

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

UWG § 3

"Tomatenmark"

Ist ein einzelner, in der Zeitungswerbung eines Lebensmittelmarktes unter 23 Artikeln aufgeführter und dort nicht besonders herausgestellter Artikel nicht lieferbar, so liegt darin auch dann nicht notwendig eine Irreführung des Verkehrs, wenn dem ein Dispositionsfehler des werbenden Unternehmens zugrundeliegt.

BGH, Urt. v. 4. Juni 1986 - I ZR 43/84 - OLG Hamburg
LG Hamburg

52

URTEIL

I ZR 43/84

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
4. Juni 1986
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma [REDACTED]-Lebensmittel Discount GmbH, vertreten durch die
Geschäftsführer, Horst L [REDACTED], Walter Sch [REDACTED] und
Uwe M [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED], K [REDACTED] [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

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

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

WII

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juni 1986 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Merkel, Dr. Piper, Dr. Teplitzky und Dr. Mees

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 2. Februar 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 Verbraucherverband i.S. des § 13 Abs. 1 a UWG. Die Beklagte betreibt eine Kette von Lebensmittelmärkten, u.a. mit einer Niederlassung in H[REDACTED] W[REDACTED].

Mit einer Zeitungsanzeige warb die Beklagte am Montag, den 3. Januar 1983, unter der Überschrift "Mit tollen



Knüllern ins Neue Jahr" für mehr als 20 verschiedene Erzeugnisse, u.a. für ein Vollwaschmittel, für Tomatenmark in 70-ml-Dosen zum Einzelpreis von 0,19 DM, für Weißkohl und Fleisch (Querrippe).

Die Klägerin hat behauptet, am Nachmittag des 4. Januar 1983 seien die vier genannten Artikel in der Filiale in Wandsbek nicht mehr zum Verkauf vorrätig gewesen. Sie hat die Auffassung vertreten, die Beklagte habe gegen § 3 UWG verstoßen, weil sie die beworbenen Produkte nicht innerhalb der ersten drei Tage nach Erscheinen der Werbeanzeige zum Verkauf vorrätig gehabt habe. Die angesprochenen Verkehrskreise erwarteten bei der beanstandeten Anzeige, daß sie die Waren auch an den beiden folgenden Tagen erhalten könnten. Dieser Vorstellung habe die Beklagte nicht entsprochen.

Die Klägerin hat, nachdem die Beklagte hinsichtlich der Ware Tomatenmark eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben hatte, beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,-- DM, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Wochen, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs durch Anzeigenwerbung Waren - mit Ausnahme von Tomatenmark in einer 70-ml-Dose zu 0,19 DM im Hinblick auf die Unterwerfungserklärung der Beklagten vom 21. Januar 1983 - anzubieten, ohne diese innerhalb der ersten drei Tage nach Erscheinen der Anzeige in ihren Verkaufsstellen zur sofortigen Auslieferung vorrätig zu haben.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat eingeräumt, daß die genannten Waren am 4.1.1983 nicht mehr vorrätig gewesen seien. Hinsichtlich der Waren Waschmittel, Weißkohl und Querrippe könne ihr das nicht vorgeworfen werden, weil sie diese Waren in - näher bezeichneten, von der Klägerin mit Nichtwissen bestrittenen - Mengen vorrätig gehalten habe, die nach der Erfahrung hätten ausreichen müssen. Sie sei vom Umfang der Nachfrage unverschuldet überrascht worden und habe der Nachfrage mit höherwertigeren Aushilfsangeboten zum gleichen Preis gerecht zu werden versucht. Es sei bei ihr auch nicht zu Beschwerden gekommen.

Nach Abgabe der Unterlassungserklärung hinsichtlich der Ware Tomatenmark bestehe für den vorliegenden Rechtsstreit kein Rechtsschutzinteresse mehr. Die Klägerin könne keine Erklärung verlangen, nach der sich die Beklagte ohne jegliche Einschränkung pauschal verpflichte, nicht Waren anzubieten, die nicht drei Tage nach Erscheinen der Anzeige zur sofortigen Auslieferung vorrätig seien. Es könne lediglich eine Erklärung zur Unterlassung der konkreten Verletzungsform verlangt werden, diese habe sie bereits abgegeben.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt: Der Unterlassungsanspruch sei hinsichtlich aller von der Beklagten geführten Waren, auch in allen Niederlassungen, begründet. Es bestehe insoweit eine (Erst-) Begehungsgefahr, weil die Beklagte hinsichtlich der mangelnden Bevorratung an Tomatenmarkdosen ein Verschulden eingeräumt habe, sich aber dennoch berechtigt fühle, generell ihre Waren in der beanstandeten Form zu bewerben, ohne eine ausreichende Vorratshaltung sicherstellen zu können.

Die dagegen gerichtete Berufung hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Unterlassungsantrag sei nicht zu weit gefaßt. Zwar müsse sich der Antrag auf die konkrete Verletzungsform beziehen, eine Verallgemeinerung auf alle Waren sei jedoch geboten, da diese Formulierung das Charakteristische der Verletzungshandlung erfasse. Die Verletzungshandlung sei hinsichtlich ihres wettbewerblichen Unrechtsgehalts dadurch gekennzeichnet, daß in der Zeitungsanzeige beworbene Waren am Tage nach dem Erscheinen der Anzeige am Nachmittag nicht mehr vorrätig und hierfür allein die fehlerhafte Disponierung hinsichtlich der Vorratshaltung maßgeblich gewesen sei. Dagegen ergebe sich das Charakteristische nicht daraus, daß es gerade Tomatenmark, Waschmittel usw. gewesen seien, welche die Beklagte in ihrer Verkaufsstelle nicht mehr vorrätig gehabt habe.

Der Anspruch sei auch begründet. Der Verkehr erwarte aufgrund einer derartigen Anzeige, daß die günstigen Angebote für eine gewisse Dauer, etwa 3 Tage, zur sofortigen Belieferung vorrätig gehalten würden. Bezüglich der Waren Waschmittel, Weißkohl und Querrippe möge es sein, daß die Beklagte mit einer über ihre vorrätig gehaltenen Mengen

hinausgehenden Nachfrage nicht habe rechnen können, weshalb sich der Verkehr insoweit nicht getäuscht gefühlt habe. Bei der Ware Tomatenmark habe die Beklagte jedoch nicht für einen ausreichenden Vorrat gesorgt. Entschuldigungsgründe, wie etwa das Ausbleiben der Belieferung infolge höherer Gewalt oder aufgrund sonstiger unverschuldeter Umstände, sei es auch nur einer nicht vorhersehbaren außergewöhnlich starken Nachfrage, hätten nicht vorgelegen. *

II. Die dagegen gerichtete Revision hat Erfolg.

1. Unbegründet sind allerdings die von ihr gegen den Klageantrag vorgebrachten Bedenken. Sie meint, das Klageziel sei i.S. des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht hinreichend bestimmt, wenn die Werbung für Waren schlechthin verboten werden solle, von denen kein 3-Tages-Vorrat vorhanden sei. Davon würden auch nicht zum Sortiment gehörige und solche Waren umfaßt, bei denen, wie bei Frischwaren, ein solcher Vorrat nicht erwartet werde, auch nicht möglich sei und deshalb dem Verbot nicht unterfallen solle.

Dem Erfordernis der Bestimmtheit des Klageantrags genügt es jedoch, wenn das Klagebegehren eindeutig formuliert ist und als Urteilstenor vollstreckbar wäre. Wenn der Antrag nach seiner Formulierung auch Fälle umfassen würde, wie die Revision hier meint, deren Verbot die Klägerin in Wahrheit nicht anstrebe oder nicht verlangen könne, so würde sich daraus kein Einwand gegen seine Bestimmtheit, sondern nur gegen seine sachliche Berechtigung herleiten lassen. In diesem Sinne hat der Senat z.B. auch Anträge auf Unter-

lassung des Vertriebs von Markenwaren oder Sportartikeln nicht als zu unbestimmt angesehen. Für den Begriff "Waren" kann im vorliegenden Falle nichts anderes gelten.

2. Zu Recht beanstandet die Revision aber als nicht durch die Lebenserfahrung gedeckt die Feststellung des Berufungsgerichts hinsichtlich der Erwartung eines 3-Tages-Vorrats. Der Senat hat wiederholt ausgesprochen, daß in diesem Zusammenhang pauschale Feststellungen der Wirklichkeit nicht gerecht werden. Es kommt für die Frage, welche Erwartungen eine Werbeangabe im Hinblick auf die zeitliche Dauer des Angebots hervorruft, auf die jeweiligen Umstände an. Das gilt besonders bei Angeboten des täglichen Bedarfs in Lebensmittelmärkten, wie sie hier in Rede stehen. Mit Recht macht die Revision geltend, daß solche Angebote, je nachdem ob sie im Sonderangebot oder im normalen Sortiment angekündigt werden, ob es sich um frische und verderbliche oder um haltbare Waren handelt, wie die Werbung im einzelnen gestaltet ist, welche Warengruppen beworben werden usw., jeweils unterschiedliche Erwartungen über die Dauer des Angebots hervorrufen können. Deshalb findet das beantragte pauschale Verbot, Waren (jeder Art und in jeder Angebotsform) anzubieten, ohne diese innerhalb der ersten drei Tage nach Erscheinen der Anzeigenwerbung vorrätig zu halten, in § 3 UWG bei derartigen Fallgestaltungen in der Regel keine ausreichende Grundlage.

Die hier umstrittene Werbung der Beklagten gibt keinen Anlaß zu einer anderen Beurteilung. Sie enthält die Ankündigung von Lebensmitteln und Haushaltswaren verschiedener Art

und unterschiedlicher Haltbarkeit. Sie ist auch teils als Sonderangebot - zum Teil mit dem Vermerk: "Solange der Vorrat reicht" -, teils als normales Angebot und auch drucktechnisch unterschiedlich gestaltet. Es erscheint erfahrungswidrig, dem eine pauschale Aussage über die Dauer, auch nur als Mindestdauer, des Angebots zu entnehmen.

3. Auch soweit das Berufungsgericht, abgesehen von der Fristbegrenzung auf 3 Tage, eine Irreführung des Verkehrs durch die mangelnde Vorratshaltung allein von Tomatenmarkbüchsen bejaht hat, kann ihm nicht beigetreten werden. In der Rechtsprechung des Senats ist anerkannt worden, daß der Verkehr einer vergleichbaren Anzeigenwerbung in der Regel die Angabe entnimmt, die angebotene Ware sei verfügbar, und daß eine Irreführung i.S. des § 3 UWG in Betracht komme, wenn diese Erwartung nicht erfüllt werde (GRUR 1982, 681, 682 - Skistiefel; GRUR 1985, 980 - Tennisschuhe). Es ist dort weiter, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, ausgesprochen worden, der Verkehr erwarte aber nicht, daß sich die Ankündigung auch auf Fälle beziehen solle, in denen die Ware aus Gründen höherer Gewalt oder sonst ohne Verschulden des Werbenden nicht zum Verkauf gestellt werden könne (BGH aaO S. 682 - Skistiefel).

Solche Voraussetzungen liegen nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen und Unterstellungen im Streitfall nicht vor. Die Beklagte hat eingeräumt und das Berufungsgericht festgestellt, daß hinsichtlich der Ware Tomatenmark ein von der Beklagten verschuldeter Dispositionsfehler vorgelegen hat. Der Senat hat bisher die Frage

noch nicht entschieden, ob im Falle einer vom Werbenden selbst verschuldeten Nicht-Lieferfähigkeit stets eine Irreführung i.S. von § 3 UWG zu bejahen ist. Maßgeblich kommt es auch insoweit auf die Verkehrsauffassung an. Das Berufungsgericht versteht die hier umstrittene Anzeigenwerbung offenbar dahin, die Beklagte bringe zum Ausdruck, sie sei hinsichtlich dieser Waren lieferfähig; mangelnde Lieferfähigkeit aufgrund eigenen Verschuldens sei ausgeschlossen; lediglich für den Fall höherer Gewalt oder fremden Verschuldens solle das Versprechen der Lieferfähigkeit nicht gelten.

Das begegnet bei einer Anzeigenwerbung im Lebensmittel-einzelhandel, wie sie hier vorliegt, jedenfalls in dieser Allgemeinheit Bedenken. Lebensmittelmärkte, wie sie die Beklagte betreibt, führen in der Regel Tausende von Artikeln. Diese erfordern eine umfangreiche organisatorische Bearbeitung in Einkauf, Disposition und Lagerhaltung. Daß es dabei fast unvermeidlich zu vereinzeltten Fehlleistungen kommen kann, ist offensichtlich. Da dies auch den von der Werbung angesprochenen Verkehrskreisen nicht unbekannt ist, kann diesen nicht schlechthin unterstellt werden, sie entnähmen in derartigen Fällen der Werbung eine generelle Aussage dahin, auch einzelne Fehlleistungen seien ausgeschlossen. Vielmehr müssen auch insoweit die Umstände des jeweiligen Falles in Betracht gezogen werden. Stellt der Werbende etwa einen einzelnen Artikel in besonderer Weise heraus, so wird dies eher als die Behauptung unbedingter Lieferfähigkeit aufgefaßt werden als die Anführung eines einzelnen Artikels unter zahlreichen anderen. Bei letzteren wird die Möglich-

keit einer Fehldisposition eher in Rechnung gestellt und nachgesehen. Andererseits wird die zusammengefaßte Werbung für eine Reihe von Artikeln in der Regel als Zusage dahin aufgefaßt werden, daß die angekündigten Waren grundsätzlich lieferbar seien und allenfalls mit vereinzelt Fehldispositionen gerechnet werden müsse.

Die hier streitige Werbeaussage für 23 Artikel aus dem Lebensmittel- und Haushaltssortiment hält sich im Rahmen der üblichen Werbung auf diesem Sektor. Deshalb erscheint die Auffassung des Berufungsgerichts, die Werbung werde vom Verkehr als eine absolute Lieferbarkeitsankündigung in dem genannten Sinne für jeden einzelnen Artikel verstanden im Hinblick darauf, daß eine Reihe von wesentlicheren Waren beworben und - unterstellt - nur ein Pfennigartikel am zweiten Tag nicht mehr vorhanden war, mit der Lebenserfahrung nicht vereinbar. Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben, weil die Nichtverfügbarkeit der Ware Tomatenmark am zweiten Tage nach Erscheinen der Werbung für sich allein nach den Gesamtumständen nicht als Irreführung i.S. des § 3 UWG beurteilt werden kann.

Zu einer abschließenden Entscheidung über den Klageantrag ist der Senat jedoch nicht in der Lage, weil nicht auszuschließen ist, daß der Verkehr jedenfalls dadurch irregeführt worden ist, daß, wie unstreitig, insgesamt vier Artikel nicht mehr geliefert werden konnten. Kommt das Berufungsgericht in der weiteren Verhandlung zu dem Ergebnis, daß die umstrittene Werbung vom Verkehr jedenfalls als Ankündigung dahin aufgefaßt werde, die angekündigten Waren seien, allen-

falls mit einem Vorbehalt für einen vereinzelt Fehlschlag, lieferbar, so kann eine Irreführung dann in Betracht kommen, wenn die hinsichtlich der Waren Waschmittel, Weißkohl und Querrippen, oder einiger von diesen, vorgebrachten Entschuldigungsgründe nicht durchgreifen. Das Berufungsgericht hat dies, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, offen gelassen. Da die Klägerin die entsprechenden Behauptungen der Beklagten in zulässiger Weise mit Nichtwissen bestritten hat, wird darüber gegebenenfalls der von der Beklagten angebotene Beweis zu erheben sein.

4. Sollte das Berufungsgericht aufgrund der erneuten Verhandlung eine Irreführung i.S. des § 3 UWG bejahen, so bestehen keine Bedenken, die Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr allgemein für das von der Beklagten vertriebene Sortiment zu bejahen, sofern sich keine besonderen Gründe für eine Einschränkung auf bestimmte Warengruppen ergeben. Dadurch kann zwar die Würdigung einer späteren

Zu widerhandlung in gewissem Umfang dem Vollstreckungsgericht anfallen. Das kann jedoch im Interesse ausreichender Schutzgewährung hingenommen werden, zumal sich dabei eine quantitative Einschränkung daraus ergibt, daß jeweils nur die entsprechend beworbenen Waren in Betracht kommen.

v. Gamm

Merkel

Piper

Teplitzky

Mees