

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

UWG § 3

"Tennisschuhe"

Zur Frage der Irreführung und der Darlegungspflicht, wenn eine angekündigte Ware am ersten Tage nach Erscheinen der Werbung in einer einzelnen Größe nicht mehr sofort lieferbar ist.

BGH, Urt. v. 18. April 1985 - I ZR 155/83 - OLG München
LG Kempten

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 155/83

URTEIL

Verkündet am:
18.04.1985
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der H. [REDACTED] AG, vertreten durch die Vorstandsmitglieder Heinz G. [REDACTED], Bernd H. [REDACTED], Gerd C. K. [REDACTED] und Fritz S. [REDACTED],
Am [REDACTED], D. [REDACTED]

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den V. [REDACTED] D. [REDACTED] S. [REDACTED] e.V. in der Hauptge-
meinschaft des Deutschen Einzelhandels, vertreten durch die
Vorstandsmitglieder Heiner S. [REDACTED] und Hans K. [REDACTED],
L. [REDACTED] gasse 17, [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

46

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. April 1985 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Merkel, Dr. Teplitzky, Dr. Scholz-Hoppe und Dr. Mees

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 19. Mai 1983 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

Der Kläger ist ein Verband zur Wahrung der gewerblichen Interessen des Sportartikeleinzelhandels. Die Beklagte ist ein Kaufhausunternehmen, das zahlreiche Verkaufshäuser betreibt, in denen auch Sportartikel verkauft werden.

Am 1. Juli 1981 erschienen in Kempten in der "Allgäuer Zeitung" und in Wiesbaden im "Wiesbadener Kurier" Anzeigen der Beklagten, in denen unter der Überschrift "P  Markenqualität zu Super-Preisen" und mit dem Hinweis "20 verschiedene Modelle: Verkauf auf großer Sonderfläche!" für Trainings- und Jogginganzüge sowie für Trainings-, Jogging-, Tennis- und Freizeitschuhe, darunter auch für den Tennisschuh "Smash" geworben wurde.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Am 3. Juli 1981 um 10.00 Uhr war dieser Schuh in der Größe 8 in dem Verkaufshaus in Kempten nicht mehr vorhanden.

Der Kläger sieht in den Anzeigen eine unzulässige Lockvogelwerbung und hat dazu vorgetragen: Auch in der Filiale der Beklagten in Wiesbaden sei der Tennisschuh "Smash" am 1. Juli 1981 gegen 18.00 Uhr überhaupt nicht und am darauffolgenden Tag gegen Abend in der Größe 7 1/2 nicht vorrätig gewesen. Das Publikum erwarte bei einer derartigen Werbung, daß die angebotenen Sportartikel am Tag des Erscheinens der Anzeige und darüber hinaus mindestens auch am 2. und 3. Verkaufstag in allen angebotenen Größen verkäuflich seien. Vorliegend sei der Warenmangel in beiden Fällen auf eine Fehleinschätzung der Beklagten und auf Verteilungsprobleme zurückzuführen. Der von der Beklagten für das Verkaufshaus in Kempten behauptete Gesamtvorrat von 150 Paar Tennisschuhen "Smash" sei von vornherein unzureichend gewesen.

Der Kläger hat zuletzt beantragt, die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen,

in ihrer Werbung mittels Inserats und/oder Tageszeitungsbeilagen Sportartikel anzubieten, wenn sie nicht am Tage des Erscheinens der Werbung in jeder Filiale, für die die Werbung gilt, eine für mindestens drei Verkaufstage ausreichende Warenmenge in allen angebotenen Größen zum Verkauf zur Verfügung hat.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten. Sie hat vorge-
tragen: Auf den Klagevortrag zu dem Warenvorrat in ihrer
Filiale in Wiesbaden lasse sie sich nicht ein, weil für die
Beurteilung dieses Sachverhalts das Landgericht in Kempten,
wo der "Wiesbadener Kurier" nicht vertrieben werde, örtlich
nicht zuständig sei.

Soweit es um die Werbung in Kempten gehe, sei die Klage
unzulässig, da der Klageantrag mit dem Begriff des Sportar-
tikels zur Kennzeichnung des Klagebegehrens nicht bestimmt
genug sei. Jedenfalls sei die Klage unbegründet, weil das
Fehlen des Schuhs der Größe 8 von ihr nicht verschuldet
gewesen sei. Die der Filiale in Kempten gelieferte Menge von
150 Paar Tennisschuhen sei nach ihren Erfahrungen für mehr
als drei Verkaufstage ausreichend gewesen (Beweis: Sachver-
ständigengutachten); 8000 Paar habe sie in Reserve
gehalten.

Soweit der Kläger Unterlassung auch in bezug auf eine
Werbung für andere Sportartikel als Tennisschuhe verlange,
fehle es an der Wiederholungsgefahr.

Das Landgericht hat der Klage teilweise, nämlich in
bezug auf eine "Werbung mittels Inserats" für "Markensport-
artikel" stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Auf die
Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht unter teil-
weiser Änderung des Urteils des Landgerichts dem zuletzt
gestellten, auf ein Verbot der Werbung für Sportartikel
mittels Inserats und/oder Tageszeitungsbeilagen gerichteten
Antrag in vollem Umfang stattgegeben. Die Berufung der Be-
klagten blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Der Kläger beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Klageantrag sei hinreichend bestimmt. Der Begriff des Sportartikels sei abgrenzbar; er umfasse alle Gegenstände, die zur Ausübung einer Sportart benötigt würden und/oder geeignet seien, der Ausübung einer Sportart zu dienen.

Der Anspruch auf Unterlassung der Werbung für "Sportartikel" sei begründet aus § 3 UWG. Dabei sei es unerheblich, daß sich die Werbeanzeige auf Tennisschuhe und Sportanzüge beschränkt habe. In bezug auf andere Sportartikel bestehe Erstbegehungsgefahr, weil sich durch die Werbung für den Tennisschuh "Smash" gezeigt habe, daß auch mit einer gleichartigen Werbung für weitere Sportartikel gerechnet werden müsse.

Die beanstandete Werbung sei irreführend. Dabei komme es auf den behaupteten Vorfall in Wiesbaden nicht an. Denn unstreitig sei der Tennisschuh "Smash" im Verkaufshaus der Beklagten in Kempten am dritten Tag nach Erscheinen der Werbung in der "Allgäuer Zeitung" um 10.00 Uhr in Größe 8 nicht mehr vorrätig gewesen, obwohl nach der Art der Werbung der Käufer habe damit rechnen dürfen, daß der Schuh in allen Größen für einen Verkaufszeitraum von mindestens drei Ver-

verkaufstagen vorrätig sei. Der Verbraucher könne darauf vertrauen, daß bei großformatigen Anzeigen eines bekannten Großkaufhauses die zum Verkauf angebotene Ware nicht nur am Tag des Erscheinens des Inserats, sondern an mindestens drei Verkaufstagen erhältlich sei.

Das Fehlen der Ware habe auf einer Fehleinschätzung der Beklagten beruht, deren Folgen trotz eines nicht unerheblichen Reservebestandes von fast 8000 Paaren des Tennisschuhs "Smash" nicht hätten ausgeglichen werden können. Einer Beweiserhebung zu der Behauptung, eine Erstbestückung des Verkaufshauses in Kempten mit 150 Paar habe aller kaufmännischen Voraussicht nach für mehr als drei Verkaufstage ausgereicht, bedürfe es nicht.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Zu Unrecht macht die Revision allerdings geltend, der Klageantrag sei zur Kennzeichnung des Klageziels, was das Berufungsgericht nicht beachtet habe, nicht hinreichend bestimmt im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Der Begriff des Sportartikels, den die Beklagte dabei als unbestimmt rügt, bezeichnet, wie der Senat in einer insoweit gleichliegenden Sache entschieden hat, in einer sowohl für die Beklagte als auch für das Vollstreckungsgericht noch ausreichend deutlichen Weise die Ware, die gemeint ist (vgl. BGH, Urt. v. 15.3.1984, I ZR 74/82, GRUR 1984, 593, 594 = WRP 1984, 394 - adidas-Sportartikel). Eine andere, nur nach den

Umständen des Einzelfalles zu entscheidende Frage ist es allerdings, ob die konkrete Zuwiderhandlung die Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsfahr in diesem Umfang begründet.

2. Dagegen beanstandet die Revision zu Recht die Annahme des Berufungsgerichts, die Feststellung allein, die Nichtlieferbarkeit eines Tennisschuhes der Marke "Smash" in der Größe 8 am dritten Tage nach Erscheinen der Werbeanzeige reiche ohne weiteres aus, um die Werbung der Beklagten als Irreführung über die Menge der Vorräte im Sinne des § 3 UWG zu beurteilen. Zwar entspricht es allgemeiner Meinung, daß eine angekündigte Ware des gewöhnlichen Verbrauchs zu dem angekündigten Zeitpunkt, in der Regel also mit Erscheinen der Werbung, und für eine Zeit, die der Verkehr der Werbung und den sonstigen Umständen entnehmen darf, zur Verfügung stehen muß. Dabei darf aber kein zu engherziger Maßstab angelegt werden. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist bereits anerkannt worden, daß der Verkehr bei einer derartigen Werbung jedenfalls nicht erwarte, daß sie sich auch auf Fälle beziehen solle, in denen die Ware aus Gründen höherer Gewalt oder sonst ohne Verschulden nicht zum Verkauf gestellt werden könne, weil bekanntermaßen im kaufmännischen Verkehr beim Bezug von Waren gelegentlich Umstände eintreten können, die eine rechtzeitige Bereitstellung verhindern können, deren Eintritt aber im Zeitraum der Werbung auch bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht vorauszusehen ist (SenUrt. v. 27.5.1982 - I ZR 35/80, GRUR 1982, 681, 682 = WRP 1982, 642 - Skistiefel). Das gleiche muß auch für Fälle gelten, in denen nach mehreren Tagen aus einem umfangreichen Angebot ein

Einzelstück einer bestimmten Größe nicht vorrätig ist, sofern nach den getroffenen Anstalten sichergestellt ist, daß ein solches Stück alsbald nachgeliefert werden kann. Denn dem Publikum ist bekannt, daß auch bei sorgfältiger Vorausplanung die tatsächliche Nachfrage nicht immer genau abgeschätzt werden kann und daß daher auch einem verantwortungsbewußt handelnden Kaufmann vereinzelt eine Lieferschwierigkeit unterlaufen kann. Bei vereinzelt derartigen Ausfällen faßt es daher in der Regel die Werbung noch nicht als irreführend auf, sondern sieht darin, sofern nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung nahelegen, unbeabsichtigte Fehlschläge, die jedenfalls dann den Vorwurf der Täuschung nicht begründen, wenn dafür gesorgt ist, daß das Sortiment umgehend wieder aufgefüllt wird.

Im Streitfall ergibt sich aus der vorgelegten Werbeanzeige, dem Sachvortrag der Parteien und den Feststellungen des Berufungsgerichts, daß die Beklagte für sechs verschiedene Tennisschuhe und zwei Sportanzüge geworben hat und daß allein für den Tennisschuh "Smash" 10 Größen, nach der Behauptung des Klägers sogar achtzehn Größen, vorrätig gehalten werden mußten. Wenn aus einem solchen Angebot am dritten Tag nach Erscheinen der Anzeige eine einzige Größe nicht mehr vorrätig ist, dann rechtfertigt das die Feststellung einer Irreführung des Verkehrs jedenfalls dann nicht, wenn die Beklagte den voraussichtlichen Bedarf mit kaufmännischer Sorgfalt geschätzt hat und wenn sie Maßnahmen getroffen hat, um eine unverzügliche Nachlieferung sicherzustellen. Insoweit dürfen allerdings an die Substantiierung des entlastenden Vortrages keine geringen Anforderungen gestellt werden. Insbesondere reicht es dazu regelmäßig nicht aus, wenn der

Beklagte nur formelhaft die Wahrung kaufmännischer Sorgfalt hinsichtlich der Bedarfsschätzung behauptet, ohne im einzelnen darzulegen, auf welche konkreten Erfahrungen sich eine derartige Schätzung stützen konnte. Insoweit hat die Beklagte unter Sachverständigenbeweis gestellt, daß sie nach der Erfahrung und den Umständen erwarten durfte, die Filiale Kempten hinreichend bevorratet zu haben und sie hat weiter behauptet, daß sie 8000 Paar Tennisschuhe als Reserve zur Nachlieferung bereitgestellt habe. Unter den besonderen Umständen des Streitfalles und im Hinblick auf die bisher insoweit noch nicht eindeutige Rechtslage kann dieser Vortrag im vorliegenden Fall noch als ausreichende Substantiierung angesehen werden. Mit der Übergehung dieses Beweisanspruches und der letztgenannten Behauptung hat das Berufungsgericht § 286 ZPO nicht hinreichend beachtet. Das angefochtene Urteil war aus diesem Grunde aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

3. Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht zunächst prüfen müssen, ob der Unterlassungsanspruch ohne Beweiserhebung über den die Filiale Kempten betreffenden Vorfall etwa bereits aufgrund des Vorfalls in der Filiale Wiesbaden begründet ist, hinsichtlich dessen das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen und den es noch nicht beurteilt hat.

a) Auch dieser Vorfall wird vom Streitgegenstand umfaßt. Denn der Kläger begehrt ein Unterlassungsgebot für das ganze Bundesgebiet und hat dazu beide Sachverhalte vorgetragen. Daß die Werbung nach dem Klagevortrag nicht bundesweit,

sondern nur in lokalen Blättern verbreitet worden ist, steht der Annahme eines einheitlichen Streitgegenstandes nicht entgegen, zumal es sich um eine zentral veranlaßte Werbung handelt und die Beklagte sich auf die zentrale Warenverteilung beruft. Damit bestehen auch keine Bedenken gegen die örtliche Zuständigkeit des Berufungsgerichts.

b) Zum Vorfall Wiesbaden hat der Kläger unter Beweis- antritt vorgetragen, der Tennisschuh "Smash" sei bereits am ersten Tage der Werbung gegen 18.00 Uhr nicht vorrätig gewesen und sollte nach Auskunft der Verkäuferin erst am nächsten Tage gegen 11.00 Uhr in den Verkauf kommen. Am zweiten Tage gegen 18.00 Uhr sei er in der Größe 7 1/2 wieder nicht vorrätig gewesen und die Verkäuferin habe erklärt, es seien nur noch einige Restpaare vorrätig. Nur die Größen 4 1/2, 5 1/2 und 11 seien vorhanden gewesen, während die Mittelgrößen vergriffen gewesen seien. Das Berufungsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen. Sollte die Beklagte diesen Vortrag, zu dem sie sich bisher nicht eingelassen hat, nicht zulässig bestreiten, auch das Unterbleiben alsbaldiger Nachlieferung nicht rechtfertigen können, so wird das Berufungsgericht prüfen müssen, ob dieser Vorfall als Verstoß gegen § 3 UWG zu werten ist, was eine Beweiserhebung im Falle der Filiale Kempten erübrigen würde.

4. Sollte das Berufungsgericht aufgrund der erneuten Verhandlung den Anspruch an sich für begründet halten, so wird es beachten müssen, daß der Senat bereits wiederholt Verurteilungen abgeändert hat, soweit darin eine für mindestens drei Tage ausreichende Vorratsmenge gefordert wurde (u.a. BGH, aaO, Skistiefel u. Adidas-Sportartikel). Im

Streitfall bestehen dagegen insbesondere deshalb Bedenken, weil der Klageantrag sich auf jede Inserats-Sportartikel-Werbung bezieht. Schon angesichts der Vielfalt der Möglichkeiten, mit Inseraten zu werben, läßt sich nicht die einer entsprechenden Verurteilung zugrundezulegende Feststellung treffen, daß jede Sportartikel-Werbung beim Publikum die Vorstellung einer jedenfalls drei Tage umfassenden Vorratshaltung erwecken wird. Für eine derartige Schematisierung wird nur in besonderen Ausnahmefällen Raum sein.

Hinsichtlich des Umfanges einer etwaigen Verurteilung wird das Berufungsgericht gegebenenfalls auch prüfen müssen, ob sich die Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr hier nicht auf die Werbung mit den Markenartikeln der Firma P~~...~~ beschränkt (vgl. BGH, aaO, Adidas-Sportartikel unter II 3 der Entscheidungsgründe).

v. Gamm

Merkel

Teplitzky

Scholz-Hoppe

Mees