

## 8. Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Einordnungen

### 8.1. Abgrenzung zum Öffentlichen Recht

Während sich die dargelegten öffentlich-rechtlichen Untersuchungen der Ansiedlung vorwiegend mit der Frage zu befassen hatten, „ob“ und unter welchen Voraussetzungen Factory Outlet Center zulässig sind,<sup>423</sup> geht es bei der rein zivilrechtlichen Einordnung dieser Betriebsform um die rechtlich zulässige Eingehung und Ausgestaltung der unterschiedlichen Vertragsverhältnisse. Bei der wettbewerbsrechtlichen Frage der Lauterkeit<sup>424</sup> ist das rechtlich zulässige Auftreten am Markt zu untersuchen. Beides ist letztlich eine Frage der Ausgestaltung und fällt damit in der verkürzten juristischen Begriffskategorie unter die Stufe des „wie“.<sup>425</sup>

Mit der „Zwei-Stufen-Theorie“ des „ob“ und „wie“ ist demgemäß sowohl das Verhältnis der sich an die Normen des Zivilrechts orientierenden Inbetriebnahme zum Öffentlichen Recht der Ansiedlung als auch jenes zum Recht gegen den unlauteren Wettbewerb zu beschreiben. Sofern nämlich im ersten Schritt die grundsätzliche öffentlich-rechtliche Zulassungsfähigkeit eines Factory Outlet Centers festgestellt und die erste Stufe mithin über-

423 Die unter 7.3. erfolgte Darstellung über die Bindung an das Ladenschlußgesetz ist ebenfalls keine Frage des „ob“, sondern vielmehr der Inbetriebnahme und damit des „wie“.

424 Die Lauterkeit ist semantisch auf das Wort „läutern“ zurückzuführen, das dem gehobenen Ausdruck für „reinigen“, „von Fehlern befreien“, entspricht, vgl. Duden, S. 450.

425 Diese in der juristischen Terminologie anerkannten Schlagwörter des „ob“ und „wie“ sind geläufig aus der sog. „Zwei-Stufen-Theorie“, die sich als Begriff vor allem beim Anspruch auf Zulassung zu gemeindlichen Einrichtungen durchgesetzt hat, vgl. BVerwG, NVwZ 1991, S. 59 m. Bspr. von Lässig, JuS 1991, S. 338; interessant hierzu auch: OVG Koblenz, NVwZ 1982, S. 379; VGH Kassel, DÖV 1994, S. 438. Zur „Zwei-Stufen-Theorie“ für den Bereich der von Hoheitsträgern bewilligten Subventionen, deren nähere Bedingungen privatrechtlich ausgestaltet sind vgl. aus der neuen Rspr.: BGH, WM 1999, S. 150.

wunden ist,<sup>426</sup> ist in einem zweiten Schritt die nunmehr tatsächliche Ausgestaltung dieser Betriebsform auf ihre rechtliche Vereinbarkeit hin zu untersuchen, und dies ist neben den einzelnen vertraglichen Ausgestaltungen vornehmlich eine Frage ihrer wettbewerbsrechtlich lautereren Vorgehensweise.<sup>427</sup>

Inwieweit eine Wettbewerbshandlung lauter oder unlauter ist, richtet sich, sofern das Gesetz nicht an eine konkret unerlaubte Handlung anknüpft, nach dem Gesamtcharakter des Auftretens am Markt. Danach sind verschiedenste Faktoren in einer Zusammenschau in die Betrachtung miteinzubeziehen.<sup>428</sup> Im Ergebnis ist hierbei von entscheidender Bedeutung, eine gerechte Abwägung zwischen der in unserer Gesellschaft bestehenden sozialen Marktwirtschaft<sup>429</sup> und dem Schutz gegen unlauteres Verhalten eines Konkurrenten bzw. eines anderen am Markt Beteiligten vorzunehmen.

Nicht nur die bereits dargestellte Zulassungs- und Genehmigungsfähigkeit, sondern auch das tatsächliche Handeln am Markt sind Gegenstand der derzeitigen Diskussionen in Bezug auf Factory Outlet Center. So gehen insbesondere Einzelhandelsinteressenverbände davon aus, daß beim Auftreten von Factory Outlet Centern am Markt vermehrt Verstöße gegen relevante Verbraucher- und Wettbewerbsgesetze vorliegen werden.<sup>430</sup>

Da die Normen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb neben der Konkurrenz auch die übrigen Marktbeteiligten, vornehmlich die Verbraucher, schützen,<sup>431</sup> ist eine Auseinandersetzung mit den für die besondere

426 In diesem Sinne auch Schmitz-Temming, WRP 1998, S. 680 (681), der insoweit von den „öffentlich-rechtlichen Hürden“ spricht.

427 Handlungen, die gegen die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb verstoßen, sind per se rechtswidrig und unlauter. Vgl. hierzu zutreffend Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl, Rdnr. 145, insoweit mißverständlich Baumbach/Hefermehl, UWG, Allg, Rdnr. 81. Es bleibt festzuhalten, daß nicht alle unerlaubten Wettbewerbshandlungen gegen die guten Sitten verstoßen müssen, begrifflich sind sie aber dennoch als unlauter zu qualifizieren; in diesem Sinne auch Fikentscher, Wirtschaftsrecht, Bd. II, S. 389.

428 Unlauterkeitskriterien finden sich mit Entscheidungsnachweisen bei Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl, § 113ff.

429 Zur deutschen Wirtschaftsverfassung vgl. die Aufbereitung bei Weimar/Schimiowski, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, II., S. 18ff.

430 Vgl. u. a. BAG, Positionspapier, S. 12f..

431 Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl, Rdnr. 76ff.

Betriebsform von Factory Outlet Centern relevanten Vorschriften im Rahmen dieser Untersuchung geboten.

## 8.2. Generalklausel

### § 1 UWG

#### 8.2.1. Voraussetzungen

Die „Spitzennorm“ des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb soll, so hat es bereits das Reichsgericht in seiner grundlegenden Entscheidung zu § 1 UWG ausgeführt,<sup>432</sup> schon äußerlich anzeigen, „daß die in § 1 enthaltene Generalklausel das ganze Gesetz beherrsche“.

Insoweit liegt ihre Bedeutung für die wettbewerbsrechtliche Wirklichkeit auf der Hand, wobei diese Norm sowohl alleine als auch ergänzend mit anderen Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb herangezogen werden kann.<sup>433</sup> Bei Verstößen können die unmittelbar Verletzten und die in § 13 Abs. 2 Nr. 1-4 UWG verankerten Mitbewerber, Verbände und Kammern beim Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen Unterlassungsansprüche geltend machen.<sup>434</sup>

Als unmittelbar Verletzte von wettbewerbsrechtlichen Verstößen, die im Rahmen des Betriebes eines Factory Outlet Centers erfolgen, kommen in der Praxis sowohl die mitkonkurrierenden Einzelhändler wie auch direkt verkaufende Hersteller und Großhändler in Betracht. In bestimmten Fallkonstellationen können diesen konkret betroffenen Mitbewerbern neben Unterlassungsansprüchen auch Schadensersatzansprüche<sup>435</sup> zustehen.

432 RGZ 79, S. 321 (327).

433 So zum Beispiel für einen Wettbewerbsverstoß aus § 3 UWG, vgl. BGH, GRUR 1957, S. 491 (493) (Wellaform).

434 Zum Vorliegen der Aktivlegitimation vgl. im einzelnen die Kommentierung bei Baumbach/Hefermehl, UWG, § 13, Rdnr. 11ff..

435 Insofern kommen als Anspruchsgrundlagen § 1 UWG sowie § 823 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. einem Schutzgesetz und § 826 BGB in Betracht. Eine genaue Aufschlüsselung der anspruchsbegründenden Merkmale dieser zuletzt genannten deliktischen Normen und den zu ermittelten Schadensumfang sprengt den für die Untersuchung der Betriebsform eines Factory Outlet Centers vorgesehenen Rahmen. Sie ist an dieser Stelle auch nicht sinnvoll, da hierbei wegen des quasi-provisorischen Ansatz-

Für die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschrift des § 1 UWG ist entscheidend, daß diese nur bei Vornahme von Handlungen im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs gegeben ist.

Unter den Begriff des geschäftlichen Verkehrs fällt hierbei jede Tätigkeit, die wirtschaftliche Zwecke verfolgt und in der Teilnahme am Erwerbsleben zum Ausdruck kommt.<sup>436</sup>

Der Vertrieb im Rahmen eines Factory Outlet Centers ist darauf angelegt, daß Hersteller Waren an eine Vielzahl von Endkunden veräußern, so daß ein geschäftliches Agieren unzweifelhaft vorliegt.<sup>437</sup>

Nach den Entscheidungsgründen der Rechtsprechung ist von einem Handeln zu Zwecken des Wettbewerbs dann auszugehen, wenn das Verhalten äußerlich geeignet ist, den eigenen oder fremden Wettbewerb zum Nachteil eines anderen zu fördern und der Handelnde ferner in subjektiver Hinsicht mit einer entsprechenden Absicht tätig geworden ist, welche nicht völlig hinter anderen Beweggründen zurücktritt.<sup>438</sup> In diesem Zusammenhang kommt es folglich nicht darauf an, ob ein entsprechendes Vorgehen am Markt lauter oder unlauter ist.<sup>439</sup>

punktes mit zu vielen Variablen umzugehen wäre. Zu den Erfordernissen der Begründetheit eines Schadensersatzanspruchs im einzelnen wird demnach auf die Ausführungen von Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl, Rdnr. 339ff. verwiesen. Als wesentlich ist in diesem Zusammenhang aber festzuhalten, daß auch für einen Schadensersatzanspruch aus § 1 UWG entgegen dem Wortlaut und den Voraussetzungen für einen Unterlassungsanspruch eine schuldhafte Handlung erforderlich ist, vgl. insoweit aus der Rspr.: BGH, GRUR 1990, S. 1012 (Pressehaftung). Zur anderen, inzwischen als überholt geltenden Ansicht vgl. grundlegend Rosenthal/Leffmann, UWG, § 1, Rdnr. 4.

436 Eingehend zum Begriff des geschäftlichen Verkehrs: Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl, Rdnr. 208.

437 Die Abgrenzung zum privaten oder rein amtlichen Verkehr erübrigt sich damit von vornherein. Hierzu näher: Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl, Rdnr. 208 m. w. N..

438 So oder ähnlich zur Frage des Handelns zu Wettbewerbszwecken: BGHZ 3, S. 270 (277) (Constanze I); BGH, GRUR 1983, S. 376 (Spendenbitte) m. Anm. Tilmann, S. 374. Aus der neueren Rspr. BGH, GRUR 1990, S. 611 (613) (Werbung im Programm); BGH, GRUR 1992, S. 450 (452) (Beitragsrechnung); BGH, GRUR 1993, S. 53 (54) (Ausländischer Inserent); BGH, WRP 1993, S. 106 (EWG-Baumusterprüfung); BGH, WRP 1996, S. 1099 (1100) (Testfotos II).

439 So auch Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl, Rdnr. 214.

Der Vertriebsform des Factory Outlet und der wie hier aufgezeigten besonderen Betriebsform des Factory Outlet Centers liegt der Absatz von Waren seitens des Herstellers zugrunde. Insoweit geht es um die Förderung dessen eigener wirtschaftlichen Betätigung zulasten anderer Anbieter. Daß es sich beim Hersteller und den klassischen Einzelhändlern nicht um Unternehmen einer Wirtschaftsstufe handelt, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.<sup>440</sup> Zwar muß zwischen dem geförderten und dem benachteiligten Anbieter ein konkretes Wettbewerbsverhältnis vorliegen; von einem solchen ist aber auch dann auszugehen, wenn ein Hersteller sich nicht auf seine Wirtschaftsstufe beschränkt und sich insoweit auf ein Terrain begibt, mit dem man ihn von seiner Bezeichnung her nicht unbedingt in Verbindung bringt.<sup>441</sup>

An die subjektive Wettbewerbsabsicht des am Markt Auftretenden stellt die Rechtsprechung im Interesse eines wirksamen Wettbewerbsschutzes nur geringe Anforderungen.<sup>442</sup> Insbesondere muß sie keinen Schädigungswillen beinhalten.

Der Maßstab, der für die Beurteilung einer solchen Wettbewerbshandlung als lauter oder unlauter gilt, sind die „guten Sitten“ und damit „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“.<sup>443</sup>

Dieser Begriff ist unbestimmt und daher auslegungsbedürftig.<sup>444</sup> Neben § 1 UWG ist er gesetzlich noch in § 138 BGB und § 826 BGB verankert, wobei zutreffenderweise davon auszugehen ist, daß er wegen des unterschiedlichen Zwecks und der differierenden Rechtsfolgen dieser Vorschrif-

440 Der Bundesgerichtshof hat wiederholt entschieden, daß auch zwischen Gewerbetreibenden verschiedener Wirtschaftsstufen ein Wettbewerbsverhältnis bestehen kann. Siehe BGH, GRUR 1988, S. 826 (827) (Entfernung von Kontrollnummern II) m. w. N..

441 Zu diesem Verhältnis von Hersteller und Einzelhändler vgl. bereits RG, GRUR 1930, S. 446 (Fittingswerke). Gleiches würde auch für das Verhältnis Großhändler zum Einzelhändler gelten. Zu den grundsätzlichen allgemeinen Zielunterschieden zwischen Hersteller und Handel, wenn erstere nicht als Händler agieren, siehe Tietz, Der Handelsbetrieb, S. 134ff..

442 BGH, WRP 1997, S. 940 (944) (Politikerschelte) m. w. N..

443 So bereits RGZ 48, S. 114 (124).

444 Zu der Leistungsfähigkeit des Begriffs der guten Sitten siehe grundlegend Mayer-Maly, AcP 194 (1994), 105ff.

ten jeweils einer anderen Inhaltsbestimmung zugeführt werden muß.<sup>445</sup> Im Rahmen des § 1 UWG ist beim Begriff der guten Sitten auf den Wettbewerb im Interesse der Mitbewerber, der Verbraucher und der Allgemeinheit abzustellen,<sup>446</sup> wobei diesbezüglich die Rechtsprechung bei der Ausfüllung dieses Begriffes weder soweit geht, Vorgänge im Wettbewerb allein deshalb als sittenwidrig anzusehen, weil sie dem üblichen Verständnis des Wirtschaftsverkehrs widersprechen noch Wettbewerbshandlungen nur aus dem Grunde für unlauter erachtet, weil sie als volkswirtschaftlich oder sozial bedenklich gelten.<sup>447</sup>

Diese Wertungen sind zu berücksichtigen, wenn der Frage nachzugehen ist, ob der Hersteller dem Einzelhandel im Rahmen des Vertriebswegs – wie es beim Factory Outlet und dessen besonderen Betriebstypus des Centers der Fall ist – direkt Konkurrenz machen kann und sich diesbezüglich wettbewerbsrechtlich konform verhält.

### *8.2.2. Direkte Konkurrenz des Herstellers zum Einzelhandel*

Zur wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit der direkten Konkurrenz zwischen Gewerbetreibenden verschiedener Wirtschaftsstufen erging bereits am 27.6.1958 eine grundlegende Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>448</sup>, die eine Auseinandersetzung von Direktverkäufen seitens Großhändlern an Endverbraucher zum Großhandelspreis und deren Vereinbarkeit mit § 1 UWG zum Gegenstand hatte. Das Gericht kam hierbei zu dem Ergebnis, daß es „keine Rechtsnorm im geltenden deutschen Recht gibt, die dem Fabrikanten oder Großhändler die unmittelbare Belieferung von Letztver-

445 So auch Baumbach/Hefermehl, UWG, Einl, Rdnr. 69 m. w. N.; dort auch zur Gegenansicht, die letztlich aber durch BGHZ 110, S. 156 (174f.); BGHZ 117, S. 280 (286); BGH, WRP 1998, S. 854 (Co-Verlagsvereinbarung) als inzwischen überholt anzusehen ist.

446 Vgl. hierzu BGH, WRP 1995, S. 688 (689) (Busengrapscher); BGH, WRP 1998, S. 854 (856) (Co-Verlagsvereinbarung); BGH, WRP 1999, S. 816 (820) (Güllepumpen).

Auch die reine Aufmerksamkeitswerbung unterliegt dem Verbot sittenwidrigen Handelns: BGH, WRP 1995, S. 679 (Ölverschmutzte Ente); BGH, WRP 1995, S. 682 (Kinderarbeit); BGH, WRP 1995, S. 686 (687) (H.I.V. POSITIVE).

447 BGHZ 28, S. 54 (59) (Direktverkäufe).

448 BGHZ 28, S. 54 (Direktverkäufe).

brauchern schlechthin verbietet.“<sup>449</sup> Nur in Sondergebieten sind dementsprechende Regelungen wiederzufinden, so zum Beispiel bei der Abgabe apothekenpflichtiger Arzneimittel an den Letztverbraucher.<sup>450</sup>

Mit der Einbeziehung von Fabrikanten in den Entscheidungsgründen<sup>451</sup> ist klargestellt, daß dieses Urteil von seiner Reichweite her nicht auf den Sachverhalt zu beschränken ist, daß der Großhändler in seiner Eigenschaft als solcher systemwidrig<sup>452</sup> die Ware nicht nur an den Zwischenhandel, sondern zudem auch an den Letztverbraucher abgibt. Vielmehr ist hieraus zu entnehmen, daß die dem Großhandel vorgelagerte Stufe des Herstellers als Verkäufer an den Letztverbraucher ebenfalls nach den vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätzen zu beurteilen ist.

In vielen Branchen ist der Absatzweg vom Hersteller zum Großhändler über den Zwischenhandel an den Endverbraucher zwar üblich,<sup>453</sup> wobei die Stufe des Zwischenhandels auch entfallen kann; in Anlehnung an die höchstrichterliche Rechtsprechung enthält diese Kette jedoch kein unumstößliches Prinzip, bei dessen Nichteinhaltung von einer Sittenwidrigkeit des geschäftlichen Handelns im Sinne des § 1 UWG auszugehen wäre. Der Hersteller als solcher kann grundsätzlich seinen Absatzweg frei wählen,<sup>454</sup> was aus dem dem deutschen Wirtschaftssystem<sup>455</sup> zugrundeliegenden Prinzip der Vertragsfreiheit resultiert.

Richtigerweise ist demnach festzuhalten, daß die Umgehung von üblichen Handelsstufen, die unweigerlich mit Direktverkäufen verbunden ist, nicht die Grundlagen unserer Wirtschaftsordnung berührt. Insofern kennt die Marktwirtschaft nämlich keine festgelegten Absatzwege. Ferner besteht

449 BGHZ 28, S. 54 (58) (Direktverkäufe).

450 Vgl. hierzu § 43 AMG (Gesetz über den Verkehr mit Arzneimitteln (Arzneimittelgesetz) vom 19.10.1994, BGBl. 1994 I, S. 3018).

451 BGHZ 28, S. 54 (57f.) (Direktverkäufe).

452 BGHZ 28, S. 54 (60) (Direktverkäufe) spricht insofern von „nicht funktionstreu“.

453 Vgl. insoweit die Aufstellung des Statistischen Bundesamtes, Wiesbaden: Unternehmen, Umsatz und Absatzwege im Großhandel 1995 nach Wirtschaftszweigen.

454 Neben BGHZ 28, S. 54 (59) (Direktverkäufe) vgl. hierzu auch BGH, WuW 1960, S. 193 (Elektrogeräte); BGH, GRUR 1960, S. 331 (335) (Schleuderpreise) m. Anm. Bußmann, S. 336; BGH, GRUR 1965, S. 431 (434) (Wickel).

455 Hierzu näheres unter 8.1., Fn. 429.

auch keine Standesordnung, die den Hersteller binden würde, den für seinen Bereich klassischen Absatzweg einzuhalten.<sup>456</sup>

Schließlich sind Direktverkäufe auch nicht deshalb als sittenwidrig anzusehen, weil mit ihnen regelmäßig Preisunterbietungen einhergehen. Im Rahmen der gegebenen Wirtschaftsordnung steht die Preisgestaltung eines Unternehmens grundsätzlich in dessen eigener Verantwortung.<sup>457</sup> Folglich kann eine Preisunterbietung nur beim Hinzukommen erschwerender Begleitumstände als sittenwidrig zu qualifizieren sein.<sup>458</sup>

Solche erschwerenden Begleitumstände wären unter anderem bei Irreführung der Verbraucher im Wege vorgetäuschter Preissenkungen<sup>459</sup> oder Lockvogelangeboten<sup>460</sup> bzw. der Herabsetzung von Mitbewerbern<sup>461</sup> anzunehmen.

Diesbezüglich besteht aber kein erhöhtes Gefährdungspotential seitens des Factory Outlet Vertriebs im Vergleich zu den klassischen Absatzwegen.

Im Ergebnis liegen demnach keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken gegen die Vertriebsform des Factory Outlet vor, sofern allein auf die direkte Konkurrenz des Herstellers mit dem Einzelhandel abgestellt wird. Das Umgehen von bereits etablierten Verteilungsmechanismen jedenfalls genügt hierfür nicht. Insofern handelt es sich bei den gewohnten Absatzketten vom Hersteller über den (Groß-/Zwischenhandel und) Einzelhandel zum Letztverbraucher um kein schutzwürdiges Gut der Wirtschaft und des Handels.

Die Sittenwidrigkeit von Direktverkäufen könnte demnach nur bestehen, sofern weitere Begleitumstände hinzukommen würden.

456 Für den insoweit übertragbaren Bereich des Großhandels: Koenigs, NJW 1961, S. 1041 (1044).

457 St. Rspr. seit BGHZ 28, 54 (60) (Direktverkäufe). Vgl. hierzu auch die Ausführungen bei Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1, Rdnr. 252 m. w. N..

458 Insofern nimmt BGHZ 28, S. 54 (60) (Direktverkäufe) Bezug auf BGH, U. v. 14.07.1954, WuW 1955, S. 118 (122) (Händlerrabatt).

459 RGZ 78, S. 194 (196).

460 Vgl. hierzu im einzelnen die Ausführungen und Nachweise bei Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1 Rdnr. 263; § 3, Rdnr. 279ff..

461 Siehe Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1, Rdnrn. 268; 317.



### 8.2.3. Differenzierung zwischen Großhändler- und Herstellerdirektverkauf

Im Rahmen der bereits dargestellten grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes über Direktverkäufe der Großhändler an Endverbraucher führte das Gericht zum Vorliegen der Wettbewerbswidrigkeit aus, daß diese dann vorliege, „wenn die Direktverkäufe mit besonderen Vorkehrungen mit dem Ziele verbunden sind, ein Bekanntwerden der Doppelfunktion dem Einzelhändler gegenüber zu verhindern, und wenn außerdem die derart verheimlichten Direktgeschäfte nach Art und Umfang Anstoß bei den Einzelhandelskunden erregt und ihnen Anlaß gegeben hätten, die Geschäftsbeziehungen zu dem Großhändler abubrechen“.<sup>462</sup>

Eine unmittelbare Anwendung dieser Rechtsprechung auf die hier zu untersuchenden Direktverkäufe seitens des Herstellers scheidet bereits daran, daß eine Verschleierung de facto in dieser Fallkonstellation unmöglich ist, weil der Factory Outlet Vertrieb – gerade in der Betriebsform des Centers – den Verkauf an den Letztverbraucher manifestiert. Die Doppelfunktion mithin, die der Großhändler in der streitgegenständlichen Entscheidung in seiner Eigenschaft sowohl als Verkäufer an den Einzelhandel als auch an den Letztverbraucher innehatte, ist in dieser Konstellation nicht gegeben. Wegen dieser offenkundigen Sachlage und der damit verbundenen klaren Wahrnehmung des Verkehrs kann es infolgedessen auch zu keiner geheimgehaltenen Direktverkaufstätigkeit und einer damit verbundenen Täuschung der Abnehmer kommen.

Die Ausführungen des Bundesgerichtshofs zum Vorliegen einer wettbewerbsrechtlich sittenwidrigen Verhaltensweise des Großhandels<sup>463</sup> sind demnach für die hier zu untersuchende Vertriebsform des Factory Outlets nicht übertragbar.

Zur Komplettierung der Abgrenzung zwischen Großhändler- und Hersteller-Direktverkäufen ist anzumerken, daß der Bundesgerichtshof in sei-

462 BGHZ 28, S. 54 (62) (Direktverkäufe).

463 In seiner Entscheidung BGHZ 28, 54 (62f.) (Direktverkäufe) nimmt das Gericht dann das Vorliegen von Sittenwidrigkeit an, wenn der Großhändler die an sich zulässigen Direktgeschäfte an den Letztverbraucher bewußt „verschleiert“, um dem Einzelhandel die zulässige Möglichkeit zu verwehren, seine Geschäftsbeziehungen zu diesem Verkäufer abubrechen.

nen bekannten Metro-Entscheidungen<sup>464</sup> ausführlich Stellung zur Rolle und dem Funktionsverständnis des Selbstbedienungsgroßhandels genommen hat. Letztlich wurde an diesen Urteilen vielfach Kritik geübt.<sup>465</sup> Ebenso wie bei der bereits dargestellten „Direktverkäufe“-Entscheidung<sup>466</sup> ist Hauptgegenstand dieser Entscheidungen die Doppelfunktion, die dem Großhändler in seiner Eigenschaft als solcher und seiner zusätzlichen Tätigkeit als Verkäufer an den Endverbraucher zukommt.

Wie soeben dargelegt, ist diese Konstellation nicht vorliegend, sofern der Hersteller, wie es bei der Betriebsform des Factory Outlet Centers der Fall ist, direkt Waren ausschließlich an den Letztverbraucher veräußert. Von daher entfalten diese Entscheidungen für die hier vorzunehmende Untersuchung des Herstellerdirektverkaufs keine indiziellen Wirkungen bei der rechtlichen Einordnung.

Vielmehr ist im folgenden der Frage nachzugehen, ob dann, wenn bereits ein Kaufvertrag zwischen dem Hersteller und Einzelhändler zustande gekommen ist, obwohl der Hersteller eine Direktverkaufstätigkeit aufgenommen hatte, ein solches Vorgehen unmittelbar bevorstand oder im Rahmen einer Dauergeschäftsbeziehung zwischenzeitlich der Fall wurde, hierdurch ein Vertragsbruch seitens des Herstellers begründet werden kann, der zugleich einen Wettbewerbsverstoß beinhaltet.

#### *8.2.4. Vertragsverhältnis zwischen Einzelhändler und Hersteller*

##### *8.2.4.1. Formen der Vertriebsgestaltung*

Im Rahmen des Handels zwischen Herstellern, Zwischen- und Endabnehmern besteht eine Vielfalt von Absatzformen für Wirtschaftsgüter.

Wie bereits unter 8.2.2. dargestellt, ist diesbezüglich zunächst zu unterscheiden zwischen direktem Herstellerabsatz und indirekten Absatzwegen.

464 BGH, GRUR 1978, S. 173 (Metro I); BGH, GRUR 1979, S. 411 (Metro II); BGH, GRUR 1990, S. 617 (Metro III) und BGH, U. v. 30.11.1989, Az.: I ZR 184/88 (Metro IV).

465 Siehe Dichtl, BB 1990, S. 1913; Schricker, GRUR 1990, S. 567; explizit zu Metro III: Köhler, BB 1990, S. 1429; Knöpfle, EWiR 1990, S. 1131. Zu den Grenzen des Selbstbedienungsgroßhandels noch vor Erlass der Metro-Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vgl. bereits grundlegend Fezer, BB 1976, S. 705.

466 BGHZ 28, 54 (Direktverkäufe).

Während beim direkten Absatz Hersteller unmittelbar mit dem Endabnehmer in Kontakt treten, beispielsweise über Verkaufsniederlassungen, den Zusammenschluß über eine Betreiberorganisation<sup>467</sup>, Außendienste, Telefon oder neue Medien, sind beim Vertrieb über indirekte Absatzwege zwischen Herstellern und Endabnehmern, die ein-, zwei- oder mehrstufig ausgestaltet sein können, sog. Absatzmittler<sup>468</sup> zwischengeschaltet.

Die interne Ausgestaltung von Vertriebssystemen ist ihrerseits wiederum verschiedenartig möglich. Sie kann zentral über die eigene Marketingabteilung, dezentral über eigene Niederlassungen oder ausgegliedert an Externe erfolgen.<sup>469</sup>

Beim Vertrieb über Absatzkanäle kann im weiteren ein Vertriebsbindungssystem bestehen, mit dem der Hersteller seine Abnehmer vertraglich verpflichtet, an wen, wo und wann seine Produkte zu vertreiben sind.<sup>470</sup> Besteht solch eine selektive Distribution werden bewußt nur ausgewählte Absatzmittler in den Absatzkanal mitaufgenommen, wobei diese bei Zuwiderhandlungen gegen den Vertriebsbindungsvertrag Unterlassungsansprüchen und im Falle schuldhaften Handelns Schadensersatzansprüchen und zu- meist auch Vertragsstrafen ausgesetzt sind.<sup>471</sup>

Im folgenden soll auf das Vorliegen möglicher Vertragsverletzungen im Rahmen der Vertriebsform näher eingegangen werden, bei der der Hersteller dem Einzelhändler seine Ware zum Weiterverkauf an den Endkunden veräußert und zugleich im Rahmen des Direktvertriebs am Markt agiert.

#### 8.2.4.2. Vertrags- und Vertrauensbruch seitens des Herstellers

Es ist durchaus möglich, daß ein Einzelhändler mit einem Hersteller keine Geschäftsbeziehung eingegangen wäre, wenn er von dessen, zu ihm in

467 Wie beim Factory Outlet Center, vgl. insoweit bereits die Ausführungen unter 1.1.

468 Ein Absatzmittler ist im eigenen Namen und auf eigene Rechnung als Händler tätig. Er wird Eigentümer der gehandelten Ware und veräußert diese wiederum, vgl. im weiteren zur Definition des Absatzmittlers, Pepels, Gabler-Lexikon, S. 4.

469 Vgl. diesbezüglich auch Pepels, Gabler-Lexikon, S. 289.

470 Vertriebs- und sog. Ausschließlichkeitsbindungen, die auf einen ausschließlichen Geschäftsverkehr zwischen den Vertragsparteien gerichtet sind, sind grundsätzlich gemäß § 16 GWB wirksam.

471 Vgl. im weiteren: Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1, Rdnr. 797.

Konkurrenz stehenden, selbständigen Agieren am Markt gewußt hätte. Auf den ersten Blick erschwerend kommt in dieser Konstellation nämlich für den Einzelhändler hinzu, daß nicht nur ein gewöhnlicher weiterer Anbieter auf dem Markt auftritt, sondern zudem ein solcher, der die Preise, verglichen mit der Einzelhandelskalkulation, unterbietet.<sup>472</sup>

Demgemäß ist zunächst zu untersuchen, ob in dieser Konkurrenzaufnahme durch den Hersteller bzw. einer seinerseitigen fehlenden Ankündigung bezüglich dieses Vorgehens, ein Vertragsverstoß hinsichtlich des zwischen dem Hersteller und dem Einzelhändler geschlossenen Kaufvertrags vorliegt, um sodann auf die wettbewerbsrechtlichen Auswirkungen dieses Verhaltens einzugehen.

#### 8.2.4.2.1. Wettbewerbsverbot

Ist in dem zwischen dem Hersteller und Einzelhändler begründeten Kaufvertrag keine Wettbewerbsverbotsklausel vereinbart, gemäß derer eine Direktverkaufstätigkeit des Herstellers ausgeschlossen wird, so ist es einem als Verkäufer agierenden Hersteller nicht verwehrt, als Händler seiner Ware und damit als Konkurrent zu seinem Vertragspartner auf dem Markt aufzutreten. Ein diesbezügliches Verhalten könnte keinen Vertragsverstoß begründen.

Selbst dann aber, wenn in dem zwischen dem Hersteller und dem Einzelhändler bestehenden Kaufvertrag ein Wettbewerbsverbot in Form einer Konkurrentenklausel vorgesehen ist, kann diese wegen Verstoßes gegen § 1 GWB<sup>473</sup> nichtig sein; ein diesbezügliches Nichteinhalten seitens des Herstellers würde dann ebenfalls keinen Vertragsverstoß beinhalten.

Gemäß dem in § 1 GWB normierten Kartellverbot sind Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken, verboten. Zwar sind Wettbewerbsverbote in Austauschverträgen der Anwendung des § 1 GWB entzogen, sofern sie zur Erreichung des mit dem Vertrag verfolgten Zwecks sachlich geboten sind;<sup>474</sup>

472 Zu den Preisreduzierungen vgl. die grundlegenden Ausführungen unter 1.1.

473 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 26.8.1998, BGBl. 1998 I, S. 2546; Neubekanntmachung des GWB vom 27.7.1957 (BGBl. 1957 I, S. 1081) in der ab 1.1.1999 geltenden Fassung.

474 Vgl. BGHZ 68, S. 6 (7) (Fertigbeton); BGH, WuW/E, S. 2085 (2087f.) (Strohgäuwochenjournal). Wettbewerbsverbote innerhalb von Austauschverträgen sind nach dem

wenn die Parteien den zwischen ihnen bestehenden Wettbewerb unangemessen beschränken, so kommt es jedoch nicht mehr auf diese intern verfolgten Ziele an. Könnte nämlich jede Wettbewerbsbeschränkung durch ihre Einbeziehung in einen Austauschvertrag dem Geltungsbereich der Norm des § 1 GWB entzogen werden, so liefe dies dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift entgegen, die das öffentliche Interesse an der Freiheit des Marktes schützt.<sup>475</sup>

Wie unter 1.1. dargestellt, gehören zu den vom Hersteller in Factory Outlet Centern vertriebenen Produkten vornehmlich Vorsaison- und Überschußwaren, Retouren, Auslaufmodelle, Restposten sowie 1 b-Ware, so daß die im Einzelhandel hauptsächlich vertriebene aktuelle, fehlerfreie Kollektion nicht den Gegenstand des vom Hersteller selbst zum Kauf angebotenen Warenbestands bildet. Würde es dem Hersteller, durch eine im Vertragverhältnis zwischen ihm und dem Einzelhändler vorgesehene Wettbewerbsklausel, verwehrt werden, diese besondere, nicht zum regulären Saison-Warenbestand gehörige Ware, zu veräußern, so kann hierin eine unangemessene Beschränkung des Wettbewerbs liegen, sofern ein solches Vertriebsverbot für den Hersteller zur Erreichung des mit dem Vertrag verfolgten Zwecks sachlich nicht mehr geboten ist. Der intern zwischen Hersteller und Einzelhändler verfolgte Zweck besteht diesbezüglich regelmäßig in der Verhinderung von Absatzschwierigkeiten für den Einzelhändler bezüglich der Vertragsware.

Wie unter 6. dargestellt, gibt es öffentlich-rechtliche Lösungen die Belegung der Innenstädte zu bewahren und fördern und damit indirekt einen echten Marktsegmentverlust für den Einzelhandel durch die Ansiedlung eines Factory Outlet Centers zu verhindern. Ein solcher käme konkret dann in Betracht, wenn eine unmittelbare räumliche Nähe sowie eine wesentliche Produktidentität zwischen der Ware des Einzelhändlers und des ihn beliefernden und zugleich selbst vertreibenden Herstellers bestehen würde. Genau dieses gilt es jedoch bereits vom öffentlich-rechtlichen Ansatz her zu verhindern.

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen grundsätzlich zulässig und unterliegen nur unter den Voraussetzungen des § 18 GWB dem Eingriff der Kartellbehörde.

475 Zur Beurteilung von Wettbewerbsverboten in Austauschverträgen nach § 1 GWB vgl. die grundsätzlichen Ausführungen des OLG Hamm, GRUR 1973, S. 421 (423) (Textilspitzen).

Von daher ist in der regelmäßig vorliegenden Konstellation, daß die im Factory Outlet Center vertriebene Ware eine andersartige Ware ist, als diejenige, auf die sich der Vertrag mit dem Einzelhändler bezieht, mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>476</sup> davon auszugehen, daß einer auch diese Ware betreffenden Wettbewerbsverbotsklausel wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen zukommen, da hier der Markt über das Erforderliche hinaus aufgeteilt wird.<sup>477</sup> Diese Klausel unterläge mithin der Anwendbarkeit des § 1 GWB mit der Folge ihrer Nichtigkeit.<sup>478</sup> In diesem Zusammenhang ist weiterhin festzuhalten, daß Konkurrentenklauseln zudem auch nicht in der Lage sind, den Wettbewerb auf Dauer zu beschränken.<sup>479</sup> Sollte demnach keine Befristung des Wettbewerbsverbots im Kaufvertrag zwischen dem Hersteller und Einzelhändler festgelegt sein, so wäre zudem aus diesem Grund von der Nichtigkeit dieser Vertragsklausel auszugehen.<sup>480</sup>

Läge im Einzelfall folglich eine gemäß § 1 GWB unwirksame Wettbewerbsklausel vor, so wäre demgemäß eine Nichteinhaltung dieser seitens des Herstellers bereits unter vertragsrechtlichen Gesichtspunkten unschädlich und könnte für sich genommen keine wettbewerbsrechtlichen Wirkungen nach sich ziehen.

#### 8.2.4.2.2. Aufklärungsverpflichtung

Im weiteren ist davon auszugehen, daß auch das Verschweigen bezüglich des selbständigen Auftretens am Markt seitens eines Herstellers, der zugleich als Verkäufer gegenüber dem Einzelhandel agiert, im Rahmen der

476 Vgl. BGHZ 68, S. 6 (Fertigbeton).

477 Zur Abgrenzung zwischen Kartell- und Austauschvertrag, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Markteilung vgl. OLG Hamburg, WuW/E, S. 1785 (Hydraulik-Hammer).

478 Letztlich ist hiermit die Frage verbunden, ob dann der gesamte Vertrag nichtig ist (§ 139) oder nach der Auslegung oder aufgrund einer Salvatorischen Klausel von einer ausschließlichen Nichtigkeit der Klausel und mithin vorliegenden Teilnichtigkeit des Vertrages auszugehen ist.

479 Zur diesbezüglichen Rechtsprechung bei Unternehmensveräußerungsverträgen vgl. exemplarisch BGH, WuWE, S. 2085 (2087f.) (Strohgäu-Wochenjournal) (5 Jahre); OLG Hamm, GRUR 1973, S. 421 (423) (Textilspitzen).

480 Bzw. des Vertrages, vgl. Fn. 478.

Kaufvertragsbeziehung zum Einzelhändler keine Vertragsverletzung darstellt. Ein solches Verschweigen könnte nämlich nur dann als Vertragsverletzung gewertet werden, wenn der Einzelhändler nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise Aufklärung erwarten durfte.<sup>481</sup>

Zurecht geht die Rechtsprechung mit der Annahme einer Aufklärungsverpflichtung im Rahmen von Kaufvertragsbeziehungen restriktiv um, sofern sich die Aufklärung auf Tatsachen beziehen würde, die nicht direkt mit dem Kaufgegenstand zusammenhängen. Ansonsten würde die Hinweispflicht des Verkäufers unverhältnismäßig ausgedehnt und er müßte die Interessen der anderen Vertragspartei umfassend mitberücksichtigen, um keine Haftungsinanspruchnahme zu befürchten. Dies aber würde den Grundsatz von Treu und Glauben überdehnen, da diesbezüglich auch der Grundsatz miteinzubeziehen ist, daß derjenige, der einen Vertrag schließt, seine Interessen selbst zu wahren hat.<sup>482</sup> So wurde das Verschweigen des Verkäufers, daß seine Ehefrau ein Konkurrenzunternehmen eröffnen würde, im Rahmen eines Unternehmensverkaufs, bei dem ein Wettbewerbsverbot für den Verkäufer vertraglich festgelegt worden war, vom Bundesgerichtshof nicht als anspruchbegründendes Verhalten für eine Haftung aus c. i. c. angesehen.<sup>483</sup>

Etwas anderes könnte jedoch dann gelten, wenn bereits langfristige Geschäftsbeziehungen zwischen dem Hersteller und Einzelhändler bestanden hätten. Aus dauernden Geschäftsbeziehungen, durch die sich ein Vertrauensverhältnis entwickelt hat, kann eine Haftung aus c. i. c. auch aus Handlungen resultieren, die nicht unmittelbar mit der Erfüllung einer Vertragspflicht oder der Anbahnung eines Vertrages im Zusammenhang stehen.<sup>484</sup> Insbesondere für Aufklärungspflichten muß hier ein höherer Maßstab gelten. Je größer das Vertrauensverhältnis zwischen dem Hersteller als Verkäufer an den Einzelhändler, umso umsichtiger müßte er folglich mit diesem und dessen Interessen umgehen.

481 BGH, NJW 1989, S. 763 (764); BGH, NJW-RR 1991, S. 439 (440).

482 Zu den Anforderungen an den Verkäufer, dem Käufer Mitteilung von Tatsachen zu machen, die für den Entschluß des Käufers, den Kaufvertrag zu schließen, von Bedeutung sind vgl. BGH, NJW 1971, S. 1795; BGH, WM 1983, S. 1006 (1007f.).

483 BGH, NJW 1987, S. 909 (910).

484 Heinrichs in: Palandt, BGB, § 276, Rdnr. 103 m. w. N..

Für den Fall zwar, daß vertraglich kein wirksames Wettbewerbsverbot des Herstellers verankert ist, kann auch diesbezüglich der Vertrauensschutz nicht soweit gehen, daß es als Vertrags(anbahnungs)verstoß gegenüber dem Einzelhändler zu qualifizieren wäre, wenn der Hersteller selbst als Händler und damit als Konkurrent zu seinem Vertragspartner auf dem Markt auftreten würde; wohl aber käme bei einem aufgrund der Langjährigkeit und des Warenbezugsvolumens stark ausgeprägten Geschäftsverhältnisses eine Aufklärungspflicht des Händlers über seine neue Vorgehensweise in Betracht. Schließlich könnte diese je nach räumlicher Konkurrenznähe, dem beidseitigen Warenbestand etc. erhebliche Auswirkungen für den Geschäftsbetrieb des jeweiligen Einzelhändlers haben.

Liegt ein derart sich aus der Geschäftsverbindung ergebendes Vertrauensverhältnis der Vertragsparteien vor, so ist nicht auszuschließen, daß in der versäumten Vorankündigung des Herstellers über die von ihm neu geschaffene Marktsituation ein Vertragsanbahnungs-, bzw. bei einem zeitlich schon vor der Neuorientierung des Händlers geschlossenen Kaufvertrag, ein Vertragsverstoß liegen würde. Der diesbezügliche Schaden würde daraus folgen, daß der Hersteller aufgrund der mangelnden Aufklärung, dem Einzelhändler die Möglichkeit genommen hätte, sich sowohl hinsichtlich seiner Bezugs- als auch Absatzquellen neu zu orientieren. Unter diesem Gesichtspunkt könnte der hierdurch eingetretene Absatzrückgang aus dem Grundsatz der c. i. c.,<sup>485</sup> bei einer erst nach dem Kaufvertragsabschluß erfolgten Neuorientierung des Herstellers, wegen der Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht<sup>486</sup> aus pVV ausgleichspflichtig sein.

Ein auf Verschulden bei Vertragsverhandlungen gestützter Schadenersatzanspruch wäre grundsätzlich auf Ersatz des Vertrauensschadens gerichtet,<sup>487</sup> d. h. regelmäßig auf Rückabwicklung des Kaufvertrages oder bei Festhalten am Vertrag auf Abschluß zu einem günstigeren Preis;<sup>488</sup> der

485 Wobei die Beweislast sowohl hinsichtlich des Vertrauensverhältnisses, der hieraus resultierenden Pflichtverletzung, der Kausalität für den Schaden (zumeist Absatzrückgang), des Schadens und des Verschuldens seitens des Herstellers, beim Einzelhändler liegen würde.

486 Die vertragliche Nebenpflicht bestünde vorliegend in einer aus dem Normzweck des § 242 BGB resultierenden Aufklärungs-, Hinweis- bzw. Offenbarungsverpflichtung.

487 Vgl. statt vieler: BGH, NJW 1962, S. 1196; BGH, NJW 1981, S. 1673; BGHZ 114, S. 87 (94).

488 Anschaulich hierzu: BGH, NJW 1977, S. 1536.



Schadensersatzanspruch aus pVV würde ein Rücktrittsrecht oder einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages begründen, sofern der Vertragszweck derart gefährdet wäre, daß es dem Einzelhändler nicht zugemutet werden könnte, am Vertrag festzuhalten.<sup>489</sup>

Ob demgemäß von einem Vertrags(anbahnungs)verstoß auszugehen ist und dem Einzelhändler ein Schadensersatzanspruch zukommt, bleibt aber aufgrund der in diesem Zusammenhang dargelegten auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffe wie Vertrauensverhältnis und Treu und Glauben, letztlich eine Frage des Einzelfalls, über die nur unter Einbeziehung sämtlicher individueller Umstände zu entscheiden ist und deren Lösungsansatz demgemäß in dem hier vorliegenden Rahmen nur anhand dieser zu beachtenden Kriterien aufgezeigt werden konnte.

#### 8.2.4.3. Wettbewerbsrechtliche Folgen eines Vertragsverstoßes

Aber selbst dann, wenn vom Vorliegen eines Vertrags(anbahnungs)verstoßes auszugehen wäre, würde mit dieser Feststellung nicht zwangsläufig eine solche über eine wettbewerbsrechtlich unlautere Vorgehensweise einhergehen. Ein Vertragsbruch ist wettbewerbsrechtlich nämlich nur dann als sittenwittig im Sinne des § 1 UWG zu qualifizieren, wenn er mehr als üblich dem Fehlen von Anstand bzw. Lauterkeit zugeschrieben werden kann.<sup>490</sup> Nur wenn über einen bestehenden Vertragsverstoß hinaus eine Täuschung, die einer gezielten Marktbehinderung oder –verdrängung gleichkäme, vorliegen würde,<sup>491</sup> wäre folglich aus diesem Grund ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch aus § 1 UWG gegen den Hersteller gegeben.<sup>492</sup> Die diesbezügliche Hürde zwischen vertrags- und wettbewerbsrechtlichen Anknüpfungen ist demgemäß hoch.

489 St. Rspr.: BGHZ 11, S. 84.

490 Vgl. hierzu die konkreten Beispiele bei Baumbach/Hefermehl, UWG, § 1, Rdnr. 823.

491 Was in der Praxis die absolute Ausnahme sein dürfte – zumal deshalb, da die Hersteller bei ihrer quasi als Nebentätigkeit ausgestalteten Aufnahme des Direktvertriebs im Rahmen eines Factory Outlet Centers, nach wie vor auf den Absatzmarkt durch Verkauf ihrer Ware an den Groß- und Einzelhandel angewiesen sind.

492 Würde eine Täuschung vorliegen, so bestünde regelmäßig auch der deliktische Anspruch gegen den Hersteller aus § 826 BGB.

Nicht ausgeschlossen ist jedoch, unter dem Blickwinkel vertraglicher Rechte, daß dem Einzelhändler in dieser Konstellation das Recht zukommt, die Vertragsbeziehung zum direktverkaufenden Hersteller zu beenden.

#### 8.2.4.4. Kündigungsrecht des Einzelhändlers

Sollte ein Einzelhändler durch die Aufnahme des Factory Outlet Vertriebs seitens des ihn beliefernden Hersteller in seinem eigenen Umsatz betroffen sein, so wird er regelmäßig seine Geschäftsbeziehungen zu diesem abbrechen wollen.

Dies ist bei einmaligen oder zeitlich hintereinander liegenden jeweils für sich abgeschlossenen Kaufverträgen ohne weiteres möglich, da die Wahl des Geschäftspartners nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit dem Unternehmer grundsätzlich freisteht.<sup>493</sup> Insofern wird der Einzelhändler keine neuen Vertragsbeziehungen mit dem Hersteller mehr eingehen.

Aber auch im Rahmen eines zwischen dem Einzelhändler und dem Hersteller bestehenden Dauerschuldverhältnisses,<sup>494</sup> in dem festgelegt ist, daß die Ware über mehrere Saisonabschnitte seitens eines Einzelhändlers vom Hersteller bezogen werden soll, muß dem Einzelhändler unter bestimmten Voraussetzungen ein außerordentliches Kündigungsrecht zur Beendigung dieses Vertrages zukommen, wenn der Hersteller die direkte Konkurrenz zum Einzelhändler aufnimmt.

Wie unter 8.2.4.2. dargestellt, bleibt dies zwar dem Hersteller rechtlich unbenommen, sofern er nicht, aufgrund eines wirksamen Wettbewerbsverbots oder wegen einer von einem besonderen Vertrauensverhältnis geprägten Lage, einen Vertragsverstoß begeht. In der Gesamtschau wird in diesem Verhalten jedoch dann ein „wichtiger“ und damit zur außerordentlichen Kündigung berechtigender Grund<sup>495</sup> liegen, wenn Tatsachen vorliegen, die unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der beidseiti-

493 So auch BGHZ 28, S. 54 (63) (Direktverkäufe).

494 Erst mit dem Gesetz über die allgemeinen Geschäftsbedingungen, (AGB-Gesetz) vom 9.12.1976, BGBl. 1976 I, S. 3317, hat der Begriff des Dauerschuldverhältnisses Eingang in den Gesetzestext gefunden.

495 Die Rechtsprechung hat aus §§ 554 a, 626, 723 BGB, 92 HGB den allgemeinen Grundsatz entwickelt, daß Dauerschuldverhältnisse aus wichtigem Grund gekündigt werden können, st. Rspr. seit BGH, NJW 1951, S. 836 m. Verweis auf RGZ 128, S. 1 (16); RGZ 148, S. 81 (92); RGZ 160, S. 257 (270); vgl. auch BGHZ 29, S. 172.

gen Interessen, die Fortsetzung des Vertrages für den Kündigenden unzumutbar machen.<sup>496</sup>

Bei der Aufnahme des Direktverkaufes seitens des Herstellers könnte dies der Fall sein, wenn hierdurch, beispielsweise aufgrund der örtlichen Nähe zum Einzelhandel und der vom Hersteller vertriebenen Menge der Ware, für den Einzelhändler kein oder ein nur noch geringer Absatzmarkt für seine einst vom Hersteller bezogene Ware verbleibt. Ein solches außerordentliches Kündigungsrecht würde dem Einzelhändler auch dann zustehen, wenn das Vertragsverhältnis über den Bezug von Waren nicht direkt mit dem Hersteller, sondern mit einem Großhändler geschlossen worden ist. Insoweit ist ein Verschulden des anderen Teils für das Entstehen des wichtigen Grundes nicht erforderlich.<sup>497</sup>

Aufgrund der unter 1.6. dargestellten Sachlage, wonach es der Betriebsform des Factory Outlet Centers eigen ist, daß die Hersteller ihre Verkaufsstätten nicht in der Nähe der von ihnen belieferten Einzelhandelsgeschäften ansiedeln, sondern vielmehr die unmittelbare (Konkurrenz-) Nähe vermeiden wollen und demgemäß städtebaulich nicht integrierte Standorte als bevorzugt gelten sowie der unter 6. dargestellten öffentlich-rechtlichen Maßnahmen zur Schaffung einer bestmöglichen Verträglichkeit von Factory Outlet Centern, ist nicht zu erwarten, daß bei der erfolgenden tatsächlichen Standortbelegung derartig drastische Kaufkraftentziehungen für den Einzelhandel nicht gegeben sein werden. Von daher wird die praktische Relevanz der im Ergebnis der Gesamtschau für den Einzelhändler unzumutbaren Umstände und dem mithin zur Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses berechtigenden Grund nur gering ausfallen.

#### 8.2.4.5. Haftung des zwischengeschalteten Großhändlers

Bezieht der Einzelhändler seine Waren nicht vom Hersteller, sondern vom zwischengeschalteten Großhändler, und würde sich der Hersteller zum Direktvertrieb an die Endverbraucher in der Nähe des Einzelhändlers ansiedeln, so wäre eine Haftung des Großhändlers aus c. i. c. oder pVV für ein

496 St. Rspr.: BGH, NJW 1978, S. 947 (948); BGHZ 41, S. 104 (108); BGH, NJW 1981, S. 1264 (1265); BGH, NJW 1989, S. 1482 (1483); zuletzt ausdrücklich: BGH, NJW 1999, S. 1177 (1178).

497 Vgl. hierzu BGH, DB 1972, S. 2054 (2055).

schadenzufügendes Verhalten des Herstellers bereits deshalb ausgeschlossen, da selbst bei einem schuldhaften Verhalten des Herstellers keine Haftung für fremdes Verschulden aus § 278 BGB vorliegen würde, insoweit ist der Hersteller im Verhältnis vom Groß- zum Einzelhandel nicht als Erfüllungsgehilfe des Großhändlers anzusehen.<sup>498</sup>

Nur wenn der Großhändler zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrages über die Waren gewußt hätte, daß der Hersteller eine Direktvertriebsstätte in der Nähe des Einzelhändlers zu betreiben beabsichtigt oder ein diesbezügliches kollusives Zusammenwirken stattgefunden haben sollte, käme eine Haftung nach den Grundsätzen der c. i. c. dann in Betracht, wenn zudem eine, eine Aufklärungspflicht begründende, Vertrauensbeziehung zwischen den Händlern bestanden hätte.<sup>499</sup> Nur in dieser Konstellation könnte die weitergehende vertragliche Nebenpflicht erwachsen, richtig und vollständig Auskunft auch über nicht direkt mit dem Kaufgegenstand verbundene Umstände zu erteilen.<sup>500</sup> Bezüglich der Kündigungsmöglichkeiten des Vertragsverhältnisses seitens des Einzelhändlers wird auch in dieser Konstellation auf die vorgenannten unter 8.2.4.4. gemachten Ausführungen verwiesen.

Für die Begründung wettbewerbsrechtlicher Wirkungen aus diesem Verhalten müßte, wie bereits unter 8.2.4.3. dargestellt, ein über den bloßen Vertragsverstoß hinausgehendes zusätzliches Täuschungselement vorliegen, was praktisch die Ausnahme sein dürfte.

### *8.2.5. Verhältnis des direkt vertreibenden Herstellers zum Handelsvertreter und Vertragshändler*

#### 8.2.5.1 Besonderheiten der selbständigen kaufmännischen Hilfspersonen

Daß der dargestellte Vertriebsweg vom Hersteller (ggf. über den Großhändler) zum Einzelhandel und sodann an den Endverbraucher nicht immer durch jeweils separate Kaufverträge abschließend sein muß, zeigt sich

498 Zu den Voraussetzungen des Erfüllungsgehilfen im einzelnen vgl. Heinrichs in: Palandt, BGB, § 278, Rdnr. 7.

499 Vgl. hierzu bereits die Ausführungen zum Vertragsverhältnis Hersteller/Einzelhändler unter 8.2.4.2.2.

500 Vgl. unter dem Aspekt der Bankauskünfte bereits RGZ 126, S. 50 (52); ferner BGHZ 49, S. 167 (168).

anhand der im Handel etablierten selbständigen „Hilfspersonen“ des Kaufmanns.<sup>501</sup>

Eine dieser selbständigen Hilfspersonen ist der Handelsvertreter,<sup>502</sup> der gemäß § 84 HGB im fremden Namen selbständig Rechtsgeschäfte für den Geschäftsherrn abschließt und vermittelt. Als Mischform des Handelsvertreters, der im fremden Namen für fremde Rechnung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses tätig ist und dem Kommissionär<sup>503</sup>, der demgegenüber nicht ständig und im eigenen Namen für fremde Rechnung arbeitet, hat sich zudem die Person des sog. Vertragshändlers herausgebildet. Der Vertragshändler wird ebenfalls im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses – in der Regel für nur einen Hersteller – tätig und kauft bzw. verkauft Waren im eigenen Namen auf eigene Rechnung.<sup>504</sup>

Zwischen Hersteller und Vertragshändler besteht ein Geschäftsbesorgungsvertrag nach §§ 675, 611 BGB mit kaufrechtlichen und handelsvertreterähnlichen Elementen. Zwischen dem Vertragshändler und seinem

501 Hierzu zählen neben dem Handelsmakler, Kommissionär, Kommissionsagent, Spediteur, Lagerhalter und Frachtführer auch die im folgenden näher dargestellten Personen des Handelsvertreters und Vertragshändlers.

502 Näheres hierzu bei K. Schmidt, Handelsrecht, § 27, S. 719ff.; Zum Begriff des Handelsvertreters und zur Abgrenzung seiner Tätigkeit bezüglich weiterer Formen der Geschäftstätigkeit für andere vgl. auch die Kommentierung von Ruß in: HDK, HGB, § 84, Rdnr. 1ff..

503 Zu diesem Begriff und dem des Kommissionsagenten vgl. K. Schmidt, Handelsrecht, § 28 II 1., S. 757f..

504 Nach der im Anschluß an Ulmer, Der Vertragshändler, 3. Kap. § 10 VI, S. 206 heute üblichen Definition ist er „ein Kaufmann, dessen Unternehmen in die Vertriebsorganisation eines Herstellers von Markenwaren in der Weise eingegliedert ist, daß er es durch Vertrag mit dem Hersteller oder einem von diesem eingesetzten Zwischenhändler ständig übernimmt, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung die Vertragswaren im Vertragsgebiet zu vertreiben und ihren Absatz zu fördern, die Funktionen und Risiken seiner Handelstätigkeit hieran auszurichten und im Geschäftsverkehr das Herstellerzeichen neben der eigenen Firma herauszustellen“. Ähnlich bestimmt auch der Bundesgerichtshof den Begriff des Vertragshändlers, den er zuweilen auch als Eigenhändler bezeichnet, so beispielsweise in BGHZ 29, S. 83 (87); BGHZ 34, S. 282 (285); BGHZ 54, S. 338 (340f.); BGH, NJW 1982, S. 2819; BGH, WM 1983, S. 1102. Zur weiteren Beschreibung der Tätigkeit des Vertragshändlers vgl. die Darstellung bei K. Schmidt, Handelsrecht, § 28 II 2., S. 758ff..

Kunden liegt hingegen regelmäßig ein Kaufvertragsverhältnis nach § 433 BGB im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vor.

Im Gegensatz zu den unter 8.2.4.2.2. erörterten Treuepflichten zwischen Verkäufer und Käufer liegt dem Einsatz eines Handelsvertreters oder Vertragshändlers regelmäßig ein Rechtsverhältnis zugrunde, das sich nicht in einer bloßen Käufer-Verkäufer-Beziehung erschöpft.

#### 8.2.5.2. Höchstrichterliche Einordnung des Vertragsverhältnisses

Zu dem Themenkomplex des parallelen Direktvertriebs eines Herstellers gegenüber einem Vertragshändler ergingen am 10.2.1993 zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofes,<sup>505</sup> wonach bei der Entscheidung zur fristlosen Kündigung eines Vertragshändlerverhältnisses und der Schadensersatzpflicht des Herstellers<sup>506</sup> der Bundesgerichtshof ausführte, daß der Vertrag zwischen Hersteller und Vertragshändler in höherem Maße als andere Verträge der gegenseitigen Treuepflicht unterliegen soll.

Sofern dem Vertragshändler ein Alleinvertriebsrecht<sup>507</sup> oder eine dem nahekommende Position eingeräumt wurde, sollen Eingriffe in das geschützte Absatzgebiet nur aus schwerwiegenden Gründen und bei angemessener Berücksichtigung der nachteiligen Folgen zulässig sein.

Im konkret zu entscheidenden Fall sah das Gericht die letztgenannten Voraussetzungen nicht gegeben und billigte dem Vertragshändler deshalb in Anlehnung an § 89 a Abs. 1 Satz 1 HGB einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses sowie die Erstattung von Schadensersatz analog § 89 a Abs. 2 HGB zu.<sup>508</sup>

Zur Frage der Treuepflichtverletzung eines Herstellers gegenüber einem Vertragshändler durch Aufnahme des parallelen Direktvertriebs hat der Bundesgerichtshof zudem in seinem weiteren Urteil vom 10.2.1993 entschieden, daß dem Hersteller, der seine Produkte durch selbständige Unternehmen vertreiben läßt, nicht mehr die grundsätzlich bestehende Freiheit zukommen soll, den Absatz nach Belieben zu organisieren. Vielmehr müsse er in einem solchen Fall neben seinen „eigenen unternehmerischen Interes-

505 BGH, NJW-RR 1993, S. 678; BGH, NJW-RR 1993, S. 682.

506 Vgl. BGH, NJW-RR 1993, S. 682.

507 Zu diesem Begriff vgl. u. a. BGH, DB 1970, S. 44.

508 BGH, NJW-RR 1993, S. 682 (683f.).

sen“ auch diejenigen seiner „Vertragspartner gebührend berücksichtigen und infolgedessen alles unterlassen, was deren Marktposition unzumutbar beeinträchtigt“.<sup>509</sup>

In welchem Maß hierbei der Hersteller auf die Interessen seiner Haupt­händler Rücksicht nehmen muß, soll nach Auffassung des Gerichts entscheidend davon abhängen, welche Pflichten und Beschränkungen diesen gegenüber bestehen. Je mehr die Vertragshändler sich in die Vertriebsorganisation des Herstellers eingliedern und diesen durch Einsatz von Kapital und Personal unterstützen, um so mehr Rücksicht muß auf deren Marktinteressen zu nehmen sein.

Im konkreten Fall kam der Bundesgerichtshof zu dem Ergebnis, daß die Eigenvertriebsaktivitäten des Herstellers auf der gleichen Handelsstufe wie seine Hilfsperson verboten waren,<sup>510</sup> weil der parallele Direktvertrieb geeignet gewesen sei, „die Absatzchancen (des Vertragshändlers) empfindlich zu beeinträchtigen“.<sup>511</sup> Insofern kam das Gericht zu einer Schadensersatzpflicht des Herstellers aus § 89 a Abs. 2 HGB und einem Ausgleichsanspruch aus § 89 b HGB analog und füllte demnach die für die Person des Vertragshändlers bestehende Rechtslücke im Wege der Hinzuziehung des Handelsvertreterrechts.

### 8.2.5.3. Stellungnahme zu dieser Rechtsprechung

Der Entscheidungsinhalt, daß auch bei fehlendem Alleinvertriebsrecht des Vertragshändlers erstmals eine Unterordnung des Herstellereinflusses und dessen Interessen im Hinblick auf die Vertriebswegewahl getroffen wird, ist als Neuerung zu der bis dahin bestehenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes<sup>512</sup> zu werten.

509 BGH, NJW-RR 1993, S. 678 (681).

510 Ausschlaggebend waren für den Bundesgerichtshof hier die seitens des Vertragshändlers vertraglich erfolgte Unterordnung unter die Vertriebsinteressen des Herstellers u. a. durch die Verpflichtung zum Einsatz von speziellem Personal, der Abnahme bestimmter Mindestmengen, der eingehenden Berichterstattung sowie dem Verbot, Konkurrenzprodukte zu vertreiben: BGH, NJW-RR 1993, S. 678 (681f.).

511 BGH, NJW-RR 1993, S. 678 (682).

512 BGHZ 26, S. 161 (163; 165f.); BGHZ 49, S. 39 (42); BGH, NJW 1985, S. 623 (628f.).

Als diesbezüglich einschneidend gilt, daß der Bundesgerichtshof nunmehr auch bei der bloßen festen Einbindung in die Betriebsorganisation des Herstellers die sich aus Treu und Glauben ergebende Rücksichtnahmepflicht des Herstellers nicht nur auf die notwendige Information aus § 86 a HGB beschränkt, sondern darüberhinaus das scharfe Schwert des Herstellerverkaufsverbots einsetzt. Diese Auffassung hat er in einem späteren Urteil bestätigt,<sup>513</sup> weshalb von einer gewissen Verfestigung auszugehen ist.

Im Ergebnis ist ihr zuzustimmen, da sie dem bei einer betrieblichen Einbindung des Vertragshändlers zum Hersteller bestehenden besonderen, über den bloßen Verkauf und Kauf von Waren hinausgehenden Verhältnis Rechnung trägt.

Wie unter 8.2.4.2 gezeigt, ist zwar, im Rahmen gewöhnlicher Kaufvertragsbeziehungen und bei von einem besonderen Vertrauensverhältnis geprägten längerfristigen Geschäftsbeziehungen, ein Vertragsverstoß im Hinblick auf die Direktverkaufstätigkeitsaufnahme durch den Hersteller nur in Einzelfällen anzunehmen. Aufgrund der näher an- und eingebundenen Rolle des Vertragshändlers, für den die analoge Anwendung der Regeln über den Handelsvertreter wegen seiner vergleichbaren Stellung und der bestehenden Regelungslücke angebracht ist,<sup>514</sup> müssen diesbezüglich jedoch andere Maßstäbe gelten.

Die in der Literatur vereinzelt vorgebrachte Kritik,<sup>515</sup> wonach die Schutzbedürftigkeit des Vertragshändlers nicht nachvollziehbar sein soll, wenn ihm vertraglich gerade kein Alleinvertriebsrecht zukommt, ist demnach nicht berechtigt.

Dogmatisch nimmt der Bundesgerichtshof bei der bereits aufgezeigten Entscheidung vom 10.2.1993<sup>516</sup> keine Stellung, aus welcher Norm sich das Verbot des Herstellerdirektvertriebs ergibt. Letztlich ist seine Begründung

513 Vgl. insoweit BGH, NJW 1994, S. 1060 (1061) (DAIHATSU).

514 Zu den Voraussetzungen einer entsprechenden Anwendung des § 89 b HGB auf Vertragshändler vgl. bereits BGHZ 29, S. 83 (86ff.); BGHZ 34, S. 282 (285ff.); BGHZ 68, S. 340 (343ff.); BGH, NJW 1981, S. 1961f.; BGH, NJW 1982, S. 2819.

515 Soweit ersichtlich lediglich Fruhmann, MDR 1995, S. 433.

516 BGH, NJW-RR 1993, S. 678.



aber unter § 242 BGB zu fassen und die getroffenen Folgerungen hieraus herzuleiten.<sup>517</sup>

Zwar weist der Herstellerdirektverkauf die Besonderheit des Verkaufs reduzierter Markenware auf, weshalb sein Auftreten als Mitbewerber auf dem Markt weiterreichende Folgen haben kann, als bei einem in der Kalkulationsspanne vergleichbaren Händler.<sup>518</sup> Dennoch könnte speziell für den Vertrieb im Factory Outlet Center die von der Rechtsprechung<sup>519</sup> geforderte empfindliche Beeinträchtigung der Absatzchancen des Vertragshändlers durch die Aufnahme des parallelen Direktvertriebs seitens des Herstellers im Ergebnis letztlich fehlen. Wie bereits unter 1.1. und 8.2.4.2. dargestellt, besteht die Eigenart eines Factory Outlet Centers darin, daß keine Warenidentität zwischen den dort vom Hersteller an die Endkunden bereit gestellten und den über andere Vertriebswege weitergeleiteten Waren gegeben ist. Insofern ist vom Eintreten einer spürbaren Konkurrenz und damit verbundenen Beeinträchtigungsgefahr auch im Hinblick auf den Vertragshändler nicht auszugehen. Ist aber eine Beeinträchtigung des Vertragshändlers nicht auszumachen, so können auch in dieser engen Vertragsbindung zwischen Hersteller und Vertragshändler keine Kündigungsmöglichkeiten bestehen bzw. Schadensersatzansprüche erwachsen.

Für den Fall jedoch, daß nachweislich tatsächliche Beeinträchtigungen vorliegen würden, käme die unter 8.2.5.2. dargestellte höchstrichterliche Einordnung dieses Vertragsverhältnisses mit den dort genannten Konsequenzen vollumfänglich zur Anwendung.

517 Im Gegensatz zu Fruhmann, MDR 1995, S. 433 (435), die insoweit auf die ihrer Ansicht nach fehlende Einordnung des vom Bundesgerichtshof festgestellten Vertriebsverbot aus § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG bzw. § 138 BGB Bezug nimmt.

518 Wenn Fruhmann, MDR 1995, S. 433 (435) bei ihrer Kritik an BGH, NJW-RR 1993, S. 678 ausführt, „es bestehe keine Grund, (...) von Haus aus zu unterstellen, daß das direktvertreibende Unternehmen – möglicherweise entgegen jeder wirtschaftlichen Vernunft – zu niedrigeren Preisen anbietet“, so liegt ein solches Anbieten der Ware zu reduzierten Preisen im Rahmen der Betriebsform des Factory Outlet Centers gerade vor; vgl. die diesbezüglichen Ausführungen unter 1.1.; hierauf bezogen sind die Darstellungen des Bundesgerichtshofes folglich zutreffend. Zu einem Verstoß gegen die dem Vertragshändler gegenüber bestehenden besonderen Treuepflichten müßte der Bundesgerichtshof konsequenterweise auch dann kommen, wenn der Hersteller einen anderen Händler privilegiert und damit von vornherein keinen fairen Wettbewerb gewährleistet.

519 BGH, NJW-RR 1993, S. 678 (682).

#### 8.2.5.4. Wettbewerbsrechtliche Auswirkungen eines Vertragsverstößes

Wie bereits unter 8.2.4.3. dargestellt, würde selbst dann, wenn ein vertraglicher Verstoß vorläge, dieser für sich genommen noch nichts über dessen wettbewerbsrechtliche Wirkungen aussagen.

Insoweit bleibt auch in diesem Zusammenhang festzuhalten, daß dem Vertragshändler nur beim Hinzutreten einer gezielten Behinderung oder Marktverdrängung seitens des Herstellers Ansprüche auf Unterlassung und Schadensersatz aus § 1 UWG zustehen würden.<sup>520</sup>

### 8.3. Irreführende Werbung § 3 UWG

#### 8.3.1. Voraussetzungen

Die Vorschrift des § 3 UWG wird zurecht als „kleine Generalklausel“ des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb bezeichnet.<sup>521</sup> Im Vergleich zur Norm des § 1 UWG, die, wie unter 8.2. dargestellt, eine umfassende Generalklausel gegen den unlauteren Wettbewerb beinhaltet, beschränkt sich die Vorschrift des § 3 UWG auf das Verbot irreführender Angaben im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs über geschäftliche Verhältnisse.<sup>522</sup>

Vom Begriff der geschäftlichen Verhältnisse sind neben weiteren Elementen unter anderem die Art des Bezuges oder der Bezugsquelle (der Vertriebsweg), die Preisbemessung sowie die Betriebsbezeichnung erfaßt.

Diese Positionen sind zu beachten, wenn im Rahmen der Vertriebsform des Factory Outlet, insbesondere im Betriebstyp des Centers, geworben wird.

520 Was aber, wie bereits unter Fn. 489 ausgeführt, in der Praxis die absolute Ausnahme sein dürfte.

521 So Baumbach/Hefermehl, UWG, § 3, Rdnr. 1; v. Gamm spricht in diesem Zusammenhang von dem generalklauselartigen Charakter des § 3 UWG, vgl. v. Gamm, UWG, § 3, Rdnr. 2.

522 Zu den Begriffen des „geschäftlichen Verkehrs“ und „zu Zwecken des Wettbewerbs“ vgl. bereits die Ausführungen zu § 1 UWG unter 8.2.1.

### 8.3.2. Art des Bezuges oder der Bezugsquelle

#### 8.3.2.1. Unterschiedliche Werbeträger

Bei einem Factory Outlet Center kann sich die Werbung auf verschiedenen Ebenen vollziehen. Zum einen können die einzelnen Hersteller separat für ihr eigenes Angebot werben, was sie regelmäßig in Anzeigen oder auch im Schaufensterbereich bzw. innerhalb ihrer Verkaufsfläche tun werden; zum anderen können sich die Hersteller, ebenso wie sie es für den Verkauf getan haben, mit anderen Herstellern zusammenschließen. In diesem Fall zu einer gemeinschaftlichen Werbung,<sup>523</sup> bei der beispielsweise anhand eines Factory Outlet Prospekts der Gesamtkomplex beworben und damit die Kunden erstmals ins Gebäude gelockt werden sollen, um dann vor Ort von der jeweiligen Einzelwerbung angesprochen zu werden.

Zudem ist auch möglich, daß der Betreiber selbst, der an den Umsatzzahlen der Hersteller-Direktverkäufer ebenfalls ein großes Interesse hat,<sup>524</sup> eine Werbung einleitet.

In der Praxis ist davon auszugehen, daß eine als Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgestaltete Werbegemeinschaft zwischen Betreiber und Herstellern vereinbart wird, die als geschlossene Einheit nach außen hin auftritt und das Center bewirbt.

#### 8.3.2.2. Begriff des Herstellers

Die Einordnung eines Factory Outlet Centers als mit dem synonym zu verwendenden deutschen Begriff des Hersteller-Direktverkaufszentrums stellt klar, daß für die Berechtigung zur Führung dieser Bezeichnung, die

523 Als Rechtsform dieser Werbegemeinschaft dient hier regelmäßig die Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die diesbezüglich detaillierte Ausgestaltung und haftungsrechtlichen Folgen sprengen den hier für die Betriebsform des Factory Outlet Centers vorgesehenen Rahmen. Zu diesem Themenkomplex wird daher auf die grundlegende Untersuchung von Schotthöfer, Gemeinschaftswerbung, Diss., verwiesen. Speziell zur Gemeinschaftswerbung im Einkaufszentrum vgl. dessen Ausführungen auf S. 318ff.. Zusammenfassend zur Werbegemeinschaft in der Form Gesellschaft bürgerlichen Rechts: Schotthöfer, ZUM 1990, S. 19.

524 Vgl. zu den potentiellen Provisionsansprüchen des Vermieters unter 1.1. Im übrigen läßt sich sein berechtigtes Interesse am Florieren der Geschäfte auch auf die Erzielung regelmäßiger Mieteinnahmen zurückführen.

Ware vom Hersteller direkt verkauft werden muß. Als Hersteller in diesem Sinne kann nur derjenige gelten, der die von ihm angebotene Ware im wesentlichen selbst produziert.

Gerade bei Massenwaren werden häufig nicht alle Fertigungsschritte in einer Hand vollzogen. Deshalb ist bei aus unterschiedlichen Materialien zusammengesetzten Waren nicht zu fordern, daß alle Substanzen vom (End-) Hersteller selbst stammen und bearbeitet wurden. Vielmehr ist ein gewisser Zulieferer- bzw. Fremdherstelleranteil als tolerabel anzusehen, wobei dieser jedoch bezogen auf das Gesamtprodukt als geringfügig zu qualifizieren sein muß.<sup>525</sup>

Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, daß eine Werbung, die an den Direktbezug aller Waren vom Hersteller anknüpft nur dann den wettbewerbsrechtlichen Erfordernissen des § 3 UWG standhält, wenn sie zutrifft.

Von daher darf mit dem Verkauf ab Hersteller nur dann geworben werden, wenn auch tatsächlich 100 % der Waren von diesem stammen<sup>526</sup> und nichts hinzugekauft worden ist.<sup>527</sup>

Angaben, die bei einem nicht unerheblichen Teil der Verbraucher den falschen Eindruck erwecken, unter Ausschaltung jedes Zwischenhandels Waren direkt vom Hersteller zu beziehen, verstoßen insoweit gegen § 3 UWG.

Die Rechtsprechung geht in diesem Zusammenhang richtigerweise davon aus, daß bei einem nicht unerheblichen Teil der Verbraucher die Vorstellung hervorgerufen wird, ein Direktbezug vom Hersteller habe besondere Vorteile.<sup>528</sup> Durch den Wegfall einer oder mehrerer Handelsstufen

525 Hierzu ausführlicher: Baumbach/Hefermehl, UWG, § 3, Rdnr. 343.

526 Wie soeben dargelegt „stammt“ die Ware auch vom Hersteller, wenn im Laufe der Produktion ein geringfügiger Anteil aus fremder Herstellung eingearbeitet worden ist.

527 Vgl. zum Verkauf von Waren mit Herstellerbezeichnung bereits RG, GRUR 1940, S. 585 (Trockengemüse) bei Fremdzukauf von mehr als 15 %; BGH, GRUR 1957, S. 348 (Klasen-Möbel) bei Fremdbezug von ca. 9/10. Aus der neueren Rspr.: OLG Saarbrücken, WRP 1990, S. 201 bei Fremdzukauf von 2/3; LG Stuttgart, WRP 1993, S. 791 (nur LS abgedruckt) bei Gesellschaftereigenproduktion; LG Tübingen, WRP 1996, S. 72 (nur LS abgedruckt) bei nicht selbst produzierten Artikeln.

528 RG, GRUR 1938, S. 726 (729); RG, GRUR 1940, 585 (587) (Trockengemüse); BGH, GRUR 1955, S. 409 (410f.) (Vampyrette); BGH, GRUR 1957, S. 348 (Klasen-Möbel); BGH, WRP 1976, S. 44 (45) (Herstellung und Vertrieb).

können diese unter anderem in einem besseren Preis-Leistungs-Verhältnis der einzelnen Waren oder der erleichterten Garantieleistung gesehen und die Verbraucher damit zum Kauf verleitet werden.

Würden folglich die einzelnen Hersteller mit dem Direktbezug werben, obwohl einzelne Waren ihres Sortiments keine eigenen, sondern zugekaufte Produkte sind, oder würden die in einem Factory Outlet Center angesiedelten Hersteller in ihrer Gesamtheit als Werbegemeinschaft mit dem Hersteller-Direktbezug werben, wobei jedoch einzelne Verkaufsflächen im Center klassischen Einzelhandelsstätten zur Verfügung stünden,<sup>529</sup> so läge hierin eine Irreführung über Bezugsart und -quelle, die der wettbewerbsrechtlichen Sanktion des § 3 UWG unterfiele.<sup>530</sup>

Hingegen unterliegt das Verhalten des Betreibers, mit dem einheitlichen Hersteller-Direktbezug in dem von ihm geführten Center zu werben, obwohl er selbst kein Hersteller im obigen Sinn ist,<sup>531</sup> keinen weiteren Schwierigkeiten. Dies gilt unabhängig davon, ob er selbst Werbemaßnahmen einleitet oder, wie regelmäßig, als Mitglied der Werbegemeinschaft an deren Aktivitäten beteiligt ist.

In der Praxis ist davon auszugehen, daß in der unter Mitwirkung des Betreibers erfolgten Werbung dessen Distanz zur Ware zur Geltung kommt. Schließlich ist es einem Factory Outlet Center wesensimmanent, daß verschiedene Hersteller unter einem Dach Waren zum Verkauf anbieten. Um einen Werbeeffect erzielen zu können, werden beispielsweise in einem Center-Prospekt die Anzahl der Hersteller, die Verkaufsfläche, der Warenbestand, wenn nicht sogar regelmäßig die (Marken-) Hersteller namentlich benannt.<sup>532</sup>

Von daher ist eine Zuordnung der Waren unter den Bereich der Betreibergesellschaft seitens der Verbraucher auszuschließen. Damit aber ist eine Irreführung in der Praxis über die Identität der Hersteller dergestalt, daß der Publikumsverkehr irrigerweise den Betreiber für den Hersteller halten könnte, undenkbar.<sup>533</sup>

529 Vgl. hierzu die Ausführungen zum Wandel in sog. Value Center unter 1.3.

530 In diesem Sinne auch zutreffend: Schmitz-Temming, WRP 1998, S. 680 (681).

531 Er vermietet insoweit nur Verkaufsflächen, produziert aber keine Waren eigenständig.

532 Vgl. beispielsweise den Werbeprospekt des Outletpark Murgenthal (CH).

533 Insoweit unverständlich: Schmitz-Temming, WRP 1998, S. 680 (681).

### 8.3.2.3. Auseinanderfallen von Produktions- und Vertriebsstätte

Im Rahmen der irreführenden Werbung in Bezug auf den Vertriebsweg hat sich in den 60er Jahren eine Literaturmeinung herausgebildet,<sup>534</sup> wonach der Begriff des Direktverkaufs dann nicht verwandt werden dürfe, wenn der Verkauf nicht auf dem Werkgrundstück selbst erfolge, und der sonst eingeschaltete selbständige Einzelhändler lediglich durch eine voll ausgebaute Vertriebsorganisation des Herstellers ersetzt werden würde.

Letzteres ist beim Factory Outlet Vertrieb in der Betriebsform des Factory Outlet Centers unzweifelhaft der Fall, da dessen Eigenart gerade darin liegt, daß der Hersteller als Händler auf den Markt tritt.<sup>535</sup>

Eine Werbung mit dem Direktbezug wäre nach dieser Ansicht folglich irreführend im Sinne des § 3 UWG, da die Einzelhandelsstufe als Element des Vertriebsweges nicht übersprungen, sondern lediglich ersetzt würde.

Dieser Auffassung kann jedoch nicht gefolgt werden. Sie ist zu eng und berücksichtigt nicht die aus der Offensichtlichkeit resultierende Verbraucherschutzfähigkeit, die wirklichen Verhältnisse bezüglich Produktionsgröße, -verfahren und -standort zu berücksichtigen und auf die tatsächlichen Gegebenheiten umzusetzen. Bei den heutigen Produktionsabläufen, die hohen technischen Anforderungen entsprechen, ist es für das allgemeine Publikum ersichtlich, daß sich der Fabrikverkauf nicht in der Fabrik selbst, sondern in von dieser ausgelagerten Verkaufsstätten vollziehen muß.<sup>536</sup>

Wenn dies als Grundvoraussetzung feststeht, so kann es aber für die betroffenen Verkehrskreise keinen Unterschied machen, ob sich die Verkaufsstellen in der Nähe der Fabrikationsstelle oder an einem ganz anderen Ort befinden.

Nach der Verkehrsanschauung ist davon auszugehen, daß der Verbraucher durchaus in der Lage ist, einen Factory Outlet Vertrieb – gerade in der Betriebsform des Centers – ebenso wie einen klassischen Fabrikverkauf, der als Annex der Produktionsstätte angegliedert ist, dem Hersteller als „Urheber“ zuzuordnen. Die beim Factory Outlet Center vorhandene Distanz

534 Insbesondere Frey, WRP 1963, S. 317 (318) m. w. N. v. a. in Fn. 12; vgl. auch Droste, WRP 1963, S. 253 (259).

535 Vgl. hierzu ausführlicher unter 1.1.

536 So selbst OLG Düsseldorf, WRP 1986, S. 89 (91), obwohl es in Anlehnung an Frey eine Täuschung über den Vertriebsweg annimmt, wenn die Verkaufsstelle sich nicht in der Nähe der Fabrik befindet.

zwischen Produktionsstätte und Verkaufsstelle jedenfalls ändert hieran nichts, zumal das Publikum in diesem Fall von vornherein nicht mit einer Nähe zum Fabrikationsort rechnet, da es gerade zur Besonderheit dieses Betriebstyps gehört, eine Vielzahl von Herstellern zu beherbergen, die nachvollziehbarerweise kaum eng aneinanderliegende Produktionsstätten haben können.

Demnach können Werbemaßnahmen im Rahmen eines Factory Outlet Centers, sei es nun von Seiten eines einzelnen Herstellers, der Herstellergesamtheit oder dem Betreiber, mit den Schlagworten „Direkt vom Hersteller“ oder „(Hersteller-) Direktverkauf“ eingeleitet werden, ohne im Widerspruch zu § 3 UWG zu stehen.

Auf den ersten Blick bedenklicher erscheinen in diesem Zusammenhang zwar werbewirksame Slogans, wie „Fabrikverkauf“ oder „direkt ab Fabrik“, bei dem die Assoziation an die örtliche Produktionsstätte noch näher liegt.

Aber selbst im Fall der Bewerbung eines Factory Outlet Centers mit diesen Worten würde das Vorliegen der Täuschung über den Vertriebsweg ausscheiden.

Den Begriffen Hersteller- oder Fabrikverkauf ist immanent, daß ein Unternehmen zwei wirtschaftliche Tätigkeiten vereint, die regelmäßig zumindest örtlich auseinanderfallen – zum einen die Herstellung/Fabrikation – zum anderen der Vertrieb.

Der Bezugspunkt im Rahmen der irreführenden Werbung wegen Täuschung über den Vertriebsweg ist die Identität des Produzierenden und Vertreibenden, die bei der Betriebsform des Factory Outlet Centers gewahrt ist und nicht die lokale Identität von Herstellung und Verkauf.

Aus diesem Grunde besteht auch hier kein Anlaß bei diesbezüglichen Werbemaßnahmen einen Verstoß gegen § 3 UWG aus dem Gesichtspunkt der Täuschung über den Vertriebsweg anzunehmen.<sup>537</sup>

537 So auch für den Gesichtspunkt des Vertriebsweges: BGH, WRP 1964, S. 239 (240) (Damenmäntel) bei Einschaltung eigener Verkaufsleiter des Herstellers zu dem streitgegenständlichen Werbesatz „vom Hersteller direkt zum Verbraucher“. Vgl. zudem die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz OLG Neustadt a. d. W., WRP 1962, S. 408 (409). Zur Werbung eines Handelsvertreters mit dem Slogan „Verkauf ab Fabrik“: BGH, WRP 1976, S. 469 (470f.) (Aluminiumrolläden).

### 8.3.3. Preisbemessung

Mit der Werbung über den Hersteller-Direktbezug, die regelmäßig bei Aktivitäten, welche im Zusammenhang mit einem Factory Outlet Center stehen, zu erwarten ist, geht nach der Verkehrsanschauung aber nicht nur eine Vorstellung über den Vertriebsweg, sondern zugleich auch eine solche über die Preisbemessung einher.

In diesem Zusammenhang ist zunächst entscheidend, daß mit dem Slogan „Verkauf zu Fabrikpreisen“ nur geworben werden darf, wenn der Hersteller die Ware zu dem Preis an den Letztverbraucher veräußert, den die Wiederverkäufer bezahlen würden.<sup>538</sup> Als Fabrikpreis wird nämlich der Preis verstanden, der neben den Herstellungskosten und dem Herstellergewinn nur die den Wiederverkäufern gegenüber entstehenden Verteilungs- und Werbekosten beinhaltet.<sup>539</sup>

Bei der Betriebsform des Factory Outlet Centers nehmen die Hersteller die Aufgaben des Handels wahr, insofern kommen regelmäßig zusätzliche Kosten, die durch diesen Vertrieb entstehen, wie beispielsweise Miete, Personal, Transport und Lagerung auf sie zu. Aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten muß der Hersteller diese Zuschläge dem Kunden auferlegen, weshalb davon auszugehen ist, daß die im Factory Outlet Center angebotenen Waren mit Laden- und nicht mit Fabrikpreisen versehen sind. Insofern wäre es unwahr und damit irreführend, ausdrücklich mit gegenüber Ladenpreisen niedrigeren Fabrikpreisen zu werben, wenn diese in der Tat nicht gegeben sind.

So eindeutig in dieser Konstellation ein Wettbewerbsverstoß wegen irreführender Werbung gemäß § 3 UWG anzunehmen wäre, umso schwieriger wird die Rechtslage wenn, wie häufig, nicht eindeutig mit unwahren Tatsachen geworben wird, sondern mit auslegungsbedürftigen Begriffen, die dazu führen können, beim Publikum einen falschen Eindruck entstehen zu lassen.

538 Vgl. hierzu aus der Rspr. RG, MuW 1915, S. 82; OLG Oldenburg, GRUR 1960, S. 250 (Direkt-Kauf); OLG Hamburg, WRP 1972, S. 260 (261). Der Entscheidung BGH, WRP 1964, S. 239 (Damenmäntel) ist zu entnehmen, daß der Bundesgerichtshof eine in diesem Fall nicht Streitgegenständliche Werbung mit Fabrikpreisen für unzulässig hält. Soweit ersichtlich findet sich auch im Schrifttum keine diesbezüglich gegenteilige Meinung.

539 Vgl. Baumbach/Hefermehl, UWG, § 3, Rdnr. 328f. m. w. N..



In diesem Zusammenhang war der Bundesgerichtshof damit befaßt, zu entscheiden, ob die Werbung allein mit Slogans wie „vom Hersteller direkt zum Verbraucher“<sup>540</sup> oder „Direkt ab Fabrik“<sup>541</sup> als irreführend bezüglich der Preisbemessung zu werten ist, weil diesbezügliche Assoziationen beim Verbraucher geweckt würden, die angebotene Ware sei besonders preisgünstig.

In beiden Entscheidungen ging der Bundesgerichtshof korrekterweise davon aus, daß eine Gleichstellung dieser Werbung mit dem in der Tat nach der jeweils den Entscheidungen zugrundeliegenden Sachlage nicht gegebenem „Verkauf zu Fabrikpreisen“ nicht zutreffend wäre.

Zusammenfassend liegt beiden Urteilsbegründungen der Entscheidungsinhalt zugrunde, daß nach der Lebenserfahrung regelmäßig davon auszugehen ist, daß es bei solchen Ankündigungen an bestimmten Vorstellungen über die Höhe des reduzierten Preises seitens der betroffenen Verkehrskreise fehlt. Diese werden vielmehr von Preisvorteilen ausgehen, ohne sich über deren Ausmaß weitere Gedanken zu machen oder diese gar mit der Höhe des Fabrikpreises in Verbindung zu bringen.<sup>542</sup>

Daß eine Werbung mit dem Bezugswort „direkt“ eine Assoziation beim Verbraucher hervorrufen wird, er spare durch Ausschaltung einer bzw. mehrerer Zwischenstufen Geld beim Einkauf, ist zutreffend. In der Tat wird aber die Vorstellungskraft nicht auf eine konkrete Reduzierung bezogen sein, sofern diese Höhe nicht eigens, zum Beispiel in Form von Prozentsätzen, angegeben ist.

Soweit zu gehen, aber, daß der Eindruck besonderer preislicher Vorteile beim Verbraucher nicht hervorgerufen zu sein braucht,<sup>543</sup> wenn der Hersteller eine eigene Absatzorganisation unterhält, und damit sichtbar ist, daß er Vertriebskosten zu tragen hat, ist im Rahmen des Betriebes eines Factory Outlet Centers nicht gerechtfertigt. Wie bereits gezeigt, vermittelt das Be-

540 BGH, WRP 1964, S. 239 (Damenmäntel).

541 BGH, WRP 1976, S. 469 (Aluminiumrolläden).

542 A. A.: Frey, WRP 1964, S. 320ff.. Zum vorinstanzlichen Urteil zu BGH, WRP 1964, S. 239 (Damenmäntel): OLG Neustadt, WRP 1962, S. 408; ferner OLG München, WRP 1979, S. 233, dessen Entscheidung der höchstrichterlichen Rechtsprechung widerspricht. Sie war aber nicht rechtsmittelfähig.

543 So im Ansatz Baumbach/Hefermehl, UWG, § 3, Rdnr. 330.

zugswort „direkt“ positive Vorstellungen der Verbraucher im Hinblick auf den Vertriebsweg und die Preisgestaltung.

Von daher entspricht eine diesbezügliche Werbung im Rahmen eines Factory Outlet Centers nur dann der wettbewerbsrechtlichen Norm des § 3 UWG, wenn tatsächlich im Vergleich zum regulären Einzelhandelsverkauf erkennbare Preisreduzierungen bei den Waren vorgenommen worden sind, was auch bei der Konzeption des Factory Outlet Verkaufs, die zuvörderst Randware beinhaltet,<sup>544</sup> regelmäßig angelegt ist.

Solange sich die Betriebsform des Factory Outlet aber noch nicht in dem Maße etabliert hat, daß bestimmte Reduzierungsgrößen Standard sind, kann ein tatsächlich vorliegender Mindestabschlag vom Regulärpreis in Höhe von mindestens 25 % nicht zur Voraussetzung für eine lautere Werbung gemacht werden.<sup>545</sup>

#### 8.3.4. Betriebsbezeichnung

Ursprünglich wurde die Bezeichnung eines Betriebes mit dem englischen Wort „Center“ ebenso wie die deutschen Begriffe „Zentrale“ oder „Zentrum“ als Hinweis auf die besondere Größe und Bedeutung eines Unternehmens verstanden;<sup>546</sup> nach und nach hat sich aber gerade der Begriff des Centers gewandelt und ist in vielen Branchen zu einem Modewort geworden.<sup>547</sup>

544 Zu dem Warenbestand und den Größenordnungen der Preisnachlässe vgl. die Ausführungen unter 1.1.

545 A. A. Schmitz-Temming, WRP 1998, S. 680 (682), der in Anlehnung an die nicht veröffentlichte Entscheidung des OLG Düsseldorf, U. v. 21.3.1991 – 2 U 265/84 einen wesentlichen Preisvorteil ab 25 % Einsparung im Vergleich zum Kauf beim Fachhandel annimmt und fordert.

546 KG in MuW 1914, S. 373 für „Zentrale für Weinvertrieb“; OLG Nürnberg, BB 1966, S. 1243 für „Waschmaschinen-Zentrale“; OLG Zweibrücken, BB 1966, S. 1244 für „Mainzer Last-Taxi-Centrale“; AG Jever, BB 1966, S. 1244 für „Auto-Funkzentrale“; BGH, GRUR 1977, S. 503 (504) (Datenzentrale).

547 Anschaulich und mit konkreten Beispielen untermauert bei Baumbach/Hefermehl, UWG, § 3, Rdnr. 387ff., wo beispielsweise die nunmehr gebräuchlichen Bezeichnungen wie Fitness Center, Möbel Center oder Service Center aufgeführt sind.

Die Verwendung der Begriffe „Factory Outlet“- , „Designer Outlet“- oder „Premium Marken Center“ sind nur dann nicht irreführend im Sinne des § 3 UWG, wenn diese Voraussetzungen im Einzelfall auch vorliegen.

Als Kriterien für die Berechtigung der Betriebsbezeichnung „Fabrik-Verkaufs-Center“ wurde von der Rechtsprechung bislang ein umfassendes Angebot<sup>548</sup> oder zumindest eine beträchtliche Verkaufsfläche herangezogen.<sup>549</sup>

Aufgrund seiner ihm eigenen Sortimentsstruktur<sup>550</sup> ist bei der Qualifizierung des Zusammenschlusses mehrerer Hersteller in und zu einem Factory Outlet Center als Mindestmaß zu fordern, daß die angebotene Produktpalette, wenn schon nicht breit und tief, so doch attraktiv gestaltet ist. Bei einer zusätzlich bestehenden Verkaufsfläche von mindestens 3000 m<sup>2</sup> unterliegt, gerade auch im Hinblick auf den Bedeutungsverlust des Begriffes „Center“ durch dessen Einbeziehung in viele Bereiche sowie der im Fall des Factory Outlet Centers bestehenden Rückführbarkeit dieser Bezeichnung auf ihr Ursprungsland,<sup>551</sup> die diesbezügliche Namensgebung keinen wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

Bei der Ausweisung eines Betriebes als „Premium Marken Center“<sup>552</sup> ist zusätzlich unabdingbare Voraussetzung, daß das Center wenn nicht gar ausschließlich so doch zumindest überwiegend mit diesen hochwertigen Herstellernamen und -artikeln besetzt ist. Sobald aber Mitläufnernamen und -produkte integriert würden, die zu einer Vermischung und damit Änderung des „Center-Charakters“ führen würden, wäre eine solche Bezeichnung als irreführend zu qualifizieren.

548 Im Rahmen eines Factory Outlet Centers ist nicht auf die Breite des Angebots abzustellen, wie sie regelmäßig bei einem klassischen Einkaufszentrum gegeben ist, vielmehr ist bei der besonderen Betriebsform des Factory Outlet Centers die ihm innewohnende besondere Sortimentsstruktur zu berücksichtigen; vgl. hierzu bereits die Ausführungen unter 1.1.

549 Vgl. OLG München, WRP 1979, S. 158 (159).

550 Vgl. hierzu die Ausführungen unter 1.1.

551 Siehe die Darlegung unter 1.1.

552 Zum Begriff der Premium Marken vgl. die Darstellungen und Nachweise unter 1.4.

Insofern ist davon auszugehen, daß Kunden mit einer falschen Vorstellung über die Produktpalette angelockt würden, worin ein Verstoß gegen § 3 UWG zu sehen wäre.<sup>553</sup>

Von der Rechtsprechung als irreführend bezeichnet werden zudem geographische Betriebszusätze, wenn dem jeweiligen Unternehmen die damit in Verbindung gebrachte besondere Bedeutung oder Stellung tatsächlich nicht zukommt.<sup>554</sup>

Selbst wenn dem jeweiligen Center der Ortsname der Standortgemeinde hinzugefügt wird, wie beispielsweise an den Betriebsstätten Zweibrücken und Wertheim erfolgt, so ist wegen der Art dieser Unternehmen, die mit einem Vertriebskonzept für einen großen Einzugsbereich ausgestattet sind, die Zuordnung an ihre Standortgemeinde möglich. Dies gilt selbst dann, wenn sich das Unternehmen am Stadtrand oder in einem eingemeindeten Gebiet befindet. Auf der selben Gemarkung ist ein weiteres Factory Outlet Center wegen seiner ihm eigenen räumlichen und der damit verbundenen Vertriebsdimension ausgeschlossen, so daß es insoweit zu keinen innerstädtischen Behinderungen kommen kann.

## 8.4. Verkauf durch Hersteller an letzte Verbraucher § 6 a UWG

Die Norm des § 6 a UWG geht über die Vorschrift des § 3 UWG hinaus, indem sie es für das Vorliegen eines Wettbewerbsverstoßes bereits für ausreichend festschreibt, daß im geschäftlichen Verkehr beim Verkauf an den Letztverbraucher auf die Eigenschaft als Hersteller hingewiesen wird.<sup>555</sup>

Allein dieser bloße Hinweis ohne zusätzliche Werbeunterlegung soll demnach bereits als irreführende Werbung behandelt werden. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, daß beim Verbraucher durch die Bekanntgabe der Herstellereigenschaft des Verkäufers auch dann die Vorstellung hervorge-

553 Zur Absicherung gegen den Produkteverfall und einer Vermischung vgl. die unter 6. aufgezeigten Instrumente und Maßnahmen.

554 Siehe bereits BGHZ 53, S. 339 (342f.) (Euro-Spirituosen); BGH, GRUR 1964, S. 314 (Kiesbaggerei) m. Anm. Utescher, S. 315.

555 Als Hinweis in diesem Zusammenhang gilt nach der Rechtsprechung bereits der Slogan „Preise direkt ab Fabrik“, vgl. OLG München, WRP 1979, S. 158.

rufen wird, er kaufe in jedem Fall preiswerter, selbst wenn in Wirklichkeit der Hersteller seine Preise der Marktlage angepaßt hat und diese den gewöhnlichen Einzelhandelspreisen entsprechen.<sup>556</sup>

In der Literatur wird die Berechtigung der Norm des § 6 a UWG neben der Vorschrift des § 3 UWG zurecht kritisch betrachtet und letztlich negiert.<sup>557</sup> Von dem in § 6 a Abs. 1 UWG aufgestellten Hinweisverbot gibt es zumindest die in den Nrn. 1–3 aufgeführten Ausnahmen.

Realiter wird es bei der Betriebsform des Factory Outlet Centers zu keinem Verstoß gegen diese Norm kommen, weil der Hersteller diesbezüglich eigene Verkaufsstellen unterhält. Diese sind allein dem Verkehr der Letztverbraucher eröffnet, was von ihrer Aufmachung her ohne weiteres erkenntlich ist.<sup>558</sup> Damit aber ist dem Verbraucher offenkundig, daß die ihm angebotenen Waren nicht mit Fabrik- sondern mit Ladenpreisen bemessen sind<sup>559</sup> und ist insoweit der in § 6 a Abs. 1 Nr. 3 UWG aufgeführte Ausnahmetatbestand erfüllt.

Insoweit scheidet die typische Irreführungsfahr in Form der Preistäuschung des Verbrauchers, der § 6 a UWG begegnen will, für den Betrieb des Factory Outlet Centers aus.<sup>560</sup>

556 Vgl. hierzu auch die Ausführungen bei Baumbach/Hefermehl, UWG, § 6 a, Rdnr. 1.

557 Vgl. insoweit Emmerich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs, § 6 a, S. 125, der feststellt, daß § 6 a UWG die Aufgabe wahrnimmt, den herkömmlichen Einzelhandel zu schützen, anstatt der eigentlichen Grundaufgabe des UWG, nämlich den freien und fairen Wettbewerb zu gewährleisten, nachzukommen. Kritisch zu § 6 a UWG auch Borck, WRP 1994, S. 15 (22) und Schrickler, GRUR Int. 1994, S. 586 (591f.).

558 Baumbach/Hefermehl, UWG, § 6 a, Rdnr. 22 nehmen hierbei Bezug auf die Rosenthal Studios und die bereits unter Fn. 5 erwähnten WMF- und Salamander-Geschäfte.

559 Näheres hierzu bereits unter 8.3.3.

560 Zu der typischen Irreführungsfahr beim Hinweis auf die Herstellereigenschaft: Schriftlicher Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Drucksache V/4035, abgedruckt in GRUR 1969, S. 338 (339f.).

## 8.5. Weitere Normen mit wettbewerbsrechtlichen Wirkungen

### 8.5.1. Rabattgesetz

#### 8.5.1.1. Zeitlicher Geltungsbereich

Nach der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr vom 8.6.2000<sup>561</sup> müssen Anbieter von Waren und Dienstleistungen, die über das Internet agieren, grundsätzlich nur diejenigen rabatt- und zugaberechtlichen Vorschriften beachten, die in ihrem jeweiligen Herkunftsland gelten. Damit würden das Rabattgesetz und die Zugabeverordnung im elektronischen Handel für in Deutschland anbietende ausländische Unternehmen bald nicht mehr gelten.

Da nur noch in Deutschland das Sonderrecht für Rabatte und des im EU-Vergleich sehr restriktiv geregelten Zugaberechts gilt, hat die Bundesregierung beschlossen, das aus dem Jahr 1933 stammende Rabattgesetz und die Zugabeverordnung von 1932 aufzuheben.<sup>562</sup> Im weiteren hat die F.D.P. entsprechende Gesetzentwürfe zur Anpassung des deutschen Rabattrechts<sup>563</sup> und des deutschen Zugaberechts<sup>564</sup> an die EU-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr vorgelegt, über die in dem federführenden Ausschuss des Bundestags für Wirtschaft und Technologie und dem mitberatenden Rechtsausschuss derzeit beraten wird.

Mit einer Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung durch den Deutschen Bundestag ist im März 2001 zu rechnen.

561 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt.

562 Vgl. hierzu: HANDELSBLATT vom 18.12.2000.

563 Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des deutschen Rabattrechts an die EU Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (RabattrechtsanpassungsG), Drucksache 14/4423.

564 Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des deutschen Zugaberechts an die EU-Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (ZugaberechtsanpassungsG), Drucksache 14/4424.

Bis zur Abschaffung beanspruchen jedoch sowohl das Rabattgesetz als auch die Zugabeverordnung Geltung, weshalb im folgenden die Einschlägigkeit des Rabattgesetzes für die Konstellation des Vertriebs im Factory Outlet Center abschließend beurteilt werden soll.

#### 8.5.1.2. Inhaltlicher Geltungsbereich

Als grundlegende Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Rabattgesetzes müssen Waren im Einzelverkauf an den letzten Verbraucher veräußert werden, was bei Hersteller-Direktverkäufen der Fall ist.<sup>565</sup> In dieser Konstellation wird der Hersteller als „Einzelhändler“ tätig, auch wenn er berufsmäßig kein solcher ist.<sup>566</sup>

Verstöße gegen das Rabattgesetz haben wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche zur Folge. Insoweit verweist § 12 RabattG auf § 13 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 4, Abs. 4 und 5 und § 23 a UWG.

Bei der hier vorzunehmenden Untersuchung der wettbewerbsrechtlich lauterer Vereinbarkeit eines Factory Outlet Centers ist klarzustellen, daß die Auffassung, wonach bei Verkäufen im Factory Outlet Vertrieb in erheblichem Umfang mit Verstößen gegen die Vorschriften des Rabattgesetzes zu rechnen sein soll,<sup>567</sup> nicht geteilt werden kann. Diese Ansicht beruht auf einem falschen Verständnis von unzulässigen Rabatten.

Eine generelle Preisreduzierung und Unterbietung von Konkurrenten ist durch das Rabattgesetz nicht verwehrt. Sinn und Zweck dieses Gesetzes ist es nicht, allgemein gebundene Preise herbeizuführen, sondern die Unternehmen an ihre eigenen Normalpreise zu binden.<sup>568</sup> Danach können Unternehmen ihre Preise gleichsam für jeden Kunden herabsetzen, ohne in Konflikt mit dem Rabattgesetz zu geraten.<sup>569</sup>

565 Zum Großhändlerdirektverkauf vgl. BGHZ 27, S. 369 (371) (Elektrogeräte).

566 Zutreffend daher: Baumbach/Hefermehl, RabattG, § 1, Rdnr. 10.

567 So BAG, Positionspapier, S. 12.

568 So zutreffend bereits OLG Koblenz, NJW 1951, S. 661; ihm folgend: BGH, GRUR 1958, S. 487 (490) (Antibiotica); BGHZ 27, S. 369 (371) (Elektrogeräte).

569 Die freie Herabsetzung von Preisen gilt jedenfalls für nicht preisgebundene Waren, also für Markenwaren. Durch das 2. Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 3.8.1973, BGBl. 1973 I, S. 917, wurde die vertikale Preisbindung für Markenwaren aufgehoben. Zulässig ist sie hingegen nach wie vor bei

Wenn folglich ein Hersteller seine Ware im Rahmen des Factory Outlet Vertriebs absetzt, so liegt in diesem generellen Unterbieten des Einzelhandels kein Verstoß gegen das Rabattgesetz, da diese Produkte von vornherein im Vergleich zum herkömmlichen Vertriebsweg mit niedrigeren Allgemein- und damit Normalpreisen ausgezeichnet sind. Der Normalpreis im Sinne des § 1 Abs. 2 RabattG ist in Anlehnung an die reichsgerichtliche Rechtsprechung<sup>570</sup> „der Preis, den der Unternehmer selbst dem Letztverbraucher gegenüber als den seinigen erkennbar macht“.

Es läßt sich aber nicht begründen, daß in Factory Outlet Centern vermehrt von diesem Normalpreis abgewichen wird, beispielsweise in Form der Barpreisreduzierung von mehr als 3 % zugunsten einzelner, was der Vorschrift des § 2 RabattG entgegenstehen würde.

Demnach besteht kein konkreter Anlaß anzunehmen, daß bei dieser Absatzform, im Vergleich zu der herkömmlichen über den Einzelhandel, in erhöhtem Umfang Verstöße gegen das Rabattgesetz vorliegen.

### 8.5.2. Preisangabenverordnung

Gleiches gilt für etwaige Verstöße gegen die Preisangabenverordnung<sup>571</sup> mit ihren Grundsätzen der Preisklarheit und Preiswahrheit (vgl. § 1 Abs. 6 PAngV).<sup>572</sup>

Als ein wertneutrale Ordnungsvorschriften enthaltendes Gesetz fallen Verstöße gegen die Preisangabenverordnung nur dann gleichsam unter den Anwendungsbereich des § 1 UWG, wenn ein bewußtes und planmäßiges Hinwegsetzen über diese Normen vorliegt, um sich einen sachlich nicht gerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung zu verschaffen.<sup>573</sup> Außerdem kann ei-

Verlagserzeugnissen. Im einzelnen zu dieser Preisbindung: Fezer, GRUR 1988, S. 185; Fezer/Großhardt, ZUM 1991, S. 503; Fezer, NJW 1997, S. 2150.

570 RGZ 150, S. 271 (276).

571 Verordnung zur Regelung der Preisangaben vom 14.3.1985, BGBl. 1985 I, S. 580 i. d. F. der Dritten Änderungsverordnung vom 22.7.1997, BGBl. 1997 I, S. 1910.

572 Vgl. in diesem Zusammenhang die nicht notwendige Auszeichnung der Versandkosten beim Versandhandel mangels nicht auf den Endpreis anzurechnendem Preisbestandteil: BGH, WRP 1997, S. 431 (432f.).

573 St. Rspr., exemplarisch statt vieler: BGH GRUR 1973, S. 655 (Möbelauszeichnung); BGH, GRUR 1980, S. 304 („Effektiver Jahreszins“); BGH, GRUR 1989, S. 762



ne fehlende oder undeutliche Preisauszeichnung einen Verstoß gegen § 3 UWG begründen, wenn gerade durch einen besonderen Blickfang der Eindruck beim Verbraucher entsteht, es handle sich um den Endpreis.<sup>574</sup>

Allerdings ist auch hier nicht ersichtlich, wie teilweise von Vertretern des Einzelhandels vorgebracht,<sup>575</sup> daß die Gefahr einer nicht erfolgten Preisauszeichnung (§ 2 PAngVO) oder einem Nichtauszeichnen von Endpreisen (§ 1 Abs. 1 PAngVO) beim Betrieb eines Factory Outlet Centers größer ist als beim Verkauf durch den Einzelhändler. Daß die Hersteller die diesbezüglichen Verbraucherschutzvorschriften einhalten werden, davon ist ebenso auszugehen, wie beim herkömmlichen Vertriebsweg über den Einzelhandel.

### 8.5.3. Ladenschlußgesetz

Wie bereits unter 7.3. dargestellt, ist der Vertrieb im Factory Outlet Center an die Ladenöffnungszeiten des Ladenschlußgesetzes gebunden.

Zu ergänzen ist in diesem Zusammenhang, daß dauernde und planmäßige Verstöße gegen diese Vorschriften nach gefestigter Rechtsprechung als Verstöße gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UWG zu qualifizieren sind.<sup>576</sup>

Zwar geht der Bundesgerichtshof in seinen diesbezüglichen Entscheidungen grundsätzlich davon aus, daß es sich bei den Bestimmungen des Ladenschlußgesetzes um wertneutrale Ordnungsvorschriften handelt, deren Verletzung nicht ohne weiteres als wettbewerbswidrig beurteilt werden kann. Im Falle des planmäßigen und bewußten Darüberhinwegsetzens ist aber regelmäßig erkennbar, daß hierdurch ein Vorsprung vor gesetzestreu-

(764) (Stundungsangebote); BGH, GRUR 1993, S. 62 (Kilopreise III) m. Anm. Hefermehl; aus der neuesten obergerichtlichen Rspr.: OLG Frankfurt, WRP 1999, S. 454.

574 Vgl. hierzu bereits BGH, GRUR 1979, S. 553 (Luxus-Ferienhäuser); BGH, GRUR 1985, S. 58 (60) (Mischverband II); aus der neueren obergerichtlichen Rspr.: OLG Stuttgart, OLGR Stuttgart 1998, S. 3.

575 BAG, Positionspapier, S. 12.

576 BGHZ 79, S. 99 (Tag der offenen Tür II); BGH, WRP 1988, S. 356 (357) (Schelmenmarkt); BGHZ 84, S. 130 (134f.) (Flughafen-Verkaufsstellen); BGH, GRUR 1990 S. 617 (624) (Metro III); BGH, WRP 1995, S. 691 (693) (Bahnhofs-Verkaufsstellen); BGH, WRP 1996, S. 1020 (1022f.) (Blumenverkauf an Tankstellen).

en Mitbewerbern erlangt wird und infolgedessen die Annahme eines Wettbewerbsverstößes gerechtfertigt.

Auch diesbezüglich bestehen aber keine Anhaltspunkte, ein derartiges Vorgehen seitens des Betreibers oder der Hersteller zu unterstellen.

## 8.6. Wettbewerbsbeschränkung

Rechtlich wird der wirtschaftliche Wettbewerb von zwei Seiten geschützt: Zum einen durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, dem als primäres Schutzgut die Lauterkeit zugrundeliegt,<sup>577</sup> zum anderen durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, das die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit gewährleisten will.<sup>578</sup>

Der Einzelhandel kann sich bei Beeinträchtigungen, die er durch den Factory Outlet Vertrieb erfährt lediglich bei wettbewerbsrechtlichen Verstößen seitens der Hersteller wehren.

Wie gezeigt liegt aber nicht per se ein besonderes Gefährdungspotential in diesem Direktvertriebssystem.

Dem Einzelhandel, zusammenschlossen in seinen (Fach-) Einzelhandelsverbänden,<sup>579</sup> kommt indes nicht das Recht zu, bei lauterem Verhalten der Hersteller im Wege von Boykottaufrufen gegen diese vorzugehen.<sup>580</sup> Ein solches Verhalten widerspräche der Norm des § 21 GWB, da die Boykottaufrufmaßnahme in der Absicht geschehen würde, die Hersteller unbillig zu beeinträchtigen.

Wie dargestellt, fällt die Wahl des Vertriebsweges unter den Verantwortungsbereich des Herstellers, dem danach die Möglichkeit offensteht, den Handel auszuschließen und die Endverbraucher direkt zu beliefern. Ein solcher gegen § 21 GWB verstoßender Boykottaufruf seitens des Ein-

577 Vgl. diesbezüglich die Ausführungen unter 8.1.

578 Grundlegend: Baumbach/Hefermehl, UWG, Allg, Rdnr. 88 m. w. N..

579 Beispielsweise Bundesverband des Deutschen Textileinzelhandels; Bundesverband des Deutschen Lederwaren-Einzelhandels, Bundesverband des Deutschen Schuheinzelhandels etc. sowie die Einzelhandelsverbände der Bundesländer. Vgl. in diesem Zusammenhang auch die bereits mit ihrem Positionspapier des öfteren zitierte Bundesarbeitsgemeinschaft (BAG) der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels.

580 Vgl. schon zu § 26 GWB a. F., KG Berlin, WuW/E, OLG 5299, S. 853.

zelhandels<sup>581</sup> wäre demnach zugleich als Wettbewerbshandlung anzusehen, die als sittenwidrig gemäß § 1 UWG einzustufen wäre.<sup>582</sup>

## 8.7. Vertragsverhältnis zwischen Betreiber und Hersteller

### 8.7.1. „Besonderes“ Mietverhältnis

Während die vorgehenden öffentlich-rechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Untersuchungen das Außenverhältnis eines Factory Outlet Centers zu seiner Umgebung erfaßten, sollen die folgenden Ausführungen einen abschließenden Überblick über das vertraglich begründete Innenverhältnis zwischen dem Betreiber und den jeweiligen Herstellern geben.

Dem Verhältnis zwischen Betreiber und Hersteller in einem Factory Outlet Center liegt ein Mietvertrag zugrunde.<sup>583</sup> Dieser weist regelmäßig Besonderheiten gegenüber gewöhnlichen Gewerberaummietverträgen auf. So ist er geprägt von der Integrierung mehrerer Hersteller unter einem Dach und dem Bemühen nach der Schaffung eines Centercharakters, was durch vertragliche Reglementierungen des Mieters gewährleistet wird.

Deshalb wird regelmäßig eine bestimmte Geschäftsart, an die der Betreiber öffentlich-rechtlich gebunden ist,<sup>584</sup> privatrechtlich an die Hersteller weitergeleitet, wobei sich in diesem Zusammenhang vertragliche Festlegungen bis hin zu Warensortimentsauflagen, -beschränkungen und Geschäftsausstattungsvorgaben ziehen können. Auch Umsatzmitteilungspflichten können diesbezüglich vertraglicher Bestandteil zwischen Betreiber und Herstellern werden.<sup>585</sup> Außerdem werden regelmäßig einheitliche Ladenöffnungszeiten vorgegeben und Auflagen bezüglich der Werbemaßnahmen gemacht. So kann vertraglich auch die Pflichtmitgliedschaft in einer Werbegemeinschaft festgelegt werden.

581 Zumeist vertreten durch seine Verbände.

582 In diesem Sinne auch Baumbach/Hefermehl, § 1 UWG, Rdnr. 283; 285 m. w. N..

583 Siehe hierzu bereits unter 1.1.

584 Vgl. insoweit die unter 6. dargestellten öffentlich-rechtlichen Schutzmaßnahmen, um einen Wandel vom Factory Outlet Center zum Value Center zu verhindern.

585 Zumal, wenn ein Provisionsanspruch des Betreibers hieraus besteht; vgl. die Ausführungen unter 1.1. und Fn. 14.

Auf der anderen Seite profitiert der Mieter mit seinem Verkaufsstandort innerhalb eines Centers von der Anziehungskraft (Sog-Wirkung) und Kooperationsmöglichkeit, die ein Center mit seiner geballten Ansammlung verschiedener Unternehmen und Erlebniseinrichtungen ausstrahlt.

Haftungsrechtlich problematisch wird diese Situation dann, wenn ein Center nicht voll ausgelastet ist und der Kundenzustrom damit weitaus geringer ausfällt als bei einem funktionstüchtigen, die Kapazitäten voll nutzenden Center. In diesem Fall bleibt der Hersteller den aufgezeigten Beschränkungen ausgesetzt, verliert jedoch den eigentlichen Vorteil seiner Standortwahl.

### *8.7.2. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*

Zur Frage, ob ein Gewerberaummieter einer Ladenfläche Herabsetzung des Mietzinses verlangen kann, wenn das Zentrum, in dem sein Verkaufsraum liegt, nicht in dem Maße vom kaufinteressierten Publikum aufgesucht wird, wie beide Vertragspartner es bei Vertragsabschluß erwartet hatten, erging bereits im Jahr 1981 eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>586</sup>.

In seiner Urteilsbegründung stellte das Revisionsgericht fest, daß auch unter dem Gesichtspunkt der nur teilweisen Vermietung der Ladenlokale und der damit einhergehenden Abhaltung Kaufwilliger von einem Besuch dieses Zentrums, die Mietsache weder mit einem Mangel nach § 537 Abs. 1 BGB behaftet sei noch ihr eine zugesicherte Eigenschaft gemäß § 537 Abs. 2 BGB fehle.<sup>587</sup> Ebenso wenig soll sich der Mieter einer solchen Ladeneinheit auf einen Wegfall bzw. die Änderung der Geschäftsgrundlage berufen können oder stehe ihm ein Mietminderungsrecht aus pVV zu.

Die Erwartung, in den zu gewerblichen Zwecken überlassenen Verkaufsflächen Geschäfte abzuschließen, sah der Bundesgerichtshof als allein „zum Risikobereich des Mieters“<sup>588</sup> gehörig an, weshalb nach seiner Auffas-

586 BGH, U. v. 1.7.1981, VIII ZR 192/80, NJW 1981, S. 2405 für den Betrieb eines Schuheinzelhandels in einem Einkaufszentrum. Ihm folgend: OLG München, ZMR 1995, S. 295, nach dessen Entscheidung das Ausbleiben gewinnbringender Geschäfte in den Risikobereich des Mieters fallen und grundsätzlich nicht als Geschäftsgrundlage eines gewerblichen Mietverhältnisses eingestuft werden soll. Vgl. ferner auch: OLG Frankfurt a. M., OLGR Frankfurt 1995, S. 1 m. Anm. von Grimm, IBR 1995, S. 274.

587 BGH, NJW 1981, S. 2405.

588 BGH, NJW 1981, S. 2405 (2406) m. w. N..

sung, dem Ladenmieter auch bei nicht vorhandener Vollauslastung des Einkaufszentrums kein Ersatz aufgrund diesbezüglicher Ausfälle zukommen soll.

### 8.7.3. Kritische Stellungnahme

An dieser Entscheidung wurde vorwiegend wegen ihrer Undifferenziertheit und Nichtbeachtung der Einzelfallkonstellation berechtigte Kritik seitens der Literatur erhoben.<sup>589</sup>

Neben dem bereits vor Erlaß der höchstrichterlichen Entscheidung ergangenen Urteil des Oberlandesgerichts Celle<sup>590</sup> folgten Entscheidungen der Oberlandesgerichte Koblenz<sup>591</sup> und Hamburg,<sup>592</sup> die, entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, einen Wegfall der Geschäftsgrundlage des Mietverhältnisses für den Fall annahmen, daß die Vollvermietung eines Einkaufszentrums ausblieb und damit verbunden Kundenzahlen und Umsätze zurückgingen.

In Fällen der starken Reglementierung des Mieters durch den Vertrag in Bezug auf die unter 8.7.1 dargestellten Faktoren wie Sortimentsbeschränkungen, Werbemaßnahmen, Ladenöffnungszeiten etc. soll nach dieser Ansicht das Funktionieren des Einkaufszentrums in den Risikobereich des Vermieters zu verlagern sein.

Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Sie berücksichtigt die unterschiedliche Ausgestaltung und Einbindung bestimmter Gewerberaummietverhältnisse, die über das bloße Zurverfügungstellen und die Inanspruchnahme der Mietsache hinausgehen.

589 So u. a. von Koller, NJW 1982, S. 201 (204); Schotthöfer, Gemeinschaftswerbung, Diss., S. 328ff..

590 Dieses ist bereits vor der bundesgerichtshöfischen Entscheidung ergangen, vgl. OLG Celle, NJW 1978, S. 2510f..

591 Zur Einrichtung eines Kosmetikinstituts in einem neuerrichteten Einkaufszentrum vgl. OLG Koblenz, NJW-RR 1989, S. 400.

592 Für den Betrieb eines Schlachtereifachgeschäftes in einem nicht vollausgelasteten Einkaufszentrum vgl. OLG Hamburg, U. v. 21.12.1994, Az.: 4 U 44/94 (unveröffentlicht) mit Bezugnahme auf des erstinstanzliche Urteil, LG Hamburg, U. v. 20.01.1994, Az.: 334 O 74/93. Zum Betrieb eines Nachbargeschäftes als Geschäftsgrundlage des Mietvertrages vgl. aus der neueren Rspr.: OLG München, NJW-RR 1999, S. 1532.

In Fällen der Beschränkung des Mieters auf grundsätzlich in seiner Entscheidungsfreiheit liegende Bereiche dringt der Vermieter in die Mietersphäre ein und verwischt dadurch die Grenze der unter den jeweiligen Risikobereich fallenden Ebenen. Eine schnittstellenartige Trennung zwischen Risikosphären, wie sie vom Bundesgerichtshof vorgenommen wird, liegt demnach nicht vor und kann billigerweise auch nicht bei der Frage der Haftung zugrundegelegt werden. Insoweit wird nicht berücksichtigt, daß ein Vertragsverhältnis zwischen Betreiber und Herstellern über die Mietsache hinausgehende, zusätzliche Elemente umfaßt und damit ein ganzheitliches Gefüge mit ihm zugrundeliegenden höheren Sorgfaltspflichten begründet.

Da aber nicht feststeht, inwieweit der Bundesgerichtshof diese Auffassung und Ausdifferenzierung im Streitfall teilen wird, sollte bei der vertraglichen Ausgestaltung des Mietvertrags mit dem Betreiber seitens der Hersteller darauf geachtet werden, daß das haftungsrechtliche Problem des Teilleerstehens von Verkaufsflächen im Center ausdrücklich geregelt wird.