ 176, 244 Rn. 19; BGH NJW 2009, 3716 Rn. 8; so auch in der Literatur vertreten, vgl. beispielsweise BeckOK BGB/*Schmidt* § 305c Rn. 47; MüKo BGB/*Basedow* § 305c Rn. 49 m.w.N.; Palandt/*Grüneberg* § 305c Rn. 19.

⁵⁵⁴ Vgl. hierzu auch OLG Hamm BeckRS 2016, 20914 Rn. 24, bei dem es um die Beurteilung eines in sachlicher Hinsicht zu weitgehendes Wettbewerbsverbot eines ausscheidenden Geschäftsführers ging, weil durch die Klausel (unter anderem) ein Tätigwerden untersagt werden sollte.

⁵⁵⁵ *Bernhard* NJW 2013, 2785, 2786; MüKo BGB/*Armbrüster* § 138 Rn. 79; BGH NJW 1986, 2944 f.; BGH 2010, 1206 Rn. 13.

⁵⁵⁶ Für die Beurteilung der Frage, ob eine Klausel gegen die Vorschriften der §§ 307-309 BGB verstößt, ist unter verschiedenen Auslegungsalternativen zunächst die kundenfeindlichste heranzuziehen, vgl. hierzu MüKo BGB/*Basedow* § 305c Rn. 51 m.w.N.. Im vorliegenden Fall also diejenige, bei der die „abgeänderte Form“ möglichst weit verstanden wird.

Schutzfähigkeit begründenden objektiven Merkmale des älteren Werks nicht durch die bloße Zusammenstellung von Bild und Text geprägt⁵⁵⁷ sind, sondern durch die Abbildung und den Slogan selbst.

Sofern die Klausel also vom Kunden gestellt wäre, verstößt § 6 Abs. 4 des Werbeagenturvertrags in der „weiten Auslegungsalternative“ gegen § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Auswirkungen einer Unwirksamkeit sind aber überschaubar, da sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften nach § 306 Abs. 2 BGB richtet. Die sich durch den Wegfall einer Klausel ergebende Vertragslücke darf durch ergänzende Vertragsauslegung geschlossen werden, wenn Regeln des dispositiven Rechts - wie vorliegend - nicht zur Verfügung stehen.⁵⁵⁸ Aus der ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragung bzw. Übertragung der Kennzeichen- bzw. Designrechte durch § 6 Abs. 1 des Werbeagenturvertrags ergibt sich aber, dass die Vertragsparteien eine Enthaltungspflicht der Werbeagentur in demjenigen Umfang, in dem der Kunde die ausschließlichen Nutzungsrechte bzw. erhalten hat, vereinbart hätten, wenn sie den - durch die Unwirksamkeit der Klausel - offen gebliebenen Punkt redlicherweise geordnet hätten.⁵⁵⁹

Größere Schwierigkeiten ergeben sich bei der Verwendung der vorgeschriebenen Klausel, wenn diese durch die Agentur gestellt wird: In diesem Fall wird § 6 Abs. 4 nicht an dem Verbot unangemessener Benachteiligung aus § 307 Abs. 1 S. 1 BGB scheitern, weil eine unangemessene Benachteiligung des Kunden auch bei dem weiten Verständnis der Klausel nicht besteht, wenn die Klausel damit gerade nur die Dispositionsbefugnis der Agentur beschneidet. Somit besteht die Gefahr, dass beide Auslegungsalternativen einer gerichtlichen Wirksamkeitsprüfung standhalten und in diesen Fällen die Unklarheitsregel gem. § 305c Abs. 2 BGB zu tragen kommt:

⁵⁵⁷ Spindler/Schuster/Wiebe § 24 Rn. 3.

⁵⁵⁸ BGHZ 143, 103, 120; BGHZ 151, 229, 234; MüKo BGB/Basedow § 306 Rn. 31.

⁵⁵⁹ Zu den Auslegungsgesichtspunkten bei der ergänzenden Vertragsauslegung vgl. MüKo BGB/Busche § 157 Rn. 51.

Dies würde dazu führen, dass die für den Vertragspartner, also für den Kunden, günstigere Auslegungsalternative zugrunde zu legen wäre⁵⁶⁰ und damit § 6 Abs. 4 des Werbeagenturvertrags so zu verstehen wäre, dass eine „abgeänderter Form“ auch dann vorliegt, wenn die Leistung des Zweitkunden an sich eine freie Benutzung darstellen würde, weil sie angesichts ihrer Individualität die entlehnten eigenschöpferischen Züge des benutzten Werks verblassen lassen⁵⁶¹, aber das Werk des Erstkunden dennoch in irgendeiner Art und Weise mit dem Zweitwerk übereinstimmt.

Um dieser Unklarheit vorzubeugen empfiehlt sich eine eindeutige Formulierung der Klausel etwa derart, wonach es der Agentur untersagt ist, „die im Rahmen dieses Vertrages und der Auftragserteilung an den Kunden gewährten Leistungen, insbesondere sämtliche Ideen, Entwürfe und Gestaltungen **in gleicher Form für andere Auftraggeber zu verwenden.**⁵⁶² **Zudem ist auch die Verwendung für andere Auftraggeber in bearbeiteter bzw. umgestalteter Form untersagt, wenn dadurch die (in § 6 (1)) übertragenen Rechte, insbesondere die urheberrechtlichen Nutzungsrechte, Marken- und Namensrechte sowie Designrechte verletzt werden.**“

2. Klausel zur Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben

Des Weiteren empfiehlt es sich, auch die aus Treu und Glauben abgeleitete Enthaltungspflicht, keine Zweitwerbung an einen Konkurrenten des Erstkunden zu erbringen, wenn dadurch die Werbewirkung konterkariert wird,⁵⁶³ ausdrücklich in den Agenturvertrag aufzunehmen. Dabei sollte gerade deren Umfang so konkret wie möglich festgelegt werden, damit dieser nicht erst durch den jeweiligen Einzelfall und

⁵⁶⁰ BeckOK BGB/Schmidt § 305c Rn. 42.

⁵⁶¹ Spindler/Schuster/Wiebe § 24 Rn. 3.

⁵⁶² Durch die Aufteilung zwischen „gleicher“ und „abgeänderter“ Weitergabe in zwei Sätze wird zugleich klargestellt, dass sich der Verstoß der übertragenen urheberrechtlichen Nutzungsrechte, Marken-, Namensrechte sowie Designrechte nur auf die „abgeänderte“ Werbeleistung bezieht und die Weitergabe in unveränderter Form auch für die sonderrechtlich nicht geschützte Leistung gilt.

⁵⁶³ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. 4..

die durchzuführende Interessenabwägung bestimmt werden muss. Durch eine explizite vertragliche Klausel sollten die Vertragsparteien bereits im Vorfeld möglichst rechtssicher beurteilen können, in welchen Fällen die Werbeagentur eine Unterlassungspflicht trifft und welche Leistungen sie für andere Kunden erbringen kann.

Eine an die Medizin-Duden Entscheidung angelehnte Formulierung, wonach es der Agentur untersagt ist, eine nachfolgende Werbeleistung an einen Zweitkunden zu erbringen, die dasselbe Produkt bewirbt⁵⁶⁴, sich an den gleichen Abnehmerkreis wendet und nach Art und Umfang geeignet ist, dem vertragsgegenständlichen Werk ernsthafte Konkurrenz zu bereiten, würde, abgesehen von der klarstellenden Wirkung für die Parteien, keine höhere Rechtssicherheit erzeugen, da sie letztlich nur die bestehende Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben⁵⁶⁵ wiedergeben würde.

Als Formulierungsvorschlag sieht das Beck'sche Online-Formulare Vertragshandbuch⁵⁶⁶ im Rahmenvertrag unter § 8 folgende Klausel vor:

„§ 8 Wettbewerbsverbot

(1) Die Agentur verpflichtet sich, vor Abschluss dieses Vertrages und bis zur Beendigung aller Arbeiten für den Kunden diesen über mögliche Konkurrenzkonflikte mit anderen Kunden der Agentur zu informieren, insbesondere über Kunden, die gleichartige Produkte wie das Produkt D des Kunden produzieren und/oder vertreiben. Die Agentur verpflichtet sich, ohne vorherige Zustimmung des Kunden bis zum Abschluss aller Arbeiten für ihn für keine anderen Unternehmen, die gleichartige Produkte wie das Produkt D herstellen und/oder vertreiben, Dienstleistungen zu erbringen.

⁵⁶⁴ In der verlagsrechtlichen Medizin-Duden Entscheidung (BGH GRUR 1973, 426, 427) ist dieses Kriterium als „derselbe Gegenstand“ abgebildet.

⁵⁶⁵ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. 4..

⁵⁶⁶ Beck'sche Online-Formulare Vertrag/Nieß Form. 25.1. Werbeagenturvertrag - Rahmenvertrag, § 8.

(...)⁵⁶⁷

Über eine Unterlassungspflicht hinaus, regelt die im Formularhandbuch vorgeschlagene Klausel in § 8 Abs. 1 S. 1 auch eine Informationspflicht über bestehende Konkurrenzkonflikte. Die „möglichen Konkurrenzkonflikte“ werden nicht abschließend definiert, allerdings durch den 2 HS., nachdem ein Konkurrenzkonflikt „insbesondere“ gegeben sein soll, wenn Zweitkunden betroffen sind, „die gleichartige Produkte wie das Produkt D des Kunden produzieren und/oder vertreiben“, beispielhaft bestimmt. Weitergehend wird durch § 8 Abs. 1 S. 2 eine Unterlassungspflicht der Agentur bestimmt, wonach - ohne vorherige Zustimmung des Kunden - bis zum Abschluss aller Arbeiten für ihn, für kein Unternehmen, welches gleichartige Produkte herstellt, Dienstleistungen erbracht werden dürfen.

Durch die Informationspflicht der Werbeagentur in § 8 Abs. 1 S. wird der Kunde, - insbesondere schon vor Abschluss des Agenturvertrags - über mögliche Konkurrenzkonflikte in Kenntnis gesetzt. Er kann daher von der Beauftragung der Werbeagentur absehen, oder wird zumindest in die Lage versetzt, frühzeitig auf bestehende Konkurrenzsituationen reagieren zu können⁵⁶⁸. Welche Rechtsfolge sich aus der Verletzung dieser Pflicht ergeben soll, ist nicht explizit geregelt.

Die Klausel verzichtet auf das Erfordernis „ernsthafter Konkurrenz“ und stellt lediglich auf die Gleichartigkeit der Produkte von Erst- und Zweitkunde ab. Hierdurch wird ein „Mehr“ an Rechtssicherheit erreicht, da die Gleichartigkeit von Produkten leichter objektiv beurteilt werden kann und außerdem keine Prüfung erfolgen muss, wann die Erheblichkeitsschwelle einer „ernsthaften“ Konkurrenz erreicht ist. Auf der anderen Seite ist aber zu sehen, dass der Agentur durch § 8 Abs. 1 S. 2 der Klausel lediglich nachfolgende Werbeleistungen „bis zum Abschluss“ aller Arbeiten für den Erstkunden

⁵⁶⁷ Beck'sche Online-Formulare Vertrag/*Nieß* Form. 25.1. Werbeagenturvertrag - Rahmenvertrag, § 8.

⁵⁶⁸ Die Kenntnis des Kunden gibt ihm zusätzlich die Möglichkeit eine mögliche Pflichtverletzung der Werbeagentur prüfen zu können, im äußersten Fall jedoch auch eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung der Werbeagentur zu beantragen.

untersagt sind. Nach dem Abschluss der Arbeiten für den Erstkunden sind Enthaltungspflichten durch die Klausel nicht explizit geregelt, sodass die Klausel im Vergleich zur vertragsimmanenten Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben deutlich eingeschränkt ist. Bei Verwendung dieser Klausel wird sich daher die Frage stellen, ob im Umkehrschluss auch geregelt werden sollte, dass die Werbeagentur nach dem Abschluss der Arbeiten für den Erstkunden an keine Enthaltungspflicht gebunden ist.

Dem Formulierungsvorschlag in § 8 Abs. 1 S. 2 stehen aber auch Wirksamkeitsbedenken entgegen, wenn die Klausel durch den Kunden der Agentur gestellt wird. § 8 Abs. 1 S. 2 macht die Befugnis der Werbeagentur für andere Unternehmen Dienstleistungen zu erbringen, die gleichartige Produkte wie das Produkt des Erstkunden herstellen und bzw. oder vertreiben, von der Zustimmung des Kunden abhängig. Nicht geregelt sind indes die Voraussetzungen der Zustimmung, also insbesondere wann bzw. ob eine Befugnis des Kunden besteht, die Zustimmung zu verweigern. So könnte die Befugnis zur Zustimmung bei Zugrundelegung eines weiten Verständnisses gem. §§ 133, 157 BGB allein in die freie Disposition des Kunden gestellt sein. Eine Einschränkung dahingehend, dass die Zustimmung nicht entgegen Treu und Glauben verweigern darf, wenn tatsächlich keine Beeinträchtigung der Leistung des Erstkunden zu befürchten ist, enthält die Klausel nicht. Zu einer solchen Einschränkung wird man auch nach der Auslegung nach dem relevanten Verständnishorizont,⁵⁶⁹ dem allgemeinen und fachsprachlichen Verständnis⁵⁷⁰ und dem übereinstimmenden Verständnis der Parteien,⁵⁷¹ ohne weiteres wohl nicht gelangen.

⁵⁶⁹ MüKo BGB/*Basedow* § 305c Rn. 33; danach ist der Sinngehalt Klausel „nach objektiven Maßstäben, losgelöst von der zufälligen Gestaltung des Einzelfalles und den individuellen Vorstellungen der Vertragsparteien, unter Beachtung ihres wirtschaftlichen Zwecks und der gewählten Ausdrucksweise“ zu ermitteln.

⁵⁷⁰ MüKo BGB/*Basedow* § 305c Rn. 36.

⁵⁷¹ MüKo BGB/*Basedow* § 305c Rn. 39; danach verbietet der Grundsatz der objektiven Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwar, auf die individuellen Momente des konkreten Vertragsschlusses und auf die Meinungen und Vorstellungen der an ihm im Einzelfall beteiligten Parteien Rücksicht zu nehmen. Allerdings hindert er nicht, dem Umstand Rechnung zu tragen, wenn die Parteien im Einzelfall übereinstimmend der streitigen Klausel eine Bedeutung beigelegt haben, die von derjenigen abweicht, die ihr nach dem Grundsatz der objektiven Auslegung zukommt.

Eine Klausel aber, welche die Zustimmung allein in die Disposition des Kunden stellt, wird einer Wirksamkeitsprüfung nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB nicht standhalten.⁵⁷²

Wird die Klausel damit vom Kunden gestellt, dürfte § 8 Abs. 1 S. 2⁵⁷³ unwirksam sein, mit der Folge, dass eine Enthaltungspflicht nach § 306 Abs. 2 BGB nur im gesetzlichem Umfang - ohne dass eine Zustimmungsvoraussetzung für den Erstkunden gegeben wäre - besteht.

Eine von der Werbeagentur gestellte Klausel begegnet dagegen, - wie im oben genannten Fall in § 6 Abs. 4 - keinen Bedenken, da eine unangemessene Benachteiligung für den Kunden auch bei freier Disposition über seine Zustimmung nicht besteht.

Eine Formulierung, die den oben dargestellten Erwägungen Rechnung trägt, könnte wie folgt aussehen:

„§ 6 Einräumung von Nutzungsrechten

(1) (...)”⁵⁷⁴

⁵⁷² So Fromm/Nordemann/*Schiffel* § 2 Rn. 31 für die verlagsrechtliche Enthaltungspflicht falls die Zustimmungsverpflichtung des Verlags dahingehend, die Zustimmung nicht wider Treu und Glauben verweigert zu dürfen, fehlt.

⁵⁷³ § 8 Abs. 1 S. 1 der Klausel dürfte dagegen wohl weiterhin wirksam sein, da die Klausel teilbar ist in die Informationspflicht nach S. 1 und die Unterlassungspflicht aus S. 2 und unwirksame Teil aus S. 2 gestrichen werden kann, ohne dass der Sinn nach S. 1 darunter leidet (sog. blue-pencil-test); vgl. hierzu auch MüKo BGB/*Basedow* § 306 Rn. 23.

⁵⁷⁴ Für die Vereinbarung zu den Nutzungsrechten könnte die Formulierung aus dem Beck'sche Online-Formulare Vertrag/*Nieß* Form. 25.1. Werbeagenturvertrag - Rahmenvertrag, § 6 (1) bis (3) übernommen werden, wobei der dortige § 6 Abs. (4) zum nachfolgenden § 7 gezogen wird.

§ 7 Enthaltungspflichten der Agentur

(1) Die Agentur wird die im Rahmen dieses Vertrages und der Auftragserteilung an den Kunden gewährten Leistungen, insbesondere sämtliche Ideen, Entwürfe und Gestaltungen nicht in gleicher Form für andere Auftraggeber verwenden.⁵⁷⁵ Zudem ist auch die Verwendung für andere Auftraggeber in bearbeiteter bzw. umgestalteter Form untersagt, wenn dadurch die (in § 6 (1)) übertragenen Rechte, insbesondere die urheberrechtlichen Nutzungsrechte, Marken- und Namensrechte sowie Designrechte verletzt werden.

(2) Die Agentur verpflichtet sich, vor Abschluss dieses Vertrages und bis zur Beendigung aller Arbeiten für den Kunden diesen über mögliche Konkurrenzkonflikte mit anderen Kunden der Agentur in Textform zu unterrichten, insbesondere über Kunden, die gleichartige Produkte wie das Produkt D des Kunden produzieren und/oder vertreiben.

(3) Die Agentur verpflichtet sich ferner dazu, für keine anderen Unternehmen, die gleichartige Produkte wie das Produkt (D) herstellen und/oder vertreiben, tätig zu werden. Dies gilt nicht, soweit ausgeschlossen ist, dass diese Tätigkeit den vorliegenden Vertragszweck nicht berührt.

(4) Die Verpflichtung aus Abs. 3 gilt während der Laufzeit dieses Vertrags und auch nach dessen Beendigung bis zur vertraglich vorgesehenen Verwendung der Werbeleistung durch den Kunden fort, d.h. bis (...). Die Parteien sind sich darüber einig, dass bei einem Tätigwerden für andere Unternehmen, die gleichartige Produkte wie der Kunde herstellen bzw. vertreiben, die ernsthafte Gefahr besteht, dass der Zweck dieses Vertrags nicht erreicht werden kann.

(5) Für den Fall, dass die Agentur gegen ihre in Abs. 1, 2 oder Abs. 3 geregelte Pflichten verstößt, besteht neben den vertraglichen Ansprüchen ein Recht des Kunden vom Vertrag zurückzutreten.

⁵⁷⁵ Durch die Aufteilung zwischen „gleicher“ und „abgeänderter“ Weitergabe in zwei Sätze wird zugleich klargestellt, dass sich der Verstoß der übertragenen urheberrechtlichen Nutzungsrechte, Markenrechte und Namensrechte nur auf die „abgeänderte“ Werbeleistung bezieht und die Weitergabe in unveränderter Form auch für die sonderrechtlich nicht geschützte Leistung gilt.

(6)⁵⁷⁶ Für den Fall eines Verstoßes gegen die in Abs. 1 und 3 geregelte Pflicht(en) kann der Kunde ferner einen pauschalen Schadensersatz in Höhe der vertraglichen Vergütung verlangen.⁵⁷⁷ Der Anspruch auf Schadensersatz ist nur dann gemindert bzw. ausgeschlossen, wenn die Agentur nachweisen kann, dass durch die Pflichtverletzung ein geringerer Schaden eingetreten ist.⁵⁷⁸ Die Geltendmachung eines höheren Schadens durch den Kunden bleibt hiervon unberührt.

D. Ansprüche bei Verletzung der Enthaltungspflicht

Im letzten Teil der Arbeit sollen die Ansprüche dargestellt werden, die dem Kunden zustehen, wenn die Agentur gegen ihre Enthaltungspflicht verstößt, weil sie einen Vertrag mit dem Zweitkunden eingeht und damit die Werbewirkung des Erstkunden ernsthaft gefährdet. Als Anspruchsgegner kommen sowohl der Zweitkunde (I.), als auch die Werbeagentur (II.) in Betracht.

I. Ansprüche gegen den Zweitkunden

Zunächst werden die Ansprüche des Erstkunden gegen den Zweitkunden dargestellt. Zu unterscheiden sind hier zwei Fälle, nämlich der, dass eine sonderrechtlich geschützte Leistung verletzt wird (1.) und der, dass die Agentur gegen ihre Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben verstößt, mithin eine Verletzung der sonderrechtlich geschützten Werbeleistung nicht vorliegt (2.).

⁵⁷⁶ Wird die Klausel durch die Agentur gestellt, wird dieser Absatz wegzulassen sein.

⁵⁷⁷ Hier sollte keine überhöhte Schadenspauschale vereinbart werden, da nach § 309 Nr. 5 lit. a BGB Pauschalen unwirksam sind, die in den geregelten Fällen nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartenden Schaden oder die gewöhnlich eintretende Wertminderung übersteigen. Auch bei Klauseln zwischen Unternehmen wird diese gesetzgeberische Wertung einfließen.

⁵⁷⁸ Vgl. § 309 Nr. 5 lit. b BGB, dessen Wertung auch bei Klauseln zwischen zwei Unternehmen einfließt.

1. Ansprüche bei urheber-, kennzeichen- oder designrechtlich geschützter Leistung

Bei einem Verstoß gegen eine sonderrechtlich geschützte Leistung kommen einerseits urheberrechtliche (a.), andererseits aber auch kennzeichen- und bzw. oder designrechtliche Ansprüche (b.) gegen den Zweitkunden in Betracht.

a. Urheberrechtliche Ansprüche

Im Kern des Urheberrechtsschutzes stehen die Ansprüche aus § 97 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 UrhG, nach welchen der Urheber im Falle einer widerrechtlichen Verletzung seiner Rechte die Beseitigung der fortdauernden Beeinträchtigung bzw. bei Vorliegen einer Wiederholungsgefahr Unterlassung sowie im Verschuldensfall auch Schadensersatz geltend machen kann. Aktivlegitimiert ist der Erstkunde grundsätzlich nur in dem Umfang, indem er Inhaber des ausschließlichen Nutzungsrechts geworden ist.⁵⁷⁹

Der Erstkunden ist deshalb im Grundsatz aktivlegitimiert, soweit er Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte geworden ist. Zumindest dann, wenn keine gegenteilige ausdrückliche Vereinbarung zwischen den Parteien getroffen worden oder der Vertragszweck eingeschränkt ist, werden nach den oben getroffenen Feststellungen⁵⁸⁰ insbesondere bei einer Werbekampagne grundsätzlich umfassende und ausschließliche Nutzungsrechte an den Kunden übertragen.⁵⁸¹ Für eine eingeschränkte Ausschließlichkeit insoweit, als dass die Exklusivität dahingehend beschränkt wäre, dass sich die Werbeagentur bestimmte Nutzungen vorbehält, dürfte in den weit überwiegenden Fällen ebenfalls nichts ersichtlich sein.

Allerdings unterliegt der oben genannte Grundsatz, dass der Kunde nur in dem Umfang, wie er Inhaber des ausschließlichen Nutzungsrechts geworden ist, auch anspruchsberechtigt ist, gewissen Durchbrechungen, da anerkannt ist, dass der Inhaber ausschließlicher Nutzungsrechte auch für solche einzelnen Verwertungen im Hinblick auf Ansprüche aus § 97 UrhG befugt ist, für die er kein entsprechendes

⁵⁷⁹ BeckOK UrhG/*Reber* § 97 Rn. 10 f..

⁵⁸⁰ Siehe Ausführungen unter

⁵⁸¹ Siehe Ausführungen unter B. III. 1. a. und b., unter Verweis auf BGH GRUR 1966, 691, 692 - Schlafsäcke; BGH GRUR 1960, 612, 609 - Wägen und Wagen; LG Berlin, Urteil vom 26.01.2006 - 16 O 543/05.

Nutzungsrecht hat, wenn die Art der Verwertung in seine Rechtsposition eingreift, sog. negatives Verbotensrecht.⁵⁸² Ein solches wurde beispielsweise in einem vom AG Düsseldorf⁵⁸³ entschiedenen Fall angenommen, sodass bei der Beauftragung von Werbeplakaten für Litfaßsäulen im Format A 1, die Plakate durch einen anderen nicht in einem doppelten Format außerhalb von Litfaßsäulen verwendet werden dürfen, auch wenn der Kunde selbst nur das Recht hätte, das Plakat in der beauftragten Größe A 1 zu verwenden. Würde also der Zweitkunde das Werbeplakat in einem doppelten Format außerhalb von Litfaßsäulen verwenden, würde seine Verwertungshandlung in die Rechtsposition des Erstkunden eingreifen, sodass seine Anspruchsberechtigung aus § 97 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 UrhG bejaht werden müsste.

Die Ansprüche aus § 97 Abs. 1 S. 1 und 2 S. 1 UrhG richten sich gegen den Verletzer, der Täter oder Teilnehmer sein kann. Als Täter ist derjenige anzusehen, der selbst das nach dem Urheberrechtsgesetz geschützte Recht verletzt.⁵⁸⁴ Damit können sich die Ansprüche aus § 97 Abs. 1 S. 1 und 2 S. 1 UrhG unmittelbar gegen den Zweitkunden richten, da dieser mit der Werkleistung am Markt auftritt.⁵⁸⁵ Zumindest kommt eine mittäterschaftliche Haftung nach § 97 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG in Betracht, auch wenn man zugunsten des Zweitkunden unterstellt, dass die Veröffentlichung der urheberrechtsverletzenden Werbung alleine durch die Werbeagentur stattgefunden hat. Täter ist nämlich auch, wer eine Handlung als eigene veranlasst oder einen sonstigen Grund für eine adäquate Verursachung setzt,⁵⁸⁶ sodass es ausreicht, wenn der Zweitkunde für deren Veröffentlichung durch Beauftragung der Agentur sorgte⁵⁸⁷.

In sachlichem Umfang ist ein Werk zum einen gegen die vollständige Übernahme bzw. eine Nachahmung und zum anderen im Rahmen des § 23 UrhG gegen eine Bearbeitung geschützt. Eine Verletzung der Urheberrechte ist erst dann

⁵⁸² Vgl. BGH GRUR 1999, 984 - Laras Tochter; BGH ZUM-RD 2013, 514 Rn. 23; OLG Köln GRUR-RR 2015, 202, 203.

⁵⁸³ AG Düsseldorf AfP 1995, 320.

⁵⁸⁴ BeckOK UrhG/Reber § 97 Rn. 35.

⁵⁸⁵ Die Haftungszurechnung bei einem als juristische Person einzuordnenden Zweitkunden erfolgt nach § 31 BGB (ggf. analog). Die Haftung tritt neben die persönliche Haftung des tatsächlichen Rechtsverletzers; BeckOK UrhG/Reber § 97 Rn. 48.

⁵⁸⁶ Dreier/Schulze/Dreier/Specht § 97 Rn. 24.

⁵⁸⁷ KG ZUM 2001, 234, 236.

ausgeschlossen, wenn die nachfolgende Werkleistung eine sog. freie Benutzung des vorbestehenden Werks im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG darstellt, von dem es sich hat inspirieren lassen.⁵⁸⁸ Für die Abgrenzung zwischen einer Bearbeitung und einer freien Benutzung ist darauf abzustellen, ob die Züge der für den Erstkunden erbrachten Werbeleistung hinter derjenigen des Zweitkunden verblassen.⁵⁸⁹

Die rechtswidrige Verletzungshandlung des Zweitkunden berechtigt den Erstkunden nach § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG unabhängig von der Frage nach einem Verschulden dazu, die Beseitigung der Beeinträchtigung zu verlangen⁵⁹⁰ und bei Vorliegen einer Wiederholungsgefahr Unterlassung,⁵⁹¹ wobei die Wiederholungsgefahr durch die begangene Rechtsverletzung grundsätzlich indiziert wird.⁵⁹² Eine Abmahnung sieht § 97a Abs. 1 UrhG gegenüber dem Zweitkunden lediglich als „Soll-Vorschrift“ vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens auf Unterlassung vor, eine Verpflichtung im Sinne einer Prozessvoraussetzung besteht hierzu allerdings nicht.⁵⁹³

Unter der weiteren Voraussetzung eines Verschuldens, das heißt bei einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Verhalten des Zweitkunden, kann der Erstkunde auch Schadensersatz gem. § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG geltend machen. Wenn eine vorsätzliche Verletzungshandlung ausscheidet, der Zweitkunde also selbst keine Kenntnis von der Verletzung der Rechte des Erstkunden besitzt, stellt sich mithin die Frage, ob der Zweitkunde die Urheberrechte des Erstkunden nicht wenigstens fahrlässig verletzt hat. Fahrlässigkeit liegt gem. § 276 Abs. 2 BGB bei Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vor. An die Beachtung der erforderlichen Sorgfalt werden im Urheberrecht hohe Anforderungen gestellt.⁵⁹⁴ Auch eine vermeintliche fehlende Kenntnis vom verletzten Werk entlastet nicht.⁵⁹⁵

⁵⁸⁸ Dreier/Schulze/Dreier/Specht § 97 Rn. 11.

⁵⁸⁹ Dreier/Schulze/Dreier/Specht § 97 Rn. 11.

⁵⁹⁰ BeckOK UrhG/Reber § 97 Rn. 86 ff..

⁵⁹¹ BeckOK UrhG/Reber § 97 Rn. 90 ff..

⁵⁹² Dreier/Schulze/Dreier/Specht § 97 Rn. 58.

⁵⁹³ Dreier/Schulze/Dreier/Specht § 97a Rn. 2.

⁵⁹⁴ Spindler/Schuster/Spindler § 97 Rn. 24. Handelt der Verwerter, wie vorliegend der Zweitkunde im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit, so erhöhen sich die Prüfpflichten nochmals; vgl. beispielsweise BGH GRUR 1991, 332, 333 - Lizenzmangel; OLG Köln GRUR 1983, 586, 570 - Video-Kopieranstalt.

⁵⁹⁵ LG Köln BeckRS 2014, 4503.

So entspricht es der üblichen Sorgfaltspflicht bei Umgang mit urheberrechtlich geschützten Werken, dass man die eigene Berechtigung zur Nutzung des Werks prüft und sich darüber Gewissheit verschafft.⁵⁹⁶ An diesem Maßstab muss sich auch der Zweitkunde messen lassen, sodass man grundsätzlich schon seine (eigene) Fahrlässigkeit bejahen muss. Eine Entlastung dahingehend, dass er sich auf die rechtliche Überprüfung der Agentur verlassen konnte, kann er im Verhältnis zum Erstkunden nicht einwenden.⁵⁹⁷ Vielmehr kann bzw. muss ihm das Verschulden der Werbeagentur, die von den Rechten des Erstkunden als dessen ehemalige Vertragspartnerin positive Kenntnis besitzt, nach § 278 BGB zugerechnet werden. Von einer solchen Zurechnung des Verschuldens der Werbeagentur und ihrem Kunden ist beispielsweise das LG Köln in seinem Urteil vom 12.12.2013⁵⁹⁸ ausgegangen.

Der Erstkunde hat bei der Geltendmachung seines Anspruchs das Wahlrecht, nach welcher Berechnungsmethode seinen Schaden gegenüber dem Zweitkunden gelten macht. Er kann zwischen der Berechnung des konkreten Schadens, dem Verletzergewinn, oder der Höhe der Lizenzanalogie wählen.⁵⁹⁹

Angesichts der Schwierigkeiten in der Praxis, den Nachweis einer konkreten, kausal auf die betreffende Verletzung zurückgehenden Umsatzeinbuße bzw. Gewinnminderung zu erbringen, oder auf der anderen Seite den Verletzergewinn konkret zu beziffern, ist hier vor allem die Lizenzanalogie von Bedeutung. Danach kann die Vergütung verlangt werden, die bei ordnungsgemäßer Nutzungsrechtseinräumung gewährt worden wäre. Es wird der Abschluss eines Lizenzvertrages zu angemessenen Bedingungen fingiert.⁶⁰⁰

⁵⁹⁶ BGH GRUR 1960, 606, 609 - Eisrevue II; BGH GRUR 1959, 331, 334 - Dreigroschenroman II; OLG München MMR 2015, 537, 538.

⁵⁹⁷ Er hat aber unter Umständen Rückgriffsansprüche gegenüber seiner Vertragspartnerin, der Werbeagentur.

⁵⁹⁸ LG Köln BeckRS 2014, 4503.

⁵⁹⁹ BeckOK UrhG/*Reber* § 97 Rn. 107; *Dreier/Schulze/Specht* § 97 Rn. 79; *Spindler/Schuster/Spindler* § 97 Rn. 33.

⁶⁰⁰ BGH GRUR 1993, 55, 58 - Tchibo/Rolox II; BGH GRUR 1990, 1008, 1009 - Lizenzanalogie; BGH GRUR 2015, 780 - Motorradteile.

b. Kennzeichen- und designrechtliche Ansprüche

Ist die Werbeleistung des Erstkunden nicht (nur) nach dem Urheberrecht geschützt, sondern unterliegt sie einem kennzeichenrechtlichen oder designrechtlichen Schutz, treten die sich hieraus ergebenden Ansprüche neben die oben dargestellten Ansprüche. Dem Kunden der Werbeagentur kommt als Inhaber der Marke bzw. Inhaber der geschäftlichen Bezeichnung gem. § 14 Abs. 1 MarkenG, § 15 Abs. 1 MarkenG ein ausschließliches Recht zu. Die Frage nach der Reichweite des Nutzungsrechts stellt sich damit, anders als beim Urheberrecht, für diese Fälle nicht.

In denjenigen Fällen, in denen die Werbeagentur mit der Erstellung einer Marke oder dem Entwurf eines Firmenlogos beauftragt war, spielen in erster Linie die Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche des Erstkunden als Markeninhaber bzw. Inhaber einer geschäftlichen Bezeichnung aus den §§ 14 Abs. 5, 6 und 15 Abs. 4, 5 MarkenG eine Rolle. Anspruchsgegner einer Kennzeichenrechtsverletzung ist als Verletzer des Kennzeichenrechts derjenige, der in adäquat-kausaler Weise den objektiven Tatbestand der Verbotshandlung verwirklicht.⁶⁰¹ Der Verletzer kann dabei, ebenso wie im Urheberrecht⁶⁰² Täter, Mittäter, Anstifter oder Gehilfe sein.⁶⁰³ Tritt der Zweitkunde also mit seiner Werbeleistung am Markt in einer Art und Weise auf, durch die Markenrechte des Erstkunden verletzt werden, kann er - mit derselben Begründung wie oben - als Täter bzw. Mittäter angesehen werden und vom Erstkunden auf Unterlassung bzw. Schadensersatz in Anspruch genommen werden.

Ist die Werbeleistung bzw. Teile davon designrechtlich geschützt und das Recht am eingetragenen Design an den Erstkunden übertragen worden, steht ihm als Rechtsnachfolger das Benutzungs- und Verbotungsrecht gem. § 38 Abs. 1 S. 1 DesignG an dem Design zu.⁶⁰⁴ Damit können sich für den Erstkunden Ansprüche auf Beseitigung der Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung gem. § 42 Abs. 1 DesignG sowie Schadensersatzansprüche gem. § 42 Abs. 2 S. 1 DesignG ergeben. Nach § 42 DesignG ist derjenige Täter, wer entgegen § 38 Abs. 1

⁶⁰¹ BeckOK MarkenG/*Eckhardt* § 14 Rn. 647; BGH GRUR 2008, 530 Rn. 21 – Nachlass bei der Selbstbeteiligung; KG GRUR-RR 2007, 68, 70 - Keyword Advertising.

⁶⁰² Vgl. Ausführungen unter: D. I. 1..

⁶⁰³ BeckOK MarkenG/*Eckhardt* § 14 Rn. 64 ff.; Fezer/*MarkenR* § 14 Rn. 986.

⁶⁰⁴ Eichmann/*Jestaedt/Fink/Meiser/Eichmann/Jestaedt* § 29 Rn. 8.

S. 1 DesignG, das heißt, ohne Zustimmung des Rechtsinhabers, ein eingetragenes Design benutzt,⁶⁰⁵ sodass der Zweitkunde in den meisten Fällen als Täter gelten kann.

c. Verhältnis zu zivilrechtlichen Ansprüchen

Verletzt der Zweitkunde durch seine Werbung die sonderrechtlich geschützte Werbeleistung des Erstkunden, kommen außerdem bereicherungsrechtliche Ansprüche aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB gegen ihn in Betracht. Hierbei muss vor allem die Frage nach der Anwendbarkeit neben den urheber-, kennzeichen- und designrechtlichen Ansprüchen beleuchtet werden. Die Vorschrift in § 102a UrhG, nach der Ansprüche aus anderen gesetzlichen Vorschriften unberührt bleiben, stellt klar, dass Anspruchsgrundlagen außerhalb des Urheberrechts nicht ausgeschlossen sind und mithin insbesondere zu Ansprüchen der §§ 812 ff. BGB⁶⁰⁶ eine Anspruchskonkurrenz besteht.⁶⁰⁷ Das Gleiche ergibt sich aus der Regelung in § 50 DesignG⁶⁰⁸ und in § 2 MarkenG⁶⁰⁹. Bedeutung erlangen die bereicherungsrechtlichen Ansprüche dadurch, dass sie im Gegensatz zu den Schadensersatzansprüchen kein Verschulden voraussetzen. Den früher bestehenden Vorteil einer wesentlich längeren Verjährungsfrist hat die im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung erfolgte Neuregelung des Verjährungsrechts relativiert.⁶¹⁰

Der Bereicherungsanspruch ist auf den rechtsgrundlosen Vermögenszuwachs beim Verletzer gerichtet.⁶¹¹ Im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung ist das „Erlangte etwas“ nicht mehr die Lizenzersparnis,⁶¹² sondern der Gebrauch des immateriellen Schutzgegenstandes, mit der der Verletzer in die ausschließliche Benutzungsbefugnis

⁶⁰⁵ Eichmann/Jestaedt/Fink/Meiser/*Eichmann/Jestaedt* § 42 Rn. 4.

⁶⁰⁶ Wandtke/Bullinger/*Ohst* § 102a Rn. 1; BeckOK UrhR/*Reber* § 97 Rn. 142.

⁶⁰⁷ Zum Urheberrecht BRegE BT-Drucks. 16/5048, 42.

⁶⁰⁸ BeckOK DesignG/*Stöckel* § 50 Rn. 4; Eichmann/Jestaedt/Fink/Meiser/*Eichmann/Jestaedt* § 50 Rn. 8.

⁶⁰⁹ Fezer/MarkenR § 2 Rn. 1 ff..

⁶¹⁰ Zum Urheberrecht: Wandtke/Bullinger/*v. Wolff* § 97 Rn. 91; zum Markenrecht: Fezer/MarkenR § 20 Rn. 15.

⁶¹¹ Wandtke/Bullinger/*v. Wolff* § 97 Rn. 91.

⁶¹² Vgl. BGHZ 20, 345, 355 - Paul Dahlke; in der die Bereicherung darin gesehen wurde, dass der Verletzer die Vergütung erspart hatte, die er hätte entrichten müssen, wenn er den Urheber bzw. Leistungsschutzberechtigten um Zustimmung gebeten hätte.

des Rechtsinhabers eingreift.⁶¹³ Der Wertersatzes in Höhe der angemessenen Lizenz nach § 818 Abs. 2 BGB entspricht im Ergebnis der Schadensersatzhaftung aus § 97 Abs. 2 UrhG, wenn der Verletzte die Berechnungsmethode der Lizenzanalogie wählt.⁶¹⁴

Denkbar ist auch eine Haftung des Zweitkunden wegen wissentlicher angemaßter Eigengeschäftsführung nach §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667, 668 BGB, wenn er mit dem Gebrauch eines fremden urheber-, kennzeichen- oder designrechtlich geschützten Rechts des Erstkunden ein objektiv fremdes Geschäft bewusst als eigenes führt. Herauszugeben hat er danach, was aus der bösgläubigen Eigengeschäftsführung erlangt wurde.⁶¹⁵ Anders als bei den Ansprüchen aus § 97 Abs. 2 S. 2 UrhG, § 14 Abs. 6 MarkenG, 15 Abs. 5 MarkenG, § 42 Abs. 2 S. 1 DesignG handelt es sich dabei nicht um einen Schadensersatzanspruch, sodass keine etwaigen Einbußen beim Anspruchsinhaber ausgeglichen werden, sondern der Vermögenszuwachs auf Seiten des Verletzers abgeschöpft wird.⁶¹⁶

Daneben kämen grundsätzlich Ansprüche aus Deliktsrecht, insbesondere Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung nach § 823 BGB, oder Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche analog § 1004 BGB in Betracht. Allerdings bilden die oben genannten urheber-, kennzeichen- und designrechtlichen Ansprüche gegenüber den Anspruchsgrundlagen aus dem allgemeinen Deliktsrechts nach §§ 823, 1004 BGB grundsätzlich eine abschließende Spezialregelung,⁶¹⁷ sodass der Erstkunde aus den §§ 823, 1004 BGB keine zusätzlichen Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche herleiten kann. Ansprüche aus dem Deliktsrecht gewinnen in Fällen Bedeutung, in denen sie über die

⁶¹³ So seit BGHZ 82, 299 - Kunststoffhohlprofil II.

⁶¹⁴ Zum Urheberrecht: Wandtke/Bullinger/v. Wolff § 97 Rn. 92; zum Markenrecht: Fezer/MarkenR § 14 Rn. 1052; zum Designrecht: BeckOK DesignG/Stöckel § 50 Rn. 4.

⁶¹⁵ BeckOK UrhR/Reber § 102a Rn. 4; BeckOK MarkenG/Goldmann § 14 Rn. 699.

⁶¹⁶ Dreier/Schulze/Dreier § 102a Rn. 9, damit besteht auch ein Anspruch, wenn die Verletzung der sonderrechtlich geschützten Rechte (ausnahmsweise) zu keinen Vermögenseinbußen geführt haben sollte.

⁶¹⁷ Zu § 97 UrhG: Fromm/Nordemann/Nordemann § 102a Rn. 10; zum Markenrecht: BeckOK MarkenG/Weiler § 2 Rn. 119; Zum Designrecht zwar nicht ausdrücklich so in BeckOK DesignG/Stöckel § 50, oder Eichmann/Jestaedt/Fink/Meiser/Eichmann/Jestaedt § 50, allerdings wohl in Übereinstimmung zum Urheberrecht.

allgemeinen Vorschriften und Anspruchsvoraussetzungen des UrhG hinausgehen, wie es etwa nach §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m einem Schutzgesetz oder § 826 BGB der Fall sein kann.⁶¹⁸ In diesen Fällen bleibt das allgemeine Deliktsrecht anwendbar, weil beispielsweise eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB als Ausdruck eines allgemeinen, für die gesamte Rechtsordnung geltenden Gedankens angesehen wird und daher stets anwendbar ist. Die Voraussetzungen der Anspruchsgrundlagen können jedoch nur bei schwerwiegenden Angriffen gegeben sein vor,⁶¹⁹ sodass diese Ansprüche eine besondere Sachverhaltskonstellation, insbesondere mit subjektiver Komponente des Zweitkunden erfordern.

Man könnte sich einen Fall vorstellen, bei dem der Zweitkunde als Dritter zu Wettbewerbszwecken bewusst darauf hinwirkt, dass die Werbeagentur ihrem Erstkunden gegenüber vertragsbrüchig wird. Da ein derartiges Verhalten auch ohne das Hinzutreten weiterer Umstände regelmäßig den „Anschauungen eines anständigen Durchschnittsgewerbetreibenden“ widerspricht, verletzt es die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs nach § 1 UWG⁶²⁰ und begründet insoweit einen Anspruch nach § 826 BGB.⁶²¹ Nicht eröffnet ist der Tatbestand dagegen, wenn der Zweitkunde den Vertragsbruch der Agentur lediglich als „willkommene Gelegenheit“ zum eigenen Vorteil ausnutzt.⁶²²

2. Abwehrrechte nach dem UWG

Im Nachfolgenden soll dargestellt werden, welche Ansprüche der Erstkunde gegen den Zweitkunden in denjenigen Fällen hätte, in denen er eine nicht sonderrechtlich geschützte Werbung in irgendeiner Art und Weise aufgreift und für eigene Werbezwecke nutzt.

Auch nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb bestehen Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung nach § 8 Abs. 1 S. 1 UWG und Schadensersatz nach §

⁶¹⁸ BeckOK UrhR/*Reber* § 102a Rn. 6; Dreier/Schulze/*Dreier* § 102a Rn. 11.

⁶¹⁹ Zum Markenrecht: BeckOK MarkenG/*Weiler* § 2 Rn. 122.

⁶²⁰ BGH GRUR 1975, 555, 556 - Speiseeis; BGH GRUR 1971, 121, 122 f. - Gummischutzmittelautomat; BGH GRUR 1969, 474, 475 - Bierbezug I; vgl. auch BeckOK BGB/*Förster* § 826 Rn. 67.

⁶²¹ Gloy/Loschelder/*Danckwerts/Holtorf* § 21 Rn. 19.

⁶²² BeckOK BGB/*Förster* § 826 Rn. 66.

9 S. 1 UWG, wenn der Zweitkunde durch die Verwendung seiner an den Erstkunden angelehnte Werbung eine unzulässige geschäftliche Handlung, insbesondere eine unlautere Handlung nach § 3 Abs. 1 UWG, begehen würde.

In Betracht kommt zum einen die Verwirklichung des Unlauterkeitstatbestandes nach § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG bzw. § 5 Abs. 2 UWG.⁶²³ Nach § 5 Abs. 2 UWG ist die vergleichende Werbung unlauter, wenn sie zu einer Gefahr von Verwechslungen zwischen dem Werbenden und einem Mitbewerber, zwischen den von diesen angebotenen Waren oder Dienstleistungen, oder den von ihnen verwendeten Kennzeichen führt.

Angelehnt an den vom BGH entschiedenen Teddy-Bär Fall⁶²⁴, kann man sich hierzu als Beispiel vorstellen, dass die Werbeagentur für den Erstkunden eine Verpackung seiner Drucker und der passenden Druckerpatronen entworfen hat. Auf den Patronen sind neben der Bezeichnung der Drucker, in die die Patronen eingesetzt werden können, auch spezielle Bildmotive wie Teddybären, Badeentchen oder Sonnenschirme angebracht, um dem Endnutzer die Zuordnung der jeweiligen Patrone zu seinem Drucker zu ermöglichen. Die Werbeagentur entwirft dann auch für einen nachfolgenden Kunden und Mitbewerber des Erstkunden eine entsprechende Verpackung seiner Patronen, die für die Drucker anderer Hersteller geeignet sind, welche ebenfalls mit veränderten, aber in Bezug auf die vom Erstkunden gewählte Kennzeichen entsprechenden Bildmotiven versehen sind. Hier stellt sich - unterstellt, die Werbeleistung würde keine sonderrechtlich geschützten Rechte verletzen - die Frage, welche Ansprüche, der Erstkunde gegen seinen Konkurrenten und zugleich Zweitkunden seiner ehemaligen Vertragspartnerin hat.

⁶²³ Das Verhältnis zwischen § 5 Abs. 2 und § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG überschießend ausgestaltet ist, soweit § 5 Abs. 2 UWG nicht nur eine Verwechslungsgefahr bei den Verbrauchern, sondern auch bei anderen Marktteilnehmern regelt. Auch die Umsetzung des Art. 4 lit. h RL 2006/114/EG in § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG ist insoweit überschießend, als dort auch eine Verwechslungsgefahr gegenüber Verbrauchern und nicht nur gegenüber anderen Marktbeteiligten erfasst wird; vgl. Fezer/Büscher/Obergfell/Koos § 6 Rn. 49.

Die vorzugswürdige Auffassung legt die §§ 5 Abs. 2 und 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG richtlinienkonform einschränkend aus; so BeckOK UWG/Weiler § 6 Rn. 31; Fezer/Büscher/Obergfell/Koos § 6 Rn. 49; Ohly/Sosnitzer/Ohly § 6 Rn. 57; Köhler GRUR 2013, 761, 766.

Mithin soll § 5 Abs. 2 UWG nur auf die Herbeiführung einer Verwechslungsgefahr gegenüber Verbrauchern, § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG nur im Verhältnis zu Gewerbetreibenden eingreifen.

⁶²⁴ BGH GRUR 2011, 1158 - Teddybär.

Im Vordergrund der gerichtlichen Überprüfung standen vor allem die Ansprüche aus dem UWG, auch wenn der BGH in dem zitierten Teddybär Urteil⁶²⁵ sämtliche Ansprüche für die dem Urteil zugrundeliegende Fallkonstellation abgelehnt hatte.

So wurden die oben genannten Ansprüche aufgrund einer Verwechslungsgefahr im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG oder auch des § 5 Abs. 2 UWG versagt, da der Verbraucher auf Grund der Verwendung der Bildmotive nicht zu der Annahme gelangen könne, dass dem Konkurrenten eine Lizenz erteilt worden wäre.

Weitergehend wurden auch Ansprüche nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 UWG geprüft. Nach dieser Vorschrift ist die vergleichende Werbung unlauter, wenn sie den Ruf des von einem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens in unlauterer Weise ausnutzt oder beeinträchtigt. Der Begriff des „Kennzeichens“ ist in diesen Vorschriften jeweils weitergehend als derjenige im MarkenG und umfasst nicht nur markenrechtlich geschützte Kennzeichen, sondern beispielsweise auch Artikelnummern oder typische Farben eines Herstellers. Voraussetzung ist dabei nur, dass der Verkehr sie dahin versteht, dass die damit gekennzeichneten Produkte von einem bestimmten Unternehmen stammen.⁶²⁶

Allerdings lehnte der BGH in seinem Teddybär Urteil auch diese Ansprüche ab, da die nachfolgende Verpackungsgestaltung des Konkurrenten den Ruf des von dem Mitbewerber verwendeten Kennzeichens nicht in unlauterer Weise ausnutzen oder beeinträchtigen würde. Eine Beeinträchtigung im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 4 Alt. 2 UWG würde ein „Herabsetzen“ oder „Verunglimpfen“ voraussetzen,⁶²⁷ dass in der geschilderten Fallkonstellation zu verneinen sei. § 6 Abs. 2 Nr. 4 Alt. 1 UWG sei ebenfalls nicht einschlägig, da die Bezugnahme auf ein fremdes Kennzeichen für eine wirksame vergleichende Werbung unerlässlich sei,⁶²⁸ und eine solche Bezugnahme das fremde Kennzeichenrecht dann nicht verletzen würde, wenn sie unter Beachtung der in der Richtlinie aufgestellten Bedingungen erfolgen und mit dem fremden Kennzeichen nur einer Abgrenzung der zu vergleichenden Produkte dienen und damit

⁶²⁵ BGH GRUR 2011, 1158 - Teddybär.

⁶²⁶ EuGH GRUR 2002, 354 Rn. 49 ff. - Toshiba Europe; BGH GRUR 2011, 1158 - Teddybär; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler § 6 Rn. 146.

⁶²⁷ Als Voraussetzung der unionsrechtlichen Grundlage des Art. 4 lit. d der Richtlinie 2006/114/EG.

⁶²⁸ Als Voraussetzung der unionsrechtlichen Grundlage der Erwägungsgründen 14 und 15 der Richtlinie 2006/114/EG.

die zwischen ihnen bestehenden Unterschiede objektiv herausstellen würde. Daher sei der Vorwurf einer unlauteren Rufausnutzung nur dann begründet, wenn über die Nennung des Kennzeichens hinaus zusätzliche Umstände hinzukommen würden. Nach der umfassenden Beurteilung aller relevanten Umstände des Einzelfalls könne dem Konkurrenten daher nicht verboten werden, die gewählten Kennzeichen auf den Tintenpatronen mit denen seines Mitbewerbers zu vergleichen.⁶²⁹

Die ebenfalls denkbare Anspruchsgrundlage nach § 4 Nr. 3 lit. a. und b. UWG, wonach derjenige unlauter handelt, der Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, wenn dadurch eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeigeführt wird, oder die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausgenutzt oder beeinträchtigt wird, musste ebenfalls versagt werden.

Da die Werbung im Teddybär Urteil des BGH nicht nach § 6 UWG als unlauter einzuordnen war und diese Vorschrift vorrangig anzuwendendes Unionsrecht in das deutsche Recht umsetzen würde, musste auch ein unzulässiges Verhalten § 4 Nr. 3 lit. a. und b. UWG⁶³⁰ abgelehnt werden.⁶³¹

Auf der anderen Seite sind durchaus Fälle denkbar, in denen die nachahmende Werbung des Zweitkunden die oben dargestellten Kriterien erfüllt und Ansprüche des Erstkunden gegen den Zweitkunden nach dem UWG angenommen werden können.

Angelehnt an den vor dem LG Hamburg im Urteil vom 01.08.2018 entschiedenen Fall⁶³² kann man sich hierzu vorstellen, dass ein Getränkehersteller, gestützt auf den bekannten Werbeslogan von Red-Bull sein Getränk mit dem Slogan „verleiht keine flügel, wozu auch?“, bewirbt. Im zitierten Fall wurden zwar Ansprüche nach dem UWG nicht geprüft, da Red-Bull seinen Slogan „verleiht Flügel“ als Marke eingetragen hatte und insoweit der Anspruch nach § 14 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 1 MarkenG bei Ausnutzung der

⁶²⁹ BGH GRUR 2011, 1158, 1159 f. - Teddybär.

⁶³⁰ Bis 09.12.2015: § 4 Nr. 9 lit. a und b.

⁶³¹ BGH GRUR 2011, 1158, 1160 - Teddybär.

⁶³² LG Hamburg GRUR-RS 2018, 21934.

Unterscheidungskraft angenommen wurde. Die Markeneintragung hinweggedacht⁶³³ kann in diesem Fall über eine Ausnutzung und sogar Beeinträchtigung des Rufs des vom Mitbewerber verwendeten Kennzeichens im Sinne des § 6 Abs. 2 Nr. 4 Alt. 1 und 2 UWG nachgedacht werden.⁶³⁴

Für die Nachahmung von Werbeslogans können, soweit nicht § 6 UWG einschlägig ist, insbesondere Ansprüche aus §§ 3, 4 Nr. 3 UWG im Raum stehen. So etwa, wenn ein kleines Möbelhaus in Anlehnung an den IKEA-Slogan „Wohnst du noch oder lebst du schon?“ mit „Schraubst du noch oder wohnst du schon“ wirbt.⁶³⁵

Voraussetzung ist hierfür, dass der Slogan wettbewerbliche Eigenart aufweist, die nach der „Wärme-fürs-Leben“-Grundsatzentscheidung des BGH⁶³⁶ auch einfachen banalen Texten von Hause aus nicht abgesprochen werden kann. Sie liegt vielmehr vor, wenn der Verkehr den Werbeslogan als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen auffasst.⁶³⁷ Diese Bekanntheit setzt zumindest eine gewisse Zeit voraus, in der der Erstkunde den Slogan am Markt verwendet hat. Darüber hinaus muss der Slogan des Zweitkunden eine Herkunftstäuschung darstellen. Die angesprochenen Verkehrskreise müssen danach den Eindruck gewinnen können, die Nachahmung des Zweitkunden stamme vom Hersteller des Originals, mithin dem Erstkunden.⁶³⁸ Liegen diese Voraussetzungen vor, wird zumeist auch eine Vermeidbarkeit bejaht werden können.

⁶³³ Nach der richtlinienkonformen Auslegung des Kennzeichenbegriffs in § 6 Abs. 2 Nr. 3 UWG unterfallen darunter über den engeren markenrechtlichen Inhalt hinaus auch sämtliche Merkmale, die geeignet sind, Anbieter oder ihre Produkte zu unterscheiden. Voraussetzung ist eine gewisse Eigenartigkeit des Merkmal, ohne als Voraussetzung die Verkehrsgeltung i.S.d. § 4 Nr. 2 MarkenG zu beeinhaltet. Es genügt, wenn die angesprochenen Verkehrskreise mit dem Merkmal ein bestimmtes Unternehmen in Verbindung bringen. Die ist beispielsweise der Fall bei nicht eingetragenen Marken ohne Verkehrsgeltung. Vgl. hierzu Fezer/Büscher/Obergfell/Koos § 6 Rn. 207.

⁶³⁴ Das LG Hamburg GRUR-RS 2018, 21934 Rn. 27 ließ sich für die mit § 6 Abs. 2 Nr. 4 Alt. 1 und 2 UWG in der Auslegung übereinstimmenden § 14 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 2 und 3 MarkenG dahinstehen. Vgl. zum Begriff der „unlauteren Ausnutzung“ der Wertschätzung im Markenrecht und des Rufs im Recht der vergleichenden Werbung: Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler § 6 Rn. 150.

⁶³⁵ Beispiel aus *Kaulmann* GRUR 2008, 854.

⁶³⁶ BGH GRUR 1997, 30, 310 - Wärme fürs Leben.

⁶³⁷ *Kaulmann* GRUR 2008, 854, 860.

⁶³⁸ BGH, GRUR 1961, 244, 245 - "natürlich in Revue".

Schließlich kommt auch ein wettbewerbsrechtlicher Anspruch aus § 1 UWG in Betracht, mit dem Argument, der Zweitkunde nutze den Vertragsbruch der Agentur aus.⁶³⁹ Zwar gelten insoweit die einschränkenden Grundsätze, dass ein Kaufmann, der den Vertragsbruch seines Vertragspartners eines Wettbewerbers nur ausnutzt, ohne den Gebundenen zu dem Vertragsbruch zu verleiten, nicht wettbewerbswidrig handelt, solange nicht besondere die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten.⁶⁴⁰ Etwas anderes soll aber gelten, wenn die Verletzung einer branchenüblichen Ausschließlichkeitsbindung oder eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbotes ausgenutzt wird, die erforderlich sind, um eine wirtschaftlich sinnvolle Auswertung der von dem Gebundenen vertraglich zugestandenen Rechte oder Befugnisse zu sichern⁶⁴¹ So muss letztlich eine über das schlichte Ausnutzen hinausgehende Art und Weise der Beteiligung am Zustandekommen der Vertragsverletzung vorliegen, die beispielsweise darin liegen kann, wenn der Dritte, der eine Ausschließlichkeitsbindung in dem Vertrag eines Mitbewerbers missachtet, mit seinen Kunden seinerseits Verträge mit Ausschließlichkeitsbindungen schließt.⁶⁴²

Von einer Ausschließlichkeitsbindung, deren Ausnutzen unlauter wäre, kann auch bei der Enthaltungspflicht ausgegangen werden. Auch diese soll die Werbeagentur zumindest zeitweise daran hindern, die „ausschließliche“ Werbewirkung des Erstkunden zu konterkarieren. Die weitere Tatbestandsvoraussetzung, nämlich die „Üblichkeit“ der in Streit stehenden Enthaltungspflicht,⁶⁴³ wird man jedenfalls bei der vertragsimmanenten Enthaltungspflicht bejahen können, sodass weitergehend ein (zumindest bedingtes) Handeln des Zweitkunden notwendig wäre. Erforderlich ist

⁶³⁹ Harte-Bavendamm /Henning-Bodewig/v. Jagow § 3a Rn. 142.

⁶⁴⁰ Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass die schuldrechtliche Bindung zwischen dem Wettbewerber und seinem Vertragspartner Dritten gegenüber keine rechtlichen Wirkungen zu entfalten vermag und dass es gewissermaßen zu einer Verdinglichung der schuldrechtlichen Verpflichtungen führen würde, wenn schon das Ausnutzen eines fremden Vertragsbruchs als solches als wettbewerbswidrig angesehen würde; vgl. BGHZ 143, 232, 240 - Außenseiteranspruch II; MüKo UWG/*Fritzsche* § 8 Rn. 233 und MüKo UWG/*Jänich* § 4 Rn. 93.

⁶⁴¹ vgl. dazu BGH GRUR 2002, 795, 798 - Titelexklusivität; BGH GRUR 1957, 219, 221 - Bierbezugsvertrag; BGH GRUR 1967, 138, 141 - Streckenwerbung; BGH GRUR 1973, 426, 428 - Medizin-Duden.

⁶⁴² Harte-Bavendamm /Henning-Bodewig/v. Jagow § 3a Rn. 142 mit Verweis auf BGH GRUR 1967, 138, 141 - Streckenwerbung.

⁶⁴³ BGH GRUR 2002, 795, 798 - Titelexklusivität.

daher für das Bejahen eines Ausnutzens des fremden Vertragsbruchs, dass sich der Zweitkunde des von der Agentur begangenen Vertragsbruchs bewusst ist oder doch damit rechnet und in Kauf nimmt, dass er fremden Vertragsbruch geschäftlich ausnutzt.⁶⁴⁴ Der positiven Kenntnis steht es dabei gleich, wenn sich der Handelnde der Kenntnis der vertraglichen Bindung bewusst verschließt oder entzieht.⁶⁴⁵

II. Ansprüche gegen die Werbeagentur

Im Nachfolgenden sollen die Ansprüche dargestellt werden, die der Erstkunden gegen die Werbeagentur geltend machen kann, wenn diese gegen die Enthaltungspflicht verstößt. Dies sind zum einen Ansprüche, die ihm unabhängig von einer vertraglichen Beziehung mit der Werbeagentur zustehen, sondern alleine deshalb, weil sie eine Werbeleistung an den Zweitkunden erbracht hat, durch die Rechte an seiner Werbung verletzt wurden.

Für diese Anspruchsgrundlage ist seine Stellung als Erstkunde für das Bestehen der Abwehrmöglichkeiten irrelevant. Dieselben Ansprüche hätte er gegen jede andere Werbeagentur, da sich diese nicht aus der Verletzung der Enthaltungspflicht ergeben, sondern aus der Beurteilung der Zweitwerbung als rechtswidrig. Hierbei kommen einerseits insbesondere urheber-, kennzeichen- und markenrechtliche Ansprüche in Betracht (1.). Andererseits sind aber auch Fälle denkbar, in denen keine sonderrechtlich geschützte Leistung vorliegt, sodass sich die weiteren Erörterungen mit den in diesen Fällen bestehenden Ansprüchen befassen (2.).

Daran anschließend werden Ansprüche des Erstkunden bei Verletzung der Enthaltungspflichten im engeren Sinne untersucht. Dies sind die Ansprüche, die ihm aufgrund seiner vertraglichen Beziehung mit der Werbeagentur zustehen, er mithin deshalb hat, weil die Agentur ihre konkludent vereinbarte Enthaltungspflicht bzw. die aus Treu und Glauben erwachsende Enthaltungspflicht durch den Vertrag mit dem Zweitkunden verletzt hat (3.).

⁶⁴⁴ BGH, GRUR 1976, 372, 374 - Möbelentwürfe.

⁶⁴⁵ BGH, GRUR 1957, 219, 221 - Bierbezugsvertrag.

1. Ansprüche bei urheber-, kennzeichen- oder designrechtlich geschützter Leistung

Ansprüche, die dem Erstkunden gegen die Agentur losgelöst von seiner vertraglichen Beziehung zustehen, können sich, - wie bei den oben dargestellten Ansprüchen gegen den Zweitkunden selbst, - vor allem aus dem Sonderrecht ergeben.

a. Urheberrechtliche Ansprüche

Bei urheberrechtlich geschützten Leistungen kommt der Beseitigungsanspruch bzw. bei Vorliegen einer Wiederholungsgefahr der Unterlassungsanspruch aus § 97 Abs. 1 S. 1 UrhG, daneben aber im Verschuldensfall auch ein Schadensersatzanspruch gem. § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG in Betracht. Als Voraussetzung dieser Anspruchsgrundlage gilt, dass in der für den Zweitkunden erstellte Werbeleistung eine widerrechtliche Verletzung der urheberrechtlichen Rechte liegen muss.⁶⁴⁶

Als Verletzung des Urheberrechts kommt zum einen ein Verstoß gegen das Vervielfältigungsrecht aus § 16 Abs. 1 UrhG in Betracht, zum anderen auch ein Verstoß gegen das Recht zur Bearbeitung nach § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG.

Wird die an den Erstkunden erbrachte Werbeleistung nahezu identisch an den Zweitkunden weitergegeben, kann eine widerrechtliche Verletzung nach § 16 Abs. 1 UrhG vorliegen. Nach § 16 Abs. 1 UrhG ist das Vervielfältigungsrecht geschützt, mithin das Recht, Vervielfältigungsstücke des Werkes herzustellen, gleichviel ob vorübergehend oder dauerhaft, in welchem Verfahren und in welcher Zahl. Der Verstoß wird in diesen Fällen direkt von der Werbeagentur begangen, sodass der Erstkunde gegen sie mit Ansprüchen aus §§ 97 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 i.V.m. 16 Abs. 1 UrhG vorgehen kann.

Wird die ursprüngliche Werbeleistung des Erstkunden durch die Werbeagentur - so wie in den meisten Fällen - zumindest bearbeitet, oder umgestaltet, so ist aber für § 16 Abs. 1 UrhG kein Raum,⁶⁴⁷ wenn ein Vergleich des Gesamteindrucks des

⁶⁴⁶ Vgl. Auch Ausführungen unter: D. I.1..

⁶⁴⁷ Das Verhältnis von § 16 UrhG zu § 23 UrhG ist im Detail umstritten. Nach einer Ansicht soll keine Vervielfältigung vorliegen, wenn eine solche mit einer Bearbeitung oder Umgestaltung zusammenfallen würde bzw. § 23 UrhG soll *lex specialis* zu § 16 UrhG sein, vgl. BeckOK UrhG/Kroitzsch/Götting § 16 Rn. 10; Wandtke/Bullinger/Heerma § 16 Rn. 10. Nach anderer Ansicht liegt bei einer nur geringfügigen

Ursprungswerkes mit der neuen Gestaltung ergibt, dass die schöpferischen Züge des Ursprungswerkes nicht im Wesentlichen unverändert übernommen worden sind.⁶⁴⁸

Hier greift § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG ein. Anders als bei § 16 Abs. 1 UrhG ist die reine Bearbeitung im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG grundsätzlich⁶⁴⁹ gestattet und stellt an sich noch keinen urheberrechtlichen Verstoß dar.⁶⁵⁰ Erst mit der Veröffentlichung, mithin dem Zeitpunkt, in dem die private Sphäre des Bearbeiters verlassen wird und der Bereich der Öffentlichkeit betreten wird,⁶⁵¹ wird der eigentliche Verstoß nach § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG begangen. Geschützt ist die Werbung des Erstkunden nach § 23 Abs. 1 S. 1 UrhG, wie das nachfolgende Werk des Zweitkunden noch keine sog. freie Benutzung nach § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG darstellt und die Züge des Werkes des Erstkunden nicht hinter demjenigen des zweiten Werkes verblasst sind.⁶⁵²

Die Werbeagentur begeht den Verstoß damit noch nicht bei der Umgestaltung der Werbeleistung des Erstkunden, sondern erst mit deren Verwendung gegenüber dem Zweitkunden.

Veröffentlicht die Werbeagentur die Werbung nicht selbst, sondern unterbreitet sie dem Zweitkunden im Rahmen des Werbeagenturvertrags nur ein Konzept, das dieser dann selbst durchführt,⁶⁵³ kann ihre Haftung als Täter bzw. Mittäter damit begründet werden, dass die Werbeagentur, die im Auftrag eines Kunden eine Anzeige gestaltet hat, genügend Entscheidungsspielräume hat, um selbst als Täter zu haften. Die

Abweichung vom Original auch eine Vervielfältigung vor, die untersagt werden kann, vgl. Dreier/Schulze/Schulze § 23 Rn. 16. Die Rechtsprechung des BGH schließt sich letztgenannter Meinung an und geht davon aus, dass ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht des Urhebers nicht nur durch eine identische Vervielfältigung möglich ist, BGH ZUM 1988, 245; BGH GRUR 2014, 65 - Beuys-Aktion. Vgl. zum Meinungsstand auch Ott ZUM 2009, 345, 346.

⁶⁴⁸ BGH GRUR 2014, 65, Rn. 36 - Beuys-Aktion.

⁶⁴⁹ Ausgenommen der in § 23 Abs. 2 UrhG geregelten Ausnahmen.

⁶⁵⁰ Dreier/Schulze/Specht § 97 Rn. 16.

⁶⁵¹ Dreier/Schulze/Specht § 97 Rn. 17.

⁶⁵² Dreier/Schulze/Specht § 97 Rn. 11.

⁶⁵³ Wie etwa in dem der Entscheidung des OLG Düsseldorf, CR 2004, 466 zugrundeliegendem Sachverhalt, in dem die Parteien (ein Unternehmen und eine Werbeagentur) nach der Übergabe der Handmuster zu der Entwicklung dreier Werbe-Mailings übereinkamen, dass weitere Leistungen der Werbeagentur nicht mehr abgerufen werden sollten. Das Gericht hatte in seiner Entscheidung die Haftung der Werbeagentur für die Wettbewerbswidrigkeit der Leistung aufgrund einer positiven Vertragsverletzung des Werbeagenturvertrags bejaht.

Agentur kann in diesen Fällen den Auftrag des Kunden ausgestalten und sozusagen in die konkrete Werbung formen. Auch wenn die letzte Entscheidung über die Veröffentlichung und dessen Ausführung allein bei ihrem Kunden liegt, hat sie damit genügend Ausführungsspielraum um als Täter zu gelten.⁶⁵⁴

Will man dieser Argumentation nicht folgen und danach differenzieren, ob die Werbeagentur die Werbung tatsächlich veröffentlicht oder ob dies von ihrem Kunden ausgeführt wird, entsteht auch in der zweitgenannten Fallkonstellation keine Haftungslücke, da die Agentur auch in diesen Fällen als Teilnehmerin in Anspruch genommen werden kann:

Eine Haftung der Werbeagentur als Teilnehmer besteht nämlich dann, wenn angenommen werden kann, dass die Werbeagentur vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidrigen Tat bestimmt oder ihm zumindest dazu Hilfe geleistet hat.⁶⁵⁵ Ein Anspruch ist also nur dann zu verneinen, wenn die Werbeagentur keinen bedingten Vorsatz in Bezug auf die Haupttat derart hat, dass ihr Bewusstsein der Rechtswidrigkeit eingeschlossen wäre.⁶⁵⁶ Zumindest bedingter Vorsatz und das Bewusstsein, rechtswidrig zu handeln, wird aber in den meisten Fällen vorliegen, da die Werbeagentur selbst primäre Urheberin der jeweiligen Werkleistung im Vertrag mit dem Erstkunden war und in Bezug auf den Immaterialgüterschutz gesteigerte Rechtskenntnisse besitzt und somit einen tatsächlichen, als auch rechtlichen Wissensvorsprung besitzt.

Ein Rückgriff auf die Grundsätze der Störerhaftung mit der Begründung, dass die Werbeagentur adäquat kausal an der Herbeiführung oder Aufrechterhaltung einer Urheberrechtsverletzung mitgewirkt hätte,⁶⁵⁷ ist daher grundsätzlich nicht nötig, um

⁶⁵⁴So Löffler/Löffler, BT, Recht der Anzeige Rn. 277, zur täterschaftlichen Haftung der Werbeagentur bei wettbewerbswidriger Werbung. Diese Argumentation lässt sich aber auch auf die urheberrechtliche Haftung übertragen, da sich die Abgrenzung zwischen einer Täterschaftlichen bzw. mittäterschaftlichen Haftung in beiden Fällen nach strafrechtlichen Grundsätzen richtet.

⁶⁵⁵Wandtke/Bullinger/v. Wolff § 97 Rn. 14; BGH GRUR 2001, 1038, 1039 - www.ambiente.de; BGH GRUR 2011, 152 Rn. 45 - Kinderhochstühle im Internet; BGH GRUR 2013, 1229, 1231 - Kinderhochstühle im Internet II.

⁶⁵⁶BGH GRUR 2011, 1018 Rn. 24 - Automobil-Onlinebörse.

⁶⁵⁷Wandtke/Bullinger/v. Wolff § 97 Rn. 15.

zumindest einen Anspruch auf Unterlassung und gegebenenfalls Beseitigung auch gegen die Werbeagentur geltend machen zu können.

b. Kennzeichen- und designrechtliche Ansprüche

Wenn die Werbeleistung neben oder statt einem Urheberschutz einen kennzeichenrechtlichen oder designrechtlichen Schutz genießt, hat der Erstkunde gegen die Werbeagentur außerdem Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aus den §§ 14 Abs. 5, 6 und 15 Abs. 4, 5 MarkenG. Wie auch bei den urheberrechtlichen Ansprüchen ist auch hier eine Haftung als Täter oder Teilnehmer möglich.⁶⁵⁸ Ebenso können daneben designrechtliche Ansprüche aus § 42 Abs. 1 DesignG und § 42 Abs. 2 S. 1 DesignG auf Beseitigung der Beeinträchtigung bzw. bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung treten.

c. Verhältnis zu zivilrechtlichen Ansprüchen

Daneben kommen auch gegen die Werbeagentur zivilrechtliche Ansprüche⁶⁵⁹ des Erstkunden nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB⁶⁶⁰ und wissentlicher angemaßter Eigengeschäftsführung nach §§ 687 Abs. 2, 681 S. 2, 667, 668 BGB⁶⁶¹ in Betracht. Die Agentur wird in der Regel bösgläubig sein, da sie die Werbeleistung für den Erstkunden selbst erbracht hat und damit seine Rechtsposition selbst herbeigeführt hat. Fraglich kann hier allein der abzuschöpfende Vermögenszuwachs⁶⁶² auf Seiten der Agentur sein. Deliktsrechtliche Ansprüche können insbesondere in Form von §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m einem Schutzgesetz oder der vorsätzlichen sittenwidrige Schädigung nach § 826 BGB⁶⁶³ eine Rolle spielen.

⁶⁵⁸ Fezer/MarkenR § 14 Rn. 986.

⁶⁵⁹ Vgl. Ausführungen unter: D. I. 1. c..

⁶⁶⁰ Zum Urheberrecht: Wandtke/Bullinger/Ohst § 102a Rn. 1; BeckOK UrhR/Reber § 97 Rn. 142; Zum Markenrecht: Fezer/MarkenR § 14 Rn. 1053.

⁶⁶¹ BeckOK UrhR/Reber § 102a Rn. 4.

⁶⁶² Dreier/Schulze/Dreier § 102a Rn. 9.

⁶⁶³ BeckOK UrhR/Reber § 102a Rn. 6; Dreier/Schulze/Dreier § 102a Rn. 11.

2. Abwehrrechte außerhalb von den Sonderrechten

Da die oben dargestellten Ansprüche allesamt eine Verletzung von Urheber-, Kennzeichen- oder Designrechten voraussetzen, sind sie auch dann nicht einschlägig, wenn die Agentur keine schutzfähige Werbeleistung an den Erstkunden erbracht hat, oder ihm kein ausschließliches Nutzungsrecht an der urheberrechtlich geschützten Leistung zugewandt worden ist.

In diesen Fallkonstellationen kommen Ansprüche auf Beseitigung und Unterlassung nach § 8 Abs. 1 S. 1 UWG und Schadensersatz nach § 9 S. 1 UWG in Betracht, da die Werbeagentur grundsätzlich passivlegitimiert wäre. Schuldner der Ansprüche ist jeder, der eine nach § 3 oder § 7 unzulässige Handlung vornimmt.⁶⁶⁴ Werbeagenturen nehmen die geschäftliche Handlung zugunsten ihrer Kunden und Auftraggeber wahr, sodass sie für die von ihnen verursachten Verstöße bei Gestaltung und Durchführung der Werbung, unabhängig von der Haftung des Auftraggebers haften.⁶⁶⁵

Auch wenn die Werbeagentur die Werbung nicht selbst veröffentlicht, kann sie als Täter in Anspruch genommen werden, da sie genügend Entscheidungsspielräume hat, um selbst als „Täter“ zu haften, auch wenn die letzte Entscheidung über die Veröffentlichung und dessen Ausführung allein bei ihrem Kunden liegt.⁶⁶⁶ Außerdem käme auch hier eine Haftung als Teilnehmer in Betracht, wenn sie vorsätzlich einen anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidrigen Tat bestimmt hat, oder ihm zumindest dazu Hilfe geleistet hat.⁶⁶⁷

Unter den oben beschriebenen Voraussetzungen hat der Erstkunde damit auch nach dem UWG Ansprüche gegen die Werbeagentur.

⁶⁶⁴ MüKo UWG/*Fritzsche* § 8 Rn. 233 und MüKo UWG/*Fritzsche* § 9 Rn. 51.

⁶⁶⁵ MüKo UWG/*Fritzsche* § 8 Rn. 242 mit Verweis auf BGH GRUR 1973, 208, 209 - Neues aus der Medizin.

⁶⁶⁶ So Löffler/*Löffler* BT, Recht der Anzeige Rn. 277, zur täterschaftlichen Haftung der Werbeagentur bei wettbewerbswidriger Werbung.

⁶⁶⁷ BeckOK UWG/*Haertel* § 8 Rn. 125 f.; BGH GRUR 2011, 152 Rn. 45 - Kinderhochstühle im Internet; BGH GRUR 2013, 1229, 1231 - Kinderhochstühle im Internet II.

3. Abwehrrechte aufgrund der vertraglichen Beziehung mit der Werbeagentur

In der dieser Dissertation zugrunde liegenden Fallkonstellation besteht die Besonderheit, dass zwischen der Werbeagentur und dem Inhaber der Werberechte zugleich eine vertragliche Beziehung vorliegt, sodass vertragliche Verpflichtungen und Rechte zwischen den Parteien hinzutreten können, die aus der Verletzung der Enthaltungspflicht resultieren.

Erfährt der Kunde davon, dass die Agentur einen Vertrag mit einem Konkurrenten geschlossen hat und die geplante Werbeleistung seinen Vertragszweck gefährden könnte, kommt insbesondere ein vertraglicher Unterlassungsanspruch in Betracht.

Die Enthaltungspflicht der Werbeagentur, keine identische oder nur geringfügig geänderte Werbeleistung an einen Zweitkunden zu erbringen, wenn dadurch der Vertragszweck mit dem Erstkunden ernsthaft gefährdet wird, stellt sich als Unterlassungspflicht im Sinne einer Nebenleistungspflicht gem. § 241 Abs. 1 S. 2 BGB und im nachvertraglichen Bereich als Vertragsfortwirkung dar.⁶⁶⁸

Für die Frage, ob mit der jeweiligen Nebenpflicht auch ein Erfüllungsanspruch des Erstkunden korrespondiert⁶⁶⁹, mithin ein verschuldensunabhängiger Primäranspruch auf Unterlassung besteht,⁶⁷⁰ ist zwischen selbstständigen und unselbstständigen Unterlassungspflichten zu unterscheiden: Selbstständige Unterlassungspflichten sind einerseits rechtsgeschäftlich übernommene selbstständige, den Hauptinhalt des Vertrages bildende Unterlassungspflichten, andererseits aber auch selbstständige Nebenleistungspflichten.⁶⁷¹ Unselbstständigen Unterlassungspflichten resultieren aus der vertraglichen Verpflichtung zur positiven Leistung, welche zugleich die Pflicht enthält, alles zu unterlassen, was den Leistungserfolg gefährden könnte, und schützen damit das Leistungsinteresse. Darüber hinaus bestehen auch unselbstständige Unterlassungspflichten, die nicht das Leistungsinteresse des Gläubigers, sondern

⁶⁶⁸ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. 4. a..

⁶⁶⁹ MüKo BGB/*Bachmann* § 241 Rn. 66.

⁶⁷⁰ Auch das Recht zum Schadensersatz nach § 280 Abs. 1 BGB kann in einem Unterlassen bestehen kann. Im Gegensatz zum verschuldensunabhängigen Primäranspruch auf Unterlassung, ist hierzu aber ein Verschulden der Werbeagentur notwendig, vgl. BeckOK BGB/*Lorenz* § 280 Rn. 63.

⁶⁷¹ BeckOK BGB/*Sutschet* § 241 Rn. 43.

dessen Integritätsinteresse schützen.⁶⁷² Selbstständige Nebenpflichten korrespondieren im Grundsatz mit einem eigenständigen Erfüllungsanspruch,⁶⁷³ wohingegen dies unselbstständigen Nebenpflichten oftmals versagt wird⁶⁷⁴.

Die Pflicht der Werbeagentur, sich einem potenziellen Zweitvertrag zu enthalten, wenn die Werbeleistung unverändert weitergegeben werden soll, geht über eine allgemeine Verpflichtung, alles zu unterlassen, was den Leistungserfolg gefährden könnte, hinaus, da sie das Korrelat zur ausschließlichen Nutzungsrechtsübertragung⁶⁷⁵ darstellt. Wenn als selbstständige Nebenleistungspflichten insbesondere Wettbewerbsverbote angesehen werden,⁶⁷⁶ kann auch die konkludent vereinbarte Enthaltungspflicht der Werbeagentur als selbstständige Nebenleistungspflicht eingeordnet werden. Die Enthaltungspflicht verschafft dem Kunden daher einen mit der jeweiligen Nebenpflicht korrespondierenden Erfüllungsanspruch,⁶⁷⁷ den die Agentur in natura durchsetzen kann.

Die aus Treu und Glauben abgeleitete Enthaltungspflicht der Agentur stellt sich als Leistungstreuepflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB dar.⁶⁷⁸ Auch insoweit ist zwischen selbstständigen und unselbstständigen Nebenpflichten zu unterscheiden. Im Gleichlauf zur Pflicht der Agentur, keine identische bzw. nur geringfügig geänderte Werbeleistung an einen Zweitkunden zu erbringen, stellt auch die Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben eine selbstständige Nebenpflicht dar, die für den Kunden klagbar sein muss, da die Enthaltungspflicht neben der geschuldeten Hauptleistung einem eigenständigen Zweck dient. Für die Klagbarkeit der Ansprüche streitet im Übrigen auch die Medizin-Duden Entscheidung,⁶⁷⁹ bei der das Gericht dahinstehen ließ, ob das Zweitwerk als eine abhängige Bearbeitung im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 1

⁶⁷² BeckOK BGB/*Sutschet* § 241 Rn. 42.

⁶⁷³ BeckOK BGB/*Sutschet* § 241 Rn. 43; MüKo BGB/*Bachmann* § 241 Rn. 68.

⁶⁷⁴ So BeckOK BGB/*Sutschet* § 241 Rn. 36; differenzierender und dem unselbstständigen vorbeugenden Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruchs als klagbar beurteilend: MüKo BGB/*Bachmann* § 241 Rn. 70.

⁶⁷⁵ Vgl. Ausführungen unter: B. IV..

⁶⁷⁶ BeckOK BGB/*Sutschet* § 241 Rn. 35 mit Hinweis auf OLG Frankfurt ZUM 2006, 566 - Herausgeber bei Konkurrenz-Medium.

⁶⁷⁷ MüKo BGB/*Bachmann* § 241 Rn. 66.

⁶⁷⁸ Vgl. Ausführungen unter: B. IV. 4. a..

⁶⁷⁹ BGH GRUR 1973, 426 - Medizin-Duden.

UrhG oder als eine in freier Benutzung geschaffenes selbständiges Werk im Sinne des § 23 Abs. 1 S. 2 UrhG anzusehen sei. Von einem klagbaren Unterlassungsanspruch ist der BGH daher auch im zweitgenannten Fall, der Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben, ausgegangen.⁶⁸⁰ Ebenfalls spricht hierfür die Entscheidung des OLG Frankfurt am Main in seinem Beschluss zu „Alles ist möglich“,⁶⁸¹ in dem hinsichtlich der Klagbarkeit des Unterlassungsanspruchs ebenfalls nicht zwischen einem stillschweigend vereinbarten und einem vertragsimmanenten Wettbewerbsverbot unterschieden⁶⁸² und damit stillschweigend davon ausgegangen wird, dass eine Klagbarkeit in jeweils beiden Fällen bestehen muss.

Auch die Einordnung bei *Bachmann*⁶⁸³, nach dem Pflichten zur Unterlassung von Wettbewerb sowie die Pflicht des Vermieters, nicht gleichzeitig an einen Konkurrenten des Mieters zu vermieten, ebenfalls klagbar und eine sog. selbstständige Nebenpflicht sein sollen, streitet dafür, die Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben als einklagbare selbstständige Nebenpflicht einzuordnen. Wie die aus Treu und Glauben entspringende Enthaltungspflicht der Werbeagentur, ist auch die Pflicht des Vermieters, seinen Mieter vor Konkurrenz zu schützen, dem Gewerbemietvertrag immanent.⁶⁸⁴ Beiden Konstellationen ist gemein, dass diese Verpflichtung dazu dient, den Vertragszweck zu verwirklichen. Den Vertragspartnern, nämlich dem Erstkunden und dem Mieter muss ein durchsetzbares Recht, mithin ein klagbarer Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch zugestanden werden, da dem Vertragszweck mit einem reinen Restitutionsanspruch in Gestalt von Schadensersatz nicht genüge getan ist.

Für das Bestehen dieses selbstständig durchsetzbaren Unterlassungsanspruch ist es mithin irrelevant, ob die Agentur die Werbeleistung in unverändert bzw. als unfreie Benutzung an den Zweitkunden weitergeben möchte, oder die Werbeleistung abgeändert als freie Benutzung beabsichtigt ist.

⁶⁸⁰ BGH GRUR 1973, 426 - Medizin-Duden.

⁶⁸¹ OLG Frankfurt am Main GRUR-RR 2005, 361 - Alles ist möglich.

⁶⁸² OLG Frankfurt am Main GRUR-RR 2005, 361, 362 - Alles ist möglich.

⁶⁸³ Vgl. hierzu auch MüKo BGB/*Bachmann* § 241 Rn. 68.

⁶⁸⁴ vgl. BGH NJW 1979, 1404; BGH NJW-RR 1989, 1422; OLG Koblenz NZM 2018, 564; OLG Düsseldorf NZM 2001, 1033; OLG Rostock NZM 2006, 295; KG NZM 2009, 623; OLG Köln NJW-RR 1997, 751; BeckOK BGB/*Zehelein* § 535 Rn. 373; Palandt/*Weidenkaff* § 535 Rn. 27.

Voraussetzung für den Unterlassungsanspruch in beiden Fällen ist, dass sich die Gefährdung angesichts der von der Werbeagentur getroffenen Vorbereitungen so verdichtet bzw. konkretisiert hat, dass sich daraus ein formulierbarer und damit auch vollstreckbarer Unterlassungsanspruch ergeben kann.⁶⁸⁵ Damit besteht der Unterlassungsanspruch wenn der Leistungserfolg des Werbeagenturvertrags durch eine bereits erfolgte, andauernde oder auch eine bevorstehende Einwirkung der Agentur unmittelbar gefährdet ist.⁶⁸⁶

Weitere Tatbestandsvoraussetzungen sind an den vertraglichen Unterlassungsanspruch, anders als bei den auf gesetzlichen Grundlagen beruhenden Unterlassungsansprüchen wie etwa § 1004 BGB, nicht geknüpft.

Denkbar sind auch Fallkonstellationen, in denen dem Erstkunden mit einem Unterlassen der Werbeagentur allein nicht gedient ist, etwa weil bereits ein Teil der Werbeplakate des Zweitkunden verteilt ist. Dann kann neben dem Unterlassungsanspruch⁶⁸⁷ auch der Beseitigungsanspruch gegen die Werbeagentur geltend gemacht werden.⁶⁸⁸ Gewährt man dem Erstkunden einen primären Erfüllungsanspruch auf Unterlassung, muss ihm folgerichtig auch der Beseitigungsanspruch zugestanden werden, da er diesen ergänzt.⁶⁸⁹ Er unterscheidet sich vom Unterlassungsanspruch dadurch, dass er auf ein positives Tun gerichtet ist. Voraussetzung ist hier, dass die Beseitigungsmöglichkeit im Einflussbereich der Agentur und nicht der ihres Zweitkunden liegt.

⁶⁸⁵ *Fritzsche* S. 73 f..

⁶⁸⁶ MüKo BGB/*Bachmann* § 241 Rn. 70.

⁶⁸⁷ Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche betreffen verschiedene Streitgegenstände, was aus der Verschiedenheit der Klageanträge beim Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch folgt. Mithin können sie nebeneinander geltend gemacht werden, vgl. Fezer/Büscher/Obergfell/*Büscher* § 8 Rn. 9 zu den Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen aus § 8 UWG.

⁶⁸⁸ Den Beseitigungsanspruch in Zusammenhang mit dem primären Unterlassungsanspruch erwähnend MüKo BGB/*Bachmann* § 241 Rn. 70.

⁶⁸⁹ Vgl. hierzu auch AG Köln BeckRS 2012, 3404, nach der aus der vertraglichen Verpflichtung auf Unterlassen der Hundehaltung zugleich ein Anspruch auf Beseitigung des Hundes resultieren würde, sowie AG Frankenthal NJOZ 2018, 1937, 1937, nach der der Unterlassungsanspruch des Vermieters nach § 541 BGB auch die Beseitigung eines vom Mieter geschaffenen vertragswidrigen Zustandes umfasst. Explizit ergänzt wird der Beseitigungsanspruch beispielsweise in § 1004 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB, § 97 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 und 2 UrhG oder § 8 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 und 2 UWG.

Damit kann der Erstkunde, wenn er noch frühzeitig von dem Vertrag zwischen dem Zweitkunden und seiner Agentur erfährt, diese auf Unterlassung bzw. Beseitigung in Anspruch nehmen, wobei auch eine einstweilige Verfügung bzw. Anordnung beantragt werden sollte, um die materiellen Rechte während eines langwierigen Prozesses zu sichern.⁶⁹⁰

4. Sonstige Rechte aufgrund der vertraglichen Beziehung mit der Werbeagentur

Die Verletzung der Enthaltungspflicht kann ferner, je nach Sachlage, Grund zum Rücktritt nach § 324 BGB geben, wobei dies nur so lange gilt, wie der Agenturvertrag noch nicht beendet ist. Verletzt der Schuldner bei einem gegenseitigen Vertrag eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, so kann der Gläubiger nach § 324 BGB zurücktreten, wenn ihm ein Festhalten am Vertrag nicht mehr zuzumuten ist. Die Verletzung der Enthaltungspflicht stellt mit der hier vertretenen Auffassung eine Nebenpflichtverletzung aus § 241 Abs. 2 BGB dar, sodass die Vorschriften zur Kündigung aus §§ 634 Nr. 3 Alt. 1, 323 BGB nicht vorrangig anzuwenden sind.

Fallkonstellationen, in denen eine Verletzung der Enthaltungspflicht vor der Beendigung des Werkvertrags begangen wird, sind nur beschränkt vorstellbar, da der Werbeagenturvertrag in den meisten Fällen beendet sein dürfte, wenn die Pflichtverletzung durch den Zweitvertrag im Raum steht. Denkbar wäre beispielsweise eine Situation, in der die Agentur für den Erstkunden ein umfassendes Werbekonzept, bestehend aus Werbeplakaten und einem Werbespot entwirft. Sind die Werbeplakate bereits erstellt und die etwaigen ausschließlichen Nutzungsrechte an den bestehenden Urheberrechten an den Erstkunden übertragen und verstößt die Werbeagentur in dieser Phase gegen die bestehende Enthaltungspflicht durch einen Zweitvertrag mit einem Konkurrenten des Erstkunden, kann für den Erstkunden ein Interesse daran bestehen, den Vertrag vorzeitig beenden.

Das Rücktrittsrecht aus § 324 BGB käme in dem Beispielsfall, trotz des Ausnahmecharakters der Vorschrift in Betracht. Es kann auf eine vorgefallene grobe Treuwidrigkeit (Illoyalität) der Agentur abgestellt werden, die jedes weitere vertragliche

⁶⁹⁰ Wie auch in der Entscheidung des OLG Frankfurt am Main GRUR-RR 2005, 361, 362 - Alles ist möglich; vgl. zu den einzelnen Voraussetzungen der einstweiligen Verfügung auch Musielak/Voit/Huber § 916 Rn. 1 ff. und § 940 Rn. 1 ff..

Zusammenwirken zu einer Zumutung hat werden lassen,⁶⁹¹ sodass eine Unzumutbarkeit im Sinne des § 324 BGB begründet werden kann.⁶⁹² Das Rücktrittsrecht bezieht sich dann nur auf den bislang nicht erbrachten Teil der Werbeleistung.⁶⁹³

Geht man im genannten Beispielsfall von einem Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienstvertraglichen Elementen aus, da ein Paket von Leistungen⁶⁹⁴ und kein bestimmter Leistungserfolg, sondern das Tätigwerden⁶⁹⁵ geschuldet ist, so kommt ein Kündigungsrecht nach §§ 626, 627 BGB in Betracht.

Eine fristlose Kündigung nach § 627 Abs. 1 BGB ist auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich, wenn zwischen den Vertragsparteien ein Dienstverhältnis, welches kein Arbeitsverhältnis ist, besteht und wenn der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnis mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten hat, die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. Wer Dienste einer besonderen Vertrauensperson in Anspruch nimmt, soll derartige Verträge schnell lösen können. Diese Vertrauensstellung, die nach dem Gesetzeszweck zu einer schnellen vertraglichen Lösung führen können soll, wurde für den Werbeagenturvertrag bejaht.⁶⁹⁶ In der Praxis, wird die Kündigungsmöglichkeit nach § 627 BGB allerdings aufgrund ihres dispositiven Charakters⁶⁹⁷ in Werbeagenturverträgen oftmals (zumindest konkludent) abbedungen sein.

Scheidet das Kündigungsrecht nach § 627 BGB aufgrund monatlich fällig werdender Pauschalzahlungen oder durch Abbedingung aus, ist das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Begründung eines Kündigungsgrundes erforderlich. Bei 626 BGB⁶⁹⁸ ist

⁶⁹¹ MüKoBGB/*Ernst* § 324 Rn. 8.

⁶⁹² MüKoBGB/*Bachmann* § 241 Rn. 105.

⁶⁹³ MüKoBGB/*Ernst* § 324 Rn. 14.

⁶⁹⁴ Insoweit also ein Geschäftsbesorgungsvertrag, vgl. *Omsels/Wagner* GRUR 2015, 1059, 1060.

⁶⁹⁵ Was für die Einordnung als Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienstvertraglichem Element spricht.

⁶⁹⁶ Vgl. OLG Hamburg ZUM-RD 1997, 61, 65; bei der das Kündigungsrecht nach § 627 BGB aber aufgrund der monatlich fällig werdenden Pauschalzahlungen im Werbeagenturvertrag verneint worden ist.

⁶⁹⁷ BeckOK BGB/*Plum* § 627 Rn. 2.

⁶⁹⁸ Bei Bejahung eines Werkvertrages im Rahmen des § 648a Abs. 1 S. 1entsprechend.

darauf abzustellen, ob dem Erstkunden die Fortsetzung des Agenturvertrags bis zur vereinbarten Beendigung oder der Beendigung durch ordentliche Kündigung⁶⁹⁹ unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen unzumutbar ist.⁷⁰⁰ Die Gefährdung des Vertragszwecks kann grundsätzlich einen wichtigen Grund an sich darstellen.⁷⁰¹

Die Kündigung nach § 626 BGB erfordert durch den Rückgriff auf die allgemeinen Grundregelung der außerordentlichen Kündigung in § 314 Abs. 2 BGB⁷⁰² im Falle einer Verletzung einer vertraglichen Pflicht den erfolglosen Ablauf einer vorherigen Frist oder eine Abmahnung. Zwischen der Abhilfefrist und der Abmahnung besteht kein Wahlrecht. Vielmehr muss eine Abhilfefrist gesetzt werden, wenn die Pflichtverletzung selbst oder deren Folgen noch andauern. Wenn dies - wie insbesondere bei bereits beendeter Verletzung von Unterlassungspflichten - nicht der Fall ist, hat eine Abmahnung zu erfolgen.⁷⁰³ Bei fortdauernder Verletzung der Enthaltungspflicht, wie im gebildeten Beispielsfall, kommt daher das Setzen einer Abhilfefrist in Betracht, bei beendeter Verletzung der Enthaltungspflicht dagegen eine Abmahnung. Je nach Schwere des Verstoßes der Agentur gegen die Enthaltungspflicht wird man auch argumentieren können, dass das Vertrauensverhältnis so schwerwiegend gestört ist bzw. die Verfehlungen so schwerwiegend sind, dass eine Fortführung des Vertrages schlechthin unzumutbar und eine Fristsetzung bzw. der Ausspruch einer Abmahnung entbehrlich ist.⁷⁰⁴

Dabei entfaltet die Kündigung als Gestaltungsrecht ihre Wirkung für die Zukunft, das heißt, dass kein Rückabwicklungsschuldverhältnis gemäß §§ 346 ff. BGB begründet

⁶⁹⁹ Oftmals wird ein ordentliches Kündigungsrecht im Agenturvertrag vereinbart sein; vgl. § 11 Abs. 2 im Rahmenvertrag zum Werbeagenturvertragsmuster in Beck'sche Online-Formulare Vertrag/Nieß Form. 25.2, nachdem zur ordentlichen Kündigung folgende Formulierung vorgeschlagen wird: „Der Vertrag kann von beiden Parteien ordentlich mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende gekündigt werden. Die ordentliche Kündigung einer bereits erfolgten Auftragserteilung ist keiner der Parteien möglich.“

⁷⁰⁰ MüKo BGB/Henssler § 626 Rn. 80.

⁷⁰¹ BeckOK BGB/Lorenz § 314 Rn. 13, unter Verweis auf BGH NJW 1981, 1666,1667.

⁷⁰² MüKo BGB/Henssler § 626 Rn. 52.

⁷⁰³ MüKo BGB/Gaier § 314 Rn. 24; ähnlich *Fischer/Galster* MMR 2002, 71, 72; v. *Hase* NJW 2002, 2278, 2280; a.A. BeckOK BGB/Lorenz § 314 Rn. 18, der „am ehesten“ nach Haupt- und Nebenpflichten differenziert.

⁷⁰⁴ BeckOK BGB/Lorenz § 314 Rn. 21.

wird und bereits erbrachte Leistungen nicht zurückzugewähren sind.⁷⁰⁵ Kündigt der Erstkunde den Werbeagenturvertrag in dem oben gebildeten Beispielsfall, so wird hiervon die Nutzungsrechtsübertragung über die bereits erstellten Werbeplakate nicht berührt, sondern lediglich die Erstellung des noch ausstehenden Werbespots obsolet. Der Erstkunde kann daher auch weiterhin seine Unterlassungsansprüche gegen die Agentur geltend machen, da diese aus der von der Kündigung nicht berührten vertraglichen Verpflichtung stammen.⁷⁰⁶

Daneben kann der Erstkunde nach §§ 280 Abs. 1 S. 1 i.V.m. 241 Abs. 2 BGB unter Umständen auch Schadensersatz verlangen, da die Verletzung der Enthaltungspflicht eine Pflichtverletzung der Agentur darstellt, die diese aufgrund ihrer Vorkenntnisse auch im Rahmen der Vermutungsregel nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB auch zu vertreten hat. Dem durch die Nebenpflicht Geschützten ist der in seiner Rechtsgütersphäre entstandene Schaden auszugleichen.⁷⁰⁷

Ist der Vertrag mit der Agentur noch nicht beendet kommt auch Schadensersatz statt der Leistung wegen Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 282 BGB in Betracht. Dem Kunden muss eine weitergehende Leistung der Werbeagentur nicht mehr zuzumuten sein. Das Vorliegen von Unzumutbarkeit beurteilt sich nach einer Einzelfallabwägung. Die Pflichtverletzung muss eine grundlegende Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen den Vertragsparteien bewirken, die durch den ohnehin geschuldeten Schadensausgleich nicht wieder entfällt.⁷⁰⁸ Dies ist grundsätzlich in Fällen denkbar, in denen die Werbeagentur eine mit der Werbeleistung an einen Konkurrenten die Werbewirkung des Erstkunden verhindert oder konterkariert.⁷⁰⁹

Tritt die Unzumutbarkeit des Leistungsempfangs ein, nachdem bereits ein Teil der Leistung erbracht worden ist, dürfte sich die Befugnis des Kunden regelmäßig darauf

⁷⁰⁵ MüKo BGB/Gaier § 314 Rn. 34.

⁷⁰⁶ Auch bei Bejahung eines Werkvertrags kann neben dem dargestellten Rücktrittsrecht aus § 324 BGB ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund nach § 648a Abs. 1 S. 1 BGB bestehen, wobei sich dieses an die oben dargestellten Voraussetzungen zum Rücktritt bei Dienstverträgen aus wichtigem Grund hält; vgl. MüKoBGB/Busche § 648a Rn. 2.

⁷⁰⁷ MüKoBGB/Ernst § 282 Rn. 5.

⁷⁰⁸ MüKoBGB/Bachmann § 241 Rn. 65.

⁷⁰⁹ MüKoBGB/Bachmann § 241 Rn. 105.

beschränken, Schadensersatz statt der noch nicht bewirkten Leistung zu verlangen. Nur wenn dieser entsprechend §§ 281 Abs. 1 S. 2, 5 BGB an den erbrachten Leistungsteilen kein Interesse mehr hätte, kann er Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangen.⁷¹⁰

E. Schluss

Die Ergebnisse dieser Untersuchung lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass sich die Enthaltungspflicht der Werbeagentur nicht darin erschöpft, keine unveränderte, gegen die Sonderrechte des Erstkunden verstoßende Werbeleistung an Zweitkunden zu erbringen. Vielmehr hat die Werbeagentur für ihre Entscheidung, ob sie im Einzelfall Agenturleistungen an potenzielle Zweitkunden erbringt, auch die weitergehende Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben zu beachten. Diese stellt sich als Leistungstreuepflicht bzw. nachwirkende Treuepflicht dar, da sie sich in der Regel weder aus der Auslegung der Willenserklärung der Parteien noch aus einer ergänzende Vertragsauslegung ergeben. Durch die damit verbundene schuldrechtliche Unterlassungspflicht aus Treu und Glauben ist es der Werbeagentur verwehrt, eine Zweitwerbung für einen Konkurrenten des ersten zu konzipieren durch welche der ersten Werbeleistung derart Konkurrenz bereitet wird, dass die Werbeleistung an den Erstkunden wertlos werden würde.

Für die Beurteilung der Frage, ob die geplante Zweitwerbung die Werbewirkung des Erstkunden ernsthaft gefährdet, spielt neben der zeitlichen Komponente insbesondere auch eine sachliche bzw. wirtschaftliche Betrachtungsweise eine Rolle bei der neben der Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses zwischen Erst- und (potenziellen) Zweitkunden, der Grad der Ähnlichkeit zwischen der Erst- und (geplanten) Zweitwerbung und die Wahl der eingesetzten Werbemittel zu betrachten sind.

In zeitlicher Hinsicht endet die Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben nicht starr mit der Beendigung des Werbeagenturvertrags, sondern kann gerade auch als nachwirkende (Treue-) Pflicht fortbestehen. Ihre zeitliche Grenze ist dort zu ziehen, wo der Werbemaßnahme des Erstkunden durch die geplante Zusammenarbeit mit deren Konkurrenten keine ernsthafte Konkurrenz mehr gemacht wird.

⁷¹⁰ MüKoBGB/Ernst § 282 Rn. 10.

Für die Beurteilung, ob eine Enthaltungspflicht aus Treu und Glauben besteht, ist auf den jeweiligen Einzelfall abzustellen und die entgegenstehenden Interessen der Vertragsparteien abzuwägen. Hierbei hat vor allem eine Interessenabwägung zwischen der geistigen Schöpfungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG und der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG der Werbeagentur und den Interessen des Erstkunden am vereinbarten und „erkauften“ Vertragszweck stattzufinden, sodass die Enthaltungspflichten aus Treu und Glauben insgesamt restriktiv ausgelegt werden müssen.

Gerade weil sich Umfang und Grenzen der aus Treu und Glauben abgeleiteten Enthaltungspflicht nicht für alle Fälle allgemeingültig festschreiben lassen, sollten die Parteien des Werbeagenturvertrags explizite Regelungen in den Vertrag mitaufnehmen, wobei die im dritten Teil dargestellten Grenzen einzuhalten sind.

Konkrete Vereinbarungen zu den Enthaltungspflichten dienen damit nicht nur der Rechtssicherheit für beide Parteien, sondern auch einer potenziellen Konflikt- bzw. Streitvermeidung. Nachdem der Erstkunde gerade auch gegen die Werbeagentur bei Verletzung der ihr obliegenden Enthaltungspflichten Ansprüche gegen sie geltend machen kann, vermeidet bzw. reduziert sie durch eine eindeutige Regelung im Werbeagenturvertrag ihr Haftungsrisiko.

Literaturverzeichnis:**Lehrbücher:**

- | | |
|--|---|
| Anton, Manfred | Die Ziele der Werbung in Theorie und Praxis,
Wiesbaden 1973 |
| Armstrong, Scott | Werbung mit Wirkung, Stuttgart 2011 |
| Backman, Jules | Werbung und Wettbewerb, Wien 1971 |
| Bulling, Alexander/Langhörig,
Angelika/Hellwig, Tillmann/
Müller, Roland | Geschmacksmuster, Designschutz in Deutschland
und Europa mit USA, Japan, China und Korea, 4.
Auflage, Köln 2018 |
| Dauner-Lieb, Barbara/Konzen,
Horst/Schmidt, Karsten | Das neue Schuldrecht in der Praxis, Köln 2002 |
| Dietze, Philipp/Janssen,
Helmut | Kartellrecht in der anwaltlichen Praxis,
5., vollständig überarbeitete Auflage, München 2015 |
| Emmerich, Volker | BGB - Schuldrecht Besonderer Teil, 15., neu
bearbeitete Auflage, Tübingen 2018 |
| Fritzsche, Jörg | Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage,
Berlin, Heidelberg u.a. 2000 |

- Hattemer, Klaus Die Werbeagentur, Kompetenz und Kreativität-
Werbung als Profession, Düsseldorf 1995
- Heider, Ferdinand Das Recht der Werbeagenturen, Stuttgart 1964
- Hillig, Curt Gutachten über urheberrechtliche, verlagsrechtliche
und verlegerische Fragen, Band 1, 2. Auflage
Weinheim 1953
- Kaulmann Nina Der Schutz des Werbeslogans vor
Nachahmung, Köln 2006
- Kenneth, Roman David Ogilvy - Ein Leben für die Werbung,
Frankfurt am Main/New York 2009
- Kleist, Alexander Der Werbeschaltvertrag im Rundfunk, Aachen 2011
- Kling, Michael/Thomas,
Stefan Kartellrecht, 2., neu bearbeitete Auflage, München
2016
- Koch, Uwe/Otto, Dirk/Rüdlin,
Mark Recht für Grafiker und Webdesigner - Der
praktische Ratgeber für Kreative, 10. Auflage, Bonn
2012
- Kreifels, Rainer/Breuer,
Christian/Maidl, Johannes Die Werbeagentur in Recht und Praxis, München
2000

- Kroeber-Riel, Werner/Esch,
Franz-Rudolf
Strategie und Technik in der Werbung, 8.,
aktualisierte und überarbeitete Auflage, Stuttgart
2015
- Lambsdorff, Hans/Skora,
Bernd
Handbuch des Werbeagenturrechts, Frankfurt am
Main 1975
- Loewenheim, Ulrich
Handbuch des Urheberrechts, 3. Auflage, München
2021
- Lutz, Peter
Grundriss des Urheberrechts, 3., neu bearbeitete
Auflage, Heidelberg 2018
- Medicus, Dieter/Lorenz,
Stephan
Schuldrecht II - Besonderer Teil, 18.,
neu bearbeitete Auflage, München 2018
- Mestmäcker, Ernst-Joachim/
Schweitzer, Heike
Europäisches Wettbewerbsrecht, 3.
Auflage, München 2014

(zitiert: *Mestmäcker/Schweitzer*)
- Ogilvy, David
Geständnisse eines Werbemanns, 6.
Auflage, Düsseldorf 2000

- Pepels, Werner Marketingkommunikation, 4., überarbeitete und erweiterte Auflage, München 2020

(zitiert: *Pepels/Marketingkommunikation*)
- Pepels, Werner Absatz-Beförderung, Kommentare zu aktuellen Themen aus Marketing, Werbung und Werbeagenturen, 1. Auflage, Augsburg 1992

(zitiert: *Pepels/Absatz-Beförderung*)
- Raue, Peter/ Hegemann, Jan Handbuch Urheber-und Medienrecht, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, München 2017

(zitiert: *Raue/Hegemann/Bearbeiter*)
- Rehbinder, Manfred/Peukert, Alexander Urheberrecht, 18., neu bearbeitete Auflage, München 2010

(zitiert: *Rehbinder/Peukert*)
- Schack, Haimo Urheber- und Urhebervertragsrecht, 9., neu bearbeitete Auflage, Tübingen 2019
- Schmidt, Karsten Kartellverbot und "sonstige Wettbewerbsbeschränkungen": Begriff u. Funktion d. "gemeinsamen Zwecks" im GWB, Köln 1978

(zitiert: *Schmidt, Kartellverbot*)

- Schulze, Gernot Die kleine Münze und ihre Abgrenzungsproblematik bei den Werkarten des Urheberrechts, Freiburg 1983
- Siegert, Gabriel/Brecheis, Dieter Werbung in der Medien- und Informationsgesellschaft, 3., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Wiesbaden 2017
- Stoffels, Markus AGB-Recht, 3., neubearbeitete Auflage, München 2015
- Tucher, Tobias Urheberrechtliche Fragen im Spannungsverhältnis zwischen Werbeagentur und Auftraggeber, München 1998
- Wiedemann, Gerhard Handbuch des Kartellrechts, 4. Auflage, München 2020
(zitiert: Wiedemann/*Bearbeiter*)
- Wündisch, Sebastian Wettbewerbsverbote im Verlagsvertrag, Berlin 2002

Kommentare:

Ahlberg, Hartwig/Götting,
Horst-Peter

BeckOK Urheberrecht, 31. Edition, München 2021

(zitiert: BeckOK UrhG/*Bearbeiter*)

Bacher, Klaus/Hempel, Rolf

BeckOK Kartellrecht, 1. Edition, München 2020

(zitiert: BeckOK Kartellrecht/*Bearbeiter*)

Bechthold, Rainer/Bosch,
Wolfgang

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 9.
Auflage, München 2018

(zitiert: *Bechtold/Bosch*)

Bornkamm, Joachim/Montag,
Frank/Säcker, Franz Jürgen

Münchener Kommentar Europäisches und
Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 1: Europäisches
Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, München 2020

(zitiert: MüKo AEUV/*Bearbeiter*)

Bornkamm, Joachim/Montag,
Frank/Säcker, Franz Jürgen

Münchener Kommentar Europäisches und
Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 2: §§ 1-96, 130,
131, 3. Auflage, München 2020

(zitiert: MüKo GWB/*Bearbeiter*)

Dreier, Thomas/Schulze,
Gernot

Urheberrechtsgesetz Kommentar, 6. Auflage,
München 2018

Drescher, Ingo/Fleischer,
Holger/ Schmidt, Karsten

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
Band 1: §§ 1-104 HGB, 5. Auflage, München 2021;
und Band 2: §§ 105-160 HGB, 4. Auflage, München
2016

(zitiert: MüKo HGB/*Bearbeiter*)

Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/
Meckel, Astrid/Hentsch,
Christian, Henner

Urheberrecht, 4., neu bearbeitete Auflage,
Heidelberg 2018

Eichelberger, Jan/ Wirth,
Thomas/Seifert, Fedor

Urheberrechtsgesetz - mit
Urheberrechtswahrnehmungsgesetz
Handkommentar, 3.Auflage, Baden-Baden 2019

(zitiert: Eichelberger/Wirth/Seifert/*Bearbeiter*)

Eichmann, Helmut/Kur
Annette

Designgesetz, Praxishandbuch, 2. Auflage Baden-
Baden 2016

(zitiert: Eichmann/Kur/*Bearbeiter*)

Eichmann, Helmut/Jestaedt,
Dirk/Fink, Elisabeth/Meiser,
Christian

Designgesetz, Gemeinschaftsgeschmacksmuster-
verordnung, 6. Auflage, München 2019

(zitiert: Eichmann/Jestaedt/Fink/Meiser/*Bearbeiter*)

Fezer, Karl-Heinz

Markenrecht, 4. Auflage, München 2009

(zitiert: Fezer/MarkenR)

Fezer, Karl-Heinz/Büscher,
Wolfgang/Obergfell, Eva Inés

Lauterkeitsrecht, Kommentar zum Gesetz gegen den
unlauteren Wettbewerb (UWG), Band 2: §§ 3a bis 20
UWG; Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG; 3. Auflage,
München 2016

(zitiert: Fezer/Büscher/Obergfell/*Bearbeiter*)

Fritzsche, Jörg/Münker,
Reiner/Stollwerck, Christoph

BeckOK UWG, 13. Edition, München 2021

(zitiert: BeckOK UWG/*Bearbeiter*)

Fromm, Friedrich/Nordemann,
Wilhelm

Urheberrecht, Kommentar zum
Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz,
Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 12.,
erweiterte und überarbeitete Auflage Stuttgart 2018

Gloy, Wolfgang/Loschelder,
Michael/Danckwerts, Rolf Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Völlig neu
bearbeitete Auflage, München 2019

(zitiert: Gloy/Loschelder/Danckwerts/*Bearbeiter*)

Gummert, Hans/Weipert, Lutz Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
Band. 1 und Band 2, 5. Auflage, München 2019

(zitiert: MHdB GesR, Band 1/*Bearbeiter*)

Günther, Philipp/Beyerlein,
Thorsten Designgesetz, 2., überarbeitete und ergänzte
Auflage, Frankfurt am Main 2012

Hau, Wolfgang/Poseck,
Roman BeckOK BGB, 59. Edition, München 2021

(zitiert: BeckOK BGB/*Bearbeiter*)

Harte-Bavendamm, Henning/
Henning-Bodewig, Frauke Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 4.
Auflage, München 2016

(zitiert: Harte-Bavendamm /Henning-
Bodewig/*Bearbeiter*)

Heermann, Peter/Schlingloff,
Jochen Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, Band
2: §§ 5-20, 2. Auflage, München 2014

(zitiert: MüKo UWG/*Bearbeiter*)

Immenga, Ulrich/Mestmäcker,
Ernst-Joachim

Wettbewerbsrecht, Band 1: EU, 5. Auflage, München
2012

(zitiert: Immenga/Mestmäcker EU/*Bearbeiter*)

Immenga, Ulrich/Mestmäcker,
Ernst-Joachim

Wettbewerbsrecht, Band 2: Wettbewerbsrecht, 5.
Auflage, München 2014

(zitiert: Immenga/Mestmäcker GWB/*Bearbeiter*)

Ingerl, Reinhard/Rohnke,
Christian

Markengesetz Kommentar, 3., neu bearbeitete
Auflage, München 2010

(zitiert: Ingerl/Rohnke/*Bearbeiter*)

Joost, Detlev/Strohn, Lutz

Handelsgesetzbuch, Band 1: §§ 1-342 e, 4.
Auflage, München 2020

(zitiert: Joost/Strohn/*Bearbeiter*)

Köhler, Helmut/Bornkamm,
Joachim/Feddersen, Jörn

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 39. neu
bearbeitete Auflage, München 2021

Kur, Annette/v. Bomhard,
Verena/ Albrecht, Friedrich

BeckOK MarkenG, 26. Edition, München 2021

(zitiert: BeckOK MarkenG/*Bearbeiter*)

Loewenheim, Ulrich/Meessen,
Karl/Riesenkampff, Alexander/
Kersting, Christian/
Meyer-Lindemann,
Hans Jürgen

Kartellrecht, 4. Auflage, München 2020

(zitiert: Loewenheim-Kartellrecht/*Bearbeiter*)

Löffler, Martin/Sedelmeier, Klaus/
Burkhardt, Emanuel

Presserecht, Kommentar zu den deutschen
Landespressegesetzen mit pressebezogenem
Standesrecht, Anzeigenrecht, Werbe- und
Wettbewerbsrecht, Vertriebsrecht, Urheber- und
Verlagsrecht, Arbeitsrecht, Titelschutz,
Jugendmedienschutz und Steuerrecht, 6.
neubearbeitete und erweiterte Auflage, München
2015

(zitiert: Löffler/*Bearbeiter*)

Mestmäcker, Ernst-Joachim/
Schulze, Erich

Kommentar zum deutschen Urheberrecht, Band
1.1, einschließlich 55. Aktualisierungslieferung,
Köln 2011

(zitiert: Mestmäcker/Schulze/*Bearbeiter*)

Musielak, Hans-Joachim/
Voit, Wolfgang

Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 18., neubearbeitete Auflage, München 2021

- Ohly, Ansgar/Sosnitzka, Olaf
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 7. neu bearbeitete Auflage, München 2016
- Palandt, Otto
Bürgerliches Gesetzbuch, 80., neu bearbeitete Auflage, München 2021
- Prütting, Hans/Wegen,
Gerhard/Weinreich, Gerd
BGB Kommentar, 16., neu bearbeitete Auflage, Köln 2021
- Säcker, Franz Jürgen/
Rixecker, Roland/Oetker,
Hartmut/ Limperg, Bettina
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: §§ 1-240, Band 2: §§ 241-310, Band 3: §§ 311-432, Band 4: §§ 535-630, 8. Auflage, München 2019 und Band 5: § 535-630h, 8. Auflage, München 2020

(zitiert: MüKo BGB/*Bearbeiter*)
- Schricker, Gerhard
Verlagsrecht Kommentar, 3., neu bearbeitete Auflage, München 2001
- Schricker, Gerhard (Hrsg. bis zur 3. Auflage)/Loewenheim, Ulrich/Leistner, Matthias/Ohly, Ansgar
Urheberrecht Kommentar, 6., neu bearbeitete Auflage, München 2020

(zitiert: Schricker/Loewenheim/*Bearbeiter*)

Soergel, Theodor/Siebert,
Wolfgang

Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
und Nebengesetzen, Allgemeiner Teil,
Band 2: §§ 104-240, 13. Auflage, Stuttgart 1999

Spindler, Gerald/Schuster,
Fabian

Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage,
München 2019

(zitiert: Spindler/Schuster/*Bearbeiter*)

Staudinger, Julius

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit
Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2:
§§ 241-24, Berlin 2019

(zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*)

Ulmer-Eilfort, Constanze/
Oberfell, Eva Inés

Verlagsrecht Kommentar, 2. Auflage, München 2021

(zitiert: Ulmer-Eilfort/Oberfell/*Bearbeiter*)

Vieweg, Klaus/Herberger,
Maximilian/Martinek, Michael/
Rüßmann, Helmut/Weth,
Stephan

Juris Praxiskommentar, BGB, Allgemeiner Teil,
Band I: §§ 1-240, 7. Auflage, Saarbrücken 2014

(zitiert: JurisPK BGB/*Bearbeiter*)

Vohwinkel, Moriz

BeckOK Designrecht, 9. Edition, München 2021

(zitiert: BeckOK DesignG/*Bearbeiter*)

Wandtke, Arthur-Axel/
Bullinger, Winfried

Praxiskommentar zum Urheberrecht, 5.,
neu bearbeitete und erweiterte Auflage,
München 2019

Weise, Stefan/Krauß,
Hans-Frieder

Beck'sche Online-Formulare Vertrag, 57. Edition,
München 2021

(zitiert: Beck'sche Online-Formulare Vertrag/
Bearbeiter)

Wegner, Konstantin/Wallenfels,
Dieter/Kaboth, Daniel

Recht im Verlag, 2. Auflage, München 2011

Westermann, Peter/Grunewald,
Barbara/Maier-Reimer, Georg

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Band I: §§ 1-761
16., neu bearbeitete Auflage, Köln 2020

(zitiert: Erman/*Bearbeiter*)

Aufsätze:

- Alexander, Christian Leistungsstörungen im Dienstvertrag, JA 2015 S. 321-328
- Berlit, Wolfgang Das neue Geschmacksmusterrecht, GRUR 2004, S. 635-642
- Berberich, Matthias Die Doppelfunktion der Zweckübertragungslehre bei der AGB-Kontrolle, ZUM 2006, S. 205-211
- Bernhard, Jochen Grenzen vertraglicher Wettbewerbsverbote zwischen Unternehmen, NJW 2013, S. 2785-2790
- Bülow, Peter Vertragshaftung der Werbeagentur für wettbewerbswidrige Werbung, GRUR 1978, S. 676-681
- Castendyk, Oliver Lizenzverträge und AGB-Recht, ZUM 2007, S. 169-187
- Czychowski, Christian/
Nordemann, Jan Bernd Höchstrichterliche Rechtsprechung und Gesetzgebung im Urheberrecht 2012, NJW 2013, S. 756-761

- Erdmann, Willi Schutz von Werbeslogans; GRUR 1996, S. 550- 557
- Fikentscher, Wolfgang Preislistentreue der Werbeagenturen - Erwiderung auf Fabricius, WRP 1970, S. 1-8
- Fischer, Martin/Galster, Rüdiger Auswirkungen der Schuldrechtsmodernisierung auf Telekommunikationsverträge, MMR 2002, S. 71-75
- Gottschalk, Eckart Wettbewerbsverbote in Verlagsverträgen, ZUM 2005, S. 359-368
- Greuner, Albrecht Wettbewerbsbeschränkungen in Verlagsverträgen, GRUR 1972, S. 109-112
- Grigoleit, Hans Christoph Leistungspflichten und Schutzpflichten, in: Heldrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, S. 275-306
- Gröschler, Peter Die notwendige Unterscheidung von Leistungspflichten und Nebenpflichten nach neuem Schuldrecht, in Dauner-Lieb u.a. (Hrsg.), Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag, 2006, S. 109-130

- Hahn, Richard Anmerkung zu LG Hamburg, Urteil vom 30.06.2010
- 310 O 46/10, ZUM 2011, S. 82-83
- Hase, Karl Fristlose Kündigung und Abmahnung nach
neuem Recht, NJW 2002, S. 2278-2283
- Henning-Bodewig, Frauke Die wettbewerbsrechtliche Haftung von
Werbeagenturen, GRUR 1981, S. 164-172
- Herresthal, Carsten Nachwirkende Leistungstreue- und
Rücksichtnahmepflichten, in: Lorenz (Hrsg.),
Gedächtnisschrift für Hannes Unberath S.
179-210
- Kaulmann Nina Der Schutz des Werbeslogans vor
Nachahmung; GRUR 2015, S. 854-860
- Köhler, Helmut Irreführende vergleichende Werbung, GRUR
2013, S. 761-767
- Kuck, Katja Kontrolle von Musterverträgen im
Urheberrecht, GRUR 2000, S. 285-289

- Madaus, Stephan Die Abgrenzung der leistungsbezogenen von den nicht leistungsbezogenen Nebenpflichten im neuen Schuldrecht, Jura 2004, S. 289-292
- McGuire, Mary-Rose Kumulation und Doppelschutz - Ursachen und Folgen des Schutzes einer Leistung durch mehrere Schutzrechte, GRUR 2011, S. 767-774
- Medicus, Dieter Zur Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf Schutzpflichten, in: Heldrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, S. 835-856
- Menn, Isabelle Konkurrenzschutz in der Gewerberaummieta, NZM 2017, S. 688-694
- Musiol, Christian Anmerkung zu OLG München vom 14.06.2007 - U (K) 5554/06, BeckRS 2007, 11821, FD-GewRS 2007, 239247
- Nennen, Dieter Vertragspflichten und Störerhaftung der Werbeagenturen, GRUR 2005, S. 214-220
- Nordemann, Jan Bernd AGB-Kontrolle von Nutzungsrechtseinräumungen durch den Urheber, NJW 2012, S. 3121-3125

- Omsels, Hermann-Josef/
Wagner Sandra Die Verantwortung der Kommunikationsagentur für rechtswidrige Werbung, GRUR 2015, S. 1059-1069
- Remmertz, Frank DSGVO ante portas: Aktuelle Brennpunkte im Online-Marketing, GRUR-Prax 2018, S. 254-256
- Schippan, Martin Klare Worte des BGH zur Wirksamkeit von Honorarbedingungen für freie Journalisten, ZUM 2012, S. 771-781
- Schramm, Carl Das Konkurrenzverbot im Verlagsvertrag, UFITA Band 64, 1972, S. 19-30
- Sosnitza, Olaf Plagiate, Prozesse und Provisionen - Rechtsfragen bei der Tätigkeit von Werbeagenturen, ZUM 1998, S. 631-641
- Sprick Anmerkung zu BGH GRUR 1973, 426, S. 428-429
- Wandtke, Arthur Copyright und virtueller Markt in der Informationsgesellschaft - oder das Verschwinden des Urhebers im Nebel der Postmoderne?, GRUR 2002, S. 1-10