

15

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 97/80

URTEIL

Verkündet
am 27. Mai 1982
Mehrhof
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma M- SB-G GmbH & Co. KG, I
Straße , M, gesetzlich vertreten durch die
persönlich haftende Gesellschafterin, die Firma
M- SB-G W-gesellschaft mbH, I
Straße , M, diese gesetzlich vertreten durch
den Geschäftsführer Otto B, Rue de C
C, N sur S, Frankreich,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. und
-

gegen

Verband D S e.V. in der Haupt-
gemeinschaft des deutschen Einzelhandels, gesetzlich
vertreten durch Karlheinz W und Rolf S,
I-gasse , W,

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Mai 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Alff, Dr. Merkel, Dr. Erdmann und Dr. Teplitzky

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird - unter Zurückweisung dieses Rechtsmittels im übrigen - das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 20. März 1980 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Berufung der Beklagten gegen die Verurteilung durch das Urteil des Landgerichts München I - 7. Kammer für Handelssachen - vom 25. April 1979 in folgendem Umfang zurückgewiesen hat:

Es zu unterlassen,

1. für Sportartikel jedweder Firma in der im landgerichtlichen Urteil beschriebenen Weise zu werben;
2. für Sportartikel zu werben, wenn sie nicht an dem in der Werbung angegebenen Datum des Inkrafttretens eine für drei Verkaufstage ausreichende Warenmenge vorrätig hat.

Insoweit (vorstehend Ziff. 1. und 2.) wird auf die Berufung der Beklagten - unter deren Zurückweisung im übrigen - das genannte Urteil des Landgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen.
Das Urteil des Landgerichts wird zu dessen Ziffer I wie folgt neu gefaßt:

Der Beklagten wird bei Androhung von Ordnungsgeld bis zu 500.000,-- DM, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten - letztere zu vollziehen am Geschäftsführer ihrer persönlich haftenden Gesellschafterin - verboten, in der in ihrem Einzugsgebiet verbreiteten M-Werbung Sportartikel der Firma W (L) anbieten zu lassen, wenn sie nicht an dem in der Werbung angegebenen Datum die angekündigten Waren vorrätig hat.

Von den Kosten des Rechtsstreits fallen der Beklagten 2/3 und dem Kläger 1/3 zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist ein Verband zur Wahrung und Förderung der gewerblichen Interessen des Sportartikel-Einzelhandels. Die Beklagte betreibt den M-G in M, zu dem nur Einzelhändler und Großverbraucher gegen Vorlage besonderer Berechtigungsausweise Zutritt erhalten.

Die Beklagte ließ in ihrem Geschäftsbereich zwischen dem 24. und 27. Oktober Werbeprospekte versenden, in denen als besonderer "Top-Hit" der Skistiefel "L-Air" zu 179,-- DM angeboten wurde. Der Prospekt enthält den Vermerk: "dieses M-Angebot ist gültig ab 6. November 1978".

Auch ein weiterer Prospekt, der den Vermerk "gültig ab 20. 11. 1978" trägt und der nach dem 31. 10. 1978 versandt



wurde, enthielt in seiner Beilage als besonderen "Top-Hit" das Angebot des Skistiefels "L■■■-Air" zu 179,-- DM. Weder am 6. 11. noch am 20. 11. 1978 hatten die Beklagten die angebotenen Skistiefel zur Verfügung.

Der Kläger hält diesen Vorgang für einen Verstoß gegen § 3 UWG, wobei es ohne Bedeutung sei, ob die Beklagte ein Vorwurf daran treffe, daß die Lieferungen, wie sie behauptet habe, nicht fristgerecht bei ihr eingetroffen seien. Dies sei auch für sie vorhersehbar gewesen, denn Markensportartikel, die einer Vertriebsbindung unterlägen, könnten nur von solchen Händlern bezogen werden, die Vertragsbruch begangen oder sich die Ware durch Täuschung des Herstellers verschafft hätten. Auf das Gelingen derartiger Geschäfte dürfte sich aber niemand verlassen.

Der Kläger hat beantragt,

der Beklagten bei Meidung von Ordnungsmitteln zu verbieten, in der in ihrem Einzugsgebiet verbreiteten M■■■-Werbung Sportartikel anbieten zu lassen, wenn sie nicht am Tage des Erscheinens der Werbung bzw. an dem in der Werbung angegebenen Datum des Inkrafttretens eine für drei Verkaufstage ausreichende Warenmenge vorrätig hat.

Die Beklagte hat vorgetragen, daß wider Erwarten die beworbene Ware trotz fester Vereinbarung und Zusage nicht geliefert worden sei. Das sei bei Versendung des Prospekts noch nicht bekannt gewesen, so daß es sich um unvorhersehbare und für die Beklagte nicht zu verantwortende

Umstände gehandelt habe. Es hätten feste vertragliche Zusagen für fristgemäße Lieferungen von zwei Lieferanten vorgelegen, die bisher immer zuverlässig ihren vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen seien.

Das Landgericht hat die Beklagte nach Klageantrag verurteilt. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht bejaht einen Verstoß gegen § 3 UWG:

Der angesprochene Verkehr habe aufgrund der Werbung das Vorhandensein des angekündigten Warenvorrats erwartet. In dieser Erwartung sei der Kunde durch die Beklagte getäuscht und dadurch irregeführt worden, weil weder am 6. noch am 20. 11. 1978 derartige Skistiefel vorhanden gewesen seien.

Auch wenn man annehmen wolle, daß der Kunde vom Werbenden nichts Unmögliches erwarte, so daß, wenn das Fehlen eines ausreichenden Warenvorrats auf unvorhersehbaren Umständen beruhe, für die der Werbende nicht verantwortlich sei, § 3 UWG nicht eingreife, werde die Beklagte im Streitfall von ihrer Unterlassungsverpflichtung nicht frei. Das Fehlen eines ausreichenden Warenvorrats am 6. und 20. 11. 1978 habe nicht auf unvorhersehbaren Umständen beruht, für die die Beklagte nicht verantwortlich gemacht werden könne.

Sie habe gewußt, daß sie die Skistiefel nicht vom Hersteller beziehen konnte, weil dieser Großmärkte nicht beliefere. Sie habe aufgrund der Kenntnisse der Branchengepflogenheiten weiter gewußt, daß die Firma L. ihre Erzeugnisse unter Ausschaltung des Großhandels unmittelbar nur an solche Einzelhändler liefere, die sich vertraglich verpflichteten, die Schuhe nur im Einzelhandel weiterzuverkaufen. Weiter sei der Beklagten bekannt gewesen, daß die Firma L. an einen Zwischenhändler nur dann liefere, wenn dieser ihr gegenüber versichere, daß er die Schuhe exportiere und daß ein Reimport nicht beabsichtigt sei. Die Beklagte habe daher damit rechnen müssen, daß ihr Lieferant die Schuhe von der Firma I. entweder durch Vertragsbruch eines Einzelhändlers oder durch Täuschung der Firma L. durch einen Zwischenhändler über die Exportabsichten erhalten würde. Bei solchen Geschäften bestehe immer das Risiko, daß der Einzelhändler oder der Zwischenhändler als Lieferant ausfalle, weil sein Geschäftsgebaren entdeckt und er daher von Lieferungen durch die Firma L. ausgeschlossen werde. Bei dieser Sachlage, so führt das Berufungsgericht aus, könne nicht angenommen werden, daß das Fehlen des Warenvorrats auf Umständen beruht habe, für die die Beklagte nicht verantwortlich gewesen sei.

Jedenfalls sei die Beklagte insoweit darlegungs- und beweispflichtig gewesen und habe es an substantiiertem Vorbringen fehlen lassen. Sie habe lediglich vorgetragen, daß der Einkaufsgesellschaft M. I. KG der für den 6. 11. 1978 beworbene L.-Skistiefel im September 1978 angeboten worden sei, und zwar von einem Lieferanten, mit dem die Einkaufsgesellschaft in ständiger Geschäftsverbindung stehe und der seinen vertraglichen Verpflichtungen stets nachgekommen sei; daß Anfang Oktober 1978

ein Kaufvertrag zustandegekommen sei, der als Liefertermin den 20. 10. 1978 vorgesehen habe; aufgrund der vertraglichen Vereinbarung zwischen der M■■■■ I■■■■ und der Beklagten hätten die beworbenen Schuhe zum vereinbarten Liefertermin am 20. Oktober 1978 vom Lieferanten direkt der Beklagten ausgeliefert werden sollen; die M■■■■-Post sei am 17. und 18. Oktober gedruckt und zwischen dem 24. und 27. Oktober 1978 versandt worden.

Mit diesem Vortrag habe die Beklagte nicht schlüssig dargetan, daß das Fehlen des Warenvorrats auf unvorhersehbaren Umständen beruht habe. Denn ihre Verantwortlichen hätten danach am 20. Oktober 1978 gewußt, daß der Lieferant den vereinbarten Liefertermin nicht eingehalten hatte, und daß ferner die Versendung zu diesem Zeitpunkt noch nicht geschehen war. Bei dieser Sachlage habe die Beklagte den Werbeprospekt am 24. Oktober 1978 nicht versenden oder aber durch geeignete Maßnahmen dafür Sorge tragen müssen, daß durch Beilage eines Zettels oder ähnliche Maßnahmen der Interessent nicht in den Glauben versetzt werden konnte, auch der Skistiefel "L■■■■-Air" sei am 6. 11. 1978 bei der Beklagten vorrätig. Die Beklagte habe auch bei der Aktion vom 20. 11. 1978 bei Versenden des Prospekts gewußt, daß der vereinbarte Liefertermin vom 31. Oktober 1978 nicht eingehalten worden war.

Aufgrund der irreführenden Werbung der Beklagten zum 6. 11. und 20. 11. 78 bestehe hinsichtlich der beworbenen Skistiefel Wiederholungsgefahr; hinsichtlich der übrigen Sportartikel bestehe nach den Gesamtumständen Erstbegehungsgefahr. Im übrigen habe die Beklagte, wie dem Senat aus verschiedenen Vorverfahren bekannt sei, bereits früher über einen ausreichenden Warenvorrat an

an Tennisschlägern, Skiern und Skibindungen getäuscht, so daß auch aus diesem Grunde ein Unterlassungsanspruch hinsichtlich sämtlicher Sportartikel begründet sei.

II. Die dagegen gerichtete Revision hat nur insoweit Erfolg, als es sich um den Umfang der Verurteilung handelt.

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht die umstrittene Werbung unter dem Gesichtspunkt des § 3 UWG beurteilt und dazu geprüft, welchen Inhalt der Verkehr den Ankündigungen der Beklagten über den am 6. 11. bzw. ab 20. 11. 1978 geplanten Verkauf der "L--Air"-Skistiefel entnimmt. Seine Feststellung, es werde erwartet, daß die Beklagte diesen Artikel zu den angegebenen Zeitpunkten in den Geschäftsräumen vorrätig haben werde und dafür einstehen wolle, ist jedenfalls nach der vom Berufungsgericht alternativ vorgenommenen Einschränkung rechtsfehlerfrei, daß der Kunde vom Werbenden nichts Unmögliches verlange, so daß, wenn die Ware aus unvorhersehbaren Umständen zum angegebenen Zeitpunkt nicht zur Verfügung stehe, der Verkehr sich nicht im Sinne des § 3 UWG irregeführt fühle. Im einzelnen wird dazu auf die Begründung des am gleichen Tage zwischen den gleichen Parteien (auf Seiten der Beklagten: ihrer Schwesterfirma in Düsseldorf) ergangenen Revisionsurteils in der Sache I ZR 35/80 Bezug genommen.

2. Die Feststellung, das Fehlen der angekündigten Ware am 6. 11. und 20. 11. 1978 habe im Streitfall nicht auf unvorhersehbaren Gründen beruht, begegnet allerdings in dieser Allgemeinheit Bedenken unter dem Gesichtspunkt des § 286 ZPO. Weder aus dem Berufungsurteil selbst noch aus dem Akteninhalt geht hervor, aufgrund welcher Umstände das Berufungsgericht zu der Feststellung gelangt ist, die Beklagte habe aufgrund ihrer Kenntnisse der Branchengepflogenheiten gewußt, als sie die Werbung veranlaßt habe,

daß die Firma L (W) ihre Erzeugnisse unter Ausschaltung des Großhandels unmittelbar nur an solche Einzelhändler liefere, die sich vertraglich verpflichteten, die bezogenen Schuhe im Einzelhandel weiterzuverkaufen, ferner, daß diese Firma an Zwischenhändler nur liefere gegen die Versicherung, daß die Schuhe exportiert und nicht reimportiert würden, und daß demgemäß ihre Lieferanten die Ware nur aufgrund eines Vertragsbruchs oder durch Täuschung der Firma L durch einen Zwischenhändler erhalten würde, woraus sich das vorhersehbare Beschaffungsrisiko ergebe. Auch die weitere Feststellung, die Beklagte habe von vorneherein gewußt, daß die konkrete Gefahr bestand, daß die Firma L in jedem Falle den Lieferweg durch Liefersperren blockieren könne, erscheint nach den Grundsätzen des Prozeßrechts nicht hinlänglich belegt. Denn die Beklagte hat, wie die Revision zutreffend geltend macht, die entsprechenden Behauptungen des Klägers entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hinreichend substantiiert bestritten (Klageerwiderung S. 12 - 14; Schriftsatz vom 21.3.79 S. 11 ff; Schriftsatz vom 18.3.80 S. 4 - 7). Die vom Kläger und gegenbeweislich von der Beklagten angebotenen Beweise sind nicht erhoben worden, dem Berufungsurteil ist nicht zu entnehmen, daß es sich dabei um offenkundige oder gerichtsbekannte Tatsachen gehandelt haben könnte. Zwar mag es dafür Indizien geben, daß die Beklagte von Herstellern, die den Vertriebsweg über den Fachhandel gewählt haben, nicht beliefert wird. Daraus läßt sich aber noch nicht für die Beziehungen bestimmter einzelner Hersteller zur Beklagten der im Sinne des § 286 ZPO hinreichende Schluß ziehen, daß es sich in der vorstehend wiedergegebenen Art und Weise zwischen der Firma L und der Beklagten verhalte.

Einer abschließenden Klärung dieser Frage bedarf es jedoch nicht, weil das Berufungsurteil jedenfalls insoweit der Nachprüfung standhält, als es die Unvorhersehbarkeit

des Ausbleibens der für den Verkauf ab 20. 11. 1978 angekündigten Lieferung verneint hat. Es ist nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht angenommen hat, daß jedenfalls nach dem Ausbleiben der für den 20. Oktober 1978 angekündigten, für den Verkauf ab 6. November 1978 bestimmten Lieferung die Beklagte damit rechnen mußte, daß auch die für den Verkauf ab 20. November 1978 bestimmte Sendung unter Umständen nicht geliefert werden würde. Daß insoweit ein Risiko bestand, mußte sich der Beklagten, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, spätestens aufgedrängt haben, als die für den 31. Oktober geordnete zweite Lieferung an diesem Tage nicht eingetroffen war. Daß diese Lieferung von einer anderen Firma zugesagt war, konnte solche Bedenken nicht entkräften, weil nach den gesamten Umständen ein Zusammenhang mit etwaigen Sperrbemühungen der Herstellerin jedenfalls nicht ausgeschlossen werden konnte. Wenn die Beklagte gleichwohl, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, diese zweite Ankündigung im November noch versandt hat, ohne im Besitz der Ware zu sein, so kann sie sich nicht, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat, auf den Eintritt eines unvorhersehbaren Ereignisses berufen, der allein die Annahme einer Irreführung im Hinblick auf eine entsprechende Verkehrsauffassung auszuschließen geeignet wäre.

III. Erfolg hat die Revision, soweit sie sich gegen den Teil des Urteilstenors wendet, durch den ihr die beanstandete Werbung verboten wird, wenn sie nicht eine für mindestens 3 Verkaufstage ausreichende Warenmenge vorrätig habe. Insoweit fehlt es jedenfalls an der Begehungsgefahr. Der vom Berufungsgericht festgestellte Wettbewerbsverstoß besteht darin, daß die Beklagte insofern irreführende Angaben über geschäftliche Verhältnisse gemacht hat, als sie Waren angeboten hat, die am angekündigten Verkaufstag überhaupt nicht zur Verfügung standen. Nur insoweit besteht nach den allgemeinen Grundsätzen des Wettbewerbsrechts Wiederholungsgefahr.

Die Verurteilung, einen Warenvorrat in bestimmter Höhe zur Verfügung zu halten, würde voraussetzen, daß die Beklagte zwar solche Waren angeboten hat, aber nicht in dem aufgrund der Werbung und der üblichen Handhabung vom Verkehr erwarteten Umfang. Angesichts des völligen Ausfalls des Angebots konnte das Berufungsgericht im Streitfall dazu keine Feststellungen treffen. Es ist auch nicht vorgetragen oder festgestellt worden, welchen Umfang die ausgebliebenen Lieferungen haben sollten, so daß weder zum Tatbestand irreführender Angaben über die Vorratsmenge, noch für eine etwaige (Erst-) Begehungsgefahr eine Urteilsgrundlage gegeben ist.

Die Klage war daher insoweit abzuweisen.

IV. Die Revision hat ferner Erfolg, soweit sie sich gegen die Erstreckung des Verbots auf Sportartikel schlechthin wendet. Gegenstand der Verurteilung bei wettbewerblichen Unterlassungsklagen ist die konkrete Verletzungsform. Eine gewisse Verallgemeinerung ist zwar unter dem Gesichtspunkt ausreichender Rechtsschutzgewährung zulässig, jedoch nur soweit darin das Charakteristische des festgestellten konkreten Verletzungstatbestandes zum Ausdruck kommt (st. Rspr. BGH GRUR 1957, 606, 608 - Heilmittelvertrieb; GRUR 1976, 197 - Herstellung und Vertrieb). Insbesondere darf die Verurteilung über den materiellen Unterlassungsanspruch in der Regel nicht hinausgehen, es sei denn die Wiederholungsgefahr hinsichtlich der konkreten Verletzungsform sei zugleich ein Anzeichen für die Gefahr erstmaliger Begehung einer von der begangenen abweichenden Verletzungshandlung (BGH aaO - Heilmittelvertrieb).

Im Streitfall besteht die konkrete Verletzungsform darin, daß die Beklagte die Skistiefel der Marke "L-Air"

zum Verkauf ab einem bestimmten Datum angekündigt hat, sie aber an diesem Tage nicht vorrätig hatte. Der materiell-rechtliche Unterlassungsanspruch hat dabei, wie erörtert, zur Voraussetzung, daß die Firma W. die Belieferung der Beklagten ablehnt und die Beklagte damit rechnen muß, daß die Firma W. Lieferungen außerhalb ihres Vertriebsweges unter Umständen mit Erfolg zu verhindern bemüht sein werde. Daß solche Voraussetzungen auch bei allen anderen Herstellern von Sportartikeln vorlägen, - die Bestimmtheit dieses Begriffs mag dahinstehen - hat der Kläger zwar behauptet, die Beklagte aber bestritten und das Berufungsgericht hat dazu keine Feststellungen getroffen, so daß die Voraussetzungen für einen so weitgehenden materiell-rechtlichen Unterlassungsanspruch fehlen. Die Verurteilung war daher, wie geschehen, auf die konkrete Verletzungsform, jedoch in der Verallgemeinerung auf Sportartikel der Firma W. zu beschränken. Im

übrigen war die Klage abzuweisen, soweit damit die Verurteilung hinsichtlich aller Sportartikel beantragt worden ist.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 ZPO.

v. Gamm

Alff

Merkel

Erdmann

Teplitzky