

16

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 78/70

URTEIL

Verkündet am
19. November 1971
Spengler,
Justizangestellte

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma A. H. [REDACTED], Weingroßkellerei, Weingroßhandlung,
O [REDACTED], J [REDACTED]straße 92/95,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma E [REDACTED] M [REDACTED]-O [REDACTED] eGmbH, vertreten durch
ihren Geschäftsführer, Herrn T [REDACTED], M [REDACTED],
W [REDACTED] Allee 61,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. November 1971 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 der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 12. Mai 1970 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien stehen im Wettbewerb. Die Klägerin betreibt in Osnabrück und im Landgerichtsbezirk Bielefeld einen Großhandel mit Weinen und Spirituosen. Die Beklagte ist eine Einkaufsgenossenschaft, die unter anderem Einzelhändler mit Weinen und anderen alkoholischen Getränken beliefert. In der Ausgabe der neuen Osnabrücker Zeitung vom 28. Dezember 1968 warb die Beklagte mit nachfolgendem ganzseitigen Inserat:

SILVESTER

VOLLTREFFER

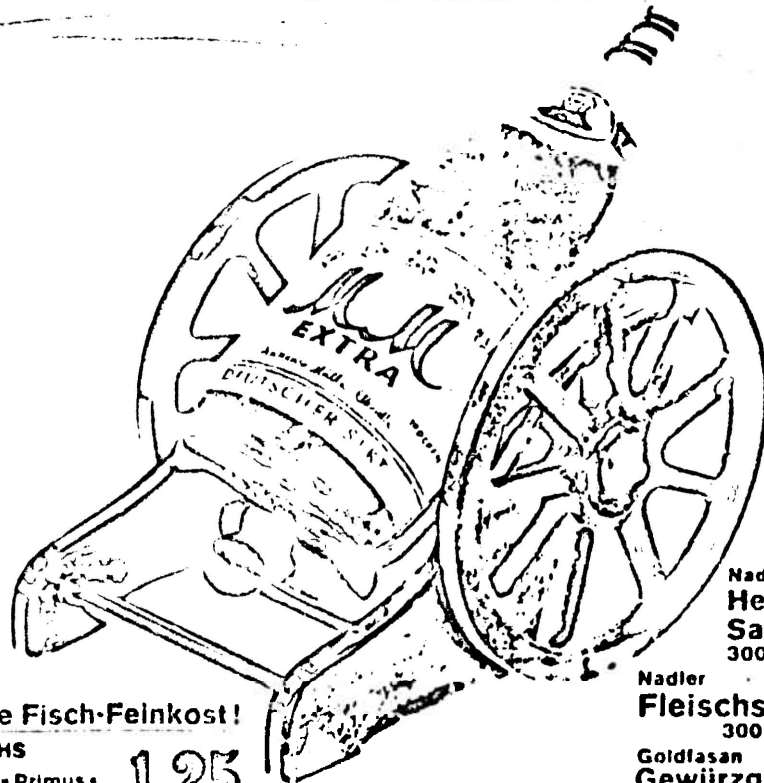
200 Millionen UMSATZ

wurden in diesem Jahr erstmalig erreicht.
Damit führt die EDEKA Minden-City weiterhin im Dankeschön-Brot!
Für uns ein besonderer Grund zur FREUDE.
Wir danken für Ihr VERTRAUEN

mit **MM EXTRA TROCKEN**

zum **„DANKESCHÖN-Preis“** von

498



Delikate Fisch-Feinkost!

FRIEDRICHS Kaviar - Primus - großes 90 g Gl.	1.25
Geräucherter Seelachs - Vesper - 1 Scheibe - Zierlin 95 g Ds.	1.25
Feine Sardellen-Filets Herzglas 105 g	1.95
Junge Salzheringe Alu Vakuum-Btl. 4 St.	1.48

Entgrätete Salzheringe 4 Stck. m. Milchsaft 250 g	1.68
Feine Marinaden Bismarckheringe - Bratheringe - Rollmops, eingelegt - Heringe - Vinaigrette 420 g	1.68
Tiefgekühlte dän. Forellen 2 St. 340 g Pckg.	2.48

Nadler Herings- Salat 300 g Schale	~88
Nadler Fleischsalat 300 g Schale	~92
Goldfisan Gewürzgurken Pikante Qualität gr. 6/4 Gl	1.98
Fischers Bockwurst Eigenschaft gr. 5 St. a 70 g	1.88
Knacker einfach Ds. 10 St. a 90 g	3.65
Multsch Salzstangen Großpackung 120 g 2 Btl.	~96

STOCK 84 Brandy v.v.s.o.p. 1g Eichenholzlager 1/1 Fl.	9.95
Rathaus WODKA Borodino 40% herzschön ein 1/1 Fl.	7.30
Rathaus DRY GIN 40% 1/2 Fl. 4.20 1/1 Fl.	7.70
Rathaus Kirsch m. Whisky 30 1/2 Fl. 4.25 1/1 Fl.	7.65
Kräutergrün Boonekamp 40% herzschön ein Magen 3er Pckg.	~78
Preissenkung! Edeka Schloß- Export-Pils u. Malzbier 1/2 Fl. 4.25 1/1 Fl.	9.85

Tiefdunkler Tafelrotwein vollmundig Fl.	~80
Unübertroffen: Guldengeister aufregend rassig Fl.	1.98
Korn + Wacholder 32% rein und klar 1/1 Fl.	4.38
Preissenkung! Schloß Königstein Sekt rot u. weiß statt 5.35 nur	4.95
Club de Paris Französ. Sekt 1/1 Fl.	4.75
Jam. Rum-Verschnitt Der Alte Hansen 40% 1/1 Fl.	6.65

GUTES VON MINDEN-OSNABRÜCK



JLaw - Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile



JLaw - für Android



JLaw - für iOS

7/1

Die Klägerin hält diese Werbung der Beklagten für "MM extra Trocken"-Sekt zu dem in dem Inserat aufgeführten Preis von DM 4,98 für wettbewerbswidrig, weil irreführend, und hat dazu behauptet, der Sekt sei unter dem Einkaufspreis angeboten worden und am Vormittag des 28. Dezember 1968 in fünf überprüften Geschäften entweder gar nicht zu diesem Preis oder nur im Umfange von drei Flaschen für Stammkunden erhältlich gewesen. Anderen Geschäftsinhabern sei es wegen dieses Angebots am 28., 30. und 31. Dezember 1968 so gut wie unmöglich gewesen, Sekt von der Marke "MM" zu sonst üblichen Preisen zu veräußern. Dadurch sei auch der Klägerin ein Schaden entstanden.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung von Strafen zu unterlassen, in der Neuen Osnabrücker Zeitung oder anderen im Osnabrücker Raum erscheinenden Tageszeitungen und öffentlichen Bekanntmachungen oder sonstigen Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen in diesem Raum bestimmt sind, für den Verkauf von Sekt unter dem Einkaufspreis des Großhandels zu werben, wenn dieser nicht in einem der Werbung entsprechenden Umfange bei den ihr angeschlossenen Einzelhandelsgeschäften des Osnabrücker Raumes für die Einzelhandelskunden erhältlich ist.

Die Beklagte hat die Wiederholungsgefahr mit der Behauptung geleugnet, es habe sich um eine einmalige

Werbung zu Silvester 1968 gehandelt und ausgeführt, wenn überhaupt eine Wettbewerbswidrigkeit vorgelegen haben sollte, was bestritten werde, dann sei dafür nicht sie, sondern der jeweilige Einzelhändler verantwortlich. Es hätten auf ihrem Lager 30 000 Flaschen zur Verfügung gestanden. Jeder Geschäftsinhaber habe davon nach eigenem Gutdünken seine Mengen ordern können. Sie habe die Einzelhändler rechtzeitig von diesem Angebot unterrichtet und sie entsprechend den Aufträgen beliefert, sie sei jedoch rechtlich nicht in der Lage gewesen, die Einzelhändler zu Bestellungen in jeweils bestimmtem Umfang zu veranlassen. Die Beklagte hat auch bestritten, den Sekt unter ihrem Einkaufspreis angeboten zu haben.

Das Landgericht hat nach Vernehmung eines Testkäufer durch Teilurteil - ohne über den Auskunftsanspruch zu entscheiden - die Unterlassungsklage abgewiesen, weil ungeachtet der Aufrechterhaltung des Rechtsstandpunkts der Beklagten und ungeachtet der fehlenden Unterwerfungserklärung keine Wiederholungsgefahr bestehe.

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

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob das Landgericht mit Recht die Wiederholungsgefahr verneint hat, es geht auch nicht auf den Einwand der Beklagten ein,

sie sei jedenfalls für den Vorwurf etwaiger Wettbewerbswidrigkeiten nicht der richtige Adressat. Dagegen ist vom Standpunkt des Berufungsgerichts aus nichts zu erinnern, denn es hält diese Werbung wettbewerbsrechtlich für zulässig. Einen etwaigen Verstoß gegen § 3 UWG prüft es unter dem Gesichtspunkt, ob die Anzeige etwa irreführende Angaben über die Menge der Vorräte an dem betreffenden Sekt enthalte. Es stellt dazu in tatsächlicher Hinsicht fest, die Beklagte habe mit der Anzeige nach deren gemeinverständlichen Sinn vor allem, wenn auch nicht ausschließlich, ihre ständigen Kunden ansprechen wollen, die mit zu der Steigerung des Umsatzes bis zur 200-Millionengrenze beigetragen hätten. Diesen Kunden gelte der "Danke-schön-Preis" von DM 4,98, sie sollten für ihre persönlichen Bedürfnisse in den Geschäften, die die Beklagte beliefere, in erster Linie von dem günstigen Angebot Gebrauch machen. Als Inhalt der Anzeige stellt das Berufungsgericht ferner fest, sie enthalte die auch einem flüchtigen Betrachter erkennbare Beschränkung, daß der Einzelhändler unabhängig von der Beklagten selbst frei entscheiden könne, ob und in welcher Menge er Sekt aus dem preisgünstigen Angebot abgeben wolle.

II. Diese Feststellungen greift die Revision mit Erfolg an.

1. Der Inhalt der Anzeige ergibt keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, daß sich das Angebot, soweit es den Sekt betrifft, auf die ständigen Kunden der von der Beklagten belieferten Geschäfte beschränken sollte. Die Anzeige ist in einer Tageszeitung erschienen. Solche Anzeigen wenden sich grundsätzlich an die Allgemeinheit, so-

weit sich nicht aus ihrem Inhalt Beschränkungen ergeben. Der Wortlaut ergibt zwar als Motiv des Sonderpreises die Freude der Beklagten über den besonderen Umsatzerfolg des vergangenen Jahres, der mit diesen "Dankeschön-Preisen" Ausdruck gegeben werden soll. Daß die Angabe dieses Motivs aber von den angesprochenen Lesern der Osnabrücker Zeitung als eine Beschränkung des Angebots auf die Stammkunden aufgefaßt werden mußte, wie das Berufungsgericht feststellt, findet weder im Wortlaut der Anzeige noch in der Lebenserfahrung eine ausreichende Stütze. Zwar mag der Gedanke für einen besonders korrekten Leser nicht so fernliegen, daß er zu diesem Umsatzerfolg nichts beigetragen habe und deshalb auch kein "Dankeschön" in dieser Form verdient habe. Daß er aber deshalb von diesem Angebot ausgeschlossen sein soll, legt der Zusammenhang nicht nahe. Die gegenteilige Annahme des Berufungsgerichts - die es im Übrigen mit einigen Wendungen selbst in Frage stellt - widerspricht auch dem Erfahrungssatz, daß derartige Beschränkungen vom flüchtigen Betrachter nur dann wahrgenommen werden, wenn sie klar und unmißverständlich ausgesprochen und hervorgehoben werden. Dieser Beurteilung steht schließlich entgegen, daß der Sekt hier zugleich mit zahlreichen anderen Waren als "Silvester-Volltreffer" angeboten wird, hinsichtlich deren Angebot der Gedanke an eine Beschränkung des Angebots auf Stammkunden überhaupt nicht aufkommen kann - bei dessen Annahme im übrigen auch der bisherige Nichtkunde noch Mitträger des Jahresumsatzerfolgs werden und sich somit den "Dankeschön-Preis" noch in korrekter Weise verdienen konnte.

2. Die weitere Feststellung, es sei dem flüchtigen Leser erkennbar, daß der Einzelhändler selbst frei ent-

21

scheiden könne, in welcher Menge er Sekt aus dem preisgünstigen Angebot abgeben wolle, wäre dann rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht damit etwa feststellen wollte, der Leser der Anzeige erwarte daraufhin mengenmäßige Beschränkungen, z. B. auf drei Flaschen. Das Berufungsgericht wollte damit aber wohl nur deutlich machen, daß die Anzeige jedenfalls nicht dahin verstanden werden konnte, daß auch gewerblichen Aufkäufern damit angeboten werden sollte, wie versucht, etwa 240 Flaschen davon in einem Einzelhandelsgeschäft aufzukaufen mit dem ersichtlichen Ziel, die Ware gewerblich weiter zu verwerten. Daß das Angebot insoweit eingeschränkt war, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler angenommen.

III. Als irreführend über die Menge der Vorräte im Sinne des § 3 UWG hätte das Berufungsgericht danach die Anzeige beurteilen müssen, wenn nach deren Erscheinen der Sekt in den E-Geschäften nicht in dem angebotenen Umfang erhältlich war oder für Einzelhandelskunden nur mit mengenmäßigen Beschränkungen, die sich aus der Anzeige nicht ergaben, verkauft wurde.

Das Landgericht hatte dazu den Zeugen de L. vernommen. Das Berufungsgericht hat dessen protokollierte Aussage "als wahr hingenommen" verwertet und das Beweisergebnis dahin beurteilt, daß irreführende Angaben über die Angebotsmenge nicht gemacht worden seien. Auch diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Unbedenklich ist es allerdings - wie schon erörtert -, wenn das Berufungsgericht es für unerheblich gehalten hat, daß in zwei Fällen die Einzelhändler sich weigerten, 240 bzw. 60 Flaschen zu diesem Sonderpreis an den Zeugen

de L. abzugeben. Der Zeuge hat aber darüber hinaus bekundet, daß er am 28. Dezember 1968, nachdem er die Zeitungsanzeige gelesen habe, gegen 9 Uhr vormittags mit dem Versuch begonnen habe, in insgesamt 5 Geschäften den Sekt zum Sonderpreis zu kaufen. Im ersten Geschäft habe man verneint, daß es zu diesem Preis diese Sektmarke gebe, dagegen sei im Schaufenster eine Flasche zum normalen Preis von DM 9,-- ausgezeichnet gewesen. Im zweiten Geschäft sei ihm erklärt worden, der preiswerte Sekt sei noch nicht da; wann der Lieferwagen kommen werde, sei ihm nicht gesagt worden, aber zum üblichen Preis sei auch dort der Sekt angeboten worden. Im dritten Geschäft sei ihm ebenfalls erklärt worden, der Wagen sei noch nicht dagewesen, ebenso im vierten. Im fünften habe man ihm mitgeteilt, es würden nur 3 Flaschen an Stammkunden abgegeben. Einen Widerspruch zur Ankündigung in der Anzeige sieht das Berufungsgericht deshalb nicht, weil der Zeuge zu einem Zeitpunkt zu kaufen versucht habe, zu dem erfahrungsgemäß die Anlieferung der Ware erst unternommen werde. Es kann indessen kein Erfahrungssatz dahin anerkannt werden, daß das Publikum nach Erscheinen einer Anzeige in der Morgenzeitung allgemein damit rechne, daß diese Ware bei Geschäftseröffnung und am Vormittag noch nicht vorrätig sei. Vielmehr wird im Regelfall erwartet, daß die Ware sofort greifbar ist, besonders wenn es sich um einen auffälligen Sonderpreis handelt. Die Beklagte hat auch selbst das Gegenteil als ihr Geschäftsprinzip vorgetragen und betont, daß sie bis zum Vorabend alle Bestellungen ausgeliefert habe. Demnach mußte das Berufungsgericht, wenn es die Aussage des Zeugen als richtig unterstellte, diese dahin würdigen, daß die Anzeige irreführende Angaben enthielt, soweit es

sich um die Lieferbarkeit des angebotenen Sekts handelte. Dieser Beurteilung steht auch nicht entgegen, daß der Zeuge in zwei Fällen zu Recht als Aufkäufer zu großer Mengen zurückgewiesen wurde, denn die Tatsache, daß auch dort der Sekt in dem einen Fall überhaupt nicht vorhanden und in dem anderen nur unter Beschränkung auf 3 Flaschen an Stammkunden abgegeben wurde, wird dadurch nicht beseitigt, es sei denn, es habe sich insoweit nur um eine Ausflucht gegenüber dem Verlangen nach 60 bzw. 240 Flaschen gehandelt.

IV. Bei dieser Sachlage wäre die Klageabweisung unter dem Gesichtspunkt des § 3 UWG nur dann noch gerechtfertigt, wenn der Unterlassungsanspruch nicht gegen die Beklagte gerichtet werden könnte, sondern, wie diese meint, nur gegen die jeweiligen Einzelhändler oder wenn - mit dem Landgericht - die Wiederholungsgefahr zu verneinen wäre.

1. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob der Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte gerichtet werden könne, zwar nicht ausdrücklich erörtert, aber in tatsächlicher Hinsicht festgestellt (BU 7), die Anzeige enthalte auch für den flüchtigen Betrachter die erkennbare Beschränkung, daß der Einzelhändler unabhängig von der Beklagten selbst frei entscheiden könne, ob er den Sekt zu diesem Preis anbieten wolle. Würde das Publikum die Anzeige tatsächlich so verstehen, so wäre zu erwägen, ob die beklagte Genossenschaft, wie sie in der Vorinstanz auch geltend gemacht hat, nur dafür einzustehen habe, daß sie ihren Einzelhändlern die Möglichkeit gebe, ab 28. Dezember in ihren Geschäften Sekt zu diesem Preis anzubie-

ten, nicht aber dafür, daß die unter der gemeinsamen Bezeichnung E. auf tretenden Einzelhändler davon auch Gebrauch machten. Das Berufungsgericht hat aber mit dieser Feststellung der Verkehrsauffassung gegen reversible Rechtsgrundsätze verstoßen. Da der Wortlaut der Anzeige für eine solche Feststellung keinen Anknüpfungspunkt bietet, hätte das Berufungsgericht sonstige Umstände darlegen müssen, die für eine solche Freizeichnung der Beklagten sprechen könnten. Daran fehlt es. Weder hat die Beklagte klar und deutlich in ihrer Eigenschaft als Großhändlerin geworben, noch bestehen Anhaltspunkte, daß dem allgemeinen Leserpublikum der Osnabrücker Zeitung die interne Organisation dieser Genossenschaft bekannt ist, noch kann es als bekannt vorausgesetzt werden, daß sich die Mitglieder in diesem Sinne von der Werbung ihrer Genossenschaft distanzieren wollen. Vielmehr kann unbedenklich davon ausgegangen werden, daß die Anzeige, jedenfalls soweit es sich um die umstrittene Sektwerbung handelt, als eine Werbung der Genossenschaft mit einem Angebot ihrer Mitglieder aufgefaßt und daß erwartet wird, daß dieses Angebot auch in jedem E.-Geschäft erhältlich ist. Trifft das nicht zu, wie das Berufungsgericht unterstellt, so ist es die Beklagte, die dem Unterlassungsanspruch ausgesetzt ist, weil sie es war, die den Verkehr dadurch irregeführt hat, daß sie für sämtliche angeschlossenen E.-Geschäfte einen Sekt zum "Dankeschön-Preis" von 4,98 DM angekündigt hat, ohne kenntlich zu machen, daß sie als Großhändlerin zwar den Einzelhändlern einen entsprechenden Warenbezug ermöglicht habe, jedoch nicht dafür einstehen könne, daß die Einzelhändler auch hiervon Gebrauch machten und einen entsprechenden Warenvorrat zum Verkauf stellten.

Da das Publikum den angebotenen Sekt zu dem besonders attraktiven Sonderpreis in jedem E-Geschäft erwartet hat, genügte es nicht, wenn sich die Beklagte darauf beschränkte, den E-Einzelhändlern einen entsprechenden Warenbezug zu ermöglichen. Aus diesem Grunde kommt es für die Entscheidung über den Unterlassungsanspruch auch nicht darauf an, ob die Beklagte - wie sie unter Beweis gestellt hat - 30 000 Flaschen für diese Aktion bereitgestellt hatte, und ob alle oder viele Einzelhändler geordert hatten. Die Nichterhältlichkeit des angekündigten Sekts in einem der E-Einzelhandelsgeschäfte könnte nur dann den Unterlassungsanspruch ausschließen, wenn es sich dabei um einen Einzelfall aus ganz besonderen Begleitumständen handeln würde, die keinen Rückschluß auf die im allgemeinen zu vermutende Wiederholungsgefahr zuließen. Das würde aber voraussetzen, daß durch genossenschaftsrechtliche oder vertragliche Verpflichtungen der Einzelhändler vorweg allgemein sichergestellt wäre, daß die in einer solchen Genossenschaftswerbung für alle E-Geschäfte angekündigten Sonderangebote auch tatsächlich in allen E-Geschäften zum Verkauf gestellt werden. Dagegen kann der bloße Einwand der Beklagten, sie habe allen Einzelhändlern einen entsprechenden Warenvorrat rechtzeitig zur Verfügung gestellt und alle Einzelhändler hätten auch hiervon Gebrauch gemacht, bei der noch ausstehenden Entscheidung über den Auskunftsanspruch im Rahmen der Verschuldensfrage bedeutsam werden, falls die Beklagte, was bisher noch nicht geschehen, darlegen kann, daß sie regelmäßig durch geeignete Anweisungen und durch Überwachungsmaßnahmen dafür sorgt, daß derartig angekündigte Angebote auch bei den Einzelhändlern erhältlich sind und daß es sich im

vorliegenden Falle nicht um ein Organisationsverschulden gehandelt hat.

2. Die Wiederholungsgefahr hat das Landgericht mit unzutreffenden Gründen verneint, wie der Senat auf Grund des unstreitigen Sachverhalts und des Akteninhalts von sich aus festzustellen vermag. In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß bei Wettbewerbsverstößen eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr entsteht, und daß an deren Beseitigung strenge Anforderungen zu stellen sind (BGHZ 14, 163 - Constanze II; GRUR 1965, 198, 202 - Küchenmaschinen). Die Beklagte hat zwar hier erklärt, sie beabsichtige eine Wiederholung nicht, jedoch ihr Verhalten als rechtmäßig verteidigt und eine strafbewehrte Unterlassungserklärung nicht abgegeben. Demgegenüber kann die Erwägung des Landgerichts nicht entscheidend sein, die Beklagte werde zumindest aus Zweckmäßigkeitsgründen ernstlich gewillt sein, Wiederholungen zu vermeiden, nachdem sie deshalb in einen Prozeß verwickelt worden sei und sie werde es deshalb schon wegen ihres Ansehens bei ihren Genossen und anderen Wirtschafts- und Kundenkreisen vermeiden, wegen einer umstrittenen Werbemethode nochmals mit einer Klage überzogen zu werden. Auch daß es sich - wie das Landgericht meint - um ein Sonderangebot zu Silvester gehandelt habe, schließt die Wiederholungsgefahr nicht aus, zumal es sich unter dem hier behandelten Klagegrund des § 3 UWG möglicherweise um einen Organisationsfehler handelt, für dessen künftige Verhütung nach dem bisherigen Vortrag noch keine Vorkehrungen getroffen worden sind, denn unter dem Gesichtspunkt des § 3 UWG (hier: mangelnde Erhältlichkeit der angezeigten Ware in den Geschäften) ist nicht

die Anzeige selbst, sondern die Nichterfüllung des in ihr enthaltenen Angebots der rechtliche Gesichtspunkt, unter dem die Wiederholungsgefahr gesehen werden muß.

V. Das Berufungsurteil war danach aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das sich nunmehr damit auseinandersetzen muß, ob es der Aussage des Zeugen de L. glauben will, was es bisher lediglich unterstellt hat. Sollte das Berufungsgericht dem Zeugen nicht folgen, so wird es sich im Hinblick auf § 3 UWG ferner mit dem Gesichtspunkt befassen müssen, ob der angekündigte Preis von DM 4,98 für diesen Sekt als Irreführung über die Preisbemessung des Gesamtangebotes anzusehen ist. Insoweit ist allerdings zu beachten, daß dieser Preis besonders begründet worden ist.

Krüger-Nieland

Sprenkmann

Merkel

Schönberg

v.Gamm