

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

UWG § 3

Tapetenpreisempfehlung

- a) Allein der Umstand, daß ein unverbindlich empfohlener Wiederverkaufspreis einen Aufschlag von ca. 150 % auf den tatsächlich gewährten Großhandelsabgabepreis ermöglichen würde, rechtfertigt noch nicht die Feststellung einer sog. Mondpreisempfehlung ohne Marktbedeutung; es kommt vielmehr auf die konkreten Marktverhältnisse für die fragliche Ware an.
- b) Ein vom Hersteller unverbindlich empfohlener Wiederverkaufspreis, der von 50 % der Händler eingehalten wird, kann nicht ohne weiteres als willkürlicher Phantasiepreis angesehen werden, auf dessen Unterschreitung ein Händler in seiner Werbung nicht hinweisen darf.

BGH, Urt. v. 1. Oktober 1980 - I ZR 142/78 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 142/78

URTEIL

Verkündet am

1. Oktober 1980

Köhler,

Justizsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma S [REDACTED], N [REDACTED]straße [REDACTED], D [REDACTED], vertreten durch
ihren Geschäftsführer,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

Verein zur Wahrung des lautereren Wettbewerbs e.V. D [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch das geschäftsführende Vorstands-
mitglied W. S [REDACTED], K [REDACTED]allee [REDACTED], D [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Oktober 1980 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Alff, Dr. Merkel, Dr. Piper und Dr. Teplitzky

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 24. Januar 1978 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist ein Verband zur Förderung gewerblicher Interessen im Sinne des § 13 Abs. 1 UWG. Die Beklagte betreibt u.a. in D[REDACTED] ein Selbstbedienungswarenhaus und einen Supermarkt. In der Ausgabe vom 4. Februar 1976 der Tageszeitung "Express" hat die Beklagte eine ganzseitige Anzeige gebracht, in der sie mit einer Vielzahl von günstigen Angeboten unter der besonders hervorgehobenen Überschrift: "Rundherum: Sonderpeise" wirbt. Im unteren Drittel der Seite



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sind unter der Zwischenüberschrift: "Achtung! S██████ - stop - Baumarkt - stop - Tapeten" weitere Angebote aus dem Lieferprogramm des den Häusern der Beklagten angeschlossenen Baumarktes aufgeführt, u.a. das von dem Kläger beanstandete und im Klageantrag mit seinem wesentlichen Inhalt wiedergegebene Angebot.

Der Kläger hält diese Werbung für unzulässig und hat geltend gemacht, die Anzeige verstoße gegen § 9 a UWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 der Anordnung des RWM betr. Sonderveranstaltungen. Es werde der Eindruck einer unzulässigen Sonderveranstaltung erweckt, zumal die Anzeige während des Winterschlußverkaufes erschienen sei und darin neben schlußverkaufsfähigen Waren auch solche enthalten seien, die nicht Gegenstand eines Schlußverkaufs sein könnten. Der Eindruck werde verstärkt durch die Ankündigung: "Sonderposten Tapeten 1974/75", weil daraus geschlossen werden könne, die alte Kollektion werde zugunsten der neuen, ebenfalls in der Annonce erwähnten geräumt. Auch die Wahl des Schlagworts: "Rundherum: Sonderpreise" zielle auf die Vorstellung des Verbrauchers, daß er auf alle Waren, zumindest aber auf alle Tapeten herabgesetzte Preise eingeräumt bekomme.

Mit der angegriffenen Werbung verstoße die Beklagte auch gegen §§ 1, 3 UWG. Die in Bezug genommenen Preisempfehlungen seien sog. "Mondpreise". Das ergebe sich schon aus der von der Beklagten selbst behaupteten Spanne zwischen Einkaufs- und empfohlenem Preis von 150 %. Die Preisempfehlungen auf dem Tapetenmarkt würden, wie die Beklagte selbst vortrage, nicht ernstlich eingehalten, so daß sie

nicht als übliche Marktpreise gelten könnten. Die Verwendung derartiger Mondpreise sei ein Verstoß gegen das Verbot irreführender Werbung.

Zugleich sei die Werbung ein Verstoß gegen die guten Sitten; denn nicht marktgerecht kalkulierte Preisempfehlungen seien kartellrechtlich unzulässig und ihre Verwendung in der Werbung daher mißbräuchlich. Darüber hinaus sei die Werbung mit unverbindlichen Richtpreisen nur unter bestimmten weiteren Voraussetzungen zulässig, die die Beklagte nicht eingehalten habe. So habe sie nicht die einzelnen Marken bezeichnet. Sie habe auch die von ihr vertriebenen Tapeten nicht ordnungsgemäß gekennzeichnet. Außerdem fehle ein Hinweis auf die Unverbindlichkeit der Preisempfehlungen. Preisempfehlungen gebe es im übrigen gar nicht für alle Tapeten, sondern nur bei einigen der Hersteller.

Der Kläger hat beantragt,

der Beklagten zu untersagen, bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall einer zukünftigen Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu DM 500.000 zu Werbezwecken anzukündigen:

"Rundherum: Sonderpreise"

verbunden mit der weiteren Ankündigung:

"Sonderposten Tapeten aus der Kollektion 1974/75 namhafter deutscher Hersteller. Die neue Kollektion 1976/77 ist da."

Alle Dessins werden 35 % unter den Preisempfehlungen namhafter deutscher Hersteller verkauft."

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, ihre Werbung beziehe sich auf Sonderangebote und nicht auf eine Sonderveranstaltung. Sie pflege jede Woche mittwochs eine ganze Seite des "Express" mit der Werbung für Sonderangebote zu belegen. Daß dies mit der beanstandeten Anzeige gerade in der Winterschlußverkaufszeit geschehen sei, habe daher keine Bedeutung. Ein Zusammenhang mit einem Räumungsverkauf könne aus dem Werbetext nicht herausgelesen werden.

Die von ihr in Bezug genommenen Preisempfehlungen seien auch keine Mondpreise. Das Bundeskartellamt sei dagegen nicht eingeschritten. Der Fachhandel benötige die einkalkulierte Gewinnspanne, weil er bestimmte zusätzliche Kosten erwirtschaften müsse, die sie - die Beklagte - als Selbstbedienungsgeschäft nicht zu tragen brauche. Das ermögliche ihr die starke Preisunterschreitung.

Das Landgericht hat nach Einholung einer amtlichen Auskunft des Bundeskartellamts die Klage abgewiesen. Auf die dagegen gerichtete Berufung hat das Oberlandesgericht dieses Urteil abgeändert und die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht führt aus, die im Klageantrag bezeichnete Werbung der Beklagten sei bereits deswegen zu untersagen, weil die Bezugnahme auf die "Preisempfehlungen namhafter deutscher Hersteller" im vorliegenden Falle irreführend sei. Es werde der Eindruck eines besonders günstigen preiswerten Angebots hervorgerufen, obwohl die Preisgestaltung der Beklagten sich in Wirklichkeit vorwiegend deswegen so günstig darstellen lasse, weil die empfohlenen Preise weit überhöht seien und eine Unterschreitung deswegen leicht ermöglichten, ohne daß eine echte kaufmännische Leistung dem zugrunde liege (sog. "Mondpreise"). Zudem würden ähnliche Preisabschläge nach dem Vortrag der Beklagten selbst von so vielen anderen Händlern gewährt, daß nicht davon die Rede sein könne, die von den Herstellern empfohlenen Preise seien marktgerecht. Eine Werbung unter Bezugnahme auf unverbindliche Preisempfehlungen sei aber nur zulässig, wenn diese selbst nicht nach § 38 a GWB verboten seien. Das sei aber hier der Fall. Nach dem eigenen Vortrag der Beklagten seien die empfohlenen Preise für Tapeten von den Herstellern derart hoch korkalkuliert, daß sie als Mondpreise anzusehen seien. In ihrem Schreiben vom 17. Dezember 1975 an die Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs habe die Beklagte selbst den bei Beachtung der Preisempfehlung der Hersteller sich ergebenden Aufschlag auf den Einkaufspreis mit ca. 150 % beziffert. In diesem Zusammenhang habe sie ferner ausgeführt, daß sie sich als Wucherer vorkommen würde, wenn sie derartige Preise verlange. Bei einer solchen Handelsspanne jedenfalls könne von einem nicht mehr marktgerechten Preis ausgegangen werden.

Die Beklagte habe darüber hinaus sogar selbst noch darauf hingewiesen, daß die empfohlenen Preise in der Tat bereits weitgehend unterschritten würden. So habe sie vortragen lassen, daß etwa 50 % der Tapeten-Einzelfachhändler zu den empfohlenen Preisen verkauften und die anderen Händler je nach Bedarf und je nach Gelegenheit Rabatte in beliebiger Höhe gewährten. Dabei gehe die Beklagte ersichtlich von der Vorstellung aus, daß es ausreiche, wenn sich etwa 50 % der betroffenen Händler an die Preisempfehlung hielten, um damit deren Marktgerechtigkeit darzutun. Dies sei jedoch nicht zutreffend. Daß etwa 50 % bei nicht näher konkretisierten Anlässen Rabatte in beliebiger Höhe gewährten, zeige, daß der empfohlene Preis seine Bedeutung als Marktorientierungsmittel verloren habe.

Daß das Bundeskartellamt bisher gegen die Preisempfehlungen der Tapetenhersteller nicht eingeschritten sei bedeute nicht, daß ein Anlaß dazu nicht vorhanden gewesen sei. Dies beruhe vorrangig darauf, daß konkrete Marktuntersuchungen bisher nicht durchgeführt worden seien, weil die zuständige Beschlußabteilung mit vorrangigen anderen Untersuchungen befaßt sei.

II. Die dagegen gerichtete Revision hat Erfolg. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, daß ein Einzelhändler grundsätzlich - ohne damit gegen die §§ 1, 3 UWG zu verstoßen - in seiner Werbung auf eine Preisempfehlung des Herstellers Bezug nehmen darf, um auf die Vorteilhaftigkeit des von ihm tatsächlich geforderten Preises hinzuweisen (vgl. BGHZ 42, 134 ff = GRUR 1965, 96 - 20 % unter dem empfohlenen Richtpreis). An diesem Grundsatz hat sich auch nach dem Inkrafttreten der

3. GWB-Novelle nichts geändert, die in § 38 a GWB das Institut der Preisempfehlung ausdrücklich im Gesetz verankert und näher geregelt hat (vgl. BGH GRUR 1980, 108 - "unter empf. Preis"). Doch darf eine solche Bezugnahme den Verkehr nicht irreführen. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich grundsätzlich danach, welche Aussage das Publikum einer solchen Werbung, insbesondere der Bezugnahme auf den empfohlenen Preis entnimmt und ob der Hinweis dieser Bedeutung tatsächlich gerecht wird. Allerdings sind gewisse Fehldeutungen, die insbesondere in der Zeit der Durchsetzung des Rechtsinstituts der Preisempfehlung im Verkehr unvermeidlich waren und deren Beachtung diese Durchsetzung beeinträchtigt haben würden, von der Rechtsprechung als nicht schutzwürdig behandelt worden, wie etwa die Vorstellung, es handle sich dabei um verbindlich vorgeschriebene Preise oder diese Preise würden jedenfalls in der Praxis allgemein eingehalten (BGHZ 42, 141, 144). Als schutzwürdig wurde dagegen u.a. die Vorstellung angesehen, der höhere - empfohlene - Preis sei von dem empfehlenden Hersteller aufgrund einer gewissenhaften Kalkulation als angemessener durchschnittlicher Verbraucherpreis errechnet, stelle insbesondere keinen willkürlichen Fantasiepreis ("Mondpreis") dar, sowie die weitere Annahme, der empfohlene Preis übersteige im Zeitpunkt der Gegenüberstellung den auf dem Markt üblich gewordenen Preis für das Erzeugnis nicht in einem solchen Maße, daß er nicht mehr ernsthaft als Grundlage für die Preisgestaltung des Einzelhandels in Betracht komme (BGHZ 45, 115 ff = GRUR 1966, 327 ff - Richtpreiswerbung I).

Das Berufungsgericht hat sich ausdrücklich diese Ausführungen der letztgenannten Entscheidung zu eigen gemacht, weshalb davon ausgegangen werden kann, daß es die Verkehrsauf-

fassung über die hier umstrittene Werbung in diesem Sinn feststellen wollte. Das wird auch von der Revision nicht in Abrede gestellt, läßt auch keinen Rechtsfehler erkennen. Dagegen ist seine weitere Feststellung, die hier in Rede stehende Preisempfehlung "namhafter deutscher Tapetenhersteller" für deren Kollektion 1976/77 sei als Empfehlung von "Mondpreisen" anzusehen, nicht rechtsfehlerfrei. Solche Preise sind in der Richtpreis I-Entscheidung (GRUR aaO, 332) dahin beschrieben worden, daß sie den bei verständiger ernsthafter Kalkulation vertretbaren Preis oder den auf dem Markt allgemein üblich gewordenen Durchschnittspreis für das Erzeugnis in solchem Maße übersteigen, daß er nur noch eine Fantasiegröße darstelle. Die Funktion dieses "Preises" liege nur noch im Werbezweck, nämlich darin, einem niedrigeren tatsächlichen Verkaufspreis gegenübergestellt zu werden, um diesen Verkaufspreis als besonders günstig erscheinen zu lassen. Das Berufungsgericht stützt seine dahingehende Feststellung in erster Linie auf ein Kalkulationsbeispiel, das die Beklagte in der vorprozessualen Korrespondenz zu ihrer Rechtfertigung dargelegt hatte. Danach hatte sie bei einem Großhändler zum Preise von 5,80 DM (o.MWSt) Tapeten eingekauft, als deren Verkaufspreis der Hersteller DM 14,83 empfohlen hatte, was einem Aufschlag von ca. 150 % entspricht. Die Höhe dieser Spanne rechtfertigt, jedenfalls für sich allein, noch nicht die Feststellung, es handle sich um einen nur Werbezwecken dienenden Fantasiepreis ohne Marktbedeutung. Allerdings hat der Bundesgerichtshof, worauf das Berufungsgericht verweist, in der letztgenannten Entscheidung eine Preisempfehlung bei Uhren, die um 100 % über den Einkaufspreis der Wiederverkäufer lag, als eine solche Mondpreisempfehlung angesehen. Es wäre jedoch rechtsfehlerhaft, dies unbesehen zu verallgemeinern.

Ob Endverbraucherpreise, und damit auch Empfehlungen für die Höhe solcher Preise, eine Marktbedeutung haben, läßt sich nicht abstrakt anhand der Höhe der Handelsspannen beurteilen. Maßgebend dafür sind vielmehr die Marktverhältnisse, die je nach Branche, Zeitpunkt, Wettbewerbsintensität usw. sehr verschieden sein können (ebenso Hefermehl UWG 12. Aufl., § 1 Anm. 290). Soweit das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang erkennen läßt, daß es eine solche Handelsspanne nicht als angemessen ansieht, beachtet es nicht hinreichend, daß es im Streitfall, soweit von ihm erörtert, nur um die Frage der Irreführung des Verkehrs über die Marktbedeutung einer konkreten Preisempfehlung geht, nicht aber um eine Mißbrauchskontrolle unter dem Gesichtspunkt der gesamtwirtschaftlich nicht gerechtfertigten Warenvertéuerung, für die nach § 38 a Abs. 3 Nr. 1 GWB die Kartellbehörde zuständig wäre.

Die Ansicht des Berufungsgerichts, es handle sich um einen Preis ohne Marktbedeutung, wird auch nicht durch die von ihm zugrunde gelegte Behauptung der Beklagten belegt, daß etwa 50 % der Tapeten-Einzelfachhändler zu diesen Preisen verkauften und daß etwa 50 % je nach Bedarf und je nach Gelegenheit Rabatte in beliebiger Höhe gewährten. Eine Preisempfehlung, die von jedem zweiten Händler befolgt wird, kann nicht ohne weiteres als Empfehlung eines Fantasiepreises ohne jede Marktbedeutung angesehen werden.

Das Berufungsgericht legt offenbar eine andere als die vorstehend behandelte und von ihm festgestellte Verkehrsauffassung zugrunde, wenn es die Behauptung, daß etwa 50 % der Händler bei entsprechendem Anlaß Rabatte in beliebiger Höhe gewährten, dahin würdigt, der empfohlene Preis habe seine Bedeutung als Marktorientierungsmittel verloren und werde

weitgehend unterboten. Dies könnte unter dem Gesichtspunkt der Irreführung allenfalls erheblich werden, wenn das Berufungsgericht festgestellt hätte, daß der Verkehr aufgrund der Werbung der Beklagten erwarte, die hier in Rede stehende Preisempfehlung werde vollständig oder überwiegend eingehalten. Insoweit fehlt es schon an einer tatsächlichen Feststellung. Wäre sie aber in dem Sinne getroffen worden, daß nicht unerhebliche Teile des Verkehrs die vollständige Einhaltung erwarteten, so wäre in Anwendung der Grundsätze des Urteils vom 10. Juni 1964 (BGHZ 42, 134, 138, 139) eine solche Fehlvorstellung mit Rücksicht auf das Wesen des Instituts der Preisempfehlung nicht schutzwürdig. Ob eine Vorstellung, die Preisempfehlung werde überwiegend eingehalten, unter diesem Gesichtspunkt schutzwürdig wäre, wofür der in § 38 a Abs 3 Nr. 2 GWB enthaltene Gedanke sprechen könnte, kann im Streitfall dahingestellt bleiben, da die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht den sicheren Schluß zulassen, daß dies zum maßgebenden zurückliegenden Zeitpunkt in Wahrheit nicht der Fall gewesen sei.

Der Feststellung des Berufungsgerichts, die Preisempfehlungen der Tapetenhersteller für 1976/77 hätten keine Marktbedeutung erlangt, stand schließlich auch die Stellungnahme des Bundeskartellamts vom 7. März 1977 entgegen, in der ausgeführt worden ist, daß für diese Annahme keine Anhaltspunkte vorlägen, auch nicht im Hinblick auf die geringeren Anforderungen für das Einschreiten wegen mißbräuchlichen Verhaltens, wie sie in § 38 a III Nr. 2 und 3 GWB niedergelegt sind. Damit hat sich das Berufungsgericht nicht hinreichend auseinandergesetzt (§ 286 ZPO). Dies bedarf jedoch keiner näheren Darlegung, da die Feststellung des Berufungsgerichts schon aus anderen Gründen der rechtlichen Nachprüfung nicht standhält.

III. Die Verurteilung kann auch nicht unter dem vom Berufungsgericht unentschieden gelassenen Gesichtspunkt aufrechterhalten werden, daß der angegriffene Werbetext entgegen dem Wortlaut des § 38 a Abs. 1 GWB die Preisempfehlung nicht ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet hat. Wie der Senat in seinem Urteil vom 28. September 1979 (GRUR 1980, 108 "unter empf. Preis") ausgeführt hat, kommt es für die Frage der Irreführung im Sinn des § 3 UWG nicht darauf an, ob in der Händlerwerbung der in § 38 a GWB verwendete Wortlaut "Unverbindliche Preisempfehlung" benutzt wird, sondern darauf, ob die tatsächlich verwendete Beschreibung der Preisempfehlung unrichtige Vorstellungen hervorzurufen geeignet ist. Das ist im Streitfall zu verneinen, da das Wort "Preisempfehlungen" in der Wortfolge "Preisempfehlungen namhafter deutscher Hersteller" einen eindeutigen Inhalt hat.

IV. Das angefochtene Urteil war danach aufzuheben. An einer abschließenden Entscheidung sieht sich der Senat gehindert, insbesondere kommt eine Teilabweisung nicht in Betracht. Das Verfahren weist die Besonderheit auf, daß der Kläger im Klageantrag aus der Zeitungsanzeige vom 4. Februar 1976 zwei eigenständige Passagen beanstandet hat, nämlich, jeweils in Verbindung mit der für beide geltenden Überschrift "Rundherum: Sonderpreise", einmal die Ankündigung "Sonderposten Tapeten aus der Kollektion 1974/75 namhafter deutscher Hersteller", wofür in der Anzeige drei verschiedene Rollenpreise genannt worden sind, und ferner die Ankündigung "die neue Kollektion 1976/77 ist da! Alle Dessins werden 35 % unter den Preisempfehlungen namhafter deutscher Hersteller verkauft!" Für die erste Passage hat der Kläger sein Unterlassungsverlangen ausweislich der Klagebegründung

auf § 1 AO betr. Sonderveranstaltungen, für die zweite auf § 3 UWG gestützt. Der Kläger hat jedoch im Klageantrag beide Passagen als Einheit zusammengefaßt. Nachdem das Berufungsgericht den Gesichtspunkt der Sonderveranstaltung nicht erörtert und sein beide Passagen erfassendes Unterlassungsurteil auf § 3 UWG gestützt hat, bedarf es, nachdem dieser Gesichtspunkt die Verurteilung nicht trägt, der erneuten Prüfung beider Passagen unter dem Gesichtspunkt des § 1 AO betr. Sonderveranstaltung. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Ansicht des Berufungsgerichts zutrifft, die mit dem Verbotsantrag angegriffene Kombination der Einzelpassagen der beanstandeten Werbung sei schon dann zu untersagen, wenn auch nur eines ihrer Elemente gegen die Regeln lauterer Wettbewerbs verstoße. Denn die Klage könnte im Streitfall auch dann nicht teilweise, hinsichtlich der zweiten Passage, abgewiesen werden, wenn man der Auffassung des Berufungsgerichts nicht zustimmen wollte. Es kann nämlich, anders als bei der umgekehrten Konstellation, die bisher allein abgehandelte Passage über die 35 %ige Unterbietung der Preisempfehlung im Rahmen der Beurteilung unter dem Aspekt der Sonderveranstaltung durchaus erneut als zusätzliches Moment für die Entscheidung in Betracht kommen und als solches dann auch Teil eines etwaigen Unterlassungsgebotes werden, selbst wenn es ungeachtet der Verbindung im Klageantrag und entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts an sich einer gesonderten Entscheidung zugänglich wäre. Deshalb bedarf es auch keines Eingehens auf die Frage, ob die Grundsätze des vom Berufungsgericht herangezogenen Urteils "Gelegenheitsanzeigen" (BGH GRUR 1976,

96) auf die hier gegebene Konstellation angewandt werden könnten. Die Sache war daher insgesamt an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu überlassen war.

v. Gamm

Alff

Merkel

Piper

Teplitzky