
Datum: 02.03.1999
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 203/98
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:1999:0302.4U203.98.00

Vorinstanz: Landgericht Bielefeld, 17 O 59/98

Tenor:

Auf die Berufung der Beklagten wird das am 28. August 1998 verkündete Urteil der VIII. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bielefeld teilweise abgeändert.

Der Beklagten bleibt untersagt, für die Veräußerung der Matratze "B" und/oder des Lattenrostes "Elastoflex" zu werben, wenn dabei die unverbindliche Preisempfehlung der I GmbH gemäß deren Preisliste vom 21.08.1997 mit 395,00 DM bzw. deren Preisliste vom 26.08.1997 mit 129,00 DM einem niedrigeren Verkaufspreis der Beklagten gegenübergestellt wird.

Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zu 500.000,00 DM, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an ihren Vorstandsmitgliedern, angedroht.

Die weitergehende Klage wird abgewiesen, die weitergehende Berufung zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz tragen zu 3/4 die Klägerin, zu 1/4 die Beklagte. Die Kosten des Berufungsverfahrens werden der Klägerin zu 1/4, der Beklagten zu 3/4 auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 40.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung in Höhe von 5.000,00 DM abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Jegliche Sicherheitsleistung kann auch durch Beibringung einer unbefristeten, unbedingten und selbstschuldnerischen Bürgschaft eines als Zoll- oder Steuerbürgen zugelassenen deutschen Kreditinstituts erbracht werden.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Klägerin betreibt in H ein Einzelhandelsgeschäft für Betten nebst Zubehör. Die Beklagte bezeichnet sich als größte Matratzenkette Deutschlands mit 200 Filialen. Eine dieser Filialen befindet sich in H.

Im Herbst des Jahres 1997 ließ die Beklagte in H und Umgebung ein Reklamefaltblatt als Postwurfsendung verbreiten, wovon die Klägerin nach ihrer Darstellung am 04.12.1997 erfahren hat. U. a. bewarb die Beklagte darin eine Federkernmatratze "B" für "bei uns nur 298,-" mit der Angabe "unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers 395,-" sowie einen Lattenrahmen "Elastoflex" für "bei uns nur 99,-" mit dem Zusatz "unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers 129,-". Am 12.12.1997 warb die Beklagte noch einmal in einer Zeitungsanzeige der Neuen Westfälischen für die Matratze "B" in derselben Weise.

Herstellerin der Matratze "B" ist die I GmbH aus I3; den Lattenrahmen "Elastoflex" läßt dieselbe Firma von einem anderen Unternehmen in Lohnfertigung herstellen. Beide Produkte werden von ihr ausschließlich an die Beklagte geliefert. Über den sonstigen Einzelhandel vertreibt die I GmbH, die über die eingetragene Marke "Q" verfügt, andere Erzeugnisse. Über einen Einkaufsverband wird auch die Klägerin von der I GmbH beliefert.

Die Klägerin beanstandet die genannte Werbung der Beklagten als irreführend. Sie hat zunächst behauptet, die Herstellerin habe für die erwähnten Produkte tatsächlich keine unverbindliche Preisempfehlung ausgesprochen. Außerdem wird in der Klageschrift geltend gemacht, daß die unverbindliche Preisempfehlung der I GmbH nach § 38 a GWB unzulässig sei, denn zum einen sei dieses Unternehmen keine Herstellerfirma von Markenware im Sinne der genannten Vorschrift und zum anderen werde die Matratze B allein an die Beklagte abgegeben, was von vornherein eine unverbindliche Preisempfehlung ausschließe.

Mit einem am 03.06.1998 bei Gericht eingegangenen, der Beklagten unmittelbar zugefaxten und von ihr unter dem 08.06.1998 beantworteten Schriftsatz hat die Klägerin den nachfolgend wiedergegebenen Hilfsantrag angekündigt und dazu behauptet, daß die unverbindlichen

1

2

3

4

5

6

Preisempfehlungen jedenfalls keine Gültigkeit mehr gehabt hätten und auch nicht aufgrund gewissenhafter Kalkulationen als angemessene durchschnittliche Verbraucherpreise errechnet worden seien. Mit diesem Hilfsantrag ist vor dem Landgericht am 12.06.1998 verhandelt worden.

Die Klägerin hat beantragt:

7

1. Der Beklagten wird es untersagt, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, oder sonst in der Werbung für die Veräußerung von Matratzen und Matratzen-Rahmen unverbindliche Preisempfehlungen des Herstellers anzugeben und den eigenen - niedrigeren - Verkaufspreisen gegenüberzustellen, wenn und soweit für die dergestalt beworbenen Matratzen und Matratzen-Rahmen seitens des Herstellers unverbindliche Preisempfehlungen nicht ausgesprochen worden sind.

2. Der Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung Ordnungsgeld und für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft bis zu 6 Monaten angedroht, wobei das einzelne Ordnungsgeld den Betrag in Höhe von 500.000,00 DM und die Ordnungshaft insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen darf und letztere an dem Geschäftsführer der Beklagten zu vollziehen ist.

Hilfsweise:

10

Der Beklagte wird es - bei Meidung der gesetzlichen Ordnungsmittel - untersagt, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, oder sonst in der Werbung für die Veräußerung von Matratzen und Matratzen-Rahmen unverbindliche Preisempfehlungen des Herstellers anzugeben und den eigenen - niedrigeren - Verkaufspreisen gegenüberzustellen, wenn und soweit für die dergestalt beworbenen Matratzen und Matratzen-Rahmen seitens des Herstellers unverbindliche Preisempfehlungen ausgesprochen worden sind, aber im Zeitpunkt der Werbung keine Gültigkeit mehr haben

und/oder nicht den Voraussetzungen des § 38 a GWB entsprechen, d. h., von Seiten der Herstellerfirma nicht aufgrund gewissenhafter Kalkulation als angemessene durchschnittliche Verbraucherpreise errechnet worden sind.

Die Beklagte hat beantragt,

13

die Klage abzuweisen.

14

Sie hat behauptet, die beanstandeten unverbindlichen Preisempfehlungen seien von der Herstellerin im August 1997 ausgesprochen sowie gewissenhaft anhand der Marktpreise kalkuliert worden und im Dezember 1997 unverändert in Kraft gewesen. Der Umstand der ausschließlichen Herstellung für die Beklagte sei unschädlich.

15

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme die Klage hinsichtlich des Hauptantrags sowie des ersten Absatzes des Hilfsantrags abgewiesen, jedoch dem zweiten Teil des Hilfsantrags stattgegeben. Nach den Angaben des Zeugen L sei davon auszugehen, daß die unverbindlichen Preisempfehlungen nicht auf einer gewissenhaften Kalkulation der Herstellerfirma, sondern maßgeblich auf einer Absprache mit der Beklagten beruhten.

16

Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf das angefochtene Urteil verwiesen.

17

18

Mit der form- und fristgerecht eingelegten Berufung macht die Beklagte geltend, daß der Verbotsausspruch zu unbestimmt sei. Im übrigen liege der unverbindlichen Preisempfehlung doch eine verständige, ernsthafte Kalkulation der Herstellerin zugrunde. Es handele sich nicht um Mondpreise, die Empfehlung entspräche jeweils den Preisempfehlungen anderer Hersteller für vergleichbare Produkte. Die beanstandeten unverbindlichen Preisempfehlungen seien auch nicht auf ihren Wunsch festgelegt worden. Eine Abstimmung mit dem wichtigsten Abnehmer sei regelmäßig notwendig. Erst recht gelte dies, wenn ein Produkt unter dieser Handelsmarke nur für einen Abnehmer hergestellt werde. Sie habe der Herstellerin keine Vorgaben für die unverbindlichen Preisempfehlungen gemacht und sei auch nur gefragt worden, ob sie damit einverstanden sei (Beweis: Zeugnis Bahn). Es sei nicht erforderlich, daß die betreffende Ware an mehr als einen Abnehmer geliefert werde. Schließlich werde die Einrede der Verjährung erhoben, weil der Hilfsantrag erst am 12.06.1998 rechtshängig geworden sei.

Die Beklagte beantragt, 19

unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage in vollem Umfang abzuweisen. 20

Die Klägerin beantragt, 21

1. 22

die Berufung zurückzuweisen, 23

2. 24

hilfsweise die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß der Beklagten bei Meidung 25 der gesetzlich zulässigen Ordnungsmittel untersagt bleibt, für die Veräußerung der Matratze "B" und/oder des Lattenrostes "Q" zu werben, wenn dabei die unverbindliche Preisempfehlung der I2 GmbH gemäß deren Preisliste vom 21.08.1997 mit 395,00 DM bzw. deren Preisliste vom 26.08.1997 mit 129,00 DM einem niedrigeren Verkaufspreis der Beklagten gegenübergestellt wird.

Die Klägerin verweist darauf, daß es sich hier um Händlermarken der Beklagten handele und 26 bei einem derartigen Sachverhalt eine Werbung mit empfohlenen Verkaufspreisen nicht gerechtfertigt sei. Im übrigen hätten die festgelegten Preisempfehlungen gerade dem Wunsch der Beklagten entsprochen. Es werde bestritten, daß die von der Beklagten angeführten anderweitigen Produkte den hier betroffenen Waren vergleichbar seien.

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze 27 und vorgelegten Unterlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe: 28

Die Berufung der Beklagte ist nur teilweise begründet. 29

I. 30

Das Rechtsmittel hat einen Teilerfolg, soweit es sich gegen den Verbotsausspruch des 31 Landgerichts wendet. Die Berufung macht insoweit zu Recht geltend, daß der erstinstanzliche Hilfsantrag der Klägerin und der ihm folgende Urteilstenor zu unbestimmt sind (§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO).

Die Verletzungshandlung, deren künftige Begehung verboten werden soll, muß so genau bezeichnet werden, daß der Beklagte sich erschöpfend verteidigen kann und die Entscheidung darüber, was verboten ist, nicht dem Vollstreckungsverfahren überlassen bleibt. Diesem Erfordernis wird der Urteilstenor des Landgerichts nicht gerecht. Er bezieht sich nicht auf die konkrete Verletzungshandlung, sondern verweist mit der Formulierung "nicht den Voraussetzungen des § 38 a GWB entsprechen" auf einen Gesetzeswortlaut, der zahlreiche unterschiedliche Tatbestandsmerkmale umfaßt. Bei den weiter verwandten Begriffen "aufgrund gewissenhafter Kalkulation" und "als angemessene durchschnittliche Verbraucherpreise errechnet" fehlen objektive Kriterien zur näheren Eingrenzung.	32
II.	33
Ohne Erfolg bleibt die Berufung dagegen, soweit sich die Beklagte gegen den in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsantrag der Klägerin wendet. Dieser Antrag gibt die konkrete Verletzungshandlung wieder, so daß er dem Bestimmtheitserfordernis genügt. Er ist auch in der Sache begründet, weil die beanstandete Werbung der Beklagten irreführend im Sinne von § 3 UWG ist.	34
Eine auf eine unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers bezugnehmende Händlerwerbung ist irreführend, wenn die ausgesprochene Empfehlung kartellrechtlich unzulässig ist (vgl. BGH, GRUR 1987, 367 - Einrichtungs-Paß). Grundsätzlich darf zwar ein Händler, ohne damit wettbewerbswidrig zu handeln, die Vorteilhaftigkeit seines eigenen Preises durch eine werbende Bezugnahme auf unverbindliche Preisempfehlungen des Herstellers herausstellen. Dies gilt jedoch nur solange, wie diese Empfehlung den insoweit aufgestellten gesetzlichen Voraussetzungen entspricht. Die Werbung mit einer kartellrechtlich unzulässigen Preisempfehlung kann wettbewerbsrechtlich nicht gebilligt werden. Durch die Gegenüberstellung des vom Hersteller empfohlenen Preises mit seinem eigenen Preis ist der Händler bestrebt, sich vor seinen Mitbewerbern Vorteile im Wettbewerb zu verschaffen. Dabei handelt er aber gegenüber den von ihm angesprochenen Kaufinteressenten irreführend, wenn die angeführte unverbindliche Preisempfehlung nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht.	35
Nach § 23 Abs. 1 GWB (entsprechend § 38 a Abs. 1 der bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung) ist eine unverbindliche Preisempfehlung nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen zulässig. U. a. muß es sich um Markenwaren des preisempfehlenden Unternehmens handeln und die Empfehlung muß in der Erwartung ausgesprochen werden, daß der empfohlene Preis dem von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger voraussichtlich geforderten Preis entspricht.	36
Im vorliegenden Fall ist bereits zweifelhaft, ob es sich um Markenwaren im Sinne von § 23 GWB handelt. Die Produkte "B" und "Elastoflex" werden von der Herstellerin ausschließlich an die Beklagte geliefert. Nach dem nicht substantiiert bestrittenen Vorbringen der Berufungserwiderung hat die Beklagte diese Bezeichnungen gewählt, und an den Artikeln befinden sich keine markenmäßigen Hinweise auf die I GmbH als Herstellerin. Dann aber handelt es sich allein um Händlermarken der Beklagten. Es fehlt an einer dem Verkehr erkennbaren Herkunftsfunktion der Bezeichnungen. § 23 GWB geht von einem auf das preisempfehlende Unternehmen hinweisenden Herkunftsmerkmal aus, wie aus dem gesetzlichen Wortlaut "seine Marke" folgt. Die Kennzeichnung soll es dem Endabnehmer ermöglichen, ohne übermäßige Schwierigkeiten das empfehlende Unternehmen festzustellen und zweifelsfrei die Herkunft der Waren von einem bestimmten Hersteller zu erkennen. Daran dürfte es hier fehlen. Letztlich kann diese Frage aber offen bleiben, weil jedenfalls der nachfolgende Gesichtspunkt durchgreift.	37

Die Unzulässigkeit der unverbindlichen Preisempfehlungen folgt im vorliegenden Fall daraus, daß die Herstellerin die betroffenen Produkte ausschließlich an die Beklagte liefert. In einem derartigen Fall des Alleinvertriebs nicht nur in einem abgegrenzten Verkaufsgebiet sondern im gesamten Vermarktungsbereich einer Ware ist für eine echte, ernsthaft gemeinte Preisempfehlung kein Raum. Hierfür spricht bereits der Wortlaut von § 23 Abs. 1 Nr. 2 GWB, wo von der "Mehrheit der Empfehlungsempfänger" gesprochen wird. Die kartellrechtliche Regelung geht danach davon aus, daß die Preisempfehlung gerade nicht nur gegenüber einem einzigen Abnehmer ausgesprochen wird. 38

Dasselbe Ergebnis folgt aus dem Sinn und Zweck des Instituts der unverbindlichen Preisempfehlung. Diese soll einerseits dem Verbraucher eine Orientierungshilfe und andererseits dem Wiederverkäufer eine Kalkulationshilfe geben. Beide Gesichtspunkte treffen im Fall des Alleinvertriebs nicht zu. Für den Endabnehmer ist nur der vom Alleinvertreiber verlangte Preis maßgebend. Andere Anbieter der betreffenden Ware gibt es auf dem Markt nicht. Dann aber kommt eine Preisempfehlung als Mittel der Marktorientierung nicht mehr in Betracht (vgl. Handbuch des Wettbewerbsrechts/Helm, 2. Aufl., § 49 Rdnr. 261). Der Alleinvertreiber seinerseits bedarf keiner Kalkulationshilfe, weil keine Wettbewerber denselben Artikel anbieten. In einem derartigen Fall reduziert sich eine unverbindliche Preisempfehlung auf eine Werbehilfe zugunsten des Alleinvertreibers. Das aber widerspricht dem Grundsatz, daß eine Preisempfehlung nicht von vornherein dazu bestimmt sein darf, dem Händler ein Unterschreiten und eine Werbung mit Preisgegenüberstellung zu ermöglichen. 39

Aus dem Vorstehenden erschließt sich ohne weiteres die konkrete Irreführung im vorliegenden Fall. Die Bezugnahme der Beklagten auf die unverbindlichen Preisempfehlungen der Herstellerin suggeriert eine Preisgünstigkeit im Marktvergleich. Tatsächlich unterbietet die Beklagte aber hier keinen Konkurrenzpreis. Denn die betreffenden Produkte werden allein von ihr angeboten. Einen höheren Marktpreis dieser Artikel gibt es nicht. Der von der Beklagten geforderte Preis ist vielmehr der jeweilige Marktpreis selbst (vgl. Großkommentar UWG-Lindacher, § 3 Rdnr. 89). 40

Der Senat verkennt nicht, daß diese Beurteilung des Alleinvertriebsrechts von der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in GRUR 1966, 327 (Richtpreiswerbung I) abweicht. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß sich nach Erlaß jenes Urteils die Rechtslage insoweit geändert hat, als erst durch die dritte GWB-Novelle im Jahre 1973 das Institut der unverbindlichen Preisempfehlung in § 38 a GWB - jetzt § 23 GWB - verankert und an die dort normierten Voraussetzungen gebunden worden ist. Unter der jetzigen Rechtslage ist nach Auffassung des Senats in der vorliegenden Fallgestaltung die Werbung mit einer unverbindlichen Preisempfehlung unzulässig. 41

Der entsprechende Unterlassungsanspruch der Klägerin ist auch nicht verjährt. Der Schriftsatz mit dem erstinstanzlichen Hilfsantrag, der die Unwirksamkeit der unverbindlichen Preisempfehlung geltend machte, ist am 03.06.1998 anhängig gemacht worden, weniger als 6 Monate nach Kenntnis der Klägerin von der Postwurfsendung am 04.12.1997. Eine frühere Kenntnis der Klägerin hat die Beklagte nicht dargelegt. Die Beklagte hat, wenn auch ohne förmliche Zustellung, diesen Schriftsatz erhalten, wie aus der Beantwortung vom 08.06.1998 folgt. Sodann ist am 12.06.1998 rügelos verhandelt worden. Das ist "demnächst" im Sinne von § 270 ZPO. Im übrigen ist von der Beklagten auch am 12.12.1997 noch für die Matratze "B" entsprechend geworben worden. 42

III. 43

44

Die Kostenregelung beruht auf §§ 91, 92 Abs. 1, 97 Abs. 1 ZPO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Ziffer 10, 711 ZPO.

Die Revision war wegen der dargestellten Abweichung von der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zuzulassen.

45