

Verkündet

durch Zustellung

RA Dr. Grouner am 13. Juli 1959

Prof. Dr. Möhring am 13. Juli 1959

Trunau, Justizobersekretär,
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma H [REDACTED] GmbH, Damen-, Herren- und Kinderbe-
kleidung in T [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch den
Geschäftsführer Werner H [REDACTED], T [REDACTED], J [REDACTED]-P [REDACTED]straße,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Adolf H [REDACTED] & Co. KG in T [REDACTED], S [REDACTED]straße,
vertreten durch ihren Gesellschafter Adolf H [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs im schrift-
lichen Verfahren unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr.
Bock, Dr. Krüger-Nieland, Dr. Spreng, Pehle und Dr. Spengler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten werden die Ur-
teile des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Koblenz vom 18. April 1958 und der 2. Zivil-
kammer des Landgerichts in Trier vom 8. Oktober
1957 aufgehoben.

Der Klagantrag zu 1 betr. vorweggenommene Saison-
schlußverkäufe ist in der Hauptsache erledigt.

Der Klagantrag zu 2 auf Untersagung von Moden-
schauen mit Preiswettbewerb wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt 2/3, die Beklagte 1/3 der
Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Beide Parteien sind als Einzelhändler für Damen-, Herren- und Kinderbekleidung in Trier ansässig und stehen miteinander in Wettbewerb. Die Klägerin hat gegen die Beklagte wegen der beiden folgenden Sachverhalte die Unterlassungsklage angestrengt:

- I. Obschon im Jahre 1956 der Beginn des Sommer-Schlußverkaufs für den Trierer Einzelhandel auf den 30. Juli 1956 festgesetzt worden war, verkaufte die Beklagte bereits einige Zeit vorher, und zwar nach ihrer Darstellung ab Mitte Juni, verschiedene Waren zu herabgesetzten Preisen. Hierbei erfolgte die Preisauszeichnung derart, daß jeweils dem höheren Ursprungspreis der herabgesetzte neue Preis gegenübergestellt wurde. In der Außenwerbung wurden diese Preisherabsetzungen nicht zum Ausdruck gebracht. Für einen kleinen Teil dieser Waren hat die Beklagte, wie sie zugibt, die herabgesetzten Preise mit unveränderter Preisauszeichnung in den Schlußverkauf übernommen.

Daraufhin leitete der Einzelhandelsverband für den Regierungsbezirk Trier gegen die Beklagte ein Verfahren vor dem Einigungsamt für Wettbewerbsstreitigkeiten ein mit dem Antrag festzustellen, daß die Beklagte einen vorweggenommenen Sommerschlußverkauf veranstaltet habe. Die Beklagte hatte ihr Vorgehen ursprünglich als zulässig verteidigt. Sie behauptet aber, ihr Vertreter habe in der mündlichen Verhandlung vor dem Einigungsamt zugesichert, daß die Beklagte das beanstandete Verfahren nicht mehr anwenden werde. Die Niederschrift des Einigungsamtes über diese mündliche Verhandlung vom 7. August 1956 lautet wie folgt:

- 3 -

"Die in vorliegendem Falle von der Antragsgegnerin geplante Form der Kenntlichmachung der Preisherabsetzung ist wettbewerbswidrig. Dies deshalb, weil diese mit der in den vorhergehenden Schlußverkäufen angewandten und dafür allgemein bekannten Art der Preisherabzeichnung identisch ist und in der gleichen Weise in den diesjährigen Sommerschlußverkauf mit übergang.

Das Einigungsamt sieht daher aus den vorgenannten Gründen den objektiven Tatbestand eines vorweggenommenen Schlußverkaufs als erfüllt an, obwohl die Preisherabsetzung in der Außenwerbung (Schaufenster, Inserate, Plakate) und durch besondere Hinweise innerhalb der Verkaufsräume nicht angekündigt worden ist.

Antragsteller und Antragsgegnerin erklären mit diesen Feststellungen den Streitfall als erledigt."

Am 17. Dezember 1956 erhob die Klägerin gegen die Beklagte wegen desselben Sachverhalts die vorliegende Unterlassungsklage. Hiergegen verteidigte sich die Beklagte in erster Linie mit dem Einwand, daß keine Wiederholungsgefahr gegeben sei.

Landgericht und Oberlandesgericht haben einen Verstoß gegen § 1 der Verordnung des Bundeswirtschaftsministers vom 13. Juli 1950 (BANz Nr. 135/1950) angenommen und die Wiederholungsgefahr deshalb bejaht, weil die Beklagte die Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens sowohl vor dem Einigungsamt als auch im vorliegenden Rechtsstreit geleugnet habe.

II. Den zweiten Gegenstand des Rechtsstreits bilden drei Modenschauen, welche im März 1957 in den Geschäftsräumen der Beklagten veranstaltet wurden. Im Verlauf dieser Modenschauen, an denen die Besucher unentgeltlich auf Grund einer vorher abzuholenden Eintrittskarte teilnehmen konnten, wurde jeweils ein Wettbewerb veranstaltet, dessen Sieger diejenigen waren, welche auf ihren Stimmzetteln die Kleidungs-



stücke mit den meisten Kundenstimmen aufgezeichnet hatten oder diesem Ergebnis am nächsten kamen. Als Preise wurden an die Gewinner Kleidungsstücke im Wert von zusammen 700 DM verteilt. Die Wettbewerbsbedingungen waren vorher durch Werbeankündigungen bekannt gemacht worden.

In diesem Vorgehen erblickten Landgericht und Oberlandesgericht einen Verstoß gegen die Zugabeverordnung und gegen § 1 UWG.

III. Das Landgericht hat es der Beklagten entsprechend dem Klageantrag durch Urteil vom 8. Oktober 1957 bei Strafandrohung untersagt:

1. die Preise der von ihr angebotenen Waren bereits mit Wirkung vor Beginn der üblichen Saison-Schlußverkäufe herabzusetzen und die Waren schon vor Beginn eines solchen Ausverkaufs zu solchen im Hinblick auf den Ausverkauf herabgesetzten Preisen anzubieten und zu veräußern;
2. bei Modeschauen oder ähnlichen Veranstaltungen eine unentgeltliche Abgabe von Waren in Form einer Verlosung stattfinden zu lassen und für solche unentgeltlichen Warenauslosungen zu werben.

Dieses Urteil ist in der Berufungsinstanz mit der Maßgabe bestätigt worden, daß der Beklagten unter Neufassung des Urteilstenors zu I, 1 untersagt wurde:

1. Preise für ihre Waren so herabzusetzen, daß sie in ihren Verkaufsräumen die herabgesetzten Preise den alten Preisen gegenüberstellt und die neuen Preise in ihre Sommer- und Winterschlußverkäufe überleitet.

IV. Gegen dieses am 18. April 1958 verkündete Urteil hat die Beklagte form- und fristgerecht Revision eingelegt und Abweisung der Klage im vollen Umfang begehrt.

In erster Linie erhob die Beklagte die Verfahrensrüge, daß das Berufungsgericht der Klägerin unter Verletzung des

§ 308 ZPO mehr zugesprochen habe, als von ihr mit dem Klagantrag zu 1 beantragt gewesen sei. Jedoch hat sich die Beklagte in der mündlichen Verhandlung bei Vermeidung einer Vertragsstrafe von 5.000 DM für jeden Fall der Zuwiderhandlung verpflichtet, die Kenntlichmachung von Preisherabsetzungen, die sie während der normalen Verkaufszeiten außerhalb der Saisonschlußverkäufe durch Gegenüberstellung des alten und des neuen Preises vornimmt, nicht in die Saisonschlußverkäufe überzuleiten, sondern die Preisgegenüberstellung mindestens 3 Wochen vorher zu beenden.

Daraufhin haben beide Parteien übereinstimmend in dem von ihnen beantragten schriftlichen Verfahren den bisherigen Klagantrag zu 1 für in der Hauptsache erledigt erklärt und wechselseitig beantragt, insoweit die Kosten der Gegenseite aufzuerlegen.

Hinsichtlich des weiteren Klagantrages, welcher sich auf die Veranstaltung von Preiswettbewerben bei Modenschauen bezieht, rügt die Revision, das Berufungsgericht habe rechtsirrtümlich einen Verstoß gegen die Zugabeverordnung angenommen, da es überhaupt an einem Hauptgeschäft, neben dem die Preisverteilung als Zugabe gelten könne, gefehlt habe. Zudem sei das Berufungsgericht ohne ausreichende Sachaufklärung zu seiner Annahme gelangt, daß es sich bei ihrem Kundentest nicht um eine echte Marktbefragung, sondern um einen bloßen Vorwand zur Verschleierung einer sittenwidrigen Werbemaßnahme gehandelt haben solle. Die Klägerin ist diesen Ausführungen der Beklagten entgegengetreten und hat Zurückweisung der Revision, soweit sie sich nicht erledigt hat, beantragt.

Entscheidungsgründe:

I. Modenschau mit Preiswettbewerb:

Zum zweiten Klagantrag hat es das Berufungsgericht als unstreitig festgestellt, daß die Beklagte am 26., 27. und 28. März 1957 in ihren Geschäftsräumen nach vorbereitenden Werbeankündigungen Modenschauen veranstaltet hat, zu deren Besuch eine unentgeltlich abgegebene Eintrittskarte berechnigte. Auf jeder dieser Modenschauen fand ein Preiswettbewerb statt. Gewinner sollte sein, wer in seinem Stimmzettel die sechs Bekleidungsstücke mit den meisten Kundenstimmen richtig oder annähernd richtig bezeichnet hatte. Insgesamt gelangten Preise im Wert von 700 DM zur Verteilung.

Diese Werbemaßnahmen hat das Berufungsgericht als Verstöße gegen § 1 der Zugabeverordnung behandelt und dabei die Rechtsauffassung vertreten, daß die Unterscheidung zwischen Zugaben, die den Abschluß eines Hauptgeschäfts voraussetzten, und Werbegaben, bei denen dieses nicht der Fall sei, zu verwerfen sei. Es ist der Revision zuzugeben, daß sich diese Auslegung des Zugabebegriffs nicht mit dem Sinn und Wortlaut der Zugabeverordnung vom 9. März 1932 vereinbaren läßt.

Nach § 1 Abs. 1 dieser Verordnung ist es verboten, im geschäftlichen Verkehr neben einer Ware oder Leistung eine Zugabe (Ware oder Leistung) anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren. Auf Grund dieses ganz eindeutigen Gesetzeswortlauts liegt ein Zugabegeschäft dann vor, wenn die Zugabe neben einer Hauptleistung in Erscheinung tritt. Dieses Erfordernis eines inneren Zusammenhangs zwischen dem Hauptrechtsgeschäft und dem Nebenrechtsgeschäft ist auch

in der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht als entbehrlich bezeichnet worden; insbesondere widmet die vom Berufungsgericht angezogene Entscheidung RGZ 154, 28, 35 - "Freigas" - seinem Nachweis längere Ausführungen. Das Reichsgericht legt dort dar, daß der notwendige innere Zusammenhang dann gegeben sei, wenn die Zugabe mit Rücksicht auf den Erwerb der Hauptware angeboten oder gewährt wird, möge beides zeitlich zusammenfallen oder das eine dem anderen vorausgehen oder nachfolgen. Die Zugabe müsse geeignet und bestimmt sein, den Empfänger in seiner Entschliebung zum Erwerb der Hauptleistung zu beeinflussen. Ob dieser Zusammenhang bestehe, könne nur nach den besonderen Umständen des Falles beurteilt werden. In derselben Entscheidung wird nebenbei auf ein früheres Urteil RGZ 149, 242, 246 ff Bezug genommen und dessen Ansicht gebilligt, daß ein ausreichender innerer Zusammenhang auch dann vorliege, wenn die Zuwendung im Hinblick auf einen sich über eine längere Zeit hin erstreckenden Gesamtbezug gewährt werde. Dieses ältere Urteil nimmt allerdings insofern eine Sonderstellung ein, als es am Schluß zudem die Möglichkeit einer extensiven Auslegung in dem Sinne andeutet, daß gegebenenfalls sogar die Umsonstabgabe eines zahnärztlichen Taschenmerkbuches an einzelne Zahnärzte, die im vorhergehenden Jahr keine Ware bezogen oder bestellt hatten, als Zugabeverstoß betrachtet werden könnte. Insoweit handelte es sich jedoch um eine nicht entscheidungswesentliche Hilfserwägung, weil die Verurteilung insoweit in erster Linie auf § 1 UWG gestützt wurde (vgl. RGZ 149, 249). Übrigens ist das Reichsgericht in keiner der späteren Entscheidungen auf diese Nebenbemerkung zurückgekommen; insbesondere läßt die Begriffsbestimmung des vorerwähnten Urteils RGZ 154, 28, 35 eine klare Abwendung von jener mehr theoretischen Hilfserwägung des "Taschenmerkbuch"-Urteils erkennen. Erst recht kann die vom Berufungsgericht vertretene Rechtsansicht

nicht auf RGZ 160, 385, 388 gestützt werden, weil dort gar kein Verstoß gegen die Zugabeverordnung angenommen worden ist; vielmehr ist die kostenlose Verteilung wertvoller Sperrwickler an Friseure allein als eine sittenwidrige Handlung im Sinne des § 1 UWG angesehen worden.

Auch die Rechtsprechung des Senats hat an dem Erfordernis festgehalten, daß die Gewährung der Zugabe, ohne daß ein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang zwischen der Gewährung der Nebenleistung und dem Abschluß des Hauptgeschäfts bestehen müßte, "in äußerlich erkennbarer Weise Beziehung zu einer Hauptware haben muß" (vgl. BGHZ 11, 286, 289 - "Kundenzeitschrift"). Bei anderen Schenkaktionen, bei denen das Abhängigkeitsverhältnis zu einem Hauptgeschäft eindeutig fehlte, ist sogar die Anwendung der Zugabeverordnung als zu fernliegend gar nicht erst erörtert worden (BGHZ 23, 365 - "Suwa;" BGH in GRUR 1957, 363 - "Sunil"; BGH in GRUR 1957, 600 - "Westfalen-Blatt"). Rechtsirrtümlich ist daher die Aufstellung eines allgemeinen Grundsatzes, als ob jede Werbegabe begrifflich und rechtlich mit einer Zugabe identisch sei (ebenso OLG München in GRUR 1957, 384).

Im vorliegenden Rechtsstreit war der begriffsnotwendige innere Zusammenhang zwischen der Preisverteilung und irgendwelchen Hauptgeschäften nicht gegeben. Zwar hat das Berufungsgericht dazu keine besonderen Feststellungen getroffen. Doch ergibt sich aus der von ihm in Bezug genommenen Einladung, daß an den fraglichen Modenschauen Kunden und Nicht-Kunden unterschiedslos teilnehmen konnten. Demnach bestand weder für die Ausgabe der Eintrittskarten zur Modenschau noch für das Teilnahmerecht am Preiswettbewerb irgendein Abhängigkeitsverhältnis zu früher oder später bei der Beklagten getätigten Warenkäufen.

Ohne Rechtsverstoß hat es das Berufungsgericht hingegen unerörtert gelassen, ob etwa die Modenschau als solche als Hauptleistung und die Preisverteilung als Nebenleistung i.S. der Zugabeverordnung gewertet werden könne. Einer derartigen Betrachtungsweise würde der Grundsatz entgegenstehen, wonach frei normierte Leistungssteigerungen im Rahmen eines einheitlichen Geschäftsvorgangs keinen Zugabecharakter tragen, sondern Vertragsinhalt sind (vgl. BGH in GRUR 1958, 455 = "Federkernmatratze"; OLG Stuttgart in NJW 1954, 925 = "Wochenendbeilage"). Überdies muß insoweit die Anwendung der Zugabeverordnung bereits daran scheitern, daß kein Eintrittspreis für die Beteiligung an den Modenschauen gefordert worden ist, so daß es an dem Begriffsmerkmal einer entgeltlichen Hauptleistung fehlte.

Zur weiteren Begründung des ausgesprochenen Verbots hat das Berufungsgericht ausgeführt, daß derjenige Kaufmann unlauter handle, welcher die Ware, die er in seinem Unternehmen bestimmungsgemäß entgeltlich vertreibt, schenkweise abgibt, um neue Kunden zu gewinnen oder sich alte zu erhalten. Diese Rechtsansicht fußt offenbar auf der Rechtsprechung des Reichsgerichts, welches vor allem in RGZ 160, 385, 389 einen derartigen Rechtsgrundsatz formuliert hatte. Das Berufungsgericht hat es jedoch übersehen, daß das Reichsgericht damit keine schematisch anzuwendende generelle Regel aufstellen wollte, sondern ausdrücklich die Beurteilung von den Gesamtumständen eines jeden Einzelfalles abhängig gemacht hat. Es hat deshalb die wichtige Einschränkung gemacht, daß der Kaufmann nicht in jedem Falle gehindert sei, sein Geschäft durch kostenlose Warenabgabe zu fördern. Vielmehr könne ihm eine Umsonstabgabe nach dem Grundsatz des Leistungswettbewerbs dann nicht verwehrt werden, wenn sie sich als betriebswirtschaftlich gerechtfertigtes und für die Allgemeinheit unschädliches Werbemittel erweise.

Der Senat hat diese Rechtsprechung des Reichsgerichts in den Entscheidungen BGHZ 23, 365 - "Suwa"; BGH in GRUR 1957, 363 - "Sunil"; GRUR 1957, 600 - "Westfalenblatt", weiterentwickelt. Danach sind Warenabgaben nicht schon wegen ihrer Unentgeltlichkeit unzulässig; sie werden aber unstatthaft, wenn sie den Bestand des Wettbewerbs dadurch gefährden, daß den Wettbewerbern infolge des Umfanges der Werbeaktion für einen nicht unerheblichen Zeitraum schlechthin die Möglichkeit genommen wird, noch weiterhin am Wettbewerb teilzunehmen. Ferner ist in GRUR 1959, 31 - "Feuerzeug" ausgesprochen worden, daß die aus besonderen Anlässen geschehene unentgeltliche Abgabe von Gebrauchsartikeln an Kunden dann nicht als wettbewerbswidrig anzusehen ist, wenn diese Gegenstände nach ihrem Wert und der ganzen Art der bestehenden Geschäftsbeziehungen nicht geeignet erscheinen, den Kunden in seinen geschäftlichen Entschlüssen unsachlich zu beeinflussen.

Es ist demnach rechtsirrtümlich, wenn das Berufungsgericht uneingeschränkt jegliche Umsonstabgabe der eigenen Ware durch Geschäftsleute als unlauter beurteilt. Überdies läßt es sich weder mit der Verkehrsanschauung noch mit dem Gesetz vereinbaren, die Veranstaltung eines Preiswettbewerbs der hier streitigen Art einfach mit einem Verschenken von Waren gleichzusetzen. Vielmehr stellt die Veranstaltung eines Preisausschreibens oder einer Preisbefragung vertragsrechtlich eine Auslobung im Sinne des § 661 BGB dar und auch in der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung sind hierzu selbständige Rechtsgrundsätze entwickelt worden. Nach diesen Grundsätzen ist die Veranstaltung von Preisausschreiben und Preisrätseln als Wettbewerbsmaßnahme an und für sich erlaubt; sie wird erst unzulässig, wenn besondere erschwerende Umstände hinzukommen, welche den Einsatz dieses Werbemittels unlauter

erscheinen lassen (BGH in GRUR 1959, 138, 139 - "Italienische Note", mit weiteren Nachweisungen).

Die Klägerin weist in der Revisionserwiderung auf zwei derartige Begleitumstände hin, welche die Anwendung des § 1 UWG rechtfertigen sollen. In erster Linie erwähnt sie die Gefahr einer Übersteigerung für den Fall, daß sämtliche Kaufhäuser und größeren Einzelhandelsgeschäfte der Stadt Trier dem Beispiel der Beklagten folgten und gleichartige Werbeveranstaltungen organisieren würden. Bei der Prüfung dieser Rechtsfrage ist die Revisionsinstanz jedoch, wie es auch die Klägerin nicht verkennt, an die tatsächliche Feststellung des Berufungsurteils gebunden, daß die verteilten Preise im Gesamtbetrag von 700 DM wertmäßig nicht besonders ins Gewicht fallen. Auf den ganz neuen Tatsachenvortrag der Klägerin, wonach die bei jeder Einzelveranstaltung ausgesetzten Preise etwa einen Kostenbetrag von 700 DM ausgemacht haben sollen, kann in der Revisionsinstanz angesichts der abweichenden Feststellung des Berufungsgerichts nicht mehr eingegangen werden. Das Berufungsurteil hat weiter keine Feststellungen über die Anzahl der an den Modenschauen teilnehmenden Besucher getroffen. Aus seiner Gesamtwürdigung ist aber zu erkennen, daß es sich um größere Veranstaltungen gehandelt haben muß, bei denen die Zahl der Teilnehmer oder Teilnehmerinnen sicherlich in die Hunderte ging. Kundenveranstaltungen solchen Ausmasses erfordern aber von dem Einzelhändler schon an sich so erhebliche Aufwendungen, daß die Verteilung von Prämien im Werte von 200 bis 300 DM je Veranstaltung betriebswirtschaftlich nicht als unmäßig erscheint. Auch vom Blickwinkel der Besucherinnen aus können sich Prämien innerhalb solcher Wertgrenzen nicht als ein überhöhter Anreiz zur Teilnahme an diesen Modenschauen auswirken. In den Tatsacheninstanzen hat die Klägerin keine Einzelangaben darüber machen können, inwiefern etwa das von der Beklagten eingesetzte Werbemittel den Keim zu einem

immer weiteren Umsichgreifen und dadurch zu einer Verwilderung der allgemeinen Wettbewerbssitten (vgl. BGH in GRUR 1959, 285 = "Bienenhonig") in sich tragen könnte. Auch das Berufungsgericht hat in dieser Hinsicht keine tatsächlichen Feststellungen getroffen. Es sind daher selbst bei Berücksichtigung eines normalen Nachahmungstriebes zwischen Konkurrenten keine konkreten Anhaltspunkte dafür gegeben, daß das Textilgewerbe der Stadt Trier, entsprechend der in der Revisionserwiderung geäußerten Befürchtung, in ein "völliges Chaos" versinken müßte, sofern weiterhin Modenschauen mit solch bescheidenen Preiswettbewerben geduldet werden.

Ebensowenig kann vorliegend von einer unlauteren Ausnutzung des Spieltriebs der Teilnehmerinnen gesprochen werden, und zwar unabhängig davon, ob die Gewinner mit oder ohne Verlosung ermittelt worden sind. Hier geht das Berufungsgericht offensichtlich von der Annahme aus, als ob jedes Mal zwangsläufig das Los habe entscheiden müssen. Das war jedoch von der Beklagten für alle drei Modenschauen bestritten und ist von den Vorderrichtern nicht aufgeklärt worden. Eine ungebührliche Ausnutzung des Spieltriebs, welche übrigens von der Klägerin in der Revisionsinstanz selbst nicht geltend gemacht worden ist, kann daher vorliegend nicht angenommen werden.

Endlich sind auch keine Anhaltspunkte dafür gegeben, daß die Beklagte auf die Teilnehmerinnen einen sog. "psychologischen Kaufzwang" ausgeübt hätte. Die Klägerin arbeitet insoweit in der Revisionsinstanz mit bloßen Vermutungen, welche nicht durch tatsächliche Feststellungen des Berufungsurteils gestützt werden. Auf Grund der Teilnahmebedingungen steht fest, daß sich jeder Besucher vorher im Geschäft der Beklagten kostenlos eine Eintrittskarte abholen mußte. In diesem Zeitpunkt konnte die Klägerin deshalb noch nicht auf Dankbarkeitsgefühle spekulieren, weil die Preisgewinner noch gar

nicht feststanden und die Eintrittskarten selbst vom Publikum als zu gering eingeschätzt werden, als daß es meinte, sich durch einen Einkauf dafür erkenntlich erweisen zu müssen. Ein zweites Mal wurde das Geschäftslokal der Beklagten am eigentlichen Tage der Modenschau betreten. Nach der Lebenserfahrung sind aber Modenschauen wegen der Größe des beteiligten Personenkreises wenig geeignet, auf solche Besucherinnen, die bloß schaulustig sind, einen Kaufzwang auszuüben. Ein drittes Mal könnte das Geschäftslokal der Beklagten allenfalls noch von den wenigen Gewinnerinnen zum Zwecke des Abholens ihrer Preise betreten worden sein. Ob dies jedoch wirklich der Fall gewesen ist, wird vom Berufungsurteil nicht festgestellt. Solange mit der Möglichkeit gerechnet werden muß, daß man die Gewinne mit der Post erhalten oder durch angestellte Boten abholen lassen konnte, ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Preisträger in der Zwangssituation befunden haben sollen, bei der Beklagten Einkäufe zu machen.

Nach alledem erscheint es nicht mehr notwendig, noch auf die weitere Rüge der Revision einzugehen, daß die Beklagte bei Veranstaltung der Preiswettbewerbe eine echte Kundenbefragung zwecks Erlangung einer Marktanalyse durchgeführt habe und daß das Berufungsgericht die Ernstlichkeit dieses Publikumstests nicht ohne Ausübung des richterlichen Fragerechts habe verneinen dürfen. Nach den obigen Ausführungen sind nämlich die Merkmale eines sittenwidrigen Preiswettbewerbs vorliegend auf keinen Fall gegeben, einerlei ob die Darstellung der Beklagten zutrifft, daß der eine Woche vor den wichtigen Nachmusterungen erfolgende Publikums-test für sie praktisch verwertbare Erkenntnisse zutage förderte, oder ob er entsprechend der Einschätzung des Berufungsgerichts mehr spielerischen Charakter trug.

Daher war der gegen diese Werbemaßnahme gerichtete Klagantrag zu 2 abzuweisen.

II. Vorweggenommener Schlußverkauf:

Nachdem sich die Beklagte in der Revisionsinstanz bei Meidung einer Vertragsstrafe verpflichtet hat, Preisherabsetzungen jeweils in den letzten 3 Wochen vor Beginn eines Saisonschlußverkaufs nicht mehr in der Form einer Preisgegenüberstellung kenntlich zu machen, haben die Parteien übereinstimmend den ursprünglichen Klagantrag zu 1 für in der Hauptsache erledigt erklärt. Infolgedessen ist zu diesem Streitpunkt nur noch gemäß § 91 a ZPO über die Kosten zu entscheiden, welche nach fester Rechtsprechung diejenige Partei zu tragen hat, welche ohne die Erledigungserklärung in der Hauptsache unterlegen wäre. Das wäre hier im wesentlichen die Beklagte gewesen.

Die Beklagte bestreitet nicht mehr, daß ihre im Sommer 1956 vorgenommenen Preisherabsetzungen für das Publikum deshalb den Eindruck eines vorweggenommenen Saisonschlußverkaufs hervorrufen mußten, weil die Preisherabzeichnung in Form einer Gegenüberstellung des alten und des neuen Preises erfolgt war und in dieser Form bis über den Beginn des Saisonschlußverkaufs hinaus beibehalten wurde. Dennoch, so meint die Beklagte, habe sie sich gegen den Klagantrag der Klägerin zur Wehr setzen müssen, weil er erheblich zu weit gegangen sei. Hätte die Klägerin sich mit dem berechtigten Kern ihres Klagantrags begnügt, so hätte die Wiederholungsgefahr bereits auf Grund der Verzichtserklärung, welche die Beklagte vor dem Einigungsamt ausgesprochen habe, gefehlt. Überdies sei die Beklagte insoweit bereits in den Tatsacheninstanzen zur Übernahme einer mit Vertragsstrafe bewehrten Unterlassungsverpflichtung bereit gewesen.

Vergleicht man den Klagantrag zu 1 mit dem endgültig geklärten Wettbewerbsverstoß einer Vorwegnahme des Sommerschlußverkaufs, so zeigt sich in der Tat, daß dieser Klagantrag in doppelter Hinsicht über das der Klägerin Zustehende hinausschoß: Einerseits umfaßte er nämlich neben den sichtbaren Preisherabzeichnungen auch die für das Publikum unsichtbaren Preisherabsetzungen, und zum anderen enthielt er keine Zeitgrenze für den vor Beginn des Saisonschlußverkaufs zu wahrenden Abstand. Ungeachtet dieser zu weitgehenden Antragsformulierung wußte die Beklagte aber genau, welche Wettbewerbsverstöße ihr verboten werden sollten. Es hatte ja bereits wegen derselben Einzelfälle ein Verfahren vor dem Einigungsamt der Industrie- und Handelskammer stattgefunden, in dem die Beklagte das Unerlaubte ihres bisherigen Vorgehens eingesehen hatte. Es hätte also von der Beklagten erwartet werden müssen, daß sie hinsichtlich des unbestreitbar richtigen Kerns des Klagebegehrens von vornherein und unzweideutig von ihrem beanstandeten Wettbewerbsverstoß abgerückt wäre. Da die Beklagte aber niemals völlig eindeutige Versicherungen abgegeben hat, so war die für die Unterlassungsklage erforderliche Wiederholungsgefahr bis zur Erledigung der Hauptsache in der Revisionsinstanz gegeben.

Zu Unrecht glaubt die Beklagte, eine Wiederholungsgefahr bereits deshalb leugnen zu können, weil wegen der gleichen Einzel-Beschuldigungen vier Monate vor Erhebung der vorliegenden Klage ein Verfahren vor dem Einigungsamt durchgeführt worden war. Es ist aber dabei zu beachten, daß die Klägerin selbst gar nicht Partei des damaligen Verfahrens gewesen ist, so daß sie vertragsrechtlich nicht an den vom Einzelhandelsverband eingegangenen Vergleich gebunden war. Auch sind die Hinweise der Beklagten, daß die Klägerin zunächst dem Einzelhandelsverband ihr eigenes Material gegen die Beklagte zur Verfügung gestellt und spätestens einen Monat vor Erhebung der Klage von der Bei-

legung jenes Verfahrens Kenntnis erhalten habe, nicht geeignet, etwa die Durchführung des vorliegenden Prozesses als unzulässige Rechtsausübung abzustempeln.

Vielmehr kommt es ausschließlich darauf an, ob nach den Rechtsgrundsätzen, welche in der Rechtsprechung des Senats hierfür entwickelt worden sind, im Zeitpunkt der letzten Verhandlung vor dem Berufungsgericht noch mit der Gefahr einer Wiederholung der beanstandeten Wettbewerbsmaßnahme zu rechnen war. Bei der Prüfung dieser Frage hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß aus dem vorprozessualen Verhalten der Beklagten gewürdigt, daß diese ihr Vorgehen vor dem Einigungsamt anfangs als berechtigt verteidigt hat. Allerdings hält das Berufungsgericht die weitere Darstellung der Beklagten für widerlegt, wonach sie zum Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Einigungsamt einen klaren Verzicht auf künftige Wiederverwendung dieses Werbemittels ausgesprochen haben will. Hierzu erhebt die Revision die Rüge, daß das Berufungsgericht den von ihr angebotenen Zeugenbeweis nicht erhoben, sondern prozeßordnungswidrig in vorweggenommener Beweiswürdigung entschieden habe. Diese Rüge ist zutreffend, aber nicht entscheidungserheblich, da die von der Beklagten behauptete Verpflichtungserklärung, auch wenn man sie als zutreffend unterstellt, nicht geeignet ist, die Wiederholungsgefahr auszuräumen. Es ist hierbei von der Rechtsprechung auszugehen, daß bei jedem Handeln in Wettbewerbsabsicht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß der Beklagte solange keine Bedenken tragen wird, das beanstandete Wettbewerbsmittel bei sich bietender Gelegenheit wiederum anzuwenden, als nicht sein späteres Verhalten sichere Garantien zugunsten des oder der Verletzten bietet (BGH in GRUR 1955, 342, 345; GRUR 1959, 31, 33). Insbesondere genügen bloße Beteuerungen im Prozeß nicht, die Wiederholungsgefahr zu beseitigen, erst recht nicht, wenn zugleich der Antrag, die Klage als materiell-

rechtlich unbegründet abzuweisen, aufrechterhalten wird (BGHZ 1, 194, 199; 1, 241, 248; BGH in GRUR 1955, 549, 552). Vielmehr kann ein durch einen Wettbewerbsverstoß Verletzter in der Regel bloß dadurch klaglos gestellt werden, daß der Verletzer sich unter Übernahme eines Strafgedinges zur Unterlassung verpflichtet oder daß er seine Unterlassungspflicht im Prozeß anerkennt (BGH in GRUR 1955, 390 = JZ 1955, 245). Geht man von diesen Grundsätzen, an denen festzuhalten ist, aus, so hätte das Berufungsgericht, auch wenn es den einschlägigen Be- weisantritt der Beklagten als erfolgreich unterstellt hätte, die Verzichtserklärung der Beklagten vor dem Einigungsamt als ungeeignet zur Ausräumung der Wiederholungs- gefahr ansehen müssen. Denn dieser formlose Verzicht allein, also ohne die nachfolgende Erledigungserklärung beider Ver- fahrensbeteiligten, hätte nicht einmal zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr im Verhältnis zu dem damaligen Antrags- steller, also dem Einzelhandelsverband, ausgereicht. Im Ver- hältnis zu einem anderen Wettbewerber, welcher an jenem Verfahren nicht beteiligt war, konnte weder die (unterstellte) Verzichtserklärung der Beklagten noch die anschließende güt- liche Beilegung der Auseinandersetzung mit dem Einzelhandels- verband als ausreichende Sicherheit für zukünftiges Wohlver- halten der Beklagten gewertet werden.

Als weiterer Rechtsgrundsatz war zu beachten, daß sich ein Verletzer nicht durch den bloßen Hinweis auf die tatsäch- liche Einstellung seiner früheren Wettbewerbswidrigkeit entlasten kann, solange er seine Unterlassungspflicht als solche nicht anerkennt (BGH vom 11. Juli 1952 - I ZR 155/51 = LM (Nr. 8) § 3 UWG). Hiernach vermag auch der Umstand, daß die Beklagte bis vier Monate nach Beendigung des Verfahrens vor dem Einigungsamt nicht rückfällig geworden war, hier keine abweichende Beurteilung der Wiederholungsgefahr zu rechtfertigen; denn in der Zwischenzeit hatte überhaupt

noch kein weiterer Saison-Schlußverkauf, in dem die wettbewerbliche Zuverlässigkeit der Beklagten insoweit erneut auf die Probe gestellt worden wäre, stattgefunden.

Zur Begründung der Wiederholungsgefahr hat das Berufungsgericht des weiteren eine angebliche Prozeßerklärung der Beklagten herangezogen, wonach sie zwar die Stellungnahme des Einigungsamtes anerkenne, aber leugne, daß ihre eigenen Verhaltensweisen überhaupt Wettbewerbsverstöße dargestellt hätten. Gegen diese Würdigung richtet sich der Angriff der Revision, daß das Berufungsgericht das einschlägige Vorbringen der Beklagten mißverstanden habe. Anhand des im Berufungsurteil gegebenen Hinweises auf Seite 5 des Schriftsatzes der Beklagten vom 5. April 1957 ~~-----~~ läßt sich tatsächlich erkennen, daß insoweit ein Mißverständnis vorliegt. Denn die Einlassung der Beklagten hinsichtlich solcher Verstöße, "die völlig entstellt wiedergegeben sind und keine Verstöße waren", bezog sich nicht auf den eigentlichen Streitgegenstand aus Juni/Juli 1956, sondern auf andere Vorfälle aus anderen Zeiten, welche die Klägerin nur zur Unterstützung ihres gegen die Beklagte erhobenen Vorwurfs einer allgemeinen wettbewerblichen Unzuverlässigkeit vorgetragen hatte. Auf den wirklichen Streitgegenstand bezog sich hingegen der im gleichen Schriftsatz unmittelbar vorher zu findende Vortrag der Beklagten, "daß festgestelltermaßen und unstreitig sich nach dem Spruch des Einigungsamtes das von diesem beanstandete Verhalten der Beklagten nicht wiederholt hat und auch nicht wiederholen wird" ~~-----~~
~~-----~~ Würdigt man diese und andere in den Schriftsätzen der Beklagten enthaltene Bemerkungen in ihrer Gesamtheit, so muß man allerdings, wie in der mündlichen Verhandlung endgültig geklärt worden ist, zu dem Ergebnis kommen, daß die Beklagte niemals bestreiten wollte, in der Vergangenheit einen Wettbewerbsverstoß durch "Vorwegnahme des Sommer-Schlußverkaufs" begangen zu haben.

Die Aufklärung dieses Mißverständnisses kann jedoch nicht zu einer für die Beklagte günstigeren Beurteilung führen, da die Beklagte es durch ihr eigenes, bereits im Landgerichtsurteil als "widerspruchsvoll" bezeichnetes Vorbringen verursacht hat. Sie hat nämlich in beiden Tatsacheninstanzen Ausführungen gemacht, welche nach der in der Revisionsinstanz gegebenen Aufklärung bloß als Abwehr der angeblich zu weitgehenden Formulierung des Klagantrags gemeint waren, während sie von den Gerichten als Leugnen des Verletzungstatbestandes aufgefaßt werden konnten und aufgefaßt wurden. Die Beklagte hat auch nichts dazu getan, das von ihr selbst verursachte Mißverständnis, etwa durch Antrag auf Tatbestandsberichtigung, wieder zu beseitigen. Vielmehr hat sie in beiden Instanzen so unbestimmte und unübersichtliche Ausführungen zu diesem Thema gemacht, daß ihr wirklicher Erklärungswille beiden Tatsacheninstanzen verborgen geblieben ist. Hat es die Beklagte somit an der gebotenen Eindeutigkeit ihrer Prozeßerklärungen fehlen lassen, so muß dieses bei der Beurteilung der Wiederholungsgefahr zu ihren Lasten berücksichtigt werden. Denn in Anbetracht der fehlenden Präzision ihrer Erklärungen konnten weder die Klägerin noch die Gerichte Gewißheit darüber erlangen, ob ihre Erklärungen nicht bloß aus taktischen Erwägungen und nur unter dem Druck der bereits gegen sie angestregten Unterlassungsklage abgegeben wurden.

Nach alledem begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, daß das Berufungsgericht das Vorliegen einer Wiederholungsgefahr in Übereinstimmung mit dem Landgericht bejaht hat, nachdem die Beklagte weder von der Möglichkeit eines sofortigen Teil-Anerkenntnisses noch von der Möglichkeit, die Klägerin durch das Angebot einer Vertragsstrafe bezüglich des berechtigten Kerns klaglos zu stellen, Gebrauch gemacht hat.

Nach alledem entspricht es im Rahmen des § 91 a ZPO der Billigkeit, daß die Beklagte $\frac{2}{3}$ der Kosten dieses Antrages (= $\frac{1}{3}$ der Gesamtkosten) tragen muß, während die Klägerin $\frac{1}{2}$ plus $\frac{1}{6}$ = $\frac{2}{3}$ der Gesamtkosten zu tragen hat, weil sie mit dem Klagantrag zu 2 gänzlich unterlegen ist (§ 91 ZPO) und weil sie mit dem inzwischen erledigten Klagantrag zu 1 wegen seiner zu weiten Fassung teilweise hätte unterliegen müssen (§ 91 a. ZPO).

Bock Bundesrichterin Dr. Krüger-Nieland
 und Bundesrichter Pehle sind wegen
 Ortsabwesenheit an der Leistung
 der Unterschrift verhindert.

Bock

Spreng

Spengler