BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 180/07

Verkündet am:
29. Oktober 2009
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Stumme Verkäufer II

UWG 2008 § 3 Abs. 1, § 4 Nr. 1

Der Absatz von Tageszeitungen über ungesicherte Verkaufshilfen ("stumme Verkäufer") ist selbst bei erheblichem Schwund weder unter dem Gesichtspunkt einer unzulässigen Beeinträchtigung der Kaufinteressenten noch unter dem Gesichtspunkt einer allgemeinen Marktbehinderung wettbewerbswidrig (Aufgabe von BGH GRUR 1996, 778 - Stumme Verkäufer I).

BGH, Urteil vom 29. Oktober 2009 - I ZR 180/07 - KG Berlin
LG Berlin

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Oktober 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Pokrant, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts vom 21. September 2007 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Berliner Zeitungsmarkt, unter anderem auf dem Gebiet der entgeltlichen meinungsbildenden Tageszeitungen. Die Klägerin verlegt die "B. Z. " und den "BE. K. ". Zu den von der Beklagten herausgegebenen Zeitungen gehört seit Mai 2004 die Tageszeitung "W. KO. ", die für 70 Cent im Einzelverkauf oder im Abonnement erhältlich ist. Der Marktanteil aller von der Beklagten verlegten Zeitungen auf dem Berliner Zeitungsmarkt beträgt - bezogen auf die verkauften Exemplare - 50%.

2 Die Beklagte plant, die "W. KO. " auch über ungesicherte Verkaufshilfen, sogenannte "stumme Verkäufer", abzusetzen. In einer ersten Testphase stellte sie solche Verkaufshilfen im Juli und August 2005 vor den Schwimmbädern der Berliner Bäderbetriebe auf.

3 Nach Ansicht der Klägerin ist der Einsatz ungesicherter Verkaufshilfen für den Vertrieb entgeltlicher Tageszeitungen wettbewerbswidrig. Wegen der zu erwartenden Schwundquote laufe diese Vertriebsart auf eine Gratisabgabe hinaus. Darin liege ein übertriebenes Anlocken. Auch führe diese Praxis zu einer allgemeinen Marktbehinderung.

4 Die Klägerin hat beantragt,

> die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs die Kaufzeitung "W. KO. " auf dem Berliner Zeitungsmarkt über mechanische Verkaufshilfen (sogenannte "stumme Verkäufer") anzubieten bzw. anbieten zu lassen und/oder zu vertreiben bzw. vertreiben zu lassen, soweit diese Verkaufshilfen nicht gegen kostenlose Entnahme der in ihnen enthaltenen Zeitungsexemplare gesichert sind.

5 Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Die "W. KO. " spreche andere Leserschichten an als herkömmliche Zeitungsangebote. Der Leser sei mittlerweile auch an kostenlose Informationsangebote zum Beispiel im Internet gewöhnt und werde deshalb durch stumme Verkaufshilfen nicht unsachlich in seiner Kaufentscheidung beeinflusst. Eine konkrete Störung des Berliner Pressemarktes sei nicht ersichtlich.

6 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

7 In der Berufungsverhandlung hat sich die Beklagte unter Versprechen einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung an die Klägerin zu zahlenden Vertragsstrafe in Höhe von 8.000 € verpflichtet, es zu unterlassen,

> im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken ungesicherte Verkaufshilfen für den Vertrieb der "W. KO. " in Berlin zu verwenden, ohne dass auf jedem Automaten ein deutlich sichtbarer Hinweis über den Kaufpreis sowie die Angabe "Diebstahl wird verfolgt, Kontrolleure im Einsatz" erfolgt und durch eine Vereinbarung mit dem für die Bestückung der Automaten zuständigen Dienstleister sichergestellt wird, dass durch regelmäßige stichprobenartige Kontrollen der Automaten gewährleistet wird, dass Zeitungen nur gegen Bezahlung entnommen werden.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

8 Die Berufung der Beklagten hat zur Abweisung der Klage geführt (KG GRUR-RR 2008, 171).

9 Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

10 I. Das Berufungsgericht hat den geltend gemachten Unterlassungsanspruch für nicht begründet erachtet und hierzu im Wesentlichen ausgeführt:

11 Ein Unterlassungsanspruch bestehe nicht unter dem Gesichtspunkt einer allgemeinen Marktbehinderung. Voraussetzung hierfür sei eine konkrete Gefahr, Mitbewerber vom Markt zu drängen. Eine abstrakte Gefährdung des Wettbewerbs reiche nicht aus. Dies gelte nicht nur bei Gratiszeitungen, sondern auch bei Kaufzeitungen. Eine konkrete Gefährdung des Berliner Pressemarktes sei selbst dann nicht anzunehmen, wenn von 3.000 geplanten Verkaufshilfen mit je 25 Exemplaren sowie von einem Schwund von 60% und damit von einem Anteil von 10% der in Berlin verkauften Zeitungen ausgegangen werde. Ob sich die Gefahr einer Marktbehinderung in Zukunft durch Nachahmungshandlungen der Mitbewerber ergeben könne, lasse sich noch nicht hinreichend sicher vorhersehen.

12 Ein Unterlassungsanspruch bestehe auch nicht unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Wertreklame und des übertriebenen Anlockens nach § 4 Nr. 1 UWG. Zwar seien die Verkaufshilfen der Beklagten bislang so geplant und gestaltet gewesen, dass sie nicht unerhebliche Teile des angesprochenen Verkehrs dazu verleiteten, Zeitungen ohne Bezahlung zu entnehmen. Die Verbraucher

würden so in ihrer Kaufentscheidung irrational beeinflusst. Die von der Beklagten abgegebene Unterlassungserklärung gewährleiste aber, dass beim Einsatz der Verkaufshilfen ein ausreichender Überwachungsdruck ausgeübt werde, um die Verkehrskreise von der unentgeltlichen Entnahme abzuhalten.

13 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat den geltend gemachten Unterlassungsanspruch zu Recht verneint. Die beanstandete Verhaltensweise der Beklagten ist nicht geeignet, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher durch unangemessenen unsachlichen Einfluss i.S. des § 4 Nr. 1 UWG zu beeinträchtigen (dazu II 1); auch unter dem Gesichtspunkt einer allgemeinen Marktbehinderung ist sie nicht als wettbewerbswidrig zu beurteilen (dazu II 2).

14 1. Der Klägerin steht der unter dem Gesichtspunkt einer unzulässigen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Kaufinteressenten (§§ 3, 4 Nr. 1 UWG) geltend gemachte Anspruch weder als Verletzungsunterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 UWG noch als vorbeugender Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 UWG zu.

15 a) Nach der noch zu § 1 UWG a.F. ergangenen Senatsentscheidung "Stumme Verkäufer I" (BGH, Urt. v. 15.2.1996 - I ZR 1/94, GRUR 1996, 778 = WRP 1996, 889) kann die kostenlose Abgabe einer entgeltlichen Zeitung - sofern sie in großem Umfang und über einen langen Zeitraum erfolgt - einen unsachlichen Gewöhnungseffekt erzeugen, so dass die Leser dauerhaft der ihnen durch die kostenlose Abgabe bekannt gewordenen Zeitung den Vorzug geben, auch wenn diese später nicht mehr kostenlos abgegeben wird. Der kostenlosen Abgabe stehe eine Vertriebsmethode gleich, bei der - wie beim Vertrieb von Zeitungen über "stumme Verkäufer", die zu einer Schwundquote von 60% führten - von vornherein mit einer so hohen Diebstahls- oder Schwundquote zu

rechnen sei, dass sie im Ergebnis auf eine kostenlose Abgabe hinauslaufe (BGH GRUR 1996, 778, 780 - Stumme Verkäufer).

16 Diese Voraussetzungen sind im Streitfall schon deshalb nicht erfüllt, weil die Beklagte bis zum Zeitpunkt der Berufungsverhandlung am 21. September 2007, der für die Beurteilung der Wiederholungsgefahr als materiell-rechtliche Voraussetzung des Verletzungsunterlassungsanspruchs maßgeblich ist (BGH, Urt. v. 25.10.2001 - I ZR 29/99, GRUR 2002, 717, 719 = WRP 2002, 679 - Vertretung der Anwalts-GmbH), lediglich im Juli und August 2005 probeweise vor den Schwimmbädern der Berliner Bäderbetriebe elf Verkaufshilfen aufgestellt hatte. Eine solche zeitlich und räumlich begrenzte Abgabe zu Testzwecken war nach der Lebenserfahrung nicht geeignet, einen unsachlichen Gewöhnungseffekt in dem vorstehend beschriebenen Sinn zu erzeugen.

17 b) Ein auf §§ 3, 4 Nr. 1 UWG gestützter vorbeugender Unterlassungsanspruch scheitert hier jedenfalls daran, dass es insoweit an einer unangemessenen unsachlichen Einflussnahme auf die Personen fehlt, die sich durch die beanstandete Geschäftsmethode der Beklagten dazu verleiten lassen, die in deren Verkaufshilfen angebotenen Zeitungen ohne Bezahlung zu entnehmen. Die Grenze zur Unlauterkeit ist nach § 4 Nr. 1 UWG erst dann überschritten, wenn eine geschäftliche Handlung geeignet ist, die Rationalität der Nachfrageentscheidung der angesprochenen Marktteilnehmer vollständig in den Hintergrund treten zu lassen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urt. v. 8.11.2007 - I ZR 60/05, GRUR 2008, 530 Tz. 13 = WRP 2008, 777 - Nachlass bei der Selbstbeteiligung, m.w.N.). Unter dem geltenden, die Vorgaben der Richtiline 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken berücksichtigenden Recht kann zudem darauf abgestellt werden, dass eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers i.S. des § 4 Nr. 1 UWG nur dann gegeben ist, wenn der Handelnde diese Freiheit durch Belästigung oder durch unzulässige Beeinflussung i.S.

des Art. 2 lit. j der Richtlinie erheblich beeinträchtigt (Köhler in Köhler/ Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 4 Rdn. 1.7b). Dies ist im Hinblick darauf, dass der geltend gemachte Unterlassungsanspruch in die Zukunft gerichtet ist, auch im Streitfall zu berücksichtigen.

18 Nach diesen Grundsätzen kann nicht von einer unzulässigen Einflussnahme auf die Entscheidungsfreiheit der Kunden - gleichgültig, ob sie die entnommene Zeitung ordnungsgemäß bezahlen oder ohne Zahlung mitnehmen - ausgegangen werden. Nach der Lebenserfahrung liegt es fern, dass die Kunden durch die ihnen eröffnete und von ihnen zum Teil auch wahrgenommene Möglichkeit der weithin gefahrlosen Entwendung von Zeitungen nachhaltig beeinflusst werden und in Zukunft beim entgeltlichen Erwerb von Zeitungen nicht mehr rational entscheiden können, welchem Angebot sie den Vorzug geben. Im Übrigen verdient die geschäftliche Entscheidungsfreiheit von Verbrauchern, die sich selbst nicht marktkonform verhalten, keinen Schutz nach § 4 Nr. 1 UWG.

19 2. Der Klägerin steht der von ihr unter dem Gesichtspunkt einer allgemeinen Marktbehinderung (§ 3 UWG 2004, § 3 Abs. 1 UWG 2008) geltend gemachte Anspruch aus den oben unter II 1 a genannten und hier entsprechend geltenden Gründen nicht als Verletzungsunterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 UWG zu. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, insoweit bestehe auch kein vorbeugender Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 UWG, hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung ebenfalls stand.

20 a) Die unter der Geltung des § 1 UWG a.F. anerkannte Fallgruppe der allgemeinen Marktbehinderung (Marktstörung) ist zwar nicht im Beispielstatbestandskatalog des § 4 UWG 2004 aufgeführt, der seit 30. Dezember 2008 in dem durch das Erste Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2949) nur geringfügig geän-

derten § 4 UWG 2008 fortgilt; sie soll aber nach der Ansicht des Gesetzgebers - entsprechend dem nicht abschließenden Charakter der Beispielstatbestände - gleichwohl unter die Generalklausel des § 3 UWG 2004 (§ 3 Abs. 1 UWG 2008) fallen können (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zu § 4 Nr. 10 UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487 S. 19). In Übereinstimmung damit ist auch der Senat in seiner Rechtsprechung zum UWG 2004 davon ausgegangen, dass die zu dieser Fallgruppe entwickelten Grundsätze weiter fortgelten (vgl. BGH, Urt. v. 30.3.2006 - I ZR 144/03, GRUR 2006, 596 Tz. 13 ff. = WRP 2006, 888 - 10% billiger; Urt. v. 2.10.2008 - I ZR 48/06, GRUR 2009, 416 Tz. 24 f. = WRP 2009, 432 - Küchentiefstpreis-Garantie). Dieser Ausgangspunkt entspricht auch der überwiegenden Ansicht im Schrifttum (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 12.1; MünchKomm.UWG/Heermann, Anh. §§ 1-7 B Rdn. 1 f.; Harte/Henning/Omsels, UWG, 2. Aufl., § 4 Nr. 10 Rdn. 248; Fezer/Osterrieth, UWG, 2. Aufl., § 4-S1 Rdn. 11; Lux, Der Tatbestand der allgemeinen Marktbehinderung, 2006, S. 346; zweifelnd Ullmann in Ullmann, jurisPK-UWG, 2. Aufl., § 3 Rdn. 28; Müller-Bidinger/Seichter in Ullmann, jurisPK-UWG aaO § 4 Nr. 10 Rdn. 346; für die Aufgabe der Fallgruppe der allgemeinen Marktstörung Ohly in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl., § 4 Rdn. 10/97). Da die Fallgruppe der allgemeinen Marktbehinderung zudem außerhalb des Regelungsanspruchs der Richtlinie 2005/89/EG über unlautere Geschäftspraktiken liegt (Köhler, GRUR 2005, 793, 799), ist auch unter der Geltung des § 3 Abs. 1 UWG 2008 davon auszugehen, dass eine danach unter dem Gesichtspunkt einer allgemeinen Marktbehinderung unzulässige geschäftliche Handlung gemäß den hierzu bereits unter der Geltung des § 1 UWG a.F. entwickelten Grundsätzen (vgl. BGHZ 114, 82, 84 - Motorboot-Fachzeitschrift; BGH, Urt. v. 29.6.2000 - I ZR 128/98, GRUR 2001, 80, 81 = WRP 2000, 1394 - ad-hoc-Meldung; BGHZ 157, 55, 61 - 20 Minuten Köln) dann vorliegt, wenn ein für sich genommen zwar nicht unlauteres, aber immerhin bedenkliches Wettbewerbsverhalten allein oder in Verbindung mit gleichartigen Maßnahmen von Mitbewerbern die ernstliche Gefahr

begründet, dass der auf der unternehmerischen Leistung beruhende Wettbewerb in erheblichem Maß eingeschränkt wird.

21 b) In den Entscheidungen "20 Minuten Köln" (BGHZ 157, 55) und "Zeitung zum Sonntag" (Urt. v. 20.11.2003 - I ZR 120/00, WRP 2004, 746) hatte der Senat den kostenlosen Vertrieb von zwei Zeitungen zu beurteilen: einer an Haltestellen ausgelegten und an belebten Stellen im Stadtgebiet verteilten Zeitung mit einem redaktionellen Teil, der etwa zwei Drittel ihres Inhalts ausmachte und neben lokalen Nachrichten Berichte insbesondere aus Politik, Kultur und Sport enthielt ("20 Minuten Köln"), sowie einer Sonntagszeitung, die ihrem Erscheinungsbild nach eine Leserzeitung war und redaktionelle Beiträge zu regionalen und überregionalen Themen, eine umfassende Sportberichterstattung und einen ausführlichen Veranstaltungskalender enthielt ("Zeitung zum Sonntag"). Weil diese Zeitungen im vollen Umfang durch Anzeigen finanziert wurden, lag kein Verschenken geldwerter Leistungen vor; die Rechtsprechung zur massenweisen unentgeltlichen Abgabe von Originalware war deshalb nicht anwendbar (BGH WRP 2004, 746, 747 - Zeitung zum Sonntag; vgl. auch BGHZ 157, 55, 60 - 20 Minuten Köln). Da die Garantie der Pressefreiheit nicht danach unterscheidet, ob sich eine Zeitung mit redaktionellem Textteil allein durch Anzeigen oder daneben auch durch ein vom Leser für den Erwerb zu zahlendes Entgelt finanziert, können entgeltlich vertriebene Zeitungen im Rahmen der wettbewerblichen Beurteilung nicht auf eine höhere Stufe gestellt werden als anzeigenfinanzierte (BGHZ 157, 55, 62 f. - 20 Minuten Köln; BGH WRP 2004, 746, 748 - Zeitung zum Sonntag). Der Umstand, dass bei gratis verteilten Zeitungen eine größere Gefahr der Einflussnahme der Werbetreibenden auf die Arbeit, Ausrichtung und personelle Besetzung der Redaktion bestehen mag, rechtfertigt es ebenfalls nicht, der durch die Leserschaft (mit-)finanzierten Tageszeitung von vornherein einen höheren Schutz vor einer Marktstörung zuzubilligen (BGHZ 157, 55, 63 - 20 Minuten Köln; BGH WRP 2004, 746, 748 - Zeitung zum Sonn-

tag). Damit kann weder entgeltlich vertriebenen Zeitungen ein präventiver Schutz zugesprochen noch das unentgeltliche Verteilen von Tageszeitungen unabhängig vom Vorliegen einer konkreten Gefährdung des Wettbewerbsbestands als wettbewerbswidrig angesehen werden (BGHZ 157, 55, 63 f. - 20 Minuten Köln; BGH WRP 2004, 746, 748 - Zeitung zum Sonntag). Da das Wettbewerbsrecht gerade dem freien Spiel der Kräfte des Markts im Rahmen der gesetzten Rechtsordnung Raum gewähren soll, können die konkurrierenden Zeitungen keine Sicherung ihres Bestands beanspruchen. Mögliche Absatzrückgänge bei Kaufzeitungen führen auch nicht dazu, dass die Gratisverteilung wettbewerbsrechtlich zu beanstanden wäre (BGHZ 157, 55, 64 f. - 20 Minuten Köln; BGH WRP 2004, 746, 748 f. - Zeitung zum Sonntag). Wegen der verfestigten Strukturen und der damit extrem hohen Marktzutrittsschranken auf den Pressemärkten können sich neue Anbieter kaum anders als über ausschließlich anzeigenfinanzierte Zeitungen etabliere. Daher führt auch eine Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb zu keiner anderen Beurteilung (BGHZ 157, 55, 65 - 20 Minuten Köln; BGH WRP 2004, 746, 749 - Zeitung zum Sonntag).

22 c) Diese Erwägungen haben auch für die Beurteilung der im Streitfall gegebenen Abgabe von entgeltlichen Tageszeitungen über ungesicherte Verkaufshilfen zu gelten, die es mit sich bringt, dass ein erheblicher Teil der Zeitungen entwendet und damit - jedenfalls aus der Sicht der Mitbewerber und des Marktes - unentgeltlich abgegeben wird (Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 12.24; MünchKomm.UWG/Heermann, Anh. §§ 1-7 B Rdn. 41 und 51; Müller-Bidinger/Seichter in Ullmann, jurisPK-UWG aaO § 4 Nr. 10 Rdn. 357; Köhler, WRP 2005, 645, 652; Lux aaO S. 167 und 429; Fezer/Osterrieth aaO § 4-S1 Rdn. 222). Dafür spricht insbesondere der Umstand, dass diejenigen Gesichtspunkte, die nach der Senatsrechtsprechung für die grundsätzliche Zulässigkeit der unentgeltlichen Abgabe rein anzeigenfinanzierter Zeitungen spre-

chen (vgl. oben unter II 2 b), sämtlich in gleicher oder immerhin vergleichbarer Weise bei der wegen häufiger Entwendungen faktisch teilweise unentgeltlichen Abgabe an sich entgeltlicher Zeitungen vorliegen. Vor allem handelt es sich in beiden Fällen nur bei vordergründiger Betrachtung um eine ganz oder - im Fall der Abgabe über stumme Verkäufer - teilweise unentgeltliche Abgabe; denn tatsächlich erfolgt die Finanzierung im einen Fall ganz über Anzeigen und im anderen Fall teilweise auf diese Weise und im Übrigen über die Zahlungen derjenigen Kunden, die das an den Verkaufshilfen verlangte Entgelt ordnungsgemäß entrichten. Lauterkeitsrechtlich bedenklich werden beide Vertriebssysteme erst dann, wenn sie zu einer dauerhaften Abgabe unter Selbstkosten führen und auf diese Weise den Bestand des Wettbewerbs gefährden (vgl. Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 12.24). Soweit sich aus der Senatsentscheidung "Stumme Verkäufer I" Gegenteiliges ergibt, hält der Senat hieran nicht fest.

23 d) Das Berufungsgericht hat das Vorliegen einer Begehungsgefahr für eine allgemeine Marktbehinderung ohne Rechtsfehler verneint.

24 aa) Die für einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch erforderliche Begehungsgefahr stellt eine materielle Anspruchsvoraussetzung dar (BGH, Urt. v. 28.9.2000 - I ZR 141/98, GRUR 2001, 255 = WRP 2001, 151 - Augenarztanschreiben; Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 8 Rdn. 1.10 m.w.N.). Da es sich um eine anspruchsbegründende Tatsache handelt (BGHZ 173, 188 Tz. 54 - Jugendgefährdende Medien bei eBay; Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 8 Rdn. 1.11 m.w.N.), liegt die Beweislast hierfür beim Anspruchsteller (MünchKomm.UWG/Ehricke, Vor § 12 Rdn. 110; Fezer/Büscher aaO § 8 Rdn. 99).

25 bb) Das Drohen einer Rechtsverletzung i.S. des § 8 Abs. 1 Satz 2 UWG setzt, soweit eine allgemeine Marktbehinderung in Rede steht, voraus, dass das Wettbewerbsverhalten allein oder in Verbindung mit zu erwartenden gleichartigen Maßnahmen von Mitbewerbern die ernstliche Gefahr begründet, der auf unternehmerischer Leistung beruhende Wettbewerb werde in erheblichem Maß eingeschränkt (st. Rspr.; vgl. BGHZ 157, 55, 61 - 20 Minuten Köln, m.w.N.). Von einer solchen Gefahr ist nur dann auszugehen, wenn greifbare Anhaltspunkte für eine wettbewerbsbeschränkende Entwicklung vorliegen (vgl. BGH, Urt. v. 24.6.2004 - I ZR 26/02, GRUR 2004, 877, 880 = WRP 2004, 1272 - Werbeblocker; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rdn. 12.7; Müller-Bidinger/ Seichter in Ullmann, jurisPK-UWG aaO § 4 Nr. 10 Rdn. 350; Fezer/Büscher aaO § 8 Rdn. 99). Soweit in diesem Zusammenhang eine Nachahmungsgefahr mit berücksichtigt werden soll, müssen zudem auch greifbare Anhaltspunkte für ein entsprechendes Verhalten der Mitbewerber sprechen (Köhler in Köhler/ Bornkamm aaO § 4 Rdn. 12.11 m.w.N.).

26 cc) Die durch das erstmalige Drohen begründete Erstbegehungsgefahr kann - anders als die durch einen bereits begangenen Wettbewerbsverstoß begründete Wiederholungsgefahr, für deren Bestehen eine tatsächliche Vermutung streitet (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 14.11.2002 - I ZR 137/00, GRUR 2004, 446, 447 = WRP 2003, 509 - Preisempfehlung für Sondermodelle; Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 8 Rdn. 1.33 m.w.N.) - im Allgemeinen bereits durch ein entgegengesetztes Verhalten und daher, wenn sie - wie im Streitfall - auf Äußerungen beruht, auch schon durch deren Widerruf oder die Erklärung des Unterlassungswillens ausgeräumt werden, sofern mit dieser Äußerung von dem ursprünglichen Vorhaben unmissverständlich und ernstlich Abstand genommen wird (vgl. BGH, Urt. v. 31.5.2001 - I ZR 106/99, GRUR 2001, 1174, 1176 = WRP 2001, 1076 - Berühmungsaufgabe). Das Berufungsgericht hat bei der Beurteilung der Frage, ob eine von der Klägerin nicht hinzunehmende allgemei-

ne Marktbehinderung droht, daher mit Recht zugunsten der Beklagten berücksichtigt, dass diese ihre über die aufzustellenden Verkaufshilfen vertriebenen Zeitungen in der Weise gegen Entwendungen schützen will, wie sie es in der von ihr in der Berufungsverhandlung abgegebenen strafbewehrten Unterlassungserklärung beschrieben hat.

27 dd) Die vom Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung des Sachverhalts vorgenommene Beurteilung, dass danach kein hinreichender Grad der Gefährdung des Wettbewerbsbestandes gegeben ist, lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

28 Das Berufungsgericht hat zugunsten der Klägerin unterstellt, dass die Beklagte 3.000 Verkaufshilfen aufzustellen beabsichtigt und danach bei einer angenommenen Diebstahlsquote von 60% ein Schwund von 45.000 Zeitungen zu erwarten wäre, wobei dieser Schwund in absoluten Zahlen gesehen dreimal so hoch wäre wie in dem der Senatsentscheidung "Stumme Verkäufer I" zugrunde liegenden Fall und 10% der in Berlin insgesamt verkauften Tageszeitungen ausmachen würde. Eine konkrete Gefährdung des Wettbewerbsbestandes wäre damit indessen nicht dargetan. Inwieweit eine solche - unterstellte - Absatzsteigerung der Beklagten zu einem entsprechenden Rückgang des Absatzes anderer Zeitungen führen würde, ist völlig offen. Denn unter denjenigen, die die Möglichkeit zur weithin gefahrlosen Entwendung einer Tageszeitung nutzen, werden nach der Lebenserfahrung nicht wenige sein, die andernfalls entweder gar keine oder eben die Tageszeitung der Beklagten gekauft hätten würden. Im Übrigen könnte auch bei einem Absatzrückgang in der Größenordnung von 10% noch nicht von einer konkreten Bestandsgefährdung ausgegangen werden (vgl. BGHZ 157, 55, 64 f. - 20 Minuten Köln).

29 Unter diesen Umständen stellt sich die vom Senat in der Entscheidung "Stumme Verkäufer I" (BGH GRUR 1996, 778, 780) aufgeworfene Frage nicht, ob sich die Abgabe der Zeitungen über die Verkaufshilfen ausnahmsweise als wettbewerbsrechtlich unbedenklich darstellt. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die von der Beklagten zugesagten Sicherungsmaßnahmen die nach den bisherigen Erfahrungen anzunehmende Entwendungsquote von 60% zu senken vermögen.

30 III. Nach allem ist die Revision der Klägerin mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Bornkamm Pokrant Büscher

Schaffert Koch

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 21.11.2006 - 102 O 67/06 -
KG Berlin, Entscheidung vom 21.09.2007 - 5 U 199/06 -