

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

2118 032

• UWG §§ 1, 3

Buchgemeinschaft III

- a) Die Werbung durch Angabe der jeweiligen Mitgliederzahl kann - ohne Rücksicht auf die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der im Einzelfall gemachten Angabe - sittenwidrig sein, wenn die zur Feststellung der Mitgliederzahl angewendete Methode so unzulänglich ist, daß die latente Gefahr der Unrichtigkeit der gefundenen Ergebnisse besteht.
- b) Für die Frage, inwieweit die Mitgliederzahl auf volle Tausend, Zehn- oder Hunderttausend aufgerundet werden kann und um welchen Prozentsatz die Zahlenangabe die mit möglichster Sorgfalt ermittelte tatsächliche Zahl übersteigen darf, ohne unrichtig zu werden, kommt es auf die Anschauung der von der Werbung angesprochenen Verkehrskreise an.

BGH, Urt. v. 2. Dezember 1960 - I ZR 35/59 - OLG München
LG München I

I ZR 35/59

Verkündet
am 2. Dezember 1960
Grunau, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

der Büchergilde G [REDACTED] Verlagsgesellschaft m.b.H.,
gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer
Dr. Helmut D [REDACTED], F [REDACTED], U [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

die Firma C. B [REDACTED] Verlag, Alleininhaber
Reinhard M [REDACTED], G [REDACTED], E [REDACTED]straße [REDACTED]/[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 2. Dezember 1960 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Bock, Dr. Weiß, Dr. Löscher,
Dr. Spengler und Ebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München
vom 18. Dezember 1958 aufgehoben. Die Sache wird
zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung
- auch über die Kosten der Revision - an das Beru-
fungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Beide Parteien betreiben Buchgemeinschaften. Die Klägerin geht zu den Mitgliedern ihrer "Büchergilde" unmittelbare Vertragsbeziehungen ein, wobei sich die Mitglieder unter bestimmten Bedingungen und für eine bestimmte Dauer zum käuflichen Erwerb von Büchern verpflichten. Die Beklagte hat als Trägerin ihres "B-
-Leserines" die Firma B GmbH ins Leben gerufen, deren Geschäftsanteile ihr allein gehören. Diese Firma schließt nicht unmittelbar mit den Mitgliedern des Leserines ab, sondern bedient sich dazu einer größeren Zahl von Vertriebsfirmen - insgesamt etwa 3 000 -, die dem Buch- und Zeitschriftenhandel, dem Sortimentsbuchhandel sowie dem Reise- und Versandbuchhandel angehören. Die größte der Vertriebsfirmen ist die ebenfalls im Alleinbesitz der Beklagten befindliche Verlagsgemeinschaft B GmbH in Rheda - im folgenden VG genannt -, die mehr als eine halbe Million Mitglieder betreut, die sie teils selbst geworben, teils von anderen Vertriebsfirmen übernommen hat.

In ihrer Werbung hat die Beklagte auf die Aufwärtsentwicklung ihres Leserines hingewiesen und dabei für die nachstehend angegebenen Zeitabschnitte folgende Mitgliederzahlen genannt:

IV. Vierteljahr 1954	1 000 000 Mitglieder
I. u. II. Vierteljahr 1955	
weil über	1 000 000 "
III. Vierteljahr 1955	1 300 000 "
II. Vierteljahr 1956	1 500 000 "
Oktober 1956	1 600 000 "
November 1956	1 700 000 "
Dezember 1956	1 800 000 "
Februar 1957	fast 2 000 000 "



II. Vierteljahr 1957	1 800 000 Mitglieder
November 1957	1 900 000 "
Januar 1958	2 000 000 " .

Die Angabe für Februar 1957 war in einer Anzeige der Deutschen Buchversand GmbH, einer der Vertriebsfirmen, enthalten, die in der Zeitung "Die Zeit" vom 21. Februar 1957 erschienen ist.

Die Klägerin hat behauptet, diese Zahlenangaben seien niemals auch nur annähernd richtig gewesen. Die Beklagte zähle einfach die von den Vertriebsfirmen gemeldeten Beitritte neuer Mitglieder zu den früheren Mitgliedszahlen hinzu und berücksichtige die Austritte nicht. Ferner meldeten die Vertriebsfirmen vielfach zu hohe Zahlen, um in den Genuß der an die Erreichung bestimmter Mitgliederzahlen geknüpften höheren Rabattsätze zu gelangen und eine größere Anzahl der für die Mitglieder bestimmten Zeitschrift "B[REITENBILDER]-Lesering-Illustrierte" zu erhalten. Bei der Errechnung der Mitgliederzahlen aus den Umsätzen der Vertriebsfirmen werde nicht berücksichtigt, daß die Mitglieder vielfach außer dem vierteljährlichen Pflichtbezug noch weitere Bücher kauften und daß hierdurch Zusatzumsätze entstünden. Bei Zugrundelegung der Verkaufszahlen der Hauptvorschlagsbände - 55 bis 60 % der Mitglieder bezögen diese - ergebe sich eine Mitgliederzahl von höchstens 800 000. Die Beklagte verstoße durch ihre irreführenden Angaben gegen § 3 UWG. Außerdem sei es auch bereits wettbewerbswidrig, daß sich die Beklagte einer unzulänglichen Berechnungsmethode bediene und die so ermittelten Zahlen unter jeweiliger Aufrundung auf volle 100 000, bzw. auf eine volle Million zur Werbung verwende.

Die Klägerin hat beantragt,

1. der Beklagten zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr in bezug auf den B [REDACTED] - Lesering Mitgliederzahlen zu nennen, die nicht der Summe der jeweils im Zeitpunkt der Bekanntgabe tatsächlich vorhandenen aktiven, d.h. durch Abonnement gebundenen, zahlenden Mitglieder entsprechen, insbesondere zu behaupten, der Mitgliederbestand betrage (zuletzt im Februar 1957) fast 2 Millionen;
2. festzustellen, daß die Beklagte der Klägerin den Schaden zu ersetzen hat, der durch die Verwendung unrichtiger Zahlenangaben über den angeblichen Mitgliederbestand des B [REDACTED] - Leseringes im geschäftlichen Verkehr entstanden ist und weiter entstehen wird;
3. ihr, der Klägerin, die Befugnis zuzusprechen, den verfügenden Teil des Urteils auf Kosten der Beklagten in den Zeitschriften der Parteien "Lesering-Illustrierte" und "Büchergilde" öffentlich bekanntzumachen.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten und geltend gemacht, für die Werbemaßnahmen ihrer Vertriebsfirmen sei sie nicht verantwortlich; im übrigen hätten ihre Angaben über die jeweilige Mitgliederzahl des Leseringes der Wahrheit entsprochen; diese Zahl sei inzwischen auf 1,86 Millionen angestiegen; für die Zuverlässigkeit der Berechnungsmethode und die Richtigkeit der Zahlenangaben hat die Beklagte Zeugenbeweis angetreten.

Das Landgericht hat durch Teilurteil vom 17. September 1957 dem Klageantrag zu 1 ohne Beweisaufnahme stattgegeben, den Antrag zu 3 abgewiesen und die Kostenentscheidung dem Schlußurteil über den noch nicht entscheidungsreifen Feststellungsantrag vorbehalten.

Es hat seine Entscheidung in der Hauptsache auf die Erwägung gestützt, die im Februar 1957 gemachte Angabe einer Mitgliederzahl von "fast 2 Millionen" sei unrichtig gewesen, da die Zahl nach dem eigenen Prozeßvortrag der Beklagten im April 1957 erst 1,86 Mill. betragen habe. Die Angabe "fast 2 Millionen" erwecke den Anschein, daß die 2 Millionen-Grenze in kürzester Zeit werde erreicht werden können; das sei jedoch bei der festgestellten monatlichen Zunahme um 27 bis 28 000 Mitglieder nicht zu erwarten gewesen.

Im zweiten Rechtszug hat die Beklagte ihren Antrag auf völlige Abweisung der Klage weiterverfolgt. Die Klägerin hat um Zurückweisung der Berufung gebeten und die Klage im Wege der Anschlußberufung mit dem Antrag erweitert,

der Beklagten auch zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr zu behaupten, der Mitgliederbestand des B [REDACTED]-Leserings betrage Anfang Januar 1958 2 Millionen Mitglieder.

Sie hat ergänzend vorgetragen, die Umsatzzahlen der Vertriebsfirmen seien zur Ermittlung der Mitgliederzahl auch deshalb ungeeignet, weil sie tatsächlich vorkommende, wenn auch vertragswidrige Verkäufe an Nichtmitglieder enthielten und weil die bei der Werbung neuer Mitglieder durch die Vertriebsfirmen an diese gezahlten Werbekostenzuschüsse und die Anzahl der an Freundschaftswerber unentgeltlich ausgegebenen Prämienbände über den Zugang neuer Mitglieder keinen sicheren Aufschluß gäben. Außerdem werde nicht berücksichtigt, inwieweit den Beitrittserklärungen der Einwand der Minderjährigkeit, der Anfechtbarkeit oder des Scheingeschäfts entgegengesetzt

werden könne und inwieweit die Vertriebsfirmen ihren Mitgliedern Ruhezeiten eingeräumt hätten.

Die Beklagte ist diesem Vortrag entgegengetreten und hat gegenüber dem erweiterten Antrag der Klägerin Klageänderung gerügt.

Das Berufungsgericht hat nach Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens der Deutschen Revisions- und Treuhand-Aktiengesellschaft in Frankfurt (Main) über das Vorhandensein von Einrichtungen der Beklagten zur Feststellung der Mitgliederzahlen, über die Zuverlässigkeit der benutzten Unterlagen und die Wahrheit der in der Werbung der Beklagten gemachten Zahlenangaben auf die Berufung der Beklagten auch den Unterlassungsanspruch abgewiesen und die Anschlußberufung der Klägerin zurückgewiesen.

Mit ihrer hiergegen gerichteten Revision beantragt die Klägerin, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils nach ihren Schlußanträgen in der Berufungsin-
stanz zu erkennen, hilfsweise die Sache zur ander-
weiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungs-
gericht zurückzuverweisen. Die Beklagte bittet um
Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

- I. Das Berufungsgericht prüft und bejaht zunächst die Sachbefugnis der Beklagten. Sodann führt es aus, der im zweiten Rechtszug gestellte weitere Unterlassungsantrag bedeute eine Klageänderung, die jedoch sachdienlich und deshalb gemäß §§ 264, 529 ZPO zuzulas-

sen sei. Gegen diese von der Revision nicht angegriffenen Darlegungen sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben.

II. Die sachlichrechtliche Beurteilung leitet das Berufungsgericht mit der Erwägung ein, die Werbung der Beklagten verstoße nicht etwa schon deshalb gegen § 3 UWG, weil sie von "Mitgliedern" des Leserings spreche, während diese tatsächlich nicht Mitglieder einer Vereinigung oder eines ähnlichen Zusammenschlusses zu gemeinsamem Zwecke seien, sondern Kunden, die sich vertraglich für eine gewisse Dauer zum Bezug von Büchern aus dem Verlag der Beklagten verpflichtet hätten. Es führt aus, der Verkehr verstehe die Bezeichnung "Mitglied" in diesem, den wirklichen Verhältnissen entsprechenden Sinne und stelle es auch nicht etwa darauf ab, ob die Mitglieder in unmittelbaren Rechtsbeziehungen zu dem Verlagsunternehmen ständen oder ob die Mitgliedschaft wie beim Lesering der Beklagten durch Zwischenschaltung von Vertriebs- oder Betreuungsfirmen zweistufig ausgestaltet sei. Auch gegen diese Darlegungen ist vom Rechtsstandpunkt aus nichts einzuwenden.

III. Sodann verwirft das Berufungsgericht die Ansicht der Klägerin, die Werbung der Beklagten mit ihren Mitgliederzahlen müsse schon deshalb verboten werden, weil die Feststellung der Zahlen auf einer unzulänglichen Methode beruhe und die auf ihnen aufbauende Werbung daher - ohne Rücksicht auf den tatsächlichen Wahrheitsgehalt der Angaben - einen Sittenverstoß im Sinne des § 1 UWG darstelle. Es stützt sich hierbei auf die Erwägung, für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung komme es allein auf das Ergebnis der Be-

rechnung und nicht auf die Berechnungsmethode an, die lediglich ein betriebsinterner Vorgang sei und bleibe.

Dieser Auffassung des Berufungsgerichts kann allerdings nicht ohne Einschränkung gefolgt werden. Wenn es auch ^{naturgemäß} in erster Linie auf die objektive Wahrheit der in der Werbung verwendeten Zahlenangaben abzustellen ist, so kann doch u.U. auch der Berechnungsmethode eine wettbewerbsrechtliche Bedeutung zukommen. Ist diese nämlich so wenig zuverlässig, daß die Ergebnisse größtenteils auf bloßen Schätzungen beruhen und ihre Richtigkeit oder Unrichtigkeit mehr oder weniger vom Zufall abhängt, so kann die Verwendung der gefundenen Zahlen zur Werbung in der Tat schon wegen der bestehenden latenten Gefahr der Irreführung einen Verstoß gegen die guten Sitten im Wettbewerb darstellen.

So verhält es sich aber im Streitfalle nicht, denn nach den vom Berufungsgericht unter Zugrundelegung des Sachverständigengutachtens rechtsirrtumsfrei getroffenen Feststellungen war die Berechnungsmethode der Beklagten logisch aufgebaut und im ganzen brauchbar, so daß es nur noch einer gewissen Verfeinerung bedurfte, um zu Ergebnissen von einem hohen Zuverlässigkeitsgrad zu gelangen. Sie genügte daher im wesentlichen den zu stellenden Anforderungen. Eine völlig exakte Ermittlung der Mitgliederzahlen, die eine zuverlässige zentrale Mitgliederkartei und ein mit erheblichem personellen und materiellen Aufwand verbundenes Meldesystem erfordern würde, ist nicht zu verlangen, da die mit Werbebehauptungen dieser Art angesprochenen Verkehrskreise erfahrungsgemäß keine völlig exakten, sondern nur einigermaßen zu-

verlässige Angaben erwarten. Im Ergebnis ist mit-
hin die Meinung des Berufungsgerichts nicht feh-
lerhaft, daß die Werbung der Beklagten mit ihren
Mitgliederzahlen nicht schon wegen der angewandten
Berechnungsmethode als wettbewerbswidrig zu beanstan-
den sei, daß es vielmehr nur auf eine Nachprüfung
der Richtigkeit der gemachten Angaben im einzelnen
gemäß § 3 UWG ankomme.

Auch die weitere Erwägung des Berufungsgerichts, eine
Zahlenwerbung könne nicht etwa deshalb als schlecht-
hin unzulässig angesehen werden, weil die Richtigkeit
der Zahlenangaben von den Mitbewerbern nur schwer
nachgeprüft werden könne, gibt zu rechtlichen Beden-
ken keinen Anlaß.

- IV. Nach diesen einleitenden Darlegungen befaßt sich das
angefochtene Urteil des näheren mit der von der Be-
klagten zur Feststellung ihrer Mitgliederzahlen an-
gewandten Berechnungsmethode. Es folgt insoweit den
tatsächlichen Feststellungen des Sachverständigen.
Nach diesen ist die Beklagte in Ermangelung einer
zentralen Mitgliederkartei darauf angewiesen, die Mit-
gliederzahlen ihres Leserings jeweils mittelbar
festzustellen, wobei sie zwei verschiedene Wege be-
schreitet.

Der erste und nächstliegende Weg besteht in der Aus-
wertung der vierteljährlichen Meldungen der Ver-
triebsfirmen über ihren derzeitigen Mitgliederbestand.
Dieser Weg führt nach dem Gutachten des Sachverstän-
digen, dem sich das Berufungsgericht angeschlossen
hat, nicht zu einem völlig befriedigenden Ergebnis.
Nach Meinung des Sachverständigen wird das Ergebnis
zwar nicht wesentlich dadurch beeinflusst, daß die

vierteljährlichen Meldungen nicht selten ausbleiben und die Beklagte dann genötigt ist, bei ihrer Berechnung die in den vorangegangenen Meldungen enthaltenen Zahlen einzusetzen. Auch die Fälle, in denen die Vertriebsfirmen zu hohe Mitgliederzahlen melden, um so in den Genuß von Rabattvorteilen zu kommen, spielen nach seinen Feststellungen keine nennenswerte Rolle. Dennoch hält der Sachverständige die Meldungen der Vertriebsfirmen für sich allein nicht für genügend zuverlässig, weil sie in nicht unerheblichem Umfange runde Zahlen enthalten, die Auswirkungen von Unstimmigkeiten schwer zu übersehen sind und weil damit gerechnet werden muß, daß die Vertriebsfirmen - schon wegen der hiervon abhängigen Zuteilungen der Lesering-Illustrierten - eher geneigt sein dürften, zu hohe als zu niedrige Mitgliederzahlen zu melden (Gutachten Text 16). Aus diesen Erwägungen hält der Sachverständige und mit ihm das Berufungsgericht eine Kontrolle der aus den Meldungen der Vertriebsfirmen zu entnehmenden Zahlen auf dem zweiten von der Beklagten eingeschlagenen Wege für zweckmäßig und geboten.

Dieser Weg besteht in der Aufstellung einer Vergleichsrechnung, die von der Gesamtsumme der Umsätze ausgeht, die in dem maßgebenden Zeitraum im Verkehr der Firma B [REDACTED] GmbH mit der Gesamtheit der Vertriebsfirmen erzielt worden sind. Die Beklagte entnimmt die Umsatzzahlen ihren Buchungen in den für die einzelnen Vertriebsfirmen geführten Karteikarten. Die Gesamtsumme dieser Umsätze teilt die Beklagte durch einen Wert, der den durchschnittlichen Nettoumsatz des einzelnen Leseringmitgliedes angeben soll. Das Ergebnis dieser Rechnung gibt nach ihrer Meinung die tatsächliche Mitgliederzahl mit

ausreichender Genauigkeit wieder. Den als Divisor dienenden Durchschnittswert der Einzelumsätze der Mitglieder ermittelt die Beklagte auf Grund der bei der größten Vertriebsfirma, der Verlagsgemeinschaft B [REDACTED] GmbH, Rheda, festgestellten Zahlen, indem sie den genau erfaßten Bruttoumsatz der VG um den ihr zustehenden Rabattsatz von 41,5 % kürzt und den sich damit ergebenden Nettoumsatz durch die ebenfalls genau bekannte Zahl der von der VG betreuten Leseringmitglieder teilt. Die Beklagte errechnet so einen durchschnittlichen Nettoumsatz des einzelnen Mitgliedes von 7,50 DM für jedes der drei ersten Quartale und von 9,50 DM für das vierte Quartal des Jahres. Diese Beträge verwendet die Beklagte in ihrer Vergleichsrechnung als Divisoren, wobei sie davon ausgeht, daß sie für die Gesamtheit der Mitglieder des Leserings repräsentativ seien.

Der Sachverständige, dem das Berufungsgericht auch insoweit folgt, erkennt diese Berechnungsweise grundsätzlich als brauchbar an, hält aber sowohl bei der Ermittlung des Gesamtumsatzes aus dem Leseringgeschäft als auch bei der Errechnung der Divisoren gewisse Korrekturen für erforderlich und stellt schließlich zur weiteren Kontrolle der gefundenen Ergebnisse und zum Ausgleich möglicher Fehlerquellen eine sog. Trendrechnung an. Das Endergebnis seiner Untersuchungen sind die folgenden Mitgliederzahlen, die nach Ansicht des Sachverständigen der tatsächlichen Entwicklung weitgehend nahekommen dürften (Gutachten Text 38 und Anl. VI bis VIII):

1956	I. Vierteljahr	1 528 350 Mitglieder
"	II. "	1 600 410 "
"	III. "	1 669 910 "
"	IV. "	1 735 410 "
1957	I. "	1 795 530 "
"	II. "	1 850 270 "
"	III. "	1 901 010 "
"	IV. "	1 949 250 "
1958	I. "	1 996 250 "

Das Berufungsgericht folgt auch der zusammenfassenden Beurteilung des Sachverständigen, nach der die Werbebehauptung der Beklagten für Dezember 1956 um etwa 4 % überhöht war und die Behauptung vom Februar 1957 ("fast 2 Millionen") von der in der Trendrechnung ausgewiesenen Zahl von 1 795 530 Mitgliedern nicht unwesentlich abweicht. Diese Abweichungen hält das Berufungsgericht aber nicht für so erheblich, daß sie als unrichtige Angaben im Sinne des § 3 UWG anzusehen wären. Für die Angabe vom Februar 1957 verneint es im übrigen auch die Wiederholungsgefahr.

Die Revision macht demgegenüber allgemein geltend, das Berufungsgericht habe die Beweislastregeln verletzt. Im Hinblick auf die Beweisschwierigkeiten, in denen sich die Klägerin befinde, da nur die Beklagte im Besitz der erforderlichen Unterlagen sei, müsse es als genügend angesehen werden, daß die Klägerin die Glaubwürdigkeit der Zahlenangaben durch den Nachweis erschüttert habe, daß diese nicht auf exakten Feststellungen, sondern auf mittelbaren, mit Hilfe von Stichproben und Unterstellungen durchgeführten Errechnungen beruhten; nunmehr sei es Sache der Beklagten zu beweisen, daß die genannten Mitgliederzahlen dennoch richtig seien.

Dieser Einwand ist nicht berechtigt. Die Beweislast für die Unrichtigkeit von Werbebehauptungen trifft nach der Regelung des § 3 UWG den Kläger. Ein Beweis des ersten Anscheins - diesen rechtlichen Gesichtspunkt hat die Revision offenbar im Auge - könnte allenfalls als erbracht angesehen werden, wenn sich ergeben hätte, daß die Berechnungsmethode der Beklagten in einem Umfange zu unrichtigen Ergebnissen geführt hat, der von vornherein auch die Unrichtigkeit der beiden mit der Klage beanstandeten einzelnen Zahlenangaben vermuten läßt. Dies ist jedoch hier nach den bisherigen auf das Sachverständigengutachten gestützten Feststellungen des Berufungsgerichts nicht der Fall, denn nach diesen Feststellungen liegen die von der Beklagten in ihrer Werbung verwendeten Zahlen zum überwiegenden Teil nicht über und teilweise sogar unter den nach der verfeinerten Berechnungsmethode und der Trendrechnung des Sachverständigen ermittelten Durchschnittszahlen. Unter diesen Umständen muß es für die Frage, ob einzelne Angaben unrichtig sind, bei der allgemeinen Regel bleiben, daß den Kläger die Beweislast trifft. Ob die erforderlich erscheinende weitere Aufklärung des Sachverhalts (s. hierüber unten V 5) zu einer wesentlichen Änderung der bisherigen Feststellungen nötigt und ob dies auch für die Frage der Beweisführungspflicht von Bedeutung ist, muß der Beurteilung des Berufungsgerichts überlassen bleiben.

- V. Im einzelnen wendet sich die Revision zunächst gegen die Feststellungen des Berufungsgerichts über den ersten Berechnungsfaktor der Vergleichsrechnung, nämlich den Gesamtumsatz der B. [REDACTED] GmbH im Lese- ringgeschäft mit den Vertriebsfirmen.

1. Sie beanstandet, daß das Berufungsgericht bei der Auswertung der Umsatzzahlen der B [REDACTED] GmbH die von dem Sachverständigen bestätigte Tatsache, daß diese Zahlen die Buchumsätze des B [REDACTED]-Schallplattenrings und des B [REDACTED]-Jugendleserings mitumfassen (Gutachten Text 22), nicht berücksichtigt und zu dem Vortrag der Klägerin, diese Umsätze seien bei einer Mitgliederzahl des Schallplattenrings von 150 000 und des Jugendleserings von 22 500 bis 27 600 Mitgliedern keineswegs geringfügig, nicht Stellung genommen habe.

Diese auf § 286 ZPO gestützte Verfahrensrüge ist nicht begründet. Wenn das Berufungsgericht auf diesen Streitpunkt auch nicht ausdrücklich eingegangen ist, so ergeben die Entscheidungsgründe doch deutlich, daß es sich auch in dieser Frage die Auffassung des Sachverständigen zu eigen gemacht hat. Dieser hat in Text 22 die Buchumsätze der Mitglieder des Schallplattenrings und des Jugendleserings ausdrücklich in Betracht gezogen, sie jedoch für zu unwesentlich erklärt, als daß sie das Ergebnis beeinflussen könnten. Diese tatsächliche Würdigung, die weder einen Verstoß gegen die Denkgesetze noch gegen allgemeine Erfahrungsregeln erkennen läßt, ist einer sachlichen Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen.

2. Der weitere Einwand, es liege nahe, daß die B [REDACTED] GmbH bei der Buchung der Umsätze aus der Geschäftsverbindung mit den Vertriebsfirmen nicht nur die Verkäufe von Leseringbüchern berücksichtigt habe, sondern auch die Verkäufe von verlags-eigenen Originalausgaben an nicht dem Lesering an-

gehörende Abnehmer, stützt sich auf eine bloße Vermutung und nicht auf substantiierte Tatsachenbehauptungen. Unter diesen Umständen bestand für das Berufungsgericht kein Anlaß, insoweit auf eine weitere Aufklärung des Sachverhalts hinzuwirken. Von einem Verstoß gegen § 139 ZPO kann daher nicht gesprochen werden.

3. Mit der Frage, ob und in welchem Umfange Leseringbücher auch an Nichtmitglieder abgegeben worden sind, hat sich der Sachverständige in Text 28 und 29 des Gutachtens eingehend befaßt. Daß das Berufungsgericht diese Würdigung als überzeugend angesehen und ohne besondere eigene Darlegungen übernommen hat, stellt keinen Verfahrensfehler dar.

Die Revision beanstandet auch zu Unrecht, daß das Berufungsgericht dem Antrag der Klägerin auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung vom 12. Dezember 1958 nicht stattgegeben und ihr so die Möglichkeit abgeschnitten habe, für den Verkauf von Leseringbüchern an Nichtmitglieder weitere Beweise anzutreten. Den Antrag auf Wiedereröffnung der Verhandlung hatte die Klägerin in erster Linie damit begründet, daß ihr Gelegenheit gegeben werden müsse, zu dem neuen Vortrag der Beklagten zur Frage ihrer Passivlegitimation Stellung zu nehmen. Dieser Gesichtspunkt konnte nicht zur Wiedereröffnung führen, da das Berufungsgericht diese Frage ohnehin im Sinne der Klägerin beantwortet hat. Die weitere Begründung des Antrags, die Beklagte habe eine Reihe von neuen Tatsachenbehauptungen aufgestellt, auf die erwidert werden müsse, konnte schon wegen ihres unbestimmten Inhalts nicht zum Erfolg führen. Davon,

daß die Klägerin neue Beweise für Verkäufe von Leseringbänden an Nichtmitglieder antreten wolle, sagt die Antragsschrift nichts.

4. Auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe den Vortrag nicht ausreichend gewürdigt, der Umsatz der B [REDACTED]-GmbH werde von konjunkturbedingten geschäftlichen Maßnahmen der zwischengeschalteten Vertriebsfirmen, etwa durch Vorratskäufe zur Einrichtung größerer Lagerbestände, so stark beeinflusst, daß er die Mitgliederbewegung nicht zuverlässig wiederzugeben vermöge, ist nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat diesen Gesichtspunkt nicht außer acht gelassen, sondern sich auch insoweit die Darlegungen des Sachverständigen zu eigen gemacht, der seine Vergleichsrechnung gerade zum Ausgleich solcher möglicher Fehlerquellen mit Hilfe des Trendverfahrens einer weiteren Korrektur unterzogen hat (Text 37).
5. Schließlich macht die Revision geltend, das Berufungsgericht sei nicht auf den im Schriftsatz der Klägerin vom 14. November 1958 enthaltenen Vortrag eingegangen, daß die Umsatzzahlen der B [REDACTED]-GmbH, jedoch nicht die der Vertriebsfirmen die Beträge für Werbebuchprämien enthielten, die den Vertriebsfirmen käuflich, den Freundschaftswerbern aber unentgeltlich überlassen werden, und daß das gebotene Ausscheiden dieser Beträge eine Verminderung der errechneten Mitgliederzahlen um 67 050 zur Folge habe.

Dieser Rüge war der Erfolg nicht zu versagen, denn in diesem Punkte hätte sich das Berufungsgericht

nicht mit der Bezugnahme auf das Sachverständigen-gutachten begnügen dürfen. Dieses hat zwar, wie die ausführlichen Darlegungen in Text 22 ergeben, die Umsatzzahlen der B [REDACTED]-GmbH sorgfältig überprüft und zu den entsprechenden Zahlen der einzelnen Vertriebsfirmen in Vergleich gesetzt. Hierbei hat der Sachverständige eine Reihe von Abweichungen der einander gegenüberstehenden Zahlen in bezug auf ihre Zusammensetzung und ihre Berechnungsgrundlagen festgestellt und gegeneinander abgewogen. Zu den verschiedenen Einzelposten, die er in Betracht gezogen hat, gehören auch die Werbemittel. Dem Gutachten ist aber nicht eindeutig zu entnehmen, ob bei den Werbemitteln auch die Werbeprämien berücksichtigt worden sind, welche Beträge hierbei in Frage kommen und ob die von dem Sachverständigen abschließend vorgenommene Berichtigung der Gesamtumsatzzahlen der B [REDACTED]-GmbH durch pauschale Abschläge, die sich für 1956 auf 0,5 % und für 1957 auf 4 % belaufen (Gutachten S. 14), dem Anteil der Werbeprämien am Umsatz ausreichend Rechnung trägt.

Dieser Punkt, dessen Erheblichkeit nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen ist, über den das Sachverständigengutachten aber keinen genügenden Aufschluß gibt, hätte weiter aufgeklärt werden müssen. Das Berufungsgericht wird das nach der auch aus anderen Gründen gebotenen Zurückverweisung der Sache nachzuholen haben.

VI. Weitere Angriffe richtet die Revision gegen die Berechtigung des von der Beklagten geübten und von dem Sachverständigen und dem Berufungsgericht gebilligten Verfahrens zur Ermittlung des für die Vergleichsrechnung benötigten Divisors.

1. Sie macht geltend, die von der Beklagten zugrunde gelegten Umsatz- und Mitgliederzahlen der VG könnten nicht als für die Gesamtheit der Vertriebsfirmen und der von ihnen betreuten Mitglieder repräsentativ angesehen werden. Die Vergleichsrechnung des Sachverständigen lasse vor allem außer acht, daß der VG der höchste Rabattsatz von 41,5 % zustehe, während für die übrigen Vertriebsfirmen zum Teil niedrigere Sätze anzuwenden seien. Um dem in angemessener Weise Rechnung zu tragen, müsse von einem durchschnittlichen Rabattsatz von 41,32 % ausgegangen werden, der sich auf den Divisor erhöhend auswirke und zu einer Verminderung der Gesamtmitgliederzahl um etwa 6 000 führen müsse. Auf diesen im Schriftsatz der Klägerin vom 14. November 1958 enthaltenen Vortrag sei das Berufungsgericht nicht eingegangen.

Diese Rüge aus § 286 ZPO muß daran scheitern, daß das Berufungsgericht sich ohne Rechtsverstoß die Auffassung des Sachverständigen zu eigen gemacht hat, der eine allgemeine Anwendung des Rabattsatzes von 41,5 % im Hinblick darauf für vertretbar hält, daß am 31. März 1956 91,3 % und am 31. März 1958 sogar 93,4 % aller Leseringmitglieder von solchen Vertriebsfirmen betreut worden sind, denen der höchste Rabattsatz zusteht (Gutachten Text 15 und 18 i.V.m. Anl. I). Wenn das Berufungsgericht dem Sachverständigen hierin gefolgt ist, so brauchte auf die in dem genannten Schriftsatz enthaltenen weiteren Darlegungen der Klägerin nicht eingegangen zu werden.

2. Ferner wendet sich die Revision gegen die Brauchbarkeit der Berechnungsmethode, nach welcher der Sachverständige und mit ihm das Berufungsgericht den unter Zugrundelegung der Verhältnisse der VG ermittelten Divisor im Hinblick auf die abweichenden Verhältnisse bei den anderen Vertriebsfirmen einer Korrektur unterzogen hat.

Der Sachverständige geht von der Erwägung aus, daß die bei den Verkäufen an Leseringmitglieder erzielten Umsätze zu einem Teil aus Zusatzumsätzen bestehen, d.h. aus Umsätzen, die dadurch zustandekommen, daß ein Leseringmitglied über die Pflichtbezüge hinaus weitere Leseringbände zusätzlich erwirbt. Der Sachverständige nimmt an, daß der prozentuale Anteil des Verkaufs von Hauptvorschlagsbänden, die dem Mitglied zugesandt werden, wenn es von seinem Recht auf Buchwahl nicht fristgemäß Gebrauch gemacht hat, bei der VG durchschnittlich höher liegt als bei anderen Vertriebsfirmen und daß dementsprechend die bei der persönlichen Auswahl eines Buches häufiger auftretenden Zusatzumsätze bei der VG in geringerem Maße vorkommen als bei den anderen Vertriebsfirmen. Er stellt aber fest, daß zuverlässige Schlüsse auf die verhältnismäßige Höhe von Zusatzumsätzen hieraus nicht ohne weiteres gezogen werden könnten (Gutachten Text 31 und 32). Dieser Hinweis ergibt zugleich, daß es auf die von der Revision erhobene weitere Rüge, das Berufungsgericht habe die Abweichungen zwischen den Ziffern über den Versand von Hauptvorschlagsbänden und den nach der Formel gemäß Text 18 des Gutachtens ermittelten Umsatzzahlen nicht hinreichend gewürdigt, nicht ankommen kann.

Um genauere Unterlagen zu erhalten, hat der Sachverständige deshalb zunächst einen repräsentativen Kreis von Auskunftspersonen schriftlich befragt und, als dieses Verfahren nicht den erwarteten Erfolg hatte, persönliche Ermittlungen bei 19 Vertriebsfirmen mit insgesamt rund 287 000 gemeldeten Mitgliedern angestellt und aus dem Kundenkreis jeder dieser Firmen eine bestimmte Anzahl von zufällig ausgewählten Leseringmitgliedern (jeweils zwischen 50 und 250, insgesamt 2 900) im einzelnen auf ihre Zusatzumsätze in den Jahren 1956 und 1957 geprüft. Die so gefundenen Ergebnisse sind nach seiner Ansicht für den gesamten Mitgliederbestand der untersuchten 19 Firmen repräsentativ (Text 33). Darüber hinaus hält er die bei diesen Firmen ermittelten Zahlen auch als Vergleichsmaßstab für die Verhältnisse bei anderen Vertriebsfirmen für geeignet mit der Einschränkung, daß es nicht zulässig erscheine, einen mit den gemeldeten Mitgliederzahlen der 19 Firmen gewogenen Durchschnitt zu bilden, wohl aber das einfache arithmetische Mittel aus den festgestellten durchschnittlichen Zusatzumsätzen der geprüften 2 900 Mitglieder als allgemeingültige Vergleichszahl heranzuziehen (Text 34).

Bei dieser Berechnungsweise ergibt sich nach den Darlegungen des Sachverständigen, daß der Zusatzumsatz bei den von anderen Vertriebsfirmen betreuten Mitgliedern im Jahre 1956 um 1,11 DM und im Jahre 1957 um 1,-- DM höher gelegen hat als bei den der VG angeschlossenen Mitgliedern. Diese Zahlen sind nach Ansicht des Sachverständigen als Zeichen für eine mit Wahrscheinlichkeit bestehende Tendenz zu werten, deren Größe mit ihrer Hilfe annähernd erfaßt

werden soll (Text 35). Bei der Aufteilung der so für die beiden Kalenderjahre ermittelten Zuschläge auf die verschiedenen Quartale unterstellt der Sachverständige, daß die Hälfte der Zuschläge auf das vierte Quartal entfällt und die andere Hälfte sich gleichmäßig auf die drei ersten Quartale verteilt (Text 35). Der Sachverständige ist so zu der in Anl. VI des Gutachtens enthaltenen berichtigten Vergleichsrechnung gelangt, die er dann noch einer weiteren Korrektur nach dem in der Statistik gebräuchlichen Trendverfahren unterzogen hat. Auf diese Weise hat er eine Kurve ermittelt, deren Verlauf nach seiner Ansicht der tatsächlichen Entwicklung der Mitgliederzahlen weitgehend nahekommt (Text 38 ff und Anl. VI bis VIII des Gutachtens).

Auch diesen Darlegungen ist das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum gefolgt. Wenn es die Auffassung des Sachverständigen teilt, daß die zur Errechnung der Zusatzumsätze der einzelnen Mitglieder angestellten Erhebungen in hinreichendem Maße für die nicht im einzelnen erfaßten Vertriebsfirmen und Einzelmitglieder des Leseringes als repräsentativ angesehen werden könnten, so hält es sich damit im zulässigen Rahmen der freien Beweiswürdigung nach § 286 ZPO; ein Verstoß gegen die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungsregeln ist nicht zu erkennen. Die Annahme der Revision, die Würdigung des Berufungsgerichts sei geradezu eine willkürliche, entbehrt hiernach jeder Grundlage.

3. Auf die von der Klägerin in den Vorinstanzen erhobenen weiteren Einwendungen gegen die Richtigkeit des errechneten Divisors, insbesondere auf die Be-

hauptungen, die Austritte von Mitgliedern, die Fälle der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit von Beitrittserklärungen und die ruhenden Mitgliedschaften seien nicht ausreichend berücksichtigt worden, ist die Revision nicht zurückgekommen. Die Darlegungen des angefochtenen Urteils zu diesen Streitpunkten lassen im übrigen einen Rechtsfehler nicht erkennen.

VII. Das Berufungsgericht ist bei der Würdigung des Beweisergebnisses zu der abschließenden Feststellung gelangt, daß die in der Trendrechnung des Sachverständigen genannten Durchschnittszahlen den wirklichen Mitgliederzahlen annähernd entsprechen, und daß demnach die von der Beklagten in ihrer Werbung genannten Zahlen nur in zwei Fällen über die von dem Sachverständigen ermittelten Zahlen hinausgegangen sind, nämlich die Ende Dezember 1956 genannte Zahl von 1,8 Millionen gegenüber der für das vierte Quartal des Jahres 1956 ermittelten Durchschnittszahl von 1 735 410 und die im Februar 1957 genannte Zahl von fast 2 Millionen gegenüber der für den Beginn des ersten Quartals dieses Jahres festgestellten Zahl von 1 795 530 Mitgliedern. Den weiteren Fall vom Januar 1958, den die Klägerin mit ihrer Anschlußberufung und dem im zweiten Rechtszug gestellten erweiterten Klageantrag aufgegriffen hat, behandelt das Berufungsgericht nicht, offenbar aus der Erwägung, daß dieser Fall wegen der Geringfügigkeit der hier errechneten Abweichung der angegebenen von der richtigen Zahl vernachlässigt werden könne. In den beiden näher erörterten Fällen sieht das Berufungsgericht trotz der festgestellten Abweichungen der Werbebehauptungen vom wahren Sachverhalt einen Verstoß gegen § 3 UWG nicht als gegeben an,

in dem Fall von Dezember 1956, weil unter Berücksichtigung der Anschauungen der in Betracht kommenden Verkehrskreise eine Aufrundung der ermittelten Durchschnittszahl auf volle 100 000 für zulässig zu erachten sei, und in dem Fall vom Februar 1957 aus der Erwägung, daß hier der Zusatz "fast" eine Einschränkung enthalte, die in Verbindung mit den sonstigen Umständen des Einzelfalles, besonders im Hinblick auf die ohnehin bestehende unangefochtene Alleinstellung des Leseringes der Beklagten, eine Abweichung um etwa 10 % noch als zulässig erscheinen lasse.

Im gegenwärtigen Stande des Rechtsstreits braucht auf diese Darlegungen des Berufungsgerichts nicht im einzelnen eingegangen zu werden, denn sie gehen von tatsächlichen Feststellungen aus, die möglicherweise nach Durchführung der gebotenen weiteren Aufklärung des Sachverhalts hinsichtlich der Werbeprämien (vgl. oben unter V 5) berichtigt werden müssen. Sollte sich nämlich die Darstellung der Klägerin zu diesem Punkt auch nur teilweise bestätigen, so würden sich die als Berechnungsfaktor dienenden Umsatzzahlen und damit die errechneten jeweiligen Mitgliederzahlen entsprechend vermindern. So kann sich das bisher gewonnene Bild möglicherweise erheblich verschieben, und zwar nicht nur in dem Sinne, daß die beiden vom Berufungsgericht festgestellten Fälle überhöhter Zahlenangaben schwerer wiegen, als bisher anzunehmen war, sondern auch in der Richtung, daß neue ähnliche Fälle hinzukommen können, die möglicherweise für die gesamte Beurteilung der von der Klägerin erhobenen Ansprüche von Bedeutung sind.

Da die zu treffende Entscheidung somit wesentlich von einer weiteren Sachaufklärung abhängt, deren Ergebnis nicht vorausszusehen ist, soll nur auf folgende Gesichtspunkte hingewiesen werden: Die Auffassung des Berufungsgerichts, Aufrundungen auf volle 100 000 seien bei Zahlen der hier in Betracht kommenden Größenordnung keine unrichtigen Angaben im Sinne des § 3 UWG, ist in dieser Allgemeinheit rechtlich nicht haltbar; es wird vielmehr jeweils unter sorgfältiger Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles und der Anschauungen der von der Werbung angesprochenen Verkehrskreise geprüft werden müssen, ob ein Fehlbetrag von 60 000 bis 70 000 Mitgliedern eine Aufrundung auf volle 100 000 zuläßt oder bei welchem geringeren Fehlbetrag die Aufrundung noch als tragbar angesehen werden kann. Noch erheblich größere Bedenken sind gegen die Beurteilung des Falles vom Februar 1957 durch das Berufungsgericht zu erheben. Die Abweichung der in der Werbung angegebenen Mitgliederzahl von "fast 2 Millionen" von der als annähernd richtig ermittelten Zahl von knapp 1 800 000, also um rund 200 000, d.i. mehr als 10 %, ist so beträchtlich, daß sie auch bei Berücksichtigung der in dem Worte "fast" liegenden Abschwächung, die im übrigen bei der bekannten Flüchtigkeit des Verkehrs nicht selten unbeachtet bleiben wird, der ohnehin unangefochtenen Alleinstellung des Leseringes der Beklagten und der sonstigen im angefochtenen Urteil herangezogenen Gesichtspunkte nicht mehr gerechtfertigt werden kann.

Liegt also zum mindesten in der Werbebehauptung von Februar 1957 und - je nach dem Ergebnis der gebotenen weiteren tatsächlichen Aufklärung - möglicher-

weise auch noch in anderen Zahlenangaben der Beklagten ein Verstoß gegen § 3 UWG, so kommt es für die Entscheidung über die erhobenen Unterlassungsansprüche, mit denen allein die Rechtsmittelgerichte bisher befaßt sind, wesentlich darauf an, ob die erforderliche Wiederholungsgefahr gegeben ist. Das Berufungsgericht verneint dies in einer zu dem Falle vom Februar 1957 gegebenen Hilfsbegründung. Es meint, die Beklagte werde schon aus werbungstaktischen Gründen künftig gewiß nicht mehr darauf hinweisen, daß sie schon im Februar 1957 fast die Mitgliederzahl gehabt, die sie nach ihren neuerlichen Werbebehauptungen erst Anfang 1958 erreicht habe; außerdem habe sie durch ihr zwischenzeitliches Verhalten im Rechtsstreit und in ihrer Werbung gezeigt, daß sie die verbesserte Berechnungsmethode des Sachverständigen übernommen habe und daran auch künftig festhalten werde.

Auch diese Auffassung begegnet rechtlichen Bedenken. Einmal läßt sie die nicht fernliegende Möglichkeit außer acht, daß die früheren Werbebehauptungen über die jeweiligen Mitgliederzahlen sehr wohl in einer die Aufwärtsbewegung in großen Zügen darstellenden Rückschau wieder auftauchen und dabei in einer Art gebraucht werden können, bei der die vom Berufungsgericht angedeuteten nachteiligen Wirkungen vermieden werden. Ferner trägt sie den vom erkennenden Senat in ständiger Rechtsprechung festgehaltenen Grundsätzen nicht genügend Rechnung, nach denen an die Beseitigung der Wiederholungsgefahr strenge Anforderungen zu stellen sind, die tatsächliche Einstellung der Rechtsverletzung in der Regel

nicht genügt und nach denen in Fällen, in denen der Beklagte die beanstandete Handlung nach wie vor für berechtigt erklärt, auch ein im Rechtsstreit abgegebenes Unterlassungsversprechen meist nicht als genügend angesehen werden kann, vielmehr eine verbindliche durch Strafgedinge gesicherte Verpflichtungserklärung gefordert werden muß (s. u.a. BGH GRUR 1957, 347 - Underberg; 1959, 367 - Ernst Abbe; BGHZ 14, 163 - Constanze II). Auch in dieser Hinsicht bedarf es im vorliegenden Falle einer weiteren tatsächlichen Aufklärung des Sachverhalts.

Schließlich wird bei der erforderlichen neuen Verhandlung und Entscheidung in der Berufungsinstanz zu prüfen sein, ob die Unterlassungsanträge der Klägerin sich tatsächlich, wie es nach ihrem Wortlaut scheinen könnte, allein auf die beiden behaupteten, in der Vergangenheit liegenden Verletzungstatbestände beschränken sollen oder ob ihnen nicht bei sinngemäßer Auslegung zu entnehmen ist, daß die Klägerin darüber hinaus ein Verbot ähnlicher Verletzungen für künftige Fälle anstrebt. Sollte sich eine solche Auslegung als zulässig und als geboten erweisen oder sollte die Klägerin ihre Anträge - gegebenenfalls nach Befragung gemäß § 139 ZPO - entsprechend ändern, so wird sich die Prüfung der Wiederholungsgefahr auch darauf zu erstrecken haben, ob damit gerechnet werden kann, daß die Beklagte in Zukunft bei gegebenem Anlaß, etwa wenn die Erreichung einer neuen Millionengrenze in einiger Zeit erwartet werden kann, wiederum vorzeitig überhöhte Zahlenangaben zur Werbung benutzt. Bei

einer etwaigen Neufassung der Klaganträge und gegebenenfalls bei der Verurteilung wird allerdings darauf zu achten sein, daß das Verbot nicht so allgemein gefaßt werden darf, daß es im Ergebnis nichts anderes besagt als das Gesetz selbst; es wird vielmehr, auch wenn eine Übernahme der besonderen Tatbestandsmerkmale konkreter früherer Verletzungsfälle nicht erforderlich sein mag, doch auf eine möglichst genaue Konkretisierung Bedacht genommen werden müssen.

VIII. Unter Aufhebung des angefochtenen Urteils war die Sache daher zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 ZPO).

Bock

Weiß

Löschner

Spengler

Ebel