

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 73/77

URTEIL

Verkündet am
28. September 1979
Zug,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Einzelhandelsverbands E[REDACTED] e.V., L[REDACTED]allee [REDACTED], E[REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma A[REDACTED]-T[REDACTED]-G[REDACTED] Michael A. R[REDACTED],
S[REDACTED]weg [REDACTED], N[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

16

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 1979 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Merkel, Dr. Schönberg, Schwerdtfeger und Rebitzki

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 22. März 1977 aufgehoben. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen vom 8. Oktober 1976 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens fallen der Beklagten zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist ein Verband, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen gehört. Die Beklagte vertreibt Teppichböden unter der Firmierung A-T-G Michael A. R. Im Jahre 1975 übernahm sie aus einer Konkursmasse Warenbestände an Teppichböden und Tapeten. Diese Warenbestände ließ sie durch Wanderlagerveranstaltungen in verschiedenen Städten der Bundesrepublik veräußern. Dazu erschien auf ihre Veranlassung in einer Tageszeitung ein Inserat, in dem es unter anderem hieß:

"Riesenauswahl in Tapeten, aus der Kollektion 75 bis zu 50 % unter empf. Preis Rolle ab 1,95 ".

Der Kläger hält den Hinweis auf einen "empf. Preis" für irreführend. Auf die Preisempfehlung eines Herstellers dürfe in der an den Letztverbraucher gerichteten Werbung nur Bezug genommen werden, wenn die Preisempfehlung den Voraussetzungen des § 38 a GWB genüge. Dazu gehöre es, daß die Preisempfehlung ausdrücklich als "unverbindlich" bezeichnet werde, woran es hier fehle.

Die Beklagte ist der Auffassung, daß ihre Form des Hinweises auf einen empfohlenen Preis wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden sei.

Das Landgericht hat der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln antragsgemäß untersagt, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Tapeten mit der Anpreisung anzubieten" ... bis zu 50 % unter empf. Preis".

Auf die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit seiner dagegen gerichteten Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht führt aus, die beanstandete Bezugnahme der Beklagten auf den empfohlenen Preis ("bis zu 50 % unter empf. Preis") enthalte keinen Wettbewerbsverstoß, auch wenn ein ausdrücklicher Vermerk fehle, daß es sich hierbei um eine "unverbindliche" Preisempfehlung handele. Dabei könne offen bleiben, ob eine dem § 38 a GWB



entsprechende Preisempfehlung ausdrücklich als "unverbindlich" bezeichnet werden müsse. Denn es stehe nicht ein Verhalten des Preisempfehlenden selbst in Rede, für den allein die Regelung in § 38 a GWB unmittelbar gelte, sondern das Verhalten eines Verkäufers, der die Werbewirksamkeit der Unterschreitung der unverbindlichen Preisempfehlung ausnutze, was ohne weiteres zulässig sei und auch von der Klägerin an sich nicht beanstandet werde. Selbst wenn man davon ausgehe, daß das preisempfehlende Unternehmen selbst verpflichtet sei, die Preisempfehlung ausdrücklich als "unverbindlich" zu bezeichnen, könnte die Werbung der Beklagten nicht als unzulässig beurteilt werden.

Eine Irreführung im Sinne des § 3 UWG sei nicht feststellbar. Auch wenn infolge der strengen Handhabung durch das Bundeskartellamt der Ausdruck "empf. Preis" - abgekürzt und ohne den Zusatz "unverbindlich" - nicht mehr gebraucht werde, so sei doch nicht ersichtlich, mit welchem anderen Sinngehalt dieser Ausdruck noch verstanden werden könne, wenn er in dem Zusammenhang verwendet werde, wie in der beanstandeten Werbung. Für die Abkürzung "empf." in Verbindung mit dem Substantiv "Preis" gebe es nach Lage der Dinge keine andere verständige Ergänzung als eben "empfohlen", und dieser Ausdruck spreche bereits für sich. Dieser Preis werde auch auf den Hersteller bezogen, nicht anders als bei der Bezeichnung "unverbindlich empfohlener Preis".

Auch ein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 1 UWG) scheide aus. Die Regelung des § 38 a GWB, wenn sie dahin ausgelegt werde, daß eine Preisempfehlung als "unverbindlich" zu bezeichnen sei, stelle nur eine wertneutrale Ordnungsnorm dar, bei deren Nichtbeachtung ein Wettbewerbsverstoß erst dann angenommen werden könne, wenn besondere Umstände hinzuträten, insbesondere, wenn sich der Wettbewerber bewußt und planmäßig über die Norm hin-

wegsetze, um sich einen ungerechtfertigten Vorsprung vor seinen gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. Im vorliegenden Fall sei nicht ersichtlich, daß die Beklagte sich dadurch habe einen Vorsprung verschaffen wollen und können, daß sie das Wort "unverbindlich" weggelassen habe.

Zu Unrecht beanstandete der Kläger auch die Werbung mit der Vergünstigung "bis zu 50 %" unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Preisverschleierung und des unerlaubten Anlockens, weil der Kunde erst bei einer Besichtigung der angebotenen Ware das Ausmaß der Vergünstigung erkenne. Daß das Publikum durch diese Werbung irregeführt werden könne, ergebe sich aus dem Vortrag des Klägers nicht. Im übrigen müsse es für die Werbeankündigung in einem Zeitungsinserat als ausreichend angesehen werden, wenn der Höchstsatz angegeben sei, bis zu dem die empfohlenen Preise unterschritten würden.

II. Die dagegen gerichtete Revision hat Erfolg.

1. Die angegriffene Werbung enthält mit den Wendungen "bis zu 50 %" und ... "unter empf. Preis" zwei an sich wettbewerbsrechtlich einer gesonderten Beurteilung zugängliche Werbeaussagen. Streitgegenstand ist jedoch nach dem Klageantrag und dem Sachvortrag des Klägers die Formulierung als ganze, nicht jeder der beiden Bestandteile für sich allein. Dies hat zur Folge, daß die Passage als ganze zu verbieten ist, wenn nur einer der beiden Bestandteile als wettbewerbswidrig zu beurteilen ist.

2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die Bezugnahme auf eine Herstellerpreisempfehlung durch die Formulierung "unter empf. Preis" zur Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise geeignet und daher die Werbung der Beklagten als Verstoß gegen § 3 UWG zu verbieten.

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist allerdings anerkannt, daß ein Einzelhändler grundsätzlich nicht gehindert ist, in seiner Werbung auf eine Preisempfehlung des Herstellers Bezug zu nehmen, um auf die Vorteilhaftigkeit des von ihm tatsächlich geforderten Preises hinzuweisen (vgl. BGHZ 42, 134 ff - Richtpreiswerbung I). Dabei ist vorausgesetzt worden, daß die Bezugnahme in einer Weise erfolgt, die für die in Betracht kommenden Verkehrskreise eindeutig kenntlich macht, daß mit dem höheren Preis nur eine unverbindliche Preisempfehlung angegeben wird, daß die Empfehlung von dem Empfehlenden als bei ernsthafter Kalkulation angemessener Verbraucherpreis errechnet worden ist, und schließlich, daß der empfohlene Preis im Zeitpunkt der Preisgegenüberstellung noch ernstlich als Verbraucherpreis in Betracht kommt (so insbesondere BGHZ 45, 115 = GRUR 1966, 327, 328 unter II 1 und GRUR 1966, 333, 335 unter III 1 - Richtpreiswerbung II und III). Nach Erlaß dieser Urteile hat sich zwar die Rechtslage insofern geändert, als mit Inkrafttreten der 3. GWB-Novelle in § 38 a GWB das Institut der Preisempfehlung ausdrücklich im Gesetz verankert und an die dort niedergelegten Voraussetzungen gebunden worden ist. Dadurch hat sich aber, wie allgemein anerkannt wird (vgl. Baumbach/Hefermehl, 12. Aufl. § 3 UWG Anm. 289) an dem Grundsatz der Zulässigkeit einer werbenden Bezugnahme auf eine Hersteller-Preisempfehlung nichts geändert. Dagegen ist im Hinblick auf die Fassung des § 38 a Abs. 1 Ziff. 1 GWB, wonach die Empfehlung ausdrücklich als unverbindlich zu bezeichnen sei, streitig geworden, ob nunmehr eine Preisempfehlung nur noch in den Formulierungen "unverbindliche Preisempfehlung" oder "unverbindlich empfohlener Preis" im Geschäftsverkehr verwendet werden dürfe, oder ob auch andere Formulierungen wie z.B. "empfohlener Preis" oder "unverbindlicher Richtpreis" und entsprechende Abkürzungen, wie "empf." und "unverb. Preis" verwendet werden dürften (vgl. zum Streitstand Müller/Giessler, Komm. zum GWB, 3. Aufl., § 38 a

Anm. 26, 27 m.w. Zitaten; Langen/Niederleithinger/Schmidt, Komm. zum KartellG, 5. Aufl. § 38 a Anm. 53).

Das Berufungsgericht hat diese Streitfrage, obwohl sich die Beklagte mit der Bezeichnung "empf. Preis" nicht an die vom Bundeskartellamt vertretene strengere Praxis gehalten hat, unentschieden gelassen, soweit es sich dabei um die unmittelbare Anwendung des § 38 a GWB handelt, also um die Frage, ob der Empfehlende selbst kartellrechtlich seine Preisempfehlung nur noch unter Verwendung der beiden genannten Formulierungen aussprechen dürfe. Es hält für die Prüfung unter dem Gesichtspunkt des § 3 UWG lediglich für erheblich, ob die im Streitfall verwendete Formulierung "empf. Preis" irreführend sei. Diesem Ausgangspunkt ist beizutreten.

Zwar gehört es auch unter dem Blickpunkt des § 3 UWG zu den Voraussetzungen der Unbedenklichkeit einer werbenden Bezugnahme auf eine Preisempfehlung, daß die Empfehlung der Sache nach eine solche im Sinne des § 38 a GWB darstellt, insbesondere, daß sie von einem mit gleichartigen Waren im Preiswettbewerb stehenden Unternehmen ausgeht und sich als ein auf ernsthafter Kalkulation beruhender angemessener Verbraucherpreis darstellt. Denn nur dann kann eine solche Werbung ohne die Gefahr von Irreführungen als Orientierungshilfe für die Preisüberlegungen der angesprochenen Verbraucherkreise wirken. Ist diese Voraussetzung aber gegeben, so kann die Frage der Irreführung nicht danach beurteilt werden, ob der Hinweis durch eine ganz bestimmte Formulierung erfolgt, sondern allein danach, ob die tatsächlich verwendete Beschreibung der Preisempfehlung unrichtige Vorstellungen hervorruft oder nicht. Denn nach § 3 UWG ist für die Frage der Irreführung grundsätzlich auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen. Ist in tatsächlicher Hinsicht keine Irreführung

zu besorgen, so ist es für die Anwendung des § 3 UWG unerheblich, welche Formulierung insoweit verwendet wird.

Wenn das Berufungsgericht hier eine Irreführung mit der Begründung verneint hat, daß die Formulierung "empf. Preis" entsprechend dem üblichen Sprachgebrauch in dem gegebenen Zusammenhang als "unverbindliche Preisempfehlung" aufgefaßt werde, daß es auch für die Abkürzung nach Lage der Dinge keine andere verständige Ergänzung gäbe, als "empfohlen", und daß dieser Preis auf den Hersteller als den Empfehlenden in gleicher Weise bezogen werde, wie dies bei der Bezeichnung als "unverbindliche Preisempfehlung" anzunehmen sei, dann hat es den sicherlich bei einem Teil der angesprochenen Verkehrskreise vorhandenen Wissensstand unzulässig verallgemeinernd auf das gesamte Publikum ausgedehnt, insbesondere auch die Auswirkung der strengeren Praxis des Bundeskartellamts nicht hinreichend berücksichtigt. Der Bundesgerichtshof hat zwar in seinem Urteil vom 10. Juni 1964 (BGHZ 42, 134, 135, 139 - Richtpreiswerbung I) ausgeführt, daß die Bezeichnung "empfohlener Preis" nach der Zulassung angemeldeter vertikaler Preisempfehlungen (BGHZ 28, 208 "4711") durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und die Praxis des Bundeskartellamts im Verkehr einen klar umrissenen rechtlichen Inhalt empfangen habe, und zwar in dem Sinne, daß es sich dabei um eine vom Hersteller ausgehende unverbindliche, die freie Kalkulation des Händlers unberührt lassende Empfehlung eines Verbraucherpreises handele, welche der Preisvorstellung des Herstellers entspreche, aber vom Händler nach Belieben gefordert oder auch nicht gefordert werden könne (siehe auch BGHZ 39, 370 - Osco Parat). Es hat aber bei seinen Erwägungen nicht außer Betracht gelassen, daß möglicherweise ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs den dort erörterten Begriff des empfohlenen Richtpreises

mißverstehen könne, entweder in dem Sinne, daß jener Preis entgegen dem Wortsinn für Händler verbindlich sei oder aber dahin, daß er in der Praxis von den Konkurrenten des mit der Bezugnahme Werbenden trotz Unverbindlichkeit regelmäßig eingehalten werde. Wenn der Bundesgerichtshof gleichwohl in jener Entscheidung die Formulierung "unter empfohlenem Richtpreis" nicht als Verstoß gegen § 3 UWG gewertet hat, so aus der Erwägung (BGHZ 42, 141 f), daß kein schutzwürdiges Interesse des Publikums an einem Verbot bestehe, weil gerade der häufige Gebrauch dieses Begriffes Irrtümer über dessen Bedeutung zerstreuen und das Publikum darüber aufklären werde, daß der empfohlene Richtpreis kein verbindlicher Preis sei. Ob diese, durch die inzwischen erfolgte Aufhebung der Preisbindung ohnehin zum Teil gegenstandslos gewordenen Erwartungen sich erfüllt haben, mag dahinstehen. Jedenfalls knüpften sie aber an einen rechtstechnisch aufzufassenden und dem Publikum formelmäßig und ständig gleichbleibend gegenüber tretenden Begriff an.

Nur von einer solchen Handhabung wurde in jenem Urteil eine aufklärende und Mißverständnisse allmählich behebende Wirkung erwartet, die die Nichtbeachtung vorübergehender Irrtümer rechtfertigen konnte.

Einem solchen förmlichen Sprachgebrauch hat sich aber die Beklagte jedenfalls mit der Abkürzung "unter empf. Preis" nicht hinreichend angepaßt. Abkürzungen innerhalb eines laufenden Werbetextes werden vom flüchtig beobachtenden Verkehr leicht überlesen. Deshalb ist auch im Streitfall von einem nicht unerheblichen Teil des Verkehrs zu erwarten, daß er die Abkürzung "empf." überliest und die behauptete 50 %ige Preisherabsetzung unrichtig auf den bisher tatsächlich von der Beklagten geforderten Preis, nicht aber auf eine unverbindliche Herstellerpreisempfehlung

bezieht. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, daß das Bundeskartellamt seit längerer Zeit, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, die Hersteller veranlaßt hat, die von ihnen ausgesprochenen Preisempfehlungen ausdrücklich als "unverbindlich empfohlener Preis" und mit diesem vollen Wortlaut zu bezeichnen. Die so formulierte Preisempfehlung tritt dem Publikum vielfach auf und an den mit der Empfehlung versehenen Waren entgegen, weil die Händler sich häufig die Empfehlung zu eigen machen und sich der im Sinne des Bundeskartellamts korrekt bezeichneten Aufdrucke der Preisempfehlung als eigene Preisauszeichnung bedienen. Ist aber insoweit eine gewisse Gewöhnung des Publikums festzustellen, so liegt die Gefahr umso näher, daß die bloße Bezeichnung als "empf. Preis" entweder überlesen oder aber in ihrer Bedeutung nicht klar erfaßt wird. Unter solchen Umständen läßt sich eine Irreführung nicht mit dem Hinweis auf ein Verständnis verneinen, das lediglich bei einem besonders aufmerksamen und mit dem Rechtsinstitut der Preisempfehlung vertrauten Leserkreis angenommen werden kann.

3. Das Berufungsgericht hat danach die Voraussetzungen des § 3 UWG bereits unter diesem Gesichtspunkt zu Unrecht verneint. Dahingestellt bleiben kann deshalb, welche Bedeutung der vom Berufungsgericht nicht erörterten Tatsache beizumessen wäre, daß die Beklagte die Ware aus einer Konkursmasse erworben hat. Die Revision hat dazu geltend gemacht, daß die Preisempfehlung, auf die sich die Beklagte bezogen hat, durch den Konkurs des Herstellers wirkungslos geworden und die Bezugnahme auch aus diesem Grunde irreführend gewesen sei. Dahingestellt bleiben kann auch, ob, was das Berufungsgericht von seinem Standpunkt der Unbedenklichkeit der Wendung "unter empf. Preis" aus notwendig geprüft, aber verneint hat, die Ankündigung "bis zu 50 % unter ..." für sich allein

als zu unbestimmt zur Irreführung geeignet angesehen werden müßte. Denn der Klagantrag erfaßt, wie eingangs erörtert, die Werbeformulierung als Ganzes und ist deshalb bereits im Hinblick auf den unzulässigen Gebrauch des Begriffs "empf. Preis" begründet.

Das angefochtene Urteil war deshalb aufzuheben und, da die Sache entscheidungsreif ist, die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

v. Gamm

Merkel

Schönberg

Schwerdtfeger

Rebitzki