

28

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

UWG §§ 1, 3

D i s c o u n t - G e s c h ä f t

- a) Wirbt ein Einzelhändler mit dem Begriff "Discount-Preis", so wird regelmäßig ein erheblich niedrigerer Preis erwartet als im konkurrierenden Einzelhandel. Welcher Preisabstand "erheblich" ist, hängt von der Verkehrsauffassung ab, die das Prozeßgericht erforderlichenfalls genauer feststellen muß. Ein Mindestsatz von 10 % widerspricht bei Elektrogeräten nicht der Lebenserfahrung.
- b) Wirbt ein Einzelhändler pauschal mit dem Begriff "Discount-Geschäft" oder "Discount-Preise", so wird in der Regel erwartet, daß a l l e Preise des Sortiments erheblich niedriger liegen als im konkurrierenden Einzelhandel. Werden bei einer solchen Werbung, von vorübergehenden Ausnahmefällen abgesehen, teilweise höhere oder gleiche Preise wie in konkurrierenden Einzelhandelsgeschäften gefordert, so wird die Irreführungsgefahr in der Regel nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Gesamtpreisniveau des Discount-Geschäfts erheblich unter dem Vergleichsniveau liegt. Ob das Angebot preisgebundener Waren eine pauschale Discount-Werbung ausschließt, hängt von der Lage des Falles ab. Unter Umständen ist eine zusätzliche Kenntlichmachung erforderlich.
- c) Zur Darlegungspflicht des pauschal mit dem Discount-Begriff werbenden Einzelhändlers hinsichtlich seiner Preise.
- d) Der Werbespruch "Kein Geld verschenken - an XY denken" stellt nicht ohne weiteres eine sittenwidrige Herabsetzung der Mitbewerber dar.

BGH, Urt. v. 13. November 1970 - I ZR 49/69 - OLG Schleswig
LG Kiel

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 49/69

URTEIL

Verkündet am

13. November 1970
Werner,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Vereins für lauterer Wettbewerb in S- -H-
e.V., K- , B-straße , gesetzlich vertreten durch seinen
Vorsitzenden Tom Greve,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

den Kaufmann Erwin V , K- G- , K-
Straße ,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. November 1970 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Dr. Sprenkmann, Dr. Merkel, Dr. Schönberg und Dr. Frhr. v. Gamm

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 21. März 1969 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte betreibt in Kiel-Gaarden ein größeres Einzelhandelsgeschäft mit Elektro-, Rundfunk- und Fernsehgeräten. Er bezeichnet das Geschäft seit 1963 in seiner Werbung in verschiedener Form als "Discount-Geschäft" und nennt seine Preise "Discount-Preise". Der Kläger beanstandet das mit der Behauptung, der Beklagte arbeite ganz allgemein nicht mehr nach den Grundsätzen des echten Discount. Der weitgehende Verzicht auf Auswahl und Kundendienst werde heute nur noch von einem kleinen Teil der Verbraucher hingenommen. Der Discounter



habe sich deshalb inzwischen den Verkaufsgepflogenheiten des Facheinzelhandels angepaßt. Da die Einkaufsmöglichkeiten für alle Einzelhändler im wesentlichen gleich seien und die Unkostenfaktoren nicht wesentlich voneinander abwichen, könne der Beklagte zwangsläufig nicht erheblich billiger sein als der Facheinzelhandel. Das werde durch zahlreiche - vom Kläger vorgelegte - Preisvergleiche bestätigt, nach denen der Beklagte in vielen Fällen Preise fordere, die entweder wenig unter den üblichen Preisen lägen oder ihnen gleichkämen, teils sie sogar überstiegen. Mit der Beibehaltung der Discount-Werbung täusche der Beklagte deshalb das Publikum dahingehend, daß er immer noch erheblich billiger sei als andere Einzelhändler. Der Kläger beanstandet ferner, daß der Beklagte mit dem Spruch wirbt: "Kein Geld verschenken - an Elektro- (Discount) Vogt denken". Darin sieht er eine Diffamierung der übrigen Kieler Elektro-, Rundfunk- und Fernsehgeschäfte. Der Kläger hat beantragt,

dem Beklagten bei Meidung von Strafen zu untersagen, in öffentlichen Ankündigungen sein Einzelhandelsgeschäft insgesamt als "Discount-Geschäft" oder sonst mit dem Wort "Discount" zu bezeichnen sowie seine Preise insgesamt als "Discount-Preise" oder sonst mit dem Wort "Discount" zu bezeichnen, wenn seine Preise nicht erheblich unter den Preisen des branchengleichen Einzelhandels liegen,

sowie mit den Worten zu werben: "Kein Geld verschenken - an Elektro-V[REDACTED] denken" oder "an Elektro-Discount-V[REDACTED] denken."

Der Beklagte behauptet, durch seine seit 1963 betriebene umfangreiche Werbung habe sich die Verbindung seines Namens mit dem Discount-Begriff als Firmenschlagwort durchgesetzt. Sein Geschäft habe auch den Charakter eines Discount-Geschäfts, da er unter Verzicht auf kostspielige Ausstattung - wenn auch nicht mit primitiver Ausstattung - ein äußerst knapp kalkuliertes Sortiment anbiete. Seine Kalkulation beruhe darauf, daß er einen geringeren Gewinn erstrebe. Die Behauptungen des Klägers über seine, des Beklagten, Preise seien zum großen Teil unrichtig. Wenn aber die Konkurrenz gezwungen werde, ihre Preise den seinen anzupassen, dann werde dadurch der Discount-Charakter seines Geschäfts nicht berührt. Selbst wenn seine Preise im Einzelfall etwas höher lägen als die Preise anderer Händler, sei das unschädlich, weil es sich dabei bei der Konkurrenz zum Teil um Preise handle, die keinen Gewinn brächten und aus Wettbewerbsgründen geboten würden. Der Beklagte hat seinerseits Preisvergleiche vorgelegt, mit denen er darlegen will, daß seine Preise im Verhältnis zu denen seiner Mitbewerber als Discount-Preise anzusehen seien. Die Werbung mit dem Spruch "Kein Geld verschenken - an Elektro-Discount-Vogt denken" enthalte keine Herabsetzung der Mitbewerber, sondern lediglich die wahre Ankündigung, daß er, der Beklagte, für einen nicht unerheblichen Teil seines Sortiments günstigere Preise fordere.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen, nachdem der Kläger den für ein Sachverständigengutachten angeforderten Kostenvorschuß nicht geleistet hatte. Mit der Revision beantragt der Kläger, das Berufungsurteil aufzuheben und die Berufung zurückzuweisen. Der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht erörtert zunächst, ob dem Beklagten die Bezeichnung seines Geschäfts als "Discount-Geschäft" etwa schon deshalb zu verbieten sei, weil er - wenn auch unter Beibehaltung niedriger Preise - sein Geschäft nicht mehr nach dem Discount-System führe, das durch einfache Ausstattung, Sortimentsbeschränkung, weitgehenden Verzicht auf Kundendienst und Ausnutzung besonders günstiger Bezugsquellen bei hoher Umschlagsgeschwindigkeit gekennzeichnet sei. Es meint dazu, wenn die traditionellen Einzelhändler, ohne ihr herkömmliches Vertriebssystem zu ändern, dazu übergegangen seien, ebenfalls den Discount-Begriff zu verwenden und sich die Werbewirkung dieses Begriffs zunutze zu machen, könne einem Discount-Geschäft nicht verwehrt werden, sich unter Beibehaltung niedriger Preise dem herkömmlichen Vertriebssystem zu nähern. Jedermann könne danach auf seine besonders niedrigen Preise mit dem Discount-Begriff hinweisen. Ob dem beizustimmen ist, kann dahingestellt bleiben, denn der Kläger hat seinen Antrag darauf gerichtet, dem Beklagten die Bezeichnung Discount-Geschäft zu verwehren, "wenn seine Preise nicht erheblich unter den Preisen des anderen Einzelhandels liegen." Darin liegt - unbeschadet der noch zu erörternden Frage, ob dieser Antrag bestimmt genug ist - eine Beschränkung des Klagebegehrens. Diese Beschränkung ergibt sich auch aus dem Sachvortrag des Klägers in den Vorinstanzen. Soweit der Kläger darin überhaupt erörtert, ob das Unternehmen des Beklagten den übrigen Merkmalen eines Discount-Geschäfts entspricht, will er damit lediglich dartun, warum der Beklagte nicht erheblich billiger als seine Konkurrenten anbieten könne, nicht aber, daß der Beklagte schon wegen Fehlens anderer Voraussetzungen als erheblich niedrigerer

Preise, das Wort "Discount" nicht verwenden dürfe.

II. Bei der Prüfung der mit dem "Discount"-Begriff verbundenen Publikumsvorstellung geht das Berufungsgericht davon aus, daß der Beklagte mit der Verwendung dieses Begriffes behauptete, er verkaufe zu besonders niedrigen Preisen. Demgegenüber stellt das Berufungsgericht als Ergebnis der Beweisaufnahme fest, daß der Beklagte nicht in allen Fällen niedrigere Preise verlangt habe als seine Konkurrenten in der Kieler Innenstadt. Es meint aber, daraus folge noch nicht, daß der Beklagte das Publikum irreführe, denn es sei denkbar, daß auch seine Konkurrenten Discount-Preise anböten. Es würde sich dann nicht um Wettbewerb zwischen traditionellen Einzelhändlern und einem Discounter handeln, sondern um Wettbewerb zwischen einem Discounter und Einzelhändlern, die sich mindestens für eine gewisse Zeit wie Discounter verhielten, also um Wettbewerb zwischen Discountern. Da Wettbewerb zwischen Discountern zulässig sei, folge daraus, daß nicht nur derjenige sich Discounter nennen dürfe, der für alle Artikel die niedrigsten Preise fordere. Ob die Preise des Beklagten das Niveau der Discount-Preise überschritten, fährt das Berufungsgericht fort, könne es der Beweisaufnahme mangels Sachkunde nicht entnehmen. Den zahlreichen Preisvergleichen, die teils für, teils gegen den Beklagten sprächen, könne es ein Gesamtbild von seinem und dem bei traditionellen Einzelhändlern üblichen Preisniveau nicht entnehmen. Das zur Klärung dieser Frage notwendige Sachverständigengutachten habe jedoch nicht eingeholt werden können, weil der Kläger nicht bereit gewesen sei, den erforderlichen Kostenvorschuß zu leisten. Deshalb sei die Klage insoweit abzuweisen.

III. Die dagegen gerichteten Revisionsangriffe haben Erfolg.

1. Die Frage, welche Preisstellung allgemein mit dem Wort "Discount" oder "Discount-Preis" angekündigt werden darf, ist in Rechtsprechung und Literatur zunächst dahin einheitlich beantwortet worden, daß Discount-Preise in der Publikumsvorstellung billiger als die üblichen Einzelhandelspreise sind (vgl. z.B. OLG Hamburg BB 1963, 1233; Baumbach/Hefermehl, Kommentar zum UWG 9. Aufl. § 3 UWG Anm. 142). Allgemein wird wohl auch angenommen, daß ein geringfügiger Preisunterschied den erweckten Erwartungen nicht entspricht, sondern daß ein merklicher Abstand bestehen muß. Dabei wird das Maß des Abstandes durch unterschiedliche Formulierungen ausgedrückt, wie "besonders günstiger Preis" (OLG Düsseldorf BB 1933, 364), "besonders niedrig" (OLG Hamm BB 1963, 134; GA BB 1962, 1347), "billige oder billigste Preise" (LG Kiel BB 1963, 1234), "augenfällig günstigerer Preis" (LG Heidelberg BB 1963, 205), "erheblich unter dem vergleichbarer Geschäfte" (Greif, BB 1962, 1219). Damit steht die hier vom Berufungsgericht getroffene Feststellung im Einklang, es müsse sich um "besonders niedrige" Preise handeln. Gegen diese Formulierungen ist insofern nichts zu erinnern, als darin zum Ausdruck kommt, daß als Discount-Preise nicht schon solche Preisunterbietungen angesehen werden, wie sie auch im Wettbewerb innerhalb der herkömmlichen Einzelhandelsformen ohne Discount-Werbung dem Publikum geläufig sind und erwartet werden.

Da der Beklagte nicht nur einzelne, sondern alle seine Preise als Discount-Preise bezeichnet und darüber hinaus auch sein Geschäft in der Werbung als Discount-

Geschäft bezeichnet, andererseits das Berufungsgericht aber feststellt, daß der Beklagte nicht in allen Fällen niedrigere Preise verlangt als seine Mitbewerber, hätte es die Klage nur dann abweisen dürfen, wenn die angesprochenen Verkehrskreise eine solche pauschale Werbung mit dem Discount-Begriff auch dahin verstehen, daß nicht alle Preise niedriger als bei der Konkurrenz liegen. Wenn das Berufungsgericht insoweit ausführt, Discounter könne sich nicht nur nennen, wer für alle Artikel die niedrigsten Preise fordere, weil auch ein Wettbewerb mit Preisunterbietungen zwischen Discountern bestehen könne, so mag das zutreffen, soweit es sich um den Wettbewerb zwischen Händlern handelt, die sich sämtlich als Discount-Geschäft bezeichnen und nur die Preisrelation zwischen solchen Geschäften infrage steht. Im Streitfall stellt das Berufungsgericht aber nicht fest, daß diejenigen Geschäfte, die vom Beklagten nicht unterboten werden, ebenfalls mit dem Discount-Begriff werben; das hat auch der Beklagte für den hier in Rede stehenden Zeitraum nicht behauptet. Vielmehr ist nach dem Vortrag beider Parteien unbedenklich davon auszugehen, daß alle von den Parteien vorgelegten Preisvergleiche gegenüber üblichen Einzelhandelsgeschäften und einem Warenhaus angestellt worden sind, die sämtlich den Discount-Begriff in ihrer Werbung nicht verwenden. Demgemäß hätte das Berufungsgericht feststellen müssen, ob es ohne Irreführungsgefahr mit einer pauschalen Discount-Werbung vereinbar ist, daß nicht alle Preise des Beklagten niedriger sind als die der Einzelhandelsgeschäfte, die nicht mit diesem Begriff werben.

Sollte ein Teil des Sortiments des Beklagten preisgebunden sein, so könnte schon das einer pauschalen Discount-

Werbung entgegenstehen, doch kommt es insoweit auf die Umstände an. Eine abschließende Beurteilung ist insoweit nach dem jetzigen Verfahrensstand nicht möglich, weil das Berufungsgericht über den Umfang dieses Sortimentsteiles keine Feststellungen getroffen hat, was erforderlichenfalls nachzuholen sein wird. Dabei wird allerdings zunächst zu prüfen sein, ob die mit der pauschalen Discount-Werbung angesprochenen Verkehrskreise durch einen rechtlich beachtlichen preisgebundenen Sortimentsanteil in ihren auf generellen Preisabschlag gerichteten Erwartungen getäuscht werden oder ob der Verkehr entsprechende Vorbehalte voraussetzt. Erforderlichenfalls wird das Berufungsgericht dabei erwägen müssen, ob, wie und unter welchen Voraussetzungen, etwa durch entsprechende Kenntlichmachung, Irreführungsgefahren vorgebeugt werden kann.

Für den Fall, daß Teile des Sortiments nicht den für Discount-Preise erwarteten Preisabstand halten, meint das Berufungsgericht, ohne das näher zu begründen, es komme nur darauf an, daß das Gesamtniveau der Preise erheblich unter dem Preisniveau des übrigen Einzelhandels liege. Dem kann nicht beigestimmt werden. Jedenfalls in Geschäften, die, wie weithin im Elektrogerätehandel, die gleichen Fabrikate derselben Hersteller vertreiben, enthält die Werbung "Discount-Geschäft" und "Discount-Preise" die pauschale Ankündigung, daß alle Preise des angebotenen Sortiments erheblich unter den Preisen liegen, die für gleiche Waren in Geschäften gefordert werden, die sich dieser Werbung nicht bedienen. Das liegt im Wesen einer pauschalen Ankündigung erheblich billigerer Preise, weshalb die Feststellung einer im Einzelfall

hiervon abweichenden Verkehrsauffassung näherer Darlegung bedürfte, zu der auch gehörte, daß eine solche Verkehrsauffassung nicht etwa durch mißbräuchliche Verwendung des Discount-Begriffs entstanden ist.

Daraus folgt zunächst, daß ein Preisniveau, bei dem allgemein höhere, gleiche oder nur leicht niedrigere Preise geboten werden, unvereinbar ist mit einer pauschalen Discount-Werbung. Auf vereinzelte Ausnahmen kann es allerdings dabei nicht ankommen, denn das Publikum rechnet regelmäßig damit, daß die Wettbewerber eines Discounters auf dessen Preispolitik gelegentlich mit Sonderpreisen reagieren und daß es dabei zu Verzerrungen kommen kann. Handelt es sich dagegen nicht um gelegentliche Einzelfälle, so kann sich der Werbende dem Vorwurf der Irreführung nicht mit der Behauptung entziehen, wenigstens sein Gesamtpreisniveau wahre den erwarteten Abstand. Dem steht jedenfalls für den Kauf in Elektrogeschäften entgegen, daß der Interessent dort regelmäßig ganz bestimmte Waren erwerben will, auf deren Preis es ihm ankommt und daß er deshalb keine Gesamtkalkulation anstellt, wie sie dieser Einwand voraussetzt. Es spricht auch keine betriebswirtschaftliche Notwendigkeit für die Anerkennung einer Discount-Pauschalkalkulation und -Werbung, denn es ist, worauf in der Rechtsprechung schon wiederholt hingewiesen worden ist (OLG Bremen aaO; LG Heidelberg aaO) ohne weiteres möglich, wenn der Discount-Abstand nicht im ganzen Sortiment gewahrt werden kann, die mit echten Discount-Preisen angebotenen Waren in besonderen Discount-Abteilungen räumlich zusammenzufassen und die Discount-Werbung auf solche Warengruppen oder räumlich abgegrenzten Teile des Geschäfts zu beschränken. Demnach ist es irreführend, wenn ein mehr als unwesentlicher Teil der durch eine pauschale Discount-Werbung ange-

kündigten Preise dauernd nicht erheblich niedriger liegt als bei den in Betracht kommenden Mitbewerbern.

Im Streitfall wird das Berufungsgericht prüfen müssen, ob es sich mit einer etwaigen Feststellung, die angesprochenen Verkehrskreise erwarteten einen "erheblichen" Preisabstand, bereits eine ausreichende Entscheidungsgrundlage schaffen kann. Dies wäre nach den vorstehenden Ausführungen der Fall, wenn die Preise des Beklagten zu einem nicht unwesentlichen Teil höher oder wenigstens gleich denen der übrigen Einzelhandelsgeschäfte wären. Ergibt sich dagegen, daß die Preise des Beklagten in diesem Sinne durchweg niedriger liegen, so wird das Berufungsgericht nähere Feststellungen darüber treffen müssen, welcher Preisabstand nach Meinung der angesprochenen Verkehrskreise mit einer "Discount"-Werbung angekündigt wird, denn die Begriffe "erheblich", "besonders günstig", "augenfällig" usw. haben für die Beurteilung konkreter Fälle keinen ausreichend bestimmten Inhalt. Diese Konkretisierung darf das Berufungsgericht nicht, wie es nach seinem Beweisbeschluß offenbar beabsichtigt hatte (GA 138), einem Wirtschaftsprüfer als Gutachter überlassen, denn maßgeblich ist dafür die Verkehrsauffassung, deren Feststellung Sache des Gerichts ist. Bedarf es dabei der Hilfe eines Gutachters, so jedenfalls keines Wirtschaftsprüfers, sondern einer Person oder Einrichtung, die besondere Kenntnisse über die Publikumsvorstellungen vermitteln kann. Für eine solche Präzisierung bieten allerdings die bisher von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle (aaO) keine genügenden Anhaltspunkte, weil dort unstreitig der Preisabstand erheblich war oder die Entscheidung von anderen Tatumständen abhing. Einer derartigen Feststellung stehen aber gleichwohl keine unüberwindlichen Schwierigkeiten entgegen. Einen ersten Anhaltspunkt bietet die von Greif

(aa0) zitierte Untersuchung der Industrie- und Handelskammer Solingen (in deren Mitteilungsblatt vom 15. März 1962 S. 120), wonach durchschnittlich von einer Differenz von 10 - 15 % zum üblichen Preisniveau auszugehen sei. Der Mindestsatz von 10 % dürfte auch nach der Lebenserfahrung jedenfalls nicht zu hoch gegriffen sein, da Preisunterbietungen bis zu 10 % auch bei den herkömmlichen Handelsformen häufig zu beobachten sind. Gleichwohl kann nicht ohne weiteres von einem solchen Mindestsatz ausgegangen werden, denn die Publikumerwartung kann, je nach der Branche und den örtlichen Verhältnissen, unterschiedlich sein und auch im Laufe der Zeit Wandlungen unterliegen, so daß das Berufungsgericht hier feststellen muß, welche Erwartungen die von einem Elektroeinzelhandelsgeschäft in Kiel mit einer pauschalen Discount-Werbung angesprochenen Verkehrskreise über den Preisabstand gleicher Geräte zu den Angeboten der ohne diesen Begriff werbenden Einzelhandelsgeschäfte hegen.

Nach alledem war das angefochtene Urteil in diesem Klagepunkt schon mangels hinreichender Feststellungen über die Verkehrsbedeutung der Worte "Discount-Geschäft" und "Discount-Preise" im Elektrogeräteeinzelhandel in Kiel aufzuheben und an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. In der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht je nach Sachlage auch erwägen müssen, ob und gegebenenfalls wann es den Kläger gemäß § 139 ZPO zu einer Konkretisierung des Klageantrages veranlassen muß, soweit es sich um den Begriff "erheblich" handelt, wobei dem Kläger auch anheimgestellt werden könnte, den Klageantrag durch Streichung des betreffenden Halbsatzes zu konkretisieren.

2. Das Urteil ist auch insoweit nicht frei von Rechtsfehlern, als es sich um die tatsächlichen Feststellungen über die umstrittenen Preise handelt. Weshalb dem Berufungsgericht die Sachkunde zur Beantwortung der Beweisfrage fehlen sollte, ob die Preise der Beklagten erheblich unter den im Radio- und Elektro-Einzelhandel üblichen Preisen liegen (Ziff. II des BB vom 21. Oktober 1966 GA 139), ist nicht ersichtlich. Soweit es sich um den Inhalt des Begriffs "erheblich" handelt, ist bereits ausgeführt worden, daß es sich dabei nicht um die Ermittlung betriebswirtschaftlicher Erfahrungssätze, sondern um die Feststellung der Publikumserwartung handelt, die das Berufungsgericht selbst treffen muß. Auch soweit festzustellen ist, welche Preise der Beklagte fordert und welche im Einzelhandel sonst üblich sind, bedarf es keines Gutachters, nachdem der Kläger bei einer Vielzahl von Geräten ganz konkret vorgetragen hatte, welche Preise der Beklagte und welche die Konkurrenten für die gleichen Geräte gefordert hatten und das Landgericht und das Berufungsgericht durch die Vernehmung von insgesamt 28 Zeugen die Grundlage für tatsächliche Feststellungen darüber geschaffen hatten, welche Preise jeweils gefordert worden sind. Darüber hinaus hatte der Beklagte selbst die Preisvergleiche vom 26. August 1966 (GA 112) und vom 20. September 1966 (GA 130) gegenüber den Firmen Karstadt, Brinkmann, Kihr-Goebel, Schmielau, Deppe, Koch, Reinack, Huhn, Bock, Tiedemann, Nordmark, Watson und Schmidt mit etwa 70 Preisgegenüberstellungen vorgetragen und zu den Preisangaben der Klägerin vom 16. Juni 1966 über die vom Beklagten geforderten Preise für 11 Großgeräte seinerseits vorgetragen, welche - von diesen Angaben abweichende - Preise er für diese Geräte gefordert habe (GA 200).

Hiervon konnte das Berufungsgericht ohne weiteres die Preisvergleiche berücksichtigen, die der Beklagte selbst eingereicht hatte und danach prüfen, ob diese - unstreitigen - Preisvergleiche nicht schon als Beweis dafür ausreichen, daß seine Discount-Werbung das Publikum irreführen kann, weil der erwartete Abstand ganz oder bei wesentlichen Teilen des Sortiments nicht besteht. Das liegt jedenfalls dann nicht fern, wenn das Publikum bei einer Discount-Werbung ein mindestens 10 % billigeres Angebot erwartet, denn die Preisvergleiche des Beklagten vom 26. August 1966 (vornehmlich Radiogeräte), vom 20. September 1966 (vornehmlich kleinere Elektrogeräte) und vom 21. September 1966 (verschiedene Elektrogeräte) und seine Richtigstellung zum Preisvergleich des Klägers vom 16. August 1966 (Fernsehgeräte, Waschmaschinen u.a. - GA 194, 195, 199) erweisen, daß die Preise des Beklagten weithin um erheblich weniger als 10 % unter denen der Konkurrenten aus dem Facheinzelhandel lagen, teils ihnen fast gleichkamen. Ausnahmen sind dabei im wesentlichen nur bei billigeren Staubsaugern und einigen Kleingeräten festzustellen, während gerade bei den teuren Waschmaschinen und Fernsehgeräten die Preisunterschiede selbst nach den vom Kläger unter Beweisantritt bestrittenen Preisangaben des Beklagten geringer sind. Wenn der Senat insoweit nicht abschließend entscheidet, so in erster Linie, weil die Preiserwartung der örtlichen Kaufinteressenten nicht auf Grund allgemeiner Erfahrungssätze festgestellt werden kann, aber auch deshalb, weil es Sache der Tatsacheninstanz ist festzustellen, ob sich die ohne weiteres verwertbaren Preisangaben auf einen mehr als unwesentlichen Teil des Angebots des Beklagten beziehen.

Wenn das Berufungsgericht die eigenen Angaben des Beklagten nicht genügen lassen wollte, so hätte es die umfangreiche Beweisaufnahme über die Preisvergleiche des Klägers auswerten müssen, um die Preise festzustellen und zu beurteilen. Dazu hat das Berufungsgericht lediglich ausgeführt, die Beweisaufnahme habe ergeben, daß der Beklagte nicht in allen Fällen niedrigere Preise verlangt habe als seine Konkurrenten in der Kieler Innenstadt. Eine solche Feststellung und Begründung entspricht nicht den Anforderungen des § 286 ZPO. Eine sorgfältige Tatsachefeststellung war auch nicht aus den vom Berufungsgericht angeführten Gründen entbehrlich. Der Sachvortrag beider Parteien gab keinerlei Anlaß für die Annahme, daß die in den Preisvergleichen angeführten Konkurrenten des Beklagten ebenfalls zu Preisen anboten, die erheblich niedriger lagen als im Einzelhandel üblich und es sich dabei um Preisvergleiche nur zwischen Discountern handeln könne, die keinen Schluß über den Preisabstand zum regulären Einzelhandelspreis erlaubten. Keiner dieser Konkurrenten bezeichnet sich als Discount-Geschäft oder wirbt mit Discount-Preisen. Der Beklagte selbst stellt Preisvergleiche mit diesen Händlern an, um seine Preise als billiger als die des Einzelhandels erscheinen zu lassen. Es kann nicht ernstlich angenommen werden, daß er dabei auf eine Gegenüberstellung mit höheren Einzelhandelspreisen verzichtet hat und seine Preise stattdessen an den Preisen anderer Discounter hat messen lassen wollen. Vielmehr hätte das Berufungsgericht davon ausgehen müssen, daß das übliche Preisniveau sich aus den Preisen ergab, die den Preisen des Beklagten - sei es von ihm selbst, sei es vom Kläger - gegenübergestellt worden sind. Deren Feststellung und Beurteilung hätte, Klärung des von einem Discounter erwarteten Preisabstandes vorausgesetzt, als

ausreichende Urteilsgrundlage dienen können, ohne daß es der Zuziehung eines Sachverständigen bedurft hätte.

Sollte das Berufungsgericht im übrigen die vorgelegten Preisvergleiche im Verhältnis zum Gesamtsortiment des Beklagten als nicht ausreichend angesehen haben, so hätte es dem Beklagten aufgeben können, seine Preislisten vorzulegen. Es hätte sich nicht auf das durch die Testkäufer des Klägers vorgelegte Material beschränken brauchen; denn da der Beklagte sich einer wettbewerblichen Sonderstellung berührt, die einer Alleinstellung nahekommt ("Kiel hat nur einen Discount-Vogt") und er allein erschöpfend seine Preisstellung darlegen kann, während dem Kläger ein sachgerechter Vortrag nur unter großen Schwierigkeiten und nicht vollständig möglich ist, trifft ihn - unbeschadet der Beweislast - gemäß § 242 BGB die prozessuale Pflicht, seinerseits darzulegen, welche Preise er fordert (vgl. BGH GRUR 1963, 270 ff - Bärenfang m. Anm. Hefermehl). Das Berufungsgericht wird deshalb in der erneuten Verhandlung prüfen müssen, ob es den bisherigen Sachvortrag als ausreichende Entscheidungsgrundlage betrachten will, anderenfalls wird es gemäß § 139 ZPO auf einen sachgerechten Vortrag hinwirken müssen.

IV. 1. Den Werbespruch "Kein Geld verschenken - an Elektro- (Discount) Vogt denken" hat das Berufungsgericht unter dem Gesichtspunkt der Irreführung nicht beanstandet, weil der Kläger den Beweis der Unwahrheit nicht erbracht habe. Dabei geht es ersichtlich von der vorstehend abgehandelten Begründung aus, so daß **hier dieselbe** Beurteilung Platz greift. Das gilt nicht nur für den Spruch "Kein Geld verschenken - an Elektro- (Discount)

V~~er~~denken", der unmittelbar Discount-Preise ankündigt, sondern auch für die Abwandlung, in der das Wort Discount fehlt, denn da der Beklagte sein Geschäft in jahrelanger Werbung insgesamt als Discount-Geschäft bezeichnet hat, kann nicht ausgeschlossen werden, daß der Werbevers auch ohne das Wort Discount von einem nicht unerheblichen Teil der angesprochenen **Verkehrskreise** als Ankündigung von Discount-Preisen aufgefaßt wird. Die Entscheidung des Berufungsgerichts wird daher auch zu diesem Punkt davon abhängen, ob der Beklagte tatsächlich insgesamt Discount-Preise bietet.

2. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht dagegen die Ansicht des Klägers zurückgewiesen, dieser Vers sei als eine sittenwidrige Herabsetzung der Mitbewerber anzusehen und schon deshalb zu verbieten. Auch hier kommt es darauf an, welchen Sinngehalt die angesprochenen Verkehrskreise der Werbebehauptung entnehmen. Wenn das Berufungsgericht dazu meint, der Vers bringe lediglich zum Ausdruck, beim Beklagten könne man besonders preisgünstig kaufen, ohne damit zugleich ein Unwerturteil über die Preisbildung der Konkurrenz zu fällen, dann ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Es ist denkbar und widerspricht nicht der Lebenserfahrung, daß unterschiedliche Preisstellungen auf Märkten mit freier Preisbildung vom Publikum als Ausdruck unterschiedlicher und sittlich wertfreier wirtschaftlicher Umstände und Überlegungen gewertet werden - jedenfalls wenn sie sich in den Grenzen halten, die im Streitfall in Rede stehen. Der Ausdruck "verschenken" steht dem nicht zwingend entgegen, wenn er, wie das Berufungsgericht offenbar meint, die Handlungsweise des Kaufinteressenten bezeichnet, der für einen Kauf mehr

- 18 -

Geld ausgibt als notwendig.

Krüger-Nieland

Sprenkmann

Merkel

Schönberg

Gamm