
Datum: 16.07.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 38/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0716.4U38.09.00

Vorinstanz: Landgericht Arnsberg, 8 O 208/08

Tenor:

Die Berufung der Antragsgegnerin zu 1) gegen das am 22. Januar 2009 verkündete Urteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Arnsberg wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Antragsgegnerin zu 1) unter Aufrechterhaltung der Ordnungsmittellandrohung nach dem Verbotstenor untersagt wird, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken in Bezug auf ihren auf den Vertrieb von Möbeln gerichteten Geschäftsbetrieb wie folgt zu werben: „Bekanntmachung Liquidationsverkauf. Donnerstag, 23.10.08., Freitag, 24.10.08, Samstag 25.10.08, Leder- und Polstermöbel“ unter Angabe Warenangeboten mit Preisgegenüberstellungen wie geschehen mit der Postwurfsendung vom 22.10.2008 (Bl. 4 d.A).

Die Antragsgegnerin zu 1) trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

A.

Die Antragsgegnerin zu 1) (im Folgenden nur: Antragsgegnerin), deren Geschäftsführer der Antragsgegner zu 2) ist (gegen den das erstinstanzliche Urteil rechtskräftig ist), warb mit

1

2

3

Postwurfsendungen vom 22.10.2008 (Bl. 4 d.A.) und 05.11.2008 (Bl. 5 d.A.) für Liquidationsverkäufe wie folgt:

Der Antragsteller hat gemeint, die Werbung sei irreführend. Es werde irrig der Eindruck erweckt, die beworbene Ware werde nur innerhalb eines kurzen Zeitraumes veräußert. Die angesprochenen Verkehrskreise verstünden die Werbung als eine bis auf weiteres nur kurzfristige Gelegenheit, die angebotenen Möbel und Matratzen zu bis zu 78% reduzierten Preisen erwerben zu können. Tatsächlich werde die vermeintlich einmalige Gelegenheit bereits in Kürze wieder geboten. Darüber hinaus verstoße die Werbung gegen das Transparenzgebot des § 4 Nr. 4 UWG. 4

Durch Beschlussverfügung vom 21.11.2008 hat das Landgericht den Antragsgegnern unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel untersagt, 5

- a. im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken in Bezug auf ihren auf den Vertrieb von Möbeln gerichteten Geschäftsbetrieb zu Zwecken des Wettbewerbs mit zeitlichen begrenzten Preisvorteil oder Preisreduzierungen zu werben und den durch Kalender genannten Gültigkeitszeitraum der Angebote zu überschreiten oder zu verlängern, insbesondere zu unterlassen, wie folgt zu werben: **"Bekanntmachung Liquidationsverkauf. Donnerstag 23.10.08, Freitag, 24.10.08, Samstag 25.10.08, Leder- und Polstermöbel" unter Angabe Warenangeboten mit Preisgegenüberstellungen** 6

sowie 7

"Bekanntmachung Liquidationsverkauf. Donnerstag, 06.11.08, Leder- und Polstermöbel" unter Angabe identischen Warenangeboten mit Preisgegenüberstellungen 8

insbesondere wie in den Postwurfsendungen vom 22.10.2008 und 05.11.2008 geschehen, 9

- b) eine so angekündigte Veranstaltung tatsächlich durchzuführen. 10

Der Antragsteller hat auf den Widerspruch der Antragsgegner hin den Verfügungsantrag zu 1 b) zurückgenommen. 11

Die Antragsgegner haben eine Irreführung in Abrede gestellt und bestritten, dass die mit der Postwurfsendung vom 05.11.2008 beworbenen Liquidationsverkäufe sich auf ein Warenangebot bezogen hätten, das mit dem der Liquidationsverkäufe aus dem Vormonat identisch gewesen sei. Sie haben gemeint, der Verfügungstenor zu a) verbiete mit künftiger Werbung etwas, das nicht verboten werden könne. Das, was nach der Antragsbegründung verboten werden solle, nämlich die angebliche Irreführung der Adressaten der Werbung durch die Nichteinhaltung der in der Werbung genannten befristeten Verkaufszeit, gebe der Verbotstenor nicht wieder. Die Antragsgegnerin könne jederzeit in zulässiger Weise mit der Ankündigung von Liquidationsverkäufen werben. Eine Irreführung der Adressaten der Werbung über die Dauer des beworbenen Angebots scheide aus, weil für das Auseinanderfallen der durch die Werbung vermittelten Vorstellung von der Dauer des Verkaufsangebots und seiner tatsächlichen Dauer auf den Zeitpunkt der jeweiligen Werbung abzustellen sei. Das bedeute, dass im vorliegenden Fall die Werbung vom 22.10. bzw. 05.11.2008 nicht irreführend sein könne, da zum jeweiligen Zeitpunkt der nach dem Vortrag des Antragstellers maßgebliche Umstand, nämlich die angebliche Nichteinhaltung des Verkaufsendes, objektiv noch nicht eingetreten gewesen sei. Im Übrigen habe die Werbung 12

keine "identischen" Liquidationsverkäufe betroffen. Die beiden Postwurfsendungen seien zeitlich 14 Tage versetzt erfolgt. Sie hätten jeweils inhaltlich ein völlig anderes Warenangebot betroffen. Schließlich sei zu sehen, dass mit den kalendermäßigen Angaben in der Werbung nur Öffnungszeiten angegeben worden seien. Die Adressaten der Werbung würden jedenfalls nicht davon ausgehen, dass der angebotene Liquidationsverkauf nur an den in der Werbung genannten Tagen stattfinden würde.

Das Landgericht hat in der mündlichen Verhandlung eine dem Vorsitzenden Richter privat zur Kenntnis gelangte weitere Werbung der Antragsgegnerin zu 1) angesprochen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht. Wegen der Einzelheiten wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung (Bl. 34 ff. d.A.) verwiesen. 13

Das Landgericht hat sodann die Beschlussverfügung zum Verbotsausspruch 1 a) aufrechterhalten. Es hat gemeint, der angesprochene Verkehr gehe davon aus, dass der Liquidationsverkauf nur an den in der Werbung angegebenen Tagen stattfinde. Er werde dadurch getäuscht, dass die Antragsgegnerin in der Werbung nicht deutlich mache, dass das gleiche Angebot in Kürze wieder gemacht werde. Der im ersten Angebot genannte Zeitraum von wenigen Tagen habe praktisch nicht gegolten, sondern sei mittels Wiederholung des gleichen Angebots verlängert worden. Insoweit ist das Landgericht von einem "periodisch aktivierten Verkaufskonzept" ausgegangen. 14

Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen. 15

Dieses wird mit der Berufung der Antragsgegnerin angegriffen. Sie betont, dass den Antragsgegnern ein Verhalten untersagt worden sei, das aus zwei Komponenten bestehe. Erst die zweite beworbene Verkaufsveranstaltung habe nach dem Vortrag des Antragstellers angeblich zu einem Überschreiten bzw. einer Verlängerung des zunächst genannten Verkaufszeitraums geführt. Das Landgericht habe am Unterlassungsantrag vorbei argumentiert und auf das zeitliche Nacheinander der Werbeinserate abgestellt. Die Antragsgegnerin rügt die protokollierten Fragestellungen des Landgerichts und die Einbeziehung einer dem Vorsitzenden Richter privat zur Kenntnis gelangten Werbung in den Rechtsstreit. Sie meint, das durch einen Zeitraum unterbrochene Veröffentlichen einer Verkaufsaktion stelle keine Verlängerung oder gar ein Überschreiten dar, zumal sich die einzelnen Verkaufsankündigungen auf unterschiedliche Warengruppen bezogen hätten. Irreführende Angaben über die Dauer der beworbenen Veranstaltung habe es mithin nicht gegeben. Insbesondere seien keine wesentlichen Tatsachen in der Werbung verschwiegen worden. Die Verkaufsveranstaltungen seien an den angegebenen Tagen beendet und gerade nicht fortgesetzt worden. Die Antragsgegnerin stellt in Abrede, dass sich der Verbraucher überlegt, ob das gleiche Angebot in Kürze wiederholt werde oder nicht. Ohnehin habe es sich nicht um gleiche Angebote gehandelt. Ferner stehe vor einem Verkauf nicht fest, ob die angebotenen Waren verkauft werden könnten. Daher müsse es einem Einzelhändler unbenommen sein, die restliche Ware später erneut zu bewerben. Das Landgericht habe insoweit zu Unrecht auf ein periodisch aktiviertes Verkaufskonzept hingewiesen. Dieses sei nicht Gegenstand des Unterlassungsantrags. Die Antragsgegnerin vertieft ihre Kritik an der ihrer Meinung nach bestehenden Unbestimmtheit des Verbotstenors. Der Insbesondere-Zusatz bringe den Verbotgrund nicht hinreichend zum Ausdruck. Vorsorglich weist sie darauf hin, dass eine mögliche Irreführung über die Dauer bzw. die Einmaligkeit der Veranstaltung nicht mit den Worten "nur wenige Tage" begründet werden könne. Diese Worte seien nicht Gegenstand des Unterlassungsantrags. Einer Änderung stünde die Einrede der Verjährung entgegen. 16

Die Antragsgegnerin beantragt,	17
das Urteil des Landgerichts abzuändern und die einstweilige Verfügung aufzuheben.	18
Der Antragsteller beantragt,	19
die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass der Antragsgegnerin zu 1) unter Aufrechterhaltung der Ordnungsmittelandrohung nach dem Verbotstenor untersagt wird, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken in Bezug auf ihren auf den Vertrieb von Möbeln gerichteten Geschäftsbetrieb wie folgt zu werben: "Bekanntmachung Liquidationsverkauf. Donnerstag, 23.10.08., Freitag, 24.10.08, Samstag 25.10.08, Leder- und Polstermöbel" unter Angabe Warenangeboten mit Preisgegenüberstellungen wie geschehen mit der Postwurfsendung vom 22.10.2008 (Bl. 4 d.A).	20
Er verteidigt das angefochtene Urteil, auf dessen Richtigkeit er vertraut.	21
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	22
B.	23
Die zulässige Berufung der Antragsgegnerin ist unbegründet. Der Antragsteller kann von ihr im Wege der einstweiligen Verfügung aus §§ 8 I, III Nr. 2; 3; 5 I UWG nach Maßgabe des Tenors die Unterlassung der streitgegenständlichen Bewerbung verlangen. Auf einen etwaigen Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 4 Nr. 4 UWG kommt es nicht mehr an.	24
I.	25
Soweit der Verfügungsantrag um den im Tenor genannten Maßgabezusatz ergänzt worden ist, handelt es sich zunächst im Hinblick auf § 253 II Nr. 2 ZPO nur um eine auch kostenunschädliche Konkretisierung, die – wie im Senatstermin im Einzelnen erörtert worden ist – den Streitgegenstand unberührt lässt. Denn bereits aus dem Antragstellervorbringen erster Instanz ergab sich, dass im Kern ein erneuter vermeintlicher Liquidationsverkauf verboten werden sollte, weil dem angesprochenen Adressatenkreis mit der Werbung "Bekanntmachung Liquidationsverkauf. Donnerstag, 23.10.08., Freitag, 24.10.08, Samstag 25.10.08, Leder- und Polstermöbel" unter Angabe Warenangeboten mit Preisgegenüberstellungen der Eindruck vermittelt worden sei, dass die Kaufgelegenheit nur noch kurze Zeit bestehe und ein schnelles Handeln geboten sei. Ebenso wenig wird von daher auch eine verjährte gerichtliche Geltendmachung virulent.	26
II.	27
Der für den Erlass der einstweiligen Verfügung nötige Verfügungsgrund ist zu bejahen. Die Dringlichkeit wird nach § 12 II UWG vermutet. Eine Widerlegung der Vermutung durch ein dringlichkeitsschädliches eigenes Verhalten des Antragstellers ist nicht feststellbar. Die nach der Rechtsprechung des Senats geforderte Regelfrist von einem Monat seit Kenntnis des Verstoßes bis zur gerichtlichen Geltendmachung ist eingehalten. Nach Kenntniserlangung von den Werbesendungen vom 22.10. und 05.11.2008 und Abmahnung vom 10.11.2008 hat der Antragsteller den vorliegenden Eilantrag unter dem 21.11.2008 bei Gericht eingereicht.	28
III.	29
	30

Der Verfügungsanspruch folgt aus §§ 8 I, III Nr. 2; 3; 5 I UWG. Durch die streitgegenständliche Werbung wird der angesprochene Verkehr darüber in die Irre geführt, dass der beworbene Liquidationsverkauf mit den genannten Verkaufstagen nicht beendet ist, sondern nach dem Geschäftsmodell der Antragsgegnerin in gleicher Weise wiederholt durchgeführt wird.

1. 31

Nach § 5 I UWG handelt unlauter i.S.d. § 3 UWG, wer irreführend wirbt. Eine Angabe ist irreführend, wenn sie den angesprochenen Verkehrskreisen einen unrichtigen Eindruck vermittelt. Dabei genügt es, dass die Werbung zur Irreführung und Beeinflussung geeignet ist. Entscheidend für die Beurteilung ist, welcher Eindruck bei den Werbeadressaten hervorgerufen wird und ob dieser mit der Wirklichkeit übereinstimmt. Zu den beteiligten Verkehrskreisen zählen alle von der Werbung angesprochenen Teile des Verkehrs, zu denen auch die Mitglieder des erkennenden Senats gehören. § 5 I Nr. 2 UWG erfasst dabei im speziellen auch irreführende Angaben über den Verkaufsanlass. 32

2. 33

Der "Liquidationsverkauf", den der Antragsgegner in seiner Postwurfwerbung vom 22.10.2008 für den knapp bemessenen Zeitraum vom 23. bis zum 25.10.2008 mit drastischen Preissenkungen bewirbt, suggeriert schon begrifflich bei den angesprochenen Möbel- und Matratzeninteressierten eine einmalige Verkaufsaktion mit der Besonderheit der kompletten Warenauflösung, eine Art Räumungsverkauf, der dann mit dem Verkauf der geräumten Gegenstände beendet ist und bei dem "alles verschleudert" werden soll. Im Kern wird unwahr eine nur einmalige Kaufgelegenheit kundgetan, nach der die beworbenen Preissenkungen nicht mehr wahrgenommen werden können. Tatsächlich war der fragliche Liquidationsverkauf keineswegs in der suggerierten Form einmalig, sondern wiederholt sich nach dem Geschäftskonzept der Antragsgegnerin regelmäßig. Es wird insofern darüber getäuscht, dass das Angebot nicht nur bei dem beworbenen Liquidationsverkauf, sondern in Kürze in gleicher Weise wieder gemacht wird. Der Empfänger der jeweiligen Postwurfsendungen musste bei ihrem Empfang davon ausgehen, dass der "Verkauf" nur an den angegebenen Tagen erfolgen würde. Die Ankündigung der Sonderveranstaltung enthielt von vornherein feste zeitliche Grenzen, die der Antragsgegner aber konzeptionell nicht einhielt, weil – wie auch aus den Verfahren 4 U 153/06 und 4 U 167/06 gerichtsbekannt ist und wie im Senatstermin im Einzelnen erörtert worden ist – periodisch derartige Verkäufe stattfinden und insofern die genannten "Enddaten" von vornherein nicht stimmen. Der vermeintliche "Liquidationsverkauf" wird nach den angekündigten Tagen jeweils in gleicher Weise wiederholt. Der gesetzte Eindruck eines einmaligen Liquidationsverkaufs mit einer auch letztmaligen Einkaufsmöglichkeit ist falsch. Der Umstand, dass das Werbeangebot in Kürze wiederholt würde, hat auch erhebliche Bedeutung dafür, wie ein Interessent auf das Angebot reagiert. Weiß er nämlich, dass das Angebot bald wieder in derselben Form auftauchen wird, wird er nicht dem identischen Kaufdruck und Entscheidungszwang unterliegen wie bei einer Konstellation, in der es nur um eine durchgeführte Verkaufsaktion geht. In dieser Konstellation wird er eher dazu neigen, das Angebot zu überdenken und zu vergleichen, wohingegen er bei einer einmaligen Sonderverkaufsaktion dahin tendiert, diese vermeintlich einmalige Verkaufsaktion zu nutzen. Werden – wie hier von vornherein feste zeitliche Grenzen angekündigt, so muss sich der Kaufmann hieran festhalten lassen. Der Verkehr wird irregeführt, wenn für die Sonderaktion mit einer zeitlichen Begrenzung geworben wird, dann aber auch nach Ablauf von vornherein beabsichtigt weiterhin die reduzierten Preise verlangt werden (vgl. Bornkamm, in Hefermehl/ Köhler/Bornkamm, 27. Aufl. 2009, § 5 Rn. 6.6a und 34

Verbotsgegenstand ist dabei nur die irreführende Werbung selbst. Es liegt insoweit nicht der Fall vor, dass sich die Werbung erst im Nachhinein als irreführend erweisen würde, weil der Liquidationsverkauf dann nämlich in der Folgezeit weiter durchgeführt wird. In einem solchen Fall kann die Werbung zum Zeitpunkt ihrer Verbreitung schwerlich bereits als irreführend und verbotswidrig angesehen werden (vgl. Senatsurteil vom 13.03.2007 in der Sache 4 U 167/06; Bornkamm, a.a.O., § 5 Rn. 6.9). Die Irreführung ist vorliegend – insoweit abweichend – deshalb begründet, weil sich der vermeintliche Liquidationsverkauf von vornherein als Scheinliquidationsverkauf erweist, weil eben im Vorfeld bereits feststeht, dass der Verkauf trotz suggeriertem zeitlichen Ende der vermeintlich einmaligen Kaufgelegenheit kurzzeitig später nach dem Geschäftsmodell der Antragsgegnerin bereits wiederholt und nunmehr wiederum das gleiche Angebot gemacht wird. Eine gleiche neue Verkaufsveranstaltung war von Anfang an bereits beabsichtigt. Insofern geht es nicht nur um eine spätere Neueröffnung bzw. auch um einen Verkauf verbliebener Restwaren, sondern um eine verschwiegene Staffelung von vermeintlich "einmaligen" Liquidationsverkäufen.

Dabei ist auch von einer Warenidentität auszugehen. Nach dem bei der Beurteilung der Irreführung maßgeblichen Empfängerhorizont werden, wenn man die in Rede stehenden Bekanntmachungen in der Gesamtheit betrachtet, immer ein- und dieselben Waren mit gleichen Preisreduzierungen beworben. Eine irgendwie geartete Unterschiedlichkeit des Warenangebots ist nicht ersichtlich. In diesem Zusammenhang hat die Antragsgegnerin dann auch gegen diesen Anschein in keiner Weise dargelegt, dass es sich um andere Waren handelte oder etwa die Waren nicht verkauft werden konnten und erst im Nachhinein die Entscheidung getroffen wurde, restliche oder neue, völlig andere Ware zu bewerben und zu verkaufen. Dies wäre mit der Art der Werbung so auch nicht in Einklang zu bringen. Die nach der Bewerbung angebotenen Artikel sind nach Art und Preis insgesamt identisch.

Der Verbraucher wird im Ergebnis durch die Irreführung einem erhöhten Kaufdruck ausgesetzt, weil er in unzutreffender Weise davon ausgeht, dass es sich für ihn nur um eine einmalige Einkaufsmöglichkeit handelt, die sich eben nicht wiederholen würde.

3.

Die Wiederholungsgefahr ist durch den Wettbewerbsverstoß indiziert und auch nicht durch die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung ausgeräumt.

IV.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus § 97 I, 708 Nr. 10 ZPO.