

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

UWG § 3

- Kabinettwein -

- a) Zur Frage einer Irreführung bei vorzeitiger Erschöpfung des Vorrats gesondert beworbener Waren.

- b) Zur Frage einer Verallgemeinerung der an der konkreten Verletzungsform ausgerichteten Verbotsfassung und der Darlegungslast der Beklagten, wenn aufgrund besonderer Umstände keine (Erst-)Begehungsfahr für - über die konkrete Verletzungsform hinausgehende - weitere Fallgestaltungen vorliegen soll.

BGH, Urt. v. 22. Januar 1987 - I ZR 211/84 - OLG Hamburg
 LG Hamburg -

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 211/84

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
22. Januar 1987
Kalus
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Al[REDACTED] SB-Warenhaus GmbH & Co. KG, vertreten durch die
Al[REDACTED] Verwaltungs GmbH, diese durch die alleinvertretungs-
berechtigten Geschäftsführer Gerhard A[REDACTED], Manfred T[REDACTED],
Eugen V[REDACTED], Michael V[REDACTED] und Frank W[REDACTED], R[REDACTED],
Mö[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
F. [REDACTED] -

g e g e n

die Verbraucher-Zentrale H[REDACTED] e.V., vertreten durch ihren
Geschäftsführer Nikolaus J[REDACTED], G[REDACTED] B[REDACTED], H[REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

WII

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 1987 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Piper, Dr. Teplitzky, Dr. Scholz-Hoppe und Dr. Mees

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 29. November 1984 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist ein Verein im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 3 UWG. Die Beklagte betreibt in verschiedenen Städten der Bundesrepublik Deutschland 39 sogenannte SB-Warenhäuser - darunter zwei Niederlassungen im H[REDACTED] Raum -, in denen sie Lebensmittel und andere Waren des täglichen Bedarfs zum Verkauf anbietet.



Am Donnerstag, dem 21. Juli 1983 ließ die Beklagte ein Faltblatt verteilen, auf dem sie für über 40 verschiedene Produkte (u.a. für Fleisch, Gemüse, Süßigkeiten, Getränke, Fotoapparate und Kleidung) warb. Eines dieser Angebote bezog sich auf Weißwein, und zwar auf einen 82er Mainzer Domherr und auf einen 82er Flonheimer Adelberg, jeweils Kabinettweine aus Rheinhessen, zum Preis von 1,99 DM je 0,7-l-Flasche. Außerhalb des Angebots war dieser Wein für 2,49 DM je Flasche verkauft worden. Die gleiche Anzeige erschien am 20. und am 21. Juli 1983 in Zeitungen und Anzeigenblättern im Hamburger Raum.

Am Freitag, dem 22. Juli 1983 um 15.00 Uhr war der in der Werbung erwähnte Weißwein in der Filiale der Beklagten in He[REDACTED]-U[REDACTED] nicht mehr zum sofortigen Verkauf vorrätig.

Die Klägerin hat die Werbung im Hinblick auf die unzureichende Vorratshaltung als irreführend beanstandet und die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch genommen. Nachdem sie bereits im August 1982 gegen die Beklagte eine einstweilige Verfügung wegen eines unzureichenden Vorrats an beworbenen Filmkameras erwirkt hatte, hat sie beantragt, die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen,

es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs durch Anzeigen für Waren - mit Ausnahme von Fotoerzeugnissen, insbesondere der Filmkamera der Marke Canon 318 M - zu werben, ohne daß die Waren in den beiden ersten Tagen seit Erscheinen der Anzeige (Erscheinungstag mitgerechnet) in allen dort aufgeführten Verkaufsstellen zum sofortigen Verkauf bereitstehen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, sie habe für die Filiale in He- -U- von den beiden Weinsorten je 50 Kartons zu je 6 Flaschen, insgesamt also 600 Flaschen, disponiert, die am 20. Juli 1983 dort zur Verfügung gestanden hätten. Zwar habe sie sich bei der Disposition nicht auf konkrete Erfahrungen stützen können (die Beklagte hatte in den vorangegangenen Jahren lediglich Spätlesen, nicht aber Kabinettweine in Sonderaktionen angeboten), aufgrund des regulären Verkaufs von Kabinettweinen und aufgrund der Sonderangebote von Spätlesen habe sie aber damit rechnen können, daß die disponierte Menge in jedem Fall ausreichen würde. Von der tatsächlichen Nachfrage sei sie unverschuldet überrascht worden.

Im übrigen hat die Beklagte die Ansicht vertreten, daß sich der Klageantrag zu weit von der (behaupteten) konkreten Verletzungshandlung entferne. Es bestehe kein Anlaß für eine Verurteilung, die sich auf alle 12.000 Artikel beziehe, die sie in 39 Filialen anbiete.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die dagegen gerichtete Berufung hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat einen Unterlassungsanspruch aus § 3 UWG (i.V. mit § 13 Abs. 1a UWG a.F.) bejaht. Die in Rede stehende Werbung für den Weißwein habe - wie die Richter des Berufungsgerichts, die zu den angesprochenen Verkehrskreisen zählten, aufgrund eigener Sachkunde beurteilen könnten - bei den Verbrauchern den Eindruck hervorgerufen, diese Ware auch noch am Tag nach Erscheinen der Anzeige bei der Beklagten erwerben zu können. Da dies nicht der Fall gewesen sei, seien sie durch die Werbung irregeführt worden. Zwar schließe der Leser einer Anzeige vernünftigerweise nicht völlig aus, daß der Werbende aufgrund unvorhersehbarer, unabwendbarer Umstände gehindert sei, die Nachfrage zu befriedigen. Ein solcher Ausschußtatbestand könne jedoch nur dann vorliegen, wenn der Werbende mit der Sorgfalt eines redlichen Kaufmanns alles in seinen Kräften Stehende getan habe, um der mutmaßlichen Nachfrage gerecht zu werden. Diese Voraussetzungen seien vorliegend nicht erfüllt. Aus ihren Erfahrungen mit dem Verkauf von Kabinettweinen habe die Beklagte schließen können, daß die geordneten 100 Kartons möglicherweise nicht ausreichen würden. Die insofern irreführende Werbung nach § 3 UWG rechtfertige auch die umfassende, sich auf alle angebotenen Waren sowie auf sämtliche Verkaufsstätten der Beklagten beziehende Unterlassungsverpflichtung. Die Nachlässigkeit bei der Disposition lasse nichts für die beworbenen Weißweine oder für die betroffene Niederlassung in He[REDACTED]-U[REDACTED] Charakteristisches erkennen, aus der sich eine Beschränkung der Begehungsgefahr ergeben könne.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

1. Das Berufungsgericht ist zunächst mit Recht davon ausgegangen, daß eine Werbung grundsätzlich als irreführend im Sinne von § 3 UWG zu beurteilen ist, wenn angebotene Ware, die - wie hier - zum gewöhnlichen Verbrauch bestimmt ist, zu dem angekündigten Zeitpunkt nicht oder nicht in genügender Menge vorrätig ist. Zwar entzieht sich die Frage, für welche Zeitdauer der Verkehr mit dem Vorhandensein der angebotenen Ware rechnet, einer schematischen Beantwortung (vgl. BGH, Urt. v. 27.5.1982 - I ZR 35/80, GRUR 1982, 681, 683 - Skistiefel; Urt. v. 15.3.1984 - I ZR 74/82, GRUR 1984, 593, 595 - adidas-Sportartikel; Urt. v. 18.4.1985 - I ZR 155/83, GRUR 1985, 980, 981 - Tennisschuhe; Urt. v. 4.6.1986 - I ZR 43/84, GRUR 1987, 52, 53 - Tomatenmark). Es ist jedoch nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht im Streitfall aufgrund der Umstände angenommen hat, der Verkehr erwarte grundsätzlich einen Vorrat an beworbenen Waren, der zumindest für die Nachfrage des auf den Erscheinungstag der Anzeige folgenden Tages ausreicht.

2. Dagegen halten die weiteren Ausführungen, die das Berufungsgericht der Beurteilung im Streitfall zugrunde gelegt hat, der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Zwar ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß die in der Werbung enthaltene Ankündigung, die angepriesenen Waren seien vorrätig, von den angesprochenen Verkehrskreisen nicht auch auf Fälle bezogen wird, in denen die

Ware aus Gründen höherer Gewalt oder sonst ohne Verschulden nicht (mehr) zum Verkauf gestellt werden kann. Es ist dem Publikum bekannt, daß sich einerseits im kaufmännischen Verkehr beim Warenbezug unvorhersehbare Hindernisse einstellen können und daß sich andererseits die tatsächliche Nachfrage auch bei sorgfältiger Vorausplanung nicht immer genau abschätzen läßt (vgl. BGH, Urt. v. 18.4.1985, aaO - Tennisschuhe).

Das Berufungsgericht hat jedoch angenommen, der Verkehr verstehe die Werbung der Beklagten so, daß sie alles in ihren Kräften Stehende getan habe, um die mutmaßliche Nachfrage befriedigen zu können, daß also auch eine geringfügige Fehldisposition hinsichtlich eines der über 40 in der fraglichen Anzeige beworbenen Artikel ausgeschlossen sei. Eine solche Annahme begegnet indessen jedenfalls in dieser Allgemeinheit Bedenken, wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 4. Juni 1986 (aaO S. 53 f. - Tomatenmark) dargelegt hat. Es ist vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen. Während der Verkehr einer Werbung, die einen einzelnen oder einige wenige Artikel besonders herausstellt, eher die Behauptung unbedingter Lieferfähigkeit entnimmt, stellt er bei einer Werbung, in der eine Vielzahl von Waren gewissermaßen als Beispiel für die Angebotsvielfalt und die Leistungsfähigkeit des Werbenden angepriesen werden, eher in Rechnung, daß es bei der Disposition für einen nicht im Mittelpunkt der Anzeige stehenden Artikel zu einer vereinzelt Fehlleistung kommen kann, wie sie bei einem Verbrauchermarkt, der Tausende von Artikeln führt, fast unvermeidlich ist. Deshalb erscheint die Annahme des Berufungsgerichts, die Werbung im Streitfall

enthalte eine absolute Lieferbarkeitsankündigung, die hinsichtlich jedes der über 40 beworbenen Artikel auch eine nur geringfügige Fehleinschätzung der Nachfrage ausschließe, mit der Lebenserfahrung nicht vereinbar (vgl. BGH, Urt. v. 4.6.1986, aaO S. 54 - Tomatenmark).

3. Bei Beachtung dieser Grundsätze fehlt im Streitfall für die Annahme einer irreführenden Werbung nach § 3 UWG eine hinreichende Grundlage.

a) Das Berufungsgericht ist insofern von dem Vortrag der Beklagten ausgegangen, der daher auch für das Revisionsverfahren zu unterstellen ist. Es hat angenommen, die Beklagte habe nach kaufmännischen Gesichtspunkten nicht sorgfältig disponiert; aufgrund ihrer Erfahrung mit dem normalen Verkauf von Kabinettweinen hätte sie von jeder der beiden Weißweinsorten 100 statt 50 Kartons ordern müssen, um die zu erwartende Nachfrage auf jeden Fall befriedigen zu können; dies ergebe sich aus den von ihr selbst vorgelegten Zahlen über den Absatz anderer Kabinettweine, der sich - selbst bei Normalpreisen - in einzelnen Wochen allein aufgrund der Werbung bis auf das Zwanzigfache des sonstigen Durchschnittsverkaufs habe steigern lassen.

Eine solche Feststellung läßt sich indessen - worauf die Revision mit Recht hinweist - nicht aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung treffen. Aus der von der Beklagten vorgelegten Liste ergibt sich zunächst lediglich, daß im Jahre 1983 in der Niederlassung in He[REDACTED]-U[REDACTED] von einer Sorte eines

gesondert beworbenen Kabinettweins pro Woche maximal 21 Kartons à 6 Flaschen verkauft worden waren, während sonst im Durchschnitt der Absatz bei 1 bis 4 Kartons pro Woche gelegen hatte. Um hieraus die vom Berufungsgericht gezogenen Schlüsse ziehen zu können, hätte es neben Erfahrungen auf dem Gebiet des Lebensmittelabsatzes einer besonderen kaufmännischen Sachkunde bedurft; die Revision rügt mit Recht, daß das Berufungsgericht nicht dargelegt hat, weshalb es zur Beurteilung dieser Frage hinreichend sachverständig ist.

b) Aber selbst wenn die nach dem Vortrag der Beklagten vorgehaltene Warenmenge nach den Gesichtspunkten einer sorgfältigen kaufmännischen Disposition nicht ausreichend gewesen sein sollte, so läge darin im Hinblick auf die bisherigen Erfahrungen mit dem Verkauf von Kabinettweinen nicht notwendig eine relevante Fehleinschätzung, mit der die angesprochenen Verkehrskreise nicht hätten zu rechnen brauchen. Denn die Beklagte hat immerhin ein Vielfaches der Menge eingekauft, die bislang im Jahre 1983 in einer einzelnen Woche von einem (wenn auch nicht mit Sonderpreis) beworbenen Kabinettwein abgesetzt worden war.

III. Das angefochtene Urteil kann danach keinen Bestand haben. Zu einer abschließenden Entscheidung über den Klageantrag ist der Senat nicht in der Lage. Zwar betrifft die unzureichende Vorratshaltung - ähnlich wie in dem Fall, der dem Senatsurteil vom 4. Juni 1986 (aaO - Tomatenmark) zugrunde lag - einen von über 40 beworbenen Artikeln, der weder nach der Aufmachung der Anzeige noch nach seiner Bedeutung im

Mittelpunkt der Werbung stand; außerdem liegt es nach dem Vortrag der Beklagten nahe, daß ihr insofern allenfalls eine geringfügige Fehleinschätzung unterlaufen ist. Die Klägerin hat jedoch die Darstellung der Beklagten sowohl hinsichtlich der vorgehaltenen Menge des beworbenen Weines als auch hinsichtlich der früheren Erfahrungen mit dem Verkauf von Kabinettweinen in zulässiger Weise mit Nichtwissen bestritten, so daß es insofern einer Beweisaufnahme bedarf. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen ist.

Sollte erneut eine Verurteilung in Betracht kommen, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob der Vortrag der Beklagten Anlaß zu einer Einschränkung der Unterlassungsverpflichtung gibt. Aus der Sicht des Außenstehenden weist die (behauptete) konkrete Verletzungshandlung im vorliegenden Fall nichts für das beworbene Produkt oder für die betreffende Filiale Charakteristisches auf, so daß sich der umfassende Unterlassungsantrag zunächst als zulässige Verallgemeinerung der konkreten Verletzungsform darstellen kann (vgl. BGH, Urt. v. 13.7.1979 - I ZR 138/77, GRUR 1979, 859, 860 - Hausverbot II; Urt. v. 15.3.1984, aaO S. 594 - adidas-Sportartikel). Unter diesen Umständen obliegt es der Beklagten, Umstände darzutun und gegebenenfalls zu beweisen, aus denen sich ergibt, daß aufgrund des in Rede stehenden Wettbewerbsverstoßes nicht auf eine (Erst-)Begehungsfahr hinsichtlich anderer Waren und hinsichtlich anderer Filialen geschlossen werden kann. Ein solcher Umstand könnte im Streitfall darin liegen, daß bei der Beklagten die Disposition für den

Wareneinkauf nicht zentral, sondern durch den jeweiligen Filialleiter vorgenommen wird, so daß aufgrund eines Dispositionsfehlers in einer Filiale nicht ohne weiteres auf die Gefahr ähnlicher Fehlleistungen in anderen Verkaufsstellen geschlossen werden kann.

v. Gamm

Piper

Teplitzky

Scholz-Hoppe

Mees