

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

UWG § 3

Ein Unternehmen, das neben dem Großhandel in erheblichem Umfang auch den Einzelhandel, insbesondere in Gestalt des Versandgeschäfts an Letztverbraucher betreibt, ist nicht berechtigt, sich gegenüber dem Facheinzelhandel und den Letztverbrauchern ausschließlich als Großhandelsunternehmen zu bezeichnen.

BGH, Urt. v. 15. Mai 1968 - I ZR 63/66 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I_ZR_63/66

URTEIL

Verkündet am
15. Mai 1968
Werner,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma D [REDACTED] & Co., P [REDACTED], O [REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch den geschäftsführenden Gesellschafter
Willi K [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Revisionsklägerin
und Revisionsbeklagten,

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

gegen

die Z [REDACTED] e.V.,
F [REDACTED], B [REDACTED], Zimmer [REDACTED], vertreten durch das
geschäftsführende Vorstandsmitglied Dr. jur. Kurt G [REDACTED],
ebenda,

Kläger, Revisionsbeklagten
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Mai 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkmann, Dr. Mösl, Dr. Simon und Dr. Merkel

für Recht erkannt:

1. Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 22. März 1966 wird zurückgewiesen.
2. Auf die Revision des Klägers wird das vorbezeichnete Urteil im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Klage abgewiesen hat.

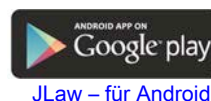
Unter teilweiser Abänderung des Urteils der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Karlsruhe, Sitz Pforzheim, vom 4. Juni 1965 wird der Beklagten auf die Anschlußberufung bei Meidung einer Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zur Dauer von 6 Monaten für jeden Fall der Zuwiderhandlung ferner verboten, sich im geschäftlichen Verkehr ausschließlich als Großhandel zu bezeichnen, ohne zugleich zum Ausdruck zu bringen, daß sie auch eine Einzelhandelstätigkeit ausübt.

3. Die Beklagte hat auch die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand:

Die Beklagte, die sich als Großhandelsunternehmen in Schmuck, Uhren und Bestecken bezeichnet, versandte im Jahre 1963 Werbeunterlagen an etwa 200 000 bis 250 000 branchenfremde Einzelhandelsunternehmen, z.B. an Friseurgeschäfte, Feinkosthandlungen, Rundfunkgeräthändler, Tankstellen, Papier- und Bürowarengeschäfte, Möbelhandlungen, Pelzwarengeschäfte, Optiker, Modesalons und Herrenkonfektionsgeschäfte. Zu den Werbeunterlagen gehörte neben einem Anschreiben u.a. ein Prospekt für Goldschmuck, Uhren und Bestecke mit einer Preisliste und einer Auftragskarte.

Das Anschreiben beginnt: "Sie können mehr verdienen! Hier kommt eine gute Nachricht für Sie als Wiederverkäufer". Im weiteren Text weist es den Empfänger darauf hin, daß er sicher auch für seinen Eigenbedarf etwas finden werde und auf alle bzw. fast alle Artikel "volle 50 % Rabatt" erhalte. In der Preisliste sind für jeden Artikel der Einkaufspreis ("Ihr Einkauf") und der Verkaufspreis nebeneinander gestellt, wobei der letztere auf der Rückseite als unverbindlich vorgeschlagener Richtpreis bezeichnet wird.

Nach Auffassung des klagenden Vereins sind die von der Beklagten angeschriebenen branchenfremden Einzelhändler als L e t z t v e r b r a u c h e r im Sinne des § 1 des Rabattgesetzes anzusehen. Ferner beanstandet es der Kläger, daß die Beklagte sich ausschließlich als G r o ß h a n d e l s u n t e r n e h m e n b e z e i c h n e t. Der Kläger hat unter Vorlage von Unterlagen schließlich behauptet, die Beklagte habe ihre Werbung auch an Privatpersonen gerichtet. Er hat beantragt, der Beklagten zu

untersagen, im geschäftlichen Verkehr mit Letztverbrau-
chern

- a) 3 % übersteigende Barzahlungsrabatte an-
zukündigen und zu gewähren,
- b) sich ausschließlich als "Großhandel" zu
bezeichnen, ohne zugleich zum Ausdruck
zu bringen, daß sie auch eine Einzelhan-
delstätigkeit ausübt.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt.
Sie hat geltend gemacht, sie wolle den Kreis ihrer
Einzelhandelskunden durch Gewinnung branchefremder
Einzelhändler a l s W i e d e r v e r k ä u f e r
ihrer Waren erweitern. Die Belieferung von Privat-
personen und von Einzelhändlern, die ihre Waren nicht
zum Wiederverkauf beziehen, lehne sie ab. Die Beliefe-
rung von Privatpersonen in Einzelfüllen beruhe auf Täu-
schung durch Dritte und auf Versehen ihrer Angestellten.
Inzwischen habe sie eine genaue Überprüfung der Absender
von Auftragskarten angeordnet. In Zweifelsfällen, z.B.
wenn ein Firmenstempel fehle, schicke sie dem Absender
ein Formularschreiben mit folgendem Inhalt:

"Wir beliefern nur Wiederverkäufer und selb-
ständige Gewerbetreibende.

Auf Ihrer Bestellung haben Sie die Angabe
Ihres Gewerbebetriebes vergessen. Bitte
füllen Sie die mitfolgende Bestellkarte
entsprechend aus und vergessen Sie nicht
Firmenstempel und Unterschrift.

Wir möchten noch erwähnen, daß wir Bestellungen
von Privatpersonen leider nicht ausführen
können."

oder:

"Wir beliefern nur Wiederverkäufer und selb-
ständige Gewerbetreibende. Einen Auftrag von
Ihnen als Privatperson können wir leider nicht

ausführen. Sofern Sie Wiederverkäufer oder Gewerbetreibender sind, sollten Sie uns bitte Ihre Firma bekanntgeben."

Aufträge führe sie nur dann aus, wenn die Antwort eindeutig ergebe, daß der Auftraggeber Wiederverkäufer sei. Auch in den neuen Preislisten habe sie den Vermerk aufgenommen, daß sie nur an Wiederverkäufer liefere. Außerdem erkläre sie verbindlich, daß sie den Hinweis auf den "Eigenbedarf" künftig unterlasse.

Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben. Mit der hiergegen erhobenen Berufung hat die Beklagte weitere Werbeunterlagen vorgelegt und behauptet, diese schlossen einen Warenbezug durch Letztverbraucher aus. In ihrem neuen Anschreiben heiße es:

"Unser neuer Wiederverkäuferkatalog wurde noch weiter den Bedürfnissen des Handels angepaßt. Mit diesem Qualitäts-Angebot können Sie das nachholen, was viele Ihrer Fachkollegen bereits erfaßt haben: Neue Umsätze mit Ihren alten Kunden. Jedes Risiko nehmen wir Ihnen ab. Sie brauchen keine Lagerhaltung, Sie verkaufen nach Katalog

Wir machen darauf aufmerksam, daß wir nur selbständige Gewerbetreibende zum Zweck des gewerblichen Wiederverkaufs beliefern. Aufträge von Letztverbrauchern können wir leider nicht ausführen.

..... Beim Vergleich von Einkaufspreisen und den unverbindlichen Handelsempfehlungen werden Sie sehr schnell feststellen, daß Sie auf fast alle Artikel

volle 50 % Rabatt

erhalten."

Entsprechend deutliche Hinweise bringe sie auf der Preisliste, der Auftragskarte, der Rechnung und dem Kontrollzettel.

In der letzten mündlichen Verhandlung hat die Beklagte erklärt, sie verpflichte sich bei Vermeidung einer angemessenen Vertragsstrafe,

1. in ihren Preislisten und Prospekten, die sich an Gewerbetreibende als Wiederverkäufer richten,
 - a) jeden Hinweis auf die Deckung des persönlichen Bedarfs der Gewerbetreibenden zu unterlassen;
 - b) keinen Unterschied zwischen Wiederverkäufern und Gewerbetreibenden zu machen;
2. bei Angeboten, die sich an Gewerbetreibende als Wiederverkäufer richten,
 - a) ausdrücklich darauf hinzuweisen, daß das Angebot ausschließlich für Gewerbetreibende zum Zwecke des Wiederverkaufs gilt und daß Aufträge an Letztverbraucher nicht ausgeführt werden;
 - b) lediglich Auftragsformulare zu verwenden, aus denen sich ergibt, daß der Besteller ausdrücklich als Wiederverkäufer bestellt.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Berufung zurückzuweisen,
2. hilfsweise im Wege der Anschlußberufung:
 - der Beklagten zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr
 - a) ...
 - b) sich ausschließlich als "Großhandel" zu bezeichnen, ohne zugleich zum Ausdruck zu bringen, daß sie auch eine Einzelhan-

delst tigkeit ausübt, so lange und so weit sie

aa) auch Privatleute als Letztverbraucher anspricht und beliefert,

bb) branchefremde, selbständige Gewerbetreibende anspricht und beliefert, ohne daß ihr ein auf den Wiederverkauf von Uhren, Schmuck oder Bestecken lautender oder auf diese Warengruppe erweiterter Gewerbeschein vorgelegt worden ist.

Ergänzend hat der Kläger insbesondere vorgebracht, die Beklagte wende sich nun auch an Versicherungsvertreter. In ihrer gewerbepolizeilichen Anmeldung sei die Beklagte richtig als Groß- und Einzelhandelsgeschäft bezeichnet. Die von der Beklagten als "unverbindliche Handelsempfehlung" oder "unverbindlich vorgeschlagene Richtpreise" bezeichneten Verkaufspreise seien auch willkürlich hoch angesetzte "Mondpreise", die in irreführender Weise den Anschein eines besonders günstigen Angebots erweckten, zumal die Beklagte sie nicht beim Bundeskartellamt angemeldet habe.

Die Beklagte hat demgegenüber geltend gemacht, die in der Preisliste unter "Ihr Einkauf" eingetragenen Preise würden als ihre Normalpreise im rabattrechtlichen Sinne angesehen. Mit ihren empfohlenen Verkaufspreisen liege sie auch nicht über dem Durchschnitt.

Das Oberlandesgericht hat unter teilweiser Abänderung des Landgerichtsurteils der Beklagten verboten,

in Anschreiben an branchefremde Gewerbetreibende auszuführen, daß letztere auf fast alle in dem dem Anschreiben beigelegten Prospekt (Katalog)

abgebildeten Waren volle 50 % Rabatt erhalten, und in der dem Prospekt (Katalog) beiliegenden Preisliste einem höheren Preis den um den erwähnten Rabatt ermäßigten Preis gegenüber zu stellen.

Im übrigen hat es Klage und Berufung zurückgewiesen und dem Kläger 3/10, der Beklagten 7/10 der Kosten des Rechtsstreits auferlegt.

Die Beklagte erstrebt mit ihrer Revision die volle Abweisung der Klage, der Kläger mit seiner Revision die Aufhebung des Berufungsurteils, soweit es die Klage abgewiesen hat. Er beantragt, insoweit nach den letzten Anträgen des Klägers in der Berufungsinstanz zu entscheiden, und regt an, dem Landgerichtsurteil zur Klarstellung in Ziffer I die Fassung zu geben,

der Beklagten zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr

- a) mit Letztverbrauchern 3 % übersteigende Barzahlungsrabatte anzukündigen oder zu gewähren,
- b) sich ausschließlich als Großhandel zu bezeichnen, ohne zugleich zum Ausdruck zu bringen, daß sie auch eine Einzelhandels-tätigkeit ausübt.

Beide Parteien bitten um Zurückweisung der gegnerischen Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Revision der Beklagten (Rabattverstoß).

1. Die Beklagte rügt vorab, das Berufungsgericht sei mit dem Verbot über die Anträge des Klägers hinausgegangen (§ 308 ZPO).

Die Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat das Verbot, indem es dessen Bestandteil "3 % übersteigend" durch "50 %" ersetzte, zulässigerweise der konkreten Verletzungsform angepaßt. Wenn die Beklagte geltend machen will, sie gewähre nicht mehr 50 % Rabatt, sondern weniger, so ist das eine Frage der Wiederholungsgefahr, die das Berufungsgericht auch insoweit noch als gegeben angesehen hat. Der Vorwurf eines Hinausgehens über die vom Kläger gestellten Anträge kann damit jedenfalls nicht begründet werden, denn das vom Berufungsgericht formulierte Verbot ist inhaltlich durch den vom Kläger gestellten Antrag auf Zurückweisung der Berufung deshalb gedeckt, weil das Landgericht einen 3 v.H. übersteigenden Nachlaß - der auch einen solchen von 50 v.H. erfaßt - untersagt hatte.

2. Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgericht folgende Unterlassungserklärung abgegeben und insoweit Erledigung des Rechtsstreits angezeigt:

"Die Beklagte verpflichtet sich, bei Vermeidung einer für jeden Fall schuldhafter Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden angemessenen Vertragsstrafe, es zu unterlassen, in Anschreiben an branchenfremde Gewerbetreibende auszuführen, daß

letztere auf fast alle in dem dem Anschreiben beigelegten Prospekt (Katalog) abgebildeten Waren volle 50 % Rabatt erhalten."

Der Kläger hat den Rechtsstreit insoweit nicht für erledigt erklärt.

Die einseitige Erledigungserklärung der beklagten Partei kann im Revisionsrechtszug nicht berücksichtigt werden. Aufgabe des Revisionsverfahrens ist es, die Anwendung des Rechts auf den vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt zu überprüfen; das Revisionsgericht muß deshalb von diesem Sachverhalt ausgehen. Die einseitige Erledigungserklärung einer Partei im Revisionsverfahren betrifft nicht lediglich die Rechtsanwendung auf den festgestellten Sachverhalt, wirft vielmehr auch Fragen tatsächlicher Art auf, wie namentlich die Frage, ob unter den gegebenen Umständen die Gefahr einer Wiederholung als ausgeschlossen angesehen werden kann. Der Kläger hat im vorliegenden Fall ausdrücklich erklärt, daß er die Unterlassungserklärung schon inhaltlich nicht als ausreichend ansehen könne. Es besteht deshalb auch im Streitfall kein Anlaß, von der bisherigen Rechtsprechung abzugehen, wonach die einseitige Unterlassungserklärung in der Revisionsinstanz nicht zu beachten ist (BGH GRUR 1961, 343, 344 - Meßmer-Tee).

3. Das Berufungsgericht hat dem nach § 12 Abs. 1 des Rabattgesetzes klageberechtigten Verband einen Anspruch auf Unterlassung der Ankündigung und Gewährung eines Rabatts von 50 % zugebilligt, weil die Beklagte Waren des täglichen Bedarfs an Letztverbraucher veräußert habe. Als Letztverbraucher seien nicht nur die vom Kläger namentlich genannten Privatpersonen, sondern zumindest

auch ein Teil der von der Beklagten belieferten branchenfremden Gewerbetreibenden anzusehen. Die Werbeunterlagen seien an etwa 200 000 bis 250 000 branchenfremde Gewerbetreibende übersandt worden. Es liege auf der Hand, daß die Inhaber von Tankstellen, Papier- und Bürowarengeschäften, Möbelhandlungen, Feinkostgeschäften, Rundfunkgeräthandlungen und Versicherungsvertretungen nur in den seltensten Fällen Uhren, Schmuck und Bestecke zur Weiterveräußerung gekauft hätten. Die Behauptung der Beklagten, sie habe die branchenfremden Gewerbetreibenden als Wiederverkäufer gewinnen wollen, stehe im Widerspruch zu den ursprünglichen Werbeunterlagen, in denen sie diese ausdrücklich auch als Eigenverbraucher angesprochen habe.

Die Revision der Beklagten bemängelt zunächst, das Berufungsurteil enthalte nicht die erforderliche Feststellung, daß die Beklagte tatsächlich Waren an Letztverbraucher abgegeben habe.

Dieser Angriff übersieht die vorstehend wiedergegebene Feststellung (BU S. 11 Ziff. 1 Abs. 1). Die getroffene Feststellung rechtfertigt aber die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Beklagte einen Rabatt gegenüber **L e t z t v e r b r a u c h e r n** im Sinne des § 1 Abs. 1 des Rabattgesetzes angekündigt und diesen auch gewährt hat.

a) Letzter Verbraucher im Sinne des Rabattgesetzes ist derjenige Abnehmer, der die eingekaufte Ware ohne den Willen erwirbt, sie weiter umzusetzen. Danach ist letzter Verbraucher auch ein Gewerbetreibender, insbesondere ein Einzelhändler, der die Ware für den eigenen Bedarf erwirbt. Als Erwerb zum eigenen Bedarf ist dabei

auch der Fall anzusehen, daß der Käufer die Ware verschenken will. Letztverbraucher ist der Einzelhändler auch dann, wenn er, ohne selbst ein Umsatzgeschäft tätigen zu wollen, von einem privaten Käufer nur als Vermittler beim Bezug der Ware eingeschaltet wird, ein Verfahren, wie es etwa dem Schreiben der Beklagten vom 7. November 1963 entsprechen würde, in welchem sie einer Privatperson gegenüber auf deren Anfrage ihre Bereitschaft mitteilt, deren Wünsche über eine bestimmte Apotheke zu erfüllen. Zwar läßt sich die Möglichkeit, daß ein Einzelhändler die vom Großhandel bezogene Ware in diesem Sinne für den eigenen Bedarf erwirbt, auch im Rahmen des normalen Geschäftsablaufs zwischen Groß- und Einzelhandel nie schlechthin ausschließen. Im vorliegenden Falle liegt es jedoch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts völlig anders. Aus der großen Zahl der angeschriebenen Einzelhändler (200 000 bis 250 000), von denen durchweg nicht angenommen werden kann, daß sie an einem Umsatz mit derartigen Waren ernstlich interessiert seien, konnte das Berufungsgericht den Schluß ziehen, daß hier die Waren nur "in den seltensten Fällen" zur Weiterveräußerung gekauft wurden. Auch der Hinweis der Beklagten, daß die von ihr Angeschriebenen sicher auch für ihren Eigenbedarf etwas finden würden, war geeignet, diese Annahme zu stützen. Die auf tatsächlichem Gebiet liegende Würdigung des Berufungsgerichts ist daher für das Revisionsgericht bindend.

b) Das Berufungsgericht hat ferner angenommen, daß die angesprochenen Käuferkreise den angekündigten Rabatt als einen Nachlaß von den N o r m a l preisen der Beklagten im Sinne des § 1 Abs. 1 des Rabattgesetzes ansehen. Dem oberflächlichen Leser falle in erster Linie der hervorgehobene Hinweis ins Auge, daß er "volle 50 % Rabatt erhalte". Ursprünglich habe die Beklagte

die höheren Preise auch ausdrücklich als "Verkaufspreise" bezeichnet. Der sorgfältige Leser könne zwar erkennen, daß der niedrigere Preis der Normalpreis sei und der Rabatthinweis lediglich die für den Wiederverkäufer vorgeschlagene Bruttoverdienstspanne zum Ausdruck bringen solle. Der Letztverbraucher prüfe aber Werbeunterlagen in der Regel nicht genau, übersehe deshalb auch, daß die Beklagte neuerdings die Spalte der höheren Preise mit den nicht hervorgehobenen Worten "unverbindliche Handelsempfehlung" überschreibe. Insofern sei auch zu berücksichtigen, daß die frühere Bezeichnung als "Verkaufspreis" noch fortwirke.

Hiergegen wendet sich die Revision vor allem mit dem Hinweis, daß als Abnehmer nur Gewerbetreibende in Betracht kämen, bei denen eine unsorgfältige Würdigung des Inhalts der Werbung nicht vorausgesetzt werden dürfe.

Auch dieser Angriff kann keinen Erfolg haben. Die Beklagte bringt in ihrer Werbung zum Ausdruck, daß der für Letztverbraucher an sich maßgebende Preis der von ihr jetzt als unverbindlicher Handelspreis bezeichnete Preis sei und daß sie dem von ihr angeschriebenen Gewerbetreibenden hierauf einen Rabatt gewähre. Der - wie dargelegt - nicht unerhebliche Kreis derjenigen Gewerbetreibenden, die als Letztverbraucher beziehen, entnimmt dieser Ankündigung, daß der für Letztverbraucher an sich maßgebende Preis der Beklagten der höhere Preis wäre; er faßt die Werbung der Beklagten daher als die Ankündigung einer Gelegenheit auf, hier als Letztverbraucher bevorzugt unter Gewährung eines von diesem Preis gewährten Nachlasses zu kaufen. Die von der Beklagten angesprochenen branchenfremden Einzelhändler sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts

an einem Erwerb zum Zwecke des Wiederverkaufs weitgehend nicht ernstlich interessiert, fassen das Angebot der Beklagten deshalb dahin auf, daß ihnen als Gewerbetreibenden - nicht als Wiederverkäufern von Uhren und Schmuckwaren - ein an sich nur dem Facheinzelhandel berechneter Preis eingeräumt werde, der erheblich unter dem allgemein für diese Waren geltenden Letztverbraucherpreis liege. Insoweit liegt der Sachverhalt anders als in dem vom erkennenden Senat in dem unveröffentlichten Urteil vom 15. Februar 1967 - Ib ZR 50/65 - entschiedenen Fall, in welchem die Ware nur in einem sehr geringen Ausmaß auch an Letztverbraucher vertrieben wurde und in der Hauptsache ein echter Großhandel gegeben war.

Es kommt deshalb nicht einmal entscheidend darauf an, ob die angesprochenen Gewerbetreibenden die jetzigen Werbeangaben der Beklagten sorgfältig prüfen. Entgegen der Auffassung der Revision kann es aber auch nicht als rechtsfehlerhaft angesehen werden, wenn das Berufungsgericht annimmt, die angesprochenen branchefremden Einzelhändler, denen diese angeblich besonders günstige Einkaufsmöglichkeit als Letztverbrauchern angekündigt werde, prüften die Ankündigungen der Beklagten nicht mit der in ihrem eigenen Geschäftsbereich angewandten Sorgfalt und Sachkunde.

c) Aus denselben Erwägungen hat das Berufungsgericht auch die Gefahr der Wiederholung von Rabattverstößen entsprechenden Inhalts für die angesprochenen Gewerbetreibenden bejaht und sie insbesondere auch bei Zugrundelegung der neueren Werbeunterlagen der Beklagten als gegeben angesehen.

Diese Beurteilung liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet und wird von der Revision vergeblich angegriffen. Zu Recht hebt das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang hervor, daß der Beklagten keine wirksame Kontrolle gegen den Bezug ihrer Waren durch branchenfremde Einzelhändler für deren Eigenbedarf zur Verfügung steht. Das hängt untrennbar mit dem von der Beklagten gewählten Vertriebssystem auch in seiner jetzt gegebenen Form zusammen, das in größtem Umfang Einzelhändler von Branchen einbezieht, bei denen trotz der von der Beklagten in ihren neueren Werbeunterlagen abgegebenen Erklärungen kein ernsthaftes Interesse an einem Wiederverkauf dieser Waren, wohl aber an einem Erwerb für den eigenen Bedarf, für Bekannte und Verwandte besteht. Entgegen der Meinung der Revision widerspricht die Würdigung des Berufungsgerichts danach nicht der allgemeinen Lebenserfahrung. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht insbesondere auch angenommen, daß die Vorkehrungen der Beklagten nicht geeignet sind, dieser Gefahr zu begegnen, und daß es zu einer wirksamen Kontrolle insbesondere nicht ausreicht, wenn die Beklagte jeweils prüft, ob die bei ihr eingehenden Aufträge einen Firmenstempel aufweisen.

Darauf, ob die Beklagte diese Gewerbetreibenden als Letztverbraucher auch ansprechen will, und auf die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision kommt es im Rahmen der hier allein erhobenen Unterlassungsklage nicht an.

4. Die Revision der Beklagten war hiernach als unbegründet zurückzuweisen. Der Anregung des Klägers, das Unterlassungsgebot wieder so wie im ersten Urteil zu fassen (3 % übersteigender Rabatt, statt 50 % Rabatt),

war nicht zu folgen. Das Berufungsgericht hat das Verbot entsprechend der konkreten Verletzungsform gefaßt.

II. Revision des Klägers (Bezeichnung des Unternehmens der Beklagten als Großhandel).

Wie die Revision des Klägers mit Recht rügt, beruht die Abweisung des Klageantrages, der auf Unterlassung der Bezeichnung Großhandel gerichtet ist, auf Nichtbeachtung des vom Kläger im zweiten Rechtszug hierzu gestellten Hilfsantrags. Ursprünglich hatten die Klageanträge allerdings nur den geschäftlichen Vertrieb der Beklagten mit L e t z t v e r b r a u - c h e r n erfaßt; damit schied für die Klagebegründung der Gesichtspunkt einer Irreführung des F a c h h a n d e l s aus. Bei seiner Beanstandung des hierauf gestützten Landgerichtsurteils hat das Berufungsgericht aber seinerseits übersehen, daß der im zweiten Rechtszug im Wege der Anschlußberufung erstmals gestellte (Hilfs-) Antrag 2 b nicht mehr auf den geschäftlichen Verkehr mit Letztverbrauchern abgestellt war. Der Sinn von Haupt- und Hilfsantrag ging bei Heranziehung der Klagebegründung zweifelsfrei dahin, auch die Führung der Bezeichnung "Großhandel" gegenüber dem Facheinzelhandel zu erfassen. Insoweit ging der Hilfsantrag über den Hauptantrag hinaus. Da das Berufungsgericht dem Hauptantrag auf Zurückweisung der Berufung nicht entsprach, hätte es auf diesen Hilfsantrag eingehen müssen. Es hätte deshalb prüfen müssen, ob die Beklagte sich durch Führung ihrer Bezeichnung als Großhandel gegenüber dem F a c h e i n z e l h a n d e l wettbewerbswidrig verhält, solange sie daneben den Vertrieb ihrer Waren an Letztverbraucher aufrecht erhält.

Einer Zurückverweisung des Rechtsstreits zur Nachholung dieser Prüfung bedarf es jedoch nicht, weil die Sache auch in diesem Punkt zur abschließenden Entscheidung reif ist (vgl. unten 2).

1. Das Berufungsgericht erblickt in der Führung der Bezeichnung "Großhandel" durch ein Unternehmen, das - wie hier bezüglich der Beklagten festgestellt - in großem Umfang zugleich den Einzelhandel betreibt, kein wettbewerbswidriges Verhalten gegenüber den von ihr angesprochenen Letztverbrauchern. Den Kreis der Lieferanten hat das Berufungsgericht hier außer Betracht gelassen; das ist allerdings nicht zu beanstanden, weil nicht vorgebracht worden war, diese seien mit der angegriffenen Gestaltung des Betriebes der Beklagten nicht einverstanden; insoweit macht auch die Revision nichts geltend. Den Kreis der Facheinzelhändler hat das Berufungsgericht dagegen mit dem nach dem Dargelegten unrichtigen Hinweis ausgeschieden, er sei durch die Klageanträge nicht erfaßt.

Hinsichtlich der Wirkung, die bei den L e t z t - v e r b r a u c h e r n durch die Führung der Bezeichnung "Großhandel" herbeigeführt wird, führt das Berufungsgericht aus, zwar bezeichne dieses Wort "nach allgemeiner Auffassung" ein Unternehmen, das Waren, ohne diese selbst herzustellen, regelmäßig an Wiederverkäufer oder an Großabnehmer vertreibe. In den vergangenen Jahren sei jedoch, ausgehend von den sog. Beziehungskäufen, ein Wandel eingetreten. Der Großhandel verkaufe auf einzelnen Gebieten vielfach auch unmittelbar an Letztverbraucher. Der Vorteil des Letztverbrauchers bestehe in der Möglichkeit, die Ware zu einem unter dem Einzelhandelspreis liegenden Preis zu erwerben. Das habe

zu einer beträchtlichen Ausweitung derartiger Geschäfte geführt. Im Streitfall werde aber der Letztverbraucher in seiner Erwartung nicht getäuscht, denn die Beklagte verkaufe an ihn zum Großhandelspreis. Entgegen der Auffassung des Landgerichts erwecke die Beklagte auch nicht den unrichtigen Eindruck, ihre Preise und Verkaufsbedingungen seien ausschließlich auf Wiederverkauf zugeschnitten. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Verwendung des Wortes Großhandel überhaupt eine derartige Vorstellung erwecke, denn das Vorbringen der Parteien biete keinen hinreichenden Anhalt für die Annahme, daß insbesondere die Verkaufspreise der Beklagten keine echten Großhandelspreise seien.

Diese Begründung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

§ 3 UWG verbietet u.a., in Mitteilungen, die für einen größeren Personenkreis bestimmt sind, über geschäftliche Verhältnisse unrichtige Angaben zu machen, die geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Nun bezeichnet aber - wie das Berufungsgericht in seinem Ausgangspunkt auch selbst feststellt - das Wort "Großhandel" nach allgemeiner Auffassung ein Unternehmen, das Waren regelmäßig an Wiederverkäufer vertreibt. Das ist dahin zu verdeutlichen: Unter Großhandel versteht der Durchschnittsleie ein Unternehmen, das vorwiegend en gros an Einzelhändler zum Zwecke des Weiterverkaufs, sowie an Großabnehmer verkauft; einen gelegentlichen Verkauf an Wiederverkäufer für deren Eigenbedarf oder aus Kulanzgründen an bestimmte Personen als Letztverbraucher schließt diese Vorstellung zwar nicht aus (so lag der Fall BGHZ 28, 54, 55, 64 - Direktverkäufe). Mit der Betriebsform

des Großhandels verbindet der Durchschnittsverbraucher jedoch auch heute noch die Vorstellung, daß sie zugeschnitten sei auf den Vertrieb an Wiederverkäufer als Regelfall. Die Ausführungen des Berufungsgerichts zu dieser Frage sind nicht frei von Widerspruch. Im Ergebnis kann ihnen nicht beigetreten werden. Die vom Berufungsgericht betonte neuere Entwicklung hat noch nicht dazu geführt, die Vorstellung des Publikums von der regelmäßigen Struktur eines Großhandelsunternehmens allgemein zu beseitigen. Darüber, in welchem Maße der Großhandel an Letztverbraucher vertreibt, stellt das Berufungsgericht denn auch nichts fest. Mindestens einem nicht unerheblichen Teil der in Betracht kommenden Verkehrskreise ist jedenfalls weiter die Vorstellung geläufig, daß ein Großhandelsunternehmen wegen seiner regelmäßig gegebenen Struktur nicht dieselben Vertriebskosten in den Abgabepreis einzukalkulieren braucht wie ein Unternehmen, das in einem sehr erheblichen Umfang auch unmittelbar an Letztverbraucher verkauft. Auch der Laie weiß, daß die Unkosten bei verhältnismäßig wenigen Großabnehmern geringer sind als bei zahllosen Abnehmern kleinerer Warenmengen. Auch der Geschäftsverkehr mit und die Werbung gegenüber einer großen Zahl von als Letztverbraucher in Betracht kommenden Käuferkreisen sind umfassender und bedingen regelmäßig höhere Kosten. Auf den Streitfall übertragen folgt hieraus: Würde dem von der Beklagten angesprochenen Käuferkreis der Wahrheit entsprechend mitgeteilt, daß die Beklagte einen Kundenkreis von mindestens 200 000 bis 250 000 Personen erfaßt, so würde er das Angebot für erheblich weniger günstig halten, weil er ohne diese Mitteilung davon ausgeht, er sei einer der verhältnismäßig wenigen, denen die besondere Gelegenheit des Einkaufs zu Großhandelspreisen durch ein Unternehmen gewährt werde, das dem nor-

malen Vorstellungsbilde des Großhandelsunternehmens entspreche.

Die Beklagte führt die Letztverbraucher durch die Verwendung der Bezeichnung Großhandel mithin irre, wenn sie nicht zugleich darauf hinweist, daß sie auch den Einzelhandel betreibt.

Die Beklagte erweckt mit ihrer Bezeichnung auch den Anschein eines besonders günstigen Angebots. Das folgt schon aus dem zur Frage der Irreführung Dargelegten. Das Angebot der Beklagten sieht dadurch, daß diese sich ohne Einschränkung als Großhandel bezeichnet, besonders günstig aus, d.h. es ist geeignet, Kunden anzulocken. Dann aber ist es nach ständiger Rechtsprechung rechtlich unerheblich, ob die Beklagte tatsächlich ebenso günstige Preise gewährt, wie sie sonst der Großhandel gegenüber Wiederverkäufern für vergleichbare Waren zu kalkulieren vermag. Deshalb kann der Verstoß gegen § 3 UWG im Streitfall auch nicht mit dem Hinweis ausgeräumt werden, die Beklagte gewähre den Letztverbrauchern tatsächlich "Großhandelspreise". Es ist zwar im Streitfall davon auszugehen, daß die Beklagte von ihren Letztabnehmern dieselben Preise fordert wie von den bei ihr beziehenden Facheinzelhändlern. In diesem Sinne mögen daher "Großhandelspreise" gewährt werden. Aber das betrifft nicht den Tatbestand der Anlockung durch unrichtige Werbeangaben. Denn niemand kann als Außenstehender ohne weiteres erkennen, wie derartige Großhandelspreise zustande kommen, wenn es sich, wie im Streitfall, nicht um Waren handelt, die - wie z.B. Markenartikel - in derselben Qualität und Ausführung auch von anderen Unternehmen zu feststehenden Preisen angeboten werden. Bietet ein Großhandelsunter-

nehmen, das auch den Einzelhandel betreibt, nur Markenartikel an, so mag es für die Beurteilung im Rahmen des § 3 UWG insoweit anders liegen, als das Publikum dann möglicherweise den konkreten Preisunterschied gegenüber dem normalen Endverbraucherpreis ohne weiteres erkennen kann und deshalb bei Beurteilung der Preiswürdigkeit des Angebots des Großhändlers nicht darauf angewiesen ist, sich Gedanken darüber zu machen, welchen Vorteil der Einkauf beim echten Großhandel für den Letztverbraucher allgemein bietet. Aber schon in den Fällen des Mischangebots von Markenwaren und solchen Waren, über deren Preiswürdigkeit das Publikum sich keine konkrete Vorstellung machen kann, ist diese Ausnahmesituation deshalb nicht mehr gegeben, weil das Publikum dazu neigt, die Vorstellung besonderer Preiswürdigkeit, die es auf Grund gebotener Preisvorteile bei Markenwaren gewinnt, auf das Angebot der übrigen Waren deshalb zu übertragen, weil diese im Großhandel angeboten werden. Erst recht wird aber die irreführende Wirkung dann nicht ausgeräumt, wenn ein Großhandelsunternehmen, das in erheblichem Umfange auch Einzelhandel betreibt, sich aber als Großhandel bezeichnet, nur Waren führt, deren Endverkaufspreise nicht gebunden sind. Die nur empfohlenen Preise stehen bei der Beurteilung der im Streitfall zu entscheidenden Frage der Irreführung den gebundenen Preisen nicht gleich; denn auch bei angemeldeten empfohlenen Richtpreisen besteht für den Letztverbraucher kaum eine Möglichkeit, kritisch zu prüfen, ob der Endverbraucherpreis angemessen kalkuliert ist. Die Festsetzung verhältnismäßig hoher empfohlener Preise ermöglicht vielmehr gerade auch dem Großhändler, der in erheblichem Maße zugleich Einzelhandel betreibt, eine dem Letztverbraucher besonders vorteilhaft erscheinende, aber in Wirklichkeit nicht durchschaubare Preisgestaltung. Hiernach kann nicht

gesagt werden, daß der angegriffenen Bezeichnung der Beklagten als Großhandelsunternehmen deshalb die wettbewerbsrechtlich zu beanstandende irreführende Wirkung fehle, weil die Beklagte die Letztverbraucher tatsächlich zu denselben Preisen beliefere wie die Facheinzelhändler.

Von dem der Entscheidung vom 9. Dezember 1964 (BGH GRUR 1965, 431 - Wickel) zugrunde liegenden Sachverhalt unterscheidet der vorliegende sich in dem wesentlichen Punkt, daß dort die Letztverbraucher über die Funktionen, welche die beteiligten Unternehmen in dem angegriffenen Vertriebssystem ausüben, wahrheitsgemäß und unmißverständlich **a u f g e k l ä r t** wurden; nur angesichts einer solchen Aufklärung ist, wie der erkennende Senat dort ausdrücklich betont hat, in dem Umstand, daß ein Unternehmen sich in einem Kundenausweis als Großhändler bezeichnet, für sich allein eine Irreführung nicht erblickt worden.

Nach alledem verstößt die Beklagte, indem sie sich Letztverbrauchern gegenüber ausschließlich als Großhandelsunternehmen bezeichnet, während sie sich in Wahrheit in sehr erheblichem Maße als Einzelhandelsunternehmen betätigt, gegen § 3 UWG.

2. Ein Verstoß gegen § 3 UWG ist nach dem feststehenden Sachverhalt auch insoweit gegeben, als die Beklagte sich gegenüber Fachhändlern (Einzelhändlern) ausschließlich als Großhandel bezeichnet. Die Beklagte behauptet in dem im Tatbestand des Berufungsurteils wiedergegebenen Schreiben gegenüber dem Fachhandel, sie beliefere nur selbständige Gewerbetreibende zum Zwecke des gewerblichen Wiederverkaufs, nicht dagegen Letztverbraucher. Nach

den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen trifft diese Mitteilung objektiv nicht zu. Der Fachhandel kann nun aber das Angebot eines Großhändlers, der in bedeutendem Umfange unmittelbar an Letztverbraucher zu d e m s e l b e n Preis wie an den Fachhandel verkauft, nicht dasselbe Interesse haben, wie wenn der Großhändler nur den Fachhandel belieferte. Denn er wird die bezogene Ware an die Empfänger der Werbeschreiben der Beklagten und darüber hinaus an alle diejenigen, die von dieser Bezugsmöglichkeit erfahren, kaum zu dem weit höheren von der Beklagten empfohlenen Handelsrichtpreis oder auch nur zu einem seinem geschäftlichen Interesse genügenden Zwischenpreis absetzen können. Erfahrungsgemäß führt denn auch der doppelgleisige Vertrieb durch den Großhandel alsbald zu einem Rückgang der Fachhandelskundschaft des Großhändlers. Indem die Beklagte sich ausschließlich als Großhändler bezeichnet, führt sie daher a u c h den F a c h h a n d e l durch eine Angabe irre, die geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Darauf, ob sie den Fachhandel hierbei auch über ihre Kalkulationsgrundlagen irreführt, wie die Revision geltend macht, kommt es hiernach nicht mehr an.

3. Auf die Revision des Klägers war hiernach die Beklagte entsprechend dem mit der Anschlußberufung gestellten Hilfsantrag zu verurteilen.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91,
97 Abs. 1 ZPO.

Pehle

Sprenkmann

Mösl

Simon

Merkel