

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 318

**Tradition und Moderne –
Schuldrecht und Arbeitsrecht
nach der Schuldrechtsreform**

**Festschrift für Horst Ehmann
zum 70. Geburtstag**

**Herausgegeben von
Holger Sutschet**



Duncker & Humblot · Berlin

Festschrift für Horst Ehmann
zum 70. Geburtstag

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 318



Horst Janssen

Tradition und Moderne – Schuldrecht und Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform

Festschrift für Horst Ehmann
zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von

Holger Sutschet



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2005 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fotoprint: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 3-428-11636-4

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Horst Ehmann wurde am 7.2.1935 in Heilbronn geboren. Er studierte, promovierte und habilitierte in Heidelberg bei *Hermann Weitnauer*. 1974 wurde *Ehmann* zum Wissenschaftlichen Rat und Professor in Göttingen ernannt, 1975 folgte die Ernennung zum Ordinarius am neu gegründeten Fachbereich Rechtswissenschaft an der Universität Trier. Hier übernahm er die Geschäfte des Gründungsdekans und prägte die Fakultät maßgeblich. Auch in den Folgejahren, insbesondere während seines zweiten Dekanats im Jahre 1993/1994, war sein Engagement für die Fakultät stets nachhaltig. Von 1978 bis 1988 war er im Nebenamt Richter am Oberlandesgericht Koblenz. Zum Ende des Wintersemesters 2002/2003 wurde *Horst Ehmann* emeritiert.

Tradition und Moderne: das ist kein Gegensatz, wie das beides vereinende Wirken *Ehmanns* zeigt.

Horst Ehmann ist ein Konservativer im besten Sinne, ein Bewahrer. Am deutlichsten tritt dies zutage in der Bewahrung der *causa*-Lehre. Im Jahre 1929 erschien das Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts von *Hugo Kreß*. Dieses Buch wurde *Hermann Weitnauer* zur *ratio scripta*, welche er unter seine Schüler säte und die bei *Horst Ehmann* auf fruchtbaren Boden fiel. In zwei Beiträgen setzte sich *Ehmann* mit der Lehre von der Erfüllung auf dem Boden der *Kreß*'schen *causa*-Lehre auseinander (JZ 1968, 549 ff. und NJW 1969, 1833 ff.) und widerlegte damit die Theorie der realen Leistungsbewirkung; freilich braucht auch das Richtige zuweilen etwas Zeit, um als richtig erkannt zu werden und sich durchzusetzen. Die Theorie der realen Leistungsbewirkung wird womöglich demnächst deswegen fallen, weil sie einer sachgerechten Lösung der Fälle der Lieferung eines besseren *aliud* durch den Verkäufer entgegenzustehen scheint. Bislang glaubte man, die Zweckvereinbarungstheorie mit dem Hinweis auf die Erfüllung durch einen Geisteskranken beiseite schieben zu können. Welche Meinung gerade „herrscht“, ergibt sich daraus, welcher Fall gerade im Vordergrund der Betrachtung steht. Die wahren Gründe für die Richtigkeit seiner Auffassung hat *Ehmann* in seiner Abschiedsvorlesung über die *causa*-Lehre nochmals dargelegt (JZ 2003, 703 ff.). Ihm ist es nicht darum zu tun, welche Theorie welches Fällchen besser löst. Er zeigt, wie alles mit allem zusammenhängt: ein ganzes Gebäude und dessen Fundament. Die Weitergabe des Überlieferten macht *Horst Ehmann* zu einem Traditionalisten, und er hat viel weiterzugeben.

Tradition und Moderne sind auch die Begriffe, welche das Wirken *Ehmanns* um die Modernisierung des Schuldrechts prägen. Bewährtes bewahren und nicht

mehr Zeitgemäßes modernisieren: das sollten die Ziele einer Reform sein. Nachdem die Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts 1992 ihren Bericht vorgelegt hatte, veranstaltete *Horst Ehmann* hierzu ein Seminar, aus dem eine ganze Reihe von Doktorarbeiten hervorgegangen ist, unter anderem auch diejenigen der meisten Autoren dieser Festgabe. Von diesem Gedankengut ist jedoch außer der Arbeit von *Wilhelm Reinhardt* (Die Gefahrtragung beim Kauf, 1998) inhaltlich kaum etwas in dem übereilten Gesetzgebungsverfahren berücksichtigt worden. Die Regelungen, die nunmehr Gesetz geworden sind, berücksichtigen daher nur teilweise, welche traditionellen Regelungen sinnvoll waren und wo Anpassungsbedarf bestand und teilweise noch besteht. Dadurch entstehende Mängel des Gesetzes müssen nun durch ein Verständnis beseitigt werden, welches die Regelungen für die Moderne zu einem brauchbaren Recht macht: als ein Vernünftiges sind die Regeln zu begreifen (*Ehmann/Sutschet*, Modernisiertes Schuldrecht, S. 7 ff.).

Im Arbeitsrecht hat *Horst Ehmann* so früh wie kaum ein anderer sein Augenmerk auf eine moderne arbeitsrechtliche Entwicklung gelenkt, nämlich den Einzug der neuen Technologien in die Arbeitswelt. Mit seiner Monographie „Arbeitsschutz und Mitbestimmung bei neuen Technologien“ (1981) und zahlreichen weiteren Beiträgen hat er die rechtswissenschaftliche Entwicklung auf diesem Gebiet maßgeblich mitgeprägt. Die Befassung mit den Grundlagen des Themas hat ihn über das Datenschutzrecht schließlich zum Informationsrecht geführt, welches sodann Gegenstand seines Vortrages vor der Zivilrechtslehrervereinigung wurde (AcP 188 (1988), S. 230 ff.). Die Gegenüberstellung von Tradition und Moderne des Informationsrechts hat *Ehmann* zu dem pointiertesten Kritiker des grundsätzlichen Datenverarbeitungsverbots (§ 4 BDSG) werden lassen. Auch hier scheint der aus der Tradition entwickelte Ansatz *Ehmanns* in neuerer Zeit zunehmend Gehör zu finden.

Dem Arbeitsrechtler liegt es nahe, moderne politische Vorgänge zu beobachten. Hierbei hat *Horst Ehmann* ein Gespür entwickelt, das seinesgleichen sucht. Im Jahre 1987 hat er den Zusammenbruch des real existierenden Sozialismus vorausgesehen (Wandlungen des Arbeitsrechts in der Dämmerung des Sozialismus, in: Sozialismus – Ende einer Illusion, hrsg. v. *Hans Giger* und *Willy Linder*, 1988, S. 581 ff.). Ihm war auch zu dieser Zeit schon klar, daß infolge des Prinzips der kommunizierenden Röhren der deutsche Wohlfahrtsstaat in damaliger Form nicht zu halten sein wird; eine Erkenntnis, die mit nahezu zwanzigjähriger Verspätung nun auch die Schaltstellen der Politik erreicht hat. Aber nicht nur die deutschen Sozialsysteme können unter den Vorzeichen der Globalisierung nicht in bisheriger Form bestehen, auch der Flächentarifvertrag wird es nicht können. Noch hat die Botschaft vom Ende des Flächentarifvertrags, die *Ehmann* schon so lange wie sonst wohl niemand verkündet, deren Adressaten nicht zum notwendigen Umdenken bewogen; wer aber zu spät kommt, den bestraft das Leben (siehe hierzu auch den Beitrag von *Thomas Lambrich* (unten S. 169 ff.), vor und mit Fußnote 3).

Anlässlich der Emeritierung von *Horst Ehmman* fand die in seiner Person bestehende glückliche Verbindung von Tradition und Moderne einen sinnfälligen Ausdruck: die Vorlesung über die *causa*-Lehre („Sätze über den Grund kausalen und abstrakten Wollens“) wurde als wohl erste rechtswissenschaftliche Vorlesung live im Internet übertragen.

Vieles wäre noch der Erwähnung wert, etwa die Kommentierungen *Ehmanns* im Erman, vor allem zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem Recht des Auftrags. Sein umfangreiches wissenschaftliches Werk, welches in anhängender Bibliographie verzeichnet ist, enthält zahlreiche Schätze, welche zu heben für Theorie und Praxis lohnt.

Horst Ehmman überzeugt nicht nur als Wissenschaftler, sondern auch als Mensch. Geradlinig ist er, einer, der Wort hält, auf den man sich verlassen kann. Sein Engagement für die Sache ist stets kraftvoll, sein Streben bar jeder Rücksicht auf persönliche Vor- und Nachteile. Damit hat er sich viel Respekt erworben. Seine Doktoranden haben immer ein offenes Ohr und die Bereitschaft gefunden, sich auf die Sache einzulassen, sie kritisch zu begleiten und stets von Neuem zu fordern und zu fördern. Seiner Frau *Katrin* und seinen Söhnen *Erik* und *Timo*, alle Juristen, ist *Horst Ehmman* nicht nur Ehemann und Vater, sondern auch Gesprächspartner und Ratgeber in fachlichen Fragen. In seiner Familie findet er den Rückhalt, der das konsequente Einstehen für seine Überzeugungen ermöglicht.

Zur Drucklegung dieser Festschrift hat Herr Rechtsanwalt *Dr. Friedrich-Wilhelm Lehmann*, Krefeld, einen großzügigen Beitrag geleistet, wofür ihm Dank gebührt. Herrn *Dr. Florian Simon* danke ich für die freundliche Aufnahme in die Schriften zum Bürgerlichen Recht und Herrn *Lars Hartmann* für die sorgfältige Betreuung des Manuskriptes.

Die Autoren dieser Festgabe sind Schüler von *Horst Ehmman*. An uns hat er weitergegeben, was er von seinen Lehrern gelernt hat; dieser Tradition sind wir verpflichtet und wollen sie für die Moderne nutzen. Zum 70. Geburtstag wünschen wir unserem verehrten Lehrer alles Gute, Gesundheit, Glück und den langen Erhalt der ungebrochenen Schaffenskraft!

Trier, im Februar 2005

Holger Sutschet

Inhaltsverzeichnis

<i>André Pohlmann</i>	
Aufklärungspflichten des abgemahnten Wettbewerbers	11
<i>Kai Kuhlmann und Bernd Nauen</i>	
Neues und Altes von der vorübergehenden Unmöglichkeit – Primärleistungspflicht und Sekundäransprüche	31
<i>Holger Sutschet</i>	
Schutzansprüche und Schutzpflichten Dritter im Lichte des § 311 III BGB	95
<i>Ulrich Rust</i>	
Die Schadensersatzhaftung bei mangelhaften Kaufsachen nach reformiertem Schuldrecht	117
<i>Wilhelm Reinhardt</i>	
Gefährtragungsregeln beim Kauf unter besonderer Berücksichtigung des Schuld- rechtsmodernisierungsgesetzes	135
<i>Thomas B. Schmidt</i>	
Der „Arbeitnehmer-Verbraucher“ – Zwischenbilanz eines Paradigmenwechsels	153
<i>Thomas Lambrich</i>	
Weitergeltung und Ablösung von Tarifverträgen nach Betriebsübergang	169
Bibliographie	237
Verzeichnis der Autoren	245

Aufklärungspflichten des abgemahnten Wettbewerbers

André Pohlmann

I. Einleitung

Die an den Wettbewerber gerichtete Abmahnung ist eine vorprozessuale Aufforderung, sich für die Zukunft zu verpflichten, einen bereits begangenen oder bevorstehenden Wettbewerbsverstoß zu unterlassen. Zugleich werden in der Abmahnung gerichtliche Maßnahmen angedroht, wenn die verlangte Unterlassungserklärung nicht abgegeben wird. Das von der Rechtsprechung entwickelte Institut der Abmahnung wird in § 12 Abs. 1 des neuen, am 8. Juli 2004 in Kraft getretenen UWG zum ersten Mal ausdrücklich erwähnt¹. Der Abmahnung kommt im Wettbewerbsrecht als Instrument zur Verhinderung von gerichtlichen Wettbewerbsstreitigkeiten eine erhebliche Bedeutung zu. So erledigen sich 90 bis 95% aller gerügten Wettbewerbsverstöße in Abmahnverfahren².

Die Abmahnung dient der Vermeidung von Kostennachteilen für den Gläubiger im Falle eines anschließenden Prozesses: Nimmt der Gläubiger gerichtliche Hilfe in Anspruch, ohne den Verletzer vorher abzumahnern, so läuft er Gefahr, die Kosten zu tragen, wenn der Beklagte den geltend gemachten Anspruch sofort anerkennt und er durch sein Verhalten keine Veranlassung zur Erhebung der Klage gegeben hat (§ 93 ZPO). Die Abmahnung ist also kein Zulässigkeitsersfordernis für das gerichtliche Verfahren, sondern eine Obliegenheit des Klägers zur Vermeidung von Kostennachteilen³. Nur in Ausnahmefällen kann eine vorherige Abmahnung entbehrlich sein, wenn vorauszusehen ist, daß die Abmahnung von vornherein als aussichtslos erscheint oder in einem so geringen Maße Erfolg verspricht, daß die mit der Abmahnung einhergehende Verzögerung unter Berücksichtigung der im konkreten Fall gegebenen Eilbedürftigkeit unzumutbar ist⁴. Außerdem soll durch die Unterwerfung des Abgemahnten erreicht werden, daß die Gefahr einer Wiederholung des Wettbewerbsverstoßes

¹ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 3. Juli 2004, im Internet zu finden unter <http://217.160.60.235/BGBL/bgb1f/bgb1104s1414.pdf>.

² *Teplitzky*, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche, Kapitel 41 Rdz. 3.

³ *Gloy*, Handbuch des Wettbewerbsrechts, § 60 Rdz. 3.

⁴ OLG Düsseldorf WRP 1976, 699; OLG Frankfurt WRP 1976, 775; OLG Hamburg WRP 1974, 632; OLG Celle WRP 1975, 242; *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, UWG Einl Rdz. 542 ff.

ausgeräumt und ein gerichtliches Verfahren vermieden wird⁵. Dementsprechend stellt § 12 Abs. 1 S. 1 UWG (neu) jetzt klar, daß die zur Geltendmachung eines Unterlassungsanspruchs Berechtigten den Wettbewerber vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens abmahnen sollen, um ihm die Gelegenheit zu geben, den Streit durch Abgabe einer mit einer angemessenen Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung beizulegen.

Die Rechtsprechung hat in den vergangenen Jahren in verschiedenen Fällen Aufklärungspflichten des abgemahnten Störers bejaht. Hauptanwendungsfall ist die sogenannte Drittunterwerfung: Danach ist der abgemahnte Störer verpflichtet, den Abmahnenden zur Vermeidung eines überflüssigen und aussichtslosen Prozesses über eine wegen derselben Verletzungshandlung einem Dritten gegenüber abgegebene Unterwerfungsverpflichtung aufzuklären⁶.

II. Aufklärungspflicht im Falle der Drittunterwerfung

Nach einer Entscheidung des BGH vom 2. Dezember 1982 entfällt mit der Abgabe der ersten ausreichenden Unterwerfungserklärung die Wiederholungsgefahr grundsätzlich *inter omnes*, das heißt gegenüber allen potentiellen Unterlassungsgläubigern⁷. Dabei ist es eine Frage des Einzelfalles, ob die Wiederholungsgefahr durch die einem Gläubiger gegenüber abgegebene Verpflichtungserklärung beseitigt ist. Die Beantwortung dieser Frage wird von einer Reihe verschiedener Kriterien beeinflusst, so z. B. der Person und den Eigenschaften des Vertragsstrafgläubigers und der Art seiner Beziehung zum Schuldner. Ist dem Abmahnenden ein anderer Unterlassungsgläubiger zuvorgekommen, so läuft er Gefahr, einen von vornherein unbegründeten Anspruch gerichtlich geltend zu machen. Um dieses Risiko zu vermeiden, hat die Rechtsprechung dem Verletzer eine Aufklärungspflicht über den Inhalt der von ihm gegenüber einem Dritten abgegebenen Unterlassungserklärung und über die Person des Dritten auferlegt.

Der Bundesgerichtshof äußerte sich erstmals im Jahr 1986 zur Aufklärungspflicht des Abgemahnten⁸. In dem zugrunde liegenden Fall war die Beklagte

⁵ *Teplitzky*, aaO, Rdz. 7 m.w.N.

⁶ BGH GRUR 1987, 54,55; BGH GRUR 1987, 640, 641; BGH GRUR 1988, 716, 717; OLG Frankfurt WRP 1989, 391, 392; KG WRP 1989, 659, 660.

⁷ BGH GRUR 1983, 186. Die Unteilbarkeit der Wiederholungsgefahr mit der Folge, daß eine uneingeschränkte, bedingungslose und strafbewehrte Unterlassungserklärung die Wiederholungsgefahr gegenüber allen Unterlassungsgläubigern entfallen läßt, ist inzwischen gefestigte Rechtsprechung, s. BGH GRUR 1987, 640; WRP 1989, 90; WRP 1990, 276; WRP 1990, 670. Zu der Drittwirkungsproblematik ausführlich *Schulte* in Pastor/Ahrens, Der Wettbewerbsprozeß, Kapitel 16, Rdz. 27 ff. m. w. N.

⁸ BGH GRUR 1987, 54 mit Anmerkung *Lindacher*.

wegen der unzulässigen Ankündigung einer Sonderveranstaltung von einem Wettbewerbsverein abgemahnt worden und hatte daraufhin eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben. Auch die Klägerin mahnte die Beklagte ab. Erst nachdem die Klägerin eine einstweilige Verfügung erwirkt hatte, wies die Beklagte im Widerspruchsverfahren auf die gegenüber dem Wettbewerbsverein abgegebene Unterwerfungserklärung hin. Daraufhin hob das LG die einstweilige Verfügung mit der Begründung auf, daß der Anspruch der Klägerin durch die Abgabe der Unterwerfungserklärung gegenüber dem Wettbewerbsverein erloschen sei. Im Rahmen der Zwangsvollstreckungsgegenklage gegen den Kostenerstattungsanspruch machte die Klägerin geltend, daß ihr ein Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zustünde, da die Beklagte ihr die Abgabe der Unterlassungserklärung gegenüber dem Wettbewerbsverein mit dem Ziel verschwiegen habe, der Klägerin nach Aufhebung der einstweiligen Verfügung erhebliche Kosten entstehen zu lassen.

Der BGH bejahte eine Anspruchsgrundlage für den Schadensersatzanspruch mit der Begründung, daß sich die „beliebige Sonderbeziehung“ zwischen den Wettbewerbern „durch die rechtswidrige Wettbewerbshandlung der Beklagten zu einem gesetzlichen Schuldverhältnis der Parteien konkretisiert“ habe. Dieses gesetzliche Schuldverhältnis sei wie jede Rechtsbeziehung den Grundsätzen von Treu und Glauben unterworfen und sei weiter dadurch konkretisiert worden, daß die Klägerin als Verletzte die Beklagte als Verletzerin abgemahnt habe, so der BGH. Aus diesem „Abmahnverhältnis“ erwachse für die Beklagte die Pflicht, den Abmahnenden darüber aufzuklären, daß eine Unterwerfung wegen derselben Verletzungshandlung bereits einem Dritten gegenüber erfolgt sei. Denn für den Abmahnenden bestehe anderenfalls die erhebliche Gefahr eines überflüssigen und aussichtslosen Prozesses. Für diesen Schaden habe der abgemahnte Störer aus dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung bei schuldhafter Verletzung der Aufklärungspflicht einzustehen. Diese Rechtsprechung hat der BGH seit seiner Entscheidung vom 19. Juni 1986 mehrfach bestätigt⁹.

Ob das Schweigen des abgemahnten Wettbewerbers gegenüber dem Dritten einen Schadensersatzanspruch auslösen kann, soll im folgenden untersucht werden. In Betracht kommt ein Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verzögerung einer Leistungspflicht (dazu unten 1), wegen Verletzung einer vorvertraglichen Schutzpflicht (dazu unten 2 a)) oder wegen Verletzung einer Schutzpflicht auf der Basis eines „Abmahnverhältnisses“ (dazu unten 2 b)).

⁹ BGH GRUR 1988, 313; BGH GRUR 1990, 381; BGH; GRUR 1990, 542; BGH GRUR 1995, 167. Weitere Entscheidungen siehe oben Fn. 6.