
Datum: 08.11.1996
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 11/96
ECLI: ECLI:DE:OLGK:1996:1108.6U11.96.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 31 O 692/94
Schlagworte: Preisgegenüberstellung
Normen: UWG §§ 3, 13 II; 38a GWB

Leitsätze:

1. Die Gegenüberstellung des Eigenpreises mit der unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers ist irreführend und wettbewerbsrechtlich unzulässig, wenn die angegebene Empfehlung nicht den Anforderungen des § 38a GWB entspricht.
2. Die Tatsache allein, daß Listenpreise existieren und vom Hersteller als unverbindlich bezeichnet werden, erfüllt noch nicht die Voraussetzungen einer unverbindlichen Preisempfehlung i.S. von § 38 a GWB; erforderlich ist vielmehr, daß die Empfehlung von dem Empfehlenden als bei ernsthafter Kalkulation angemessener durchschnittlicher Verbraucherpreis errechnet worden ist.

Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

1.) Auf die Berufung der Klägerin wird das am 5.12.1995 verkündete Urteil des Landgerichts Köln - 31 O 692/94 - teilweise abgeändert. Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,-- DM und für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder der Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken Artikel des Sortiments - mit Ausnahme von Artikeln der Unterhaltungselektronik - wie nachstehend wiedergegeben unter Gegenüberstellung von Eigenpreis und unverbindlicher Preisempfehlung des Herstellers

zu bewerben, soweit die angegebene unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers nicht besteht: 2.) Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Klägerin zu 1/4 und die Beklagte zu 3/4 zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens hat die Beklagte zu tragen. 3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung abwenden, und zwar bezüglich der Unterlassung in Höhe von 75.000 DM und bezüglich der Kosten in Höhe von 15.300 DM, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet. Die Klägerin kann die Vollstreckung der Beklagten durch Sicherheitsleistung eines Betrages von 1.250 DM abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet. Beiden Parteien wird nachgelassen, die Sicherheiten auch durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer deutschen Großbank oder öffentlichen Sparkasse zu erbringen. 4.) Die Beschwer der Beklagten wird auf 75.000 DM festgesetzt.

Tatbestand

- | | |
|--|---|
| | 1 |
| Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Endverbrauchermarkt u.a. für Unterhaltungselektronik, Fotoartikel und Artikel der Telekommunikation. | 2 |
| Die Beklagte bewarb in einer Beilage des "Wochenspiegel" vom 8.9.1994 u.a. eine Kamera Pentax Espio Silver Date mit einer "unverbindliche(n) Preisempfehlung des Herstellers" von 499 DM und einem Eigenpreis von 333 DM. Wegen der Einzelheiten der Werbung wird auf die Ablichtung auf Seite 3 dieses Urteils sowie auf Bl. 7 der Akte Bezug genommen. Die Kamera ist in einer Preisliste der Herstellerin aufgeführt, die einen maschinenschriftlichen Vermerk mit dem Text: "Listenpreis gleich unverbindlicher Verkaufspreis" trägt. Neben dem Vermerk befindet sich ein auf den 10.10.1994 datierter Stempelabdruck der Pentax Handelsgesellschaft nebst Unterschrift. Wegen der Einzelheiten der Liste wird auf die Ablichtung Bl.33 d.A. Bezug genommen. | 3 |
| Die Klägerin beanstandet die Werbung als irreführend und behauptet unter Beweisantritt, eine unverbindliche Preisempfehlung der Herstellerin habe jedenfalls zum Zeitpunkt der beanstandeten Werbung nicht bestanden. | 4 |
| Sie hat die Auffassung vertreten, wegen mehrerer ähnlich gelagerter Verstöße der Beklagten stehe ihr ein Unterlassungsanspruch in der über die konkrete Verletzungsform hinausgehenden Fassung zu, denn es sei zu erwarten, daß die Beklagte die im Streitfall in Rede stehenden Verstöße auch hinsichtlich des Restes ihrer Produktpalette begehen werde. | 5 |
| Die Klägerin hat b e a n t r a g t, | 6 |
| der Beklagten bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder der Ordnungshaft bis zu 6 Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 500.000 DM, Ordnungshaft höchstens 2 Jahre) zu verbieten, | 7 |
| im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken Artikel des Sortiments - mit Ausnahme von Artikeln der Unterhaltungselektronik - unter Gegenüberstellung von | 8 |

Eigenpreis und unverbindlicher Preisempfehlung zu bewerben, soweit die angegebene unverbindliche Preisempfehlung nicht besteht,	
und/oder	9
Artikel des Sortiments unter Gegenüberstellung von Eigenpreis und ehemaliger unverbindlicher Preisempfehlung zu bewerben, soweit die angegebene unverbindliche Preisempfehlung nicht als letzte unverbindliche Preisempfehlung bestanden hat.	10
Die Beklagte hat b e a n t r a g t,	11
die Klage abzuweisen.	12
Sie hat unter Hinweis auf den erwähnten Vermerk in der PENTAX-Preisliste (Bl. 33 d.A.) geltend gemacht, es habe für die beworbene Kamera eine unverbindliche Preisempfehlung der Herstellerin bestanden.	13
Das L a n d g e r i c h t hat die Klage abgewiesen, weil eine relevante Irreführungsgefahr nicht bestehe.	14
Es könne dahinstehen, ob der Vermerk "Listenpreis gleich unverbindlicher Verkaufspreis" der Preisliste ausreiche, um die dort ausgewiesenen Preise zu "unverbindlichen Preisempfehlungen" im Sinne von § 38 a Abs. 1 GWB zu machen. Sofern eine zulässige unverbindliche Preisempfehlung vorliege, sei die beanstandete Angabe der Beklagten zutreffend. Sofern die Listenpreise aber eine unzulässige Preisempfehlung seien, werde der Verkehr auch nicht in relevanter Weise getäuscht. Es sei nämlich für den Verbraucher kein Unterschied, ob die Empfehlung nur unverbindlich gemeint sei oder unverbindlich gemeint sei und den Anforderungen des § 38 a GWB an eine unverbindliche Preisempfehlung genüge. Sollte die Empfehlung aber sogar verbindlich gemeint gewesen sein, sei der dann hervorgerufene Irrtum über die in Anspruch genommene Preisbindung deswegen irrelevant, weil eine Angabe der - unterbotenen - Preisbindung sogar eine größere Werbewirkung erzielt hätte.	15
Mit ihrer B e r u f u n g gegen dieses Urteil verfolgt die Klägerin den ersten Teil ihres Klageantrags weiter.	16
Sie vertritt die Auffassung, die Beklagte habe deswegen nicht mit der Gegenüberstellung werben dürfen, weil tatsächlich eine unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers nicht bestanden habe. Durch die Angabe der nicht vorhandenen unverbindlichen Preisempfehlung sei bei dem Endverbraucher der unzutreffende Eindruck erweckt worden, es werde ein von dem Hersteller aufgrund ernsthafter Kalkulation als angemessen ermittelter Verbraucherpreis unterboten.	17
Der Vermerk auf der von der Beklagten zu der Akte gereichten PENTAX-Preisliste stelle eine unverbindliche Preisempfehlung schon nach seinem Wortlaut nicht dar. Es werde lediglich zum Ausdruck gebracht, daß die Listenpreise "unverbindliche Verkaufspreise" seien, was wegen des Verbots der Preisbindung für Fotoartikel ohnehin selbstverständlich sei. Durch den Vermerk werde nicht zum Ausdruck gebracht, daß der Listenpreis aufgrund einer ernsthaften Kalkulation eines angemessenen Verbraucherpreises ermittelt worden sei.	18
Die Klägerin b e a n t r a g t,	19
	20

unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes und für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, einer Ordnungshaft oder der Ordnungshaft bis zu 6 Monaten (Ordnungsgeld im Einzelfall höchstens 500.000 DM, Ordnungshaft höchstens 2 Jahre) zu unterlassen,	
im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken Artikel des Sortiments - mit Ausnahme von Artikeln der Unterhaltungselektronik - unter Gegenüberstellung von Eigenpreis und unverbindlicher Preisempfehlung des Herstellers zu bewerben, soweit die angegebene unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers nicht besteht, wie nachstehend wiedergegeben:	21
Die Beklagte b e a n t r a g t,	22
die Berufung zurückzuweisen.	23
Sie räumt ein, daß die Fa. Pentax zum Zeitpunkt des Erscheinens der beanstandeten Werbung keine als solche bezeichnete unverbindliche Preisempfehlung ausgesprochen habe, meint aber, ein Verstoß gegen § 3 UWG könne in der beanstandeten Werbung nicht gesehen werden, weil sie aufgrund des Vermerks vom Vorliegen einer unverbindlichen Preisempfehlung habe ausgehen müssen. Schon von seinem Wortlaut her habe der Vermerk nur als unverbindliche Preisempfehlung aufgefaßt werden können. Unter dem "Verkaufspreis" habe sie deswegen den Preis verstehen müssen, zu dem sie die Kamera habe veräußern sollen, weil sie zugleich mit dem Vermerk auch die Preisliste erhalten habe. Wenn die Herstellerin ihr nur die Preisliste habe übersenden wollen, so hätte es des gesonderten Vermerks nicht bedurft. Auch die Verwendung des Wortes "unverbindlich" deute auf die Absicht der Herstellerin hin, eine Preisempfehlung im Sinne der §§ 38 a Nr. 1 und 2 GWB abzugeben. Ohne Bedeutung sei, daß die Herstellerin nunmehr in Abrede stelle, eine unverbindliche Preisempfehlung abgegeben zu haben, weil der nachfolgende Sinneswandel nicht zu ihren Lasten gehen könne.	24
Schließlich liege aber auch dann keine relevante Irreführung vor, wenn keine unverbindliche Preisempfehlung gegeben gewesen sei. Der Preisvorteil, den der Verbraucher bei einer Gegenüberstellung mit einer unverbindlichen Preisempfehlung erwarte, sei nämlich geringer als bei einer Gegenüberstellung mit dem Listenpreis des Herstellers. Denn der Verbraucher sehe als Listenpreis denjenigen an, zu dem der Hersteller die Ware an den Zwischenhandel abgebe. Hätte sie daher statt der unverbindlichen Preisempfehlung den Listenpreis ihrem Eigenpreis gegenübergestellt, so wären sehr viel weitergehende Vorstellungen über die Preisgünstigkeit des Angebotes geweckt worden.	25
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf die bis zum Verhandlungstermin gewechselten Schriftsätze, die sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, und den der Beklagten nachgelassenen Schriftsatz vom 11.10.1996 Bezug genommen.	26
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	27
Die Berufung ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.	28
Die Klägerin ist gemäß § 13 Abs.2 Ziff.1 UWG klagebefugt, weil sie im Sinne dieser Bestimmung auf demselben Markt wie die Beklagte, nämlich im Raum Saarbrücken/Neunkirchen, u.a. Fotokameras, also Waren gleicher Art, vertreibt.	29

- Ihr steht der mithin befugtermaßen geltendgemachte Anspruch aus §§ 3,13 Abs.2 Ziff.1 UWG auch zu. Die angegriffene Werbung ist nämlich in wettbewerblich relevanter Weise irreführend und geeignet, den Wettbewerb auf dem Fotomarkt wesentlich zu beeinträchtigen. 30
- Allerdings ist die Gegenüberstellung des Eigenpreises mit einer Preisempfehlung des Herstellers nicht von vorneherein unzulässig. Ihre Zulässigkeit setzt aber voraus, daß es sich inhaltlich um eine unverbindliche Preisempfehlung handelt, die den Anforderungen des § 38 a Abs.1 GWB entspricht. Aus diesem Grunde darf entgegen der Auffassung der Kammer nicht offenbleiben, ob die Empfehlung der Herstellerin diese Kriterien erfüllt. Tatsächlich ergibt sich indes auch aus dem Vorbringen der Beklagten nicht, daß zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Werbung eine unverbindliche Preisempfehlung im Sinne des § 38 a GWB vorlag, die die Werbeaussage hätte rechtfertigen können. Auf die diesbezügliche Vorstellung der Beklagten kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. 31
- Es entspricht gefestigter Rechtsprechung des BGH (vgl. GRUR 80, 108 - "...unter empf. Preis"; GRUR 81,137,138 - "Tapetenpreisempfehlung"), von der abzuweichen kein Anlaß besteht, daß Einzelhändler grundsätzlich nicht gehindert sind, in ihrer Werbung auf eine Preisempfehlung des Herstellers Bezug zu nehmen. Dabei ist indes u.a. vorausgesetzt, daß die Empfehlung von dem Empfehlenden als bei ernsthafter Kalkulation angemessener durchschnittlicher Verbraucherpreis errechnet worden ist, wie dies der Sache nach im § 38 a Abs.1 Ziff.2 GWB für eine zulässige unverbindliche Preisempfehlung vorausgesetzt wird. Denn nur wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, kommt in der Gegenüberstellung ein Preisvorteil zum Ausdruck, der den behaupteten Gegebenheiten entspricht und insbesondere deutlich macht, inwieweit es sich um ein besonders preisgünstiges Angebot handelt. Wird demgegenüber ein anderer Preis, der nicht auf der dargelegten Kalkulation beruht, als Herstellerempfehlung angegeben, so besteht die für die Verwirklichung des § 3 UWG ausreichende Gefahr, daß der Verbraucher eine größere Differenz zu einer den wirtschaftlichen Verhältnissen auf dem Markt entsprechenden Kalkulation als gegeben ansieht, als dies tatsächlich der Fall ist. Denn der Verbraucher erwartet, daß die unverbindliche Preisempfehlung auf eben einer solchen Einschätzung beruht. Das kann der Senat, dessen Mitglieder als Verbraucher zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehören, aus eigener Kenntnis feststellen. Weite Kreise der Verbraucher kennen die ausdrücklich als solche bezeichnete "unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers" als häufig verwendetes Werbemittel. Ohne die Vorschrift des § 38 a GWB im einzelnen zu kennen, verbinden sie mit einer solchen Angabe der Sache nach die oben dargelegte Vorstellung, nämlich insbesondere, daß der Angabe eine realistische Preiskalkulation zugrundeliegt, die u.a. die Verhältnisse auf dem betroffenen Markt berücksichtigt. 32
- Der auf der als Bl.33 in Kopie wiedergegebenen Preisliste enthaltene Vermerk der Fa. Pentax entspricht diesen Voraussetzungen nicht. Es handelt sich auch nach dem Vortrag der Beklagten nicht um eine Empfehlung, die im Sinne des § 38 a Abs.1 Ziff.2 GWB von der Fa. Pentax in der Erwartung ausgesprochen worden ist, daß der empfohlene Preis dem von der Mehrheit der Empfehlungsempfänger voraussichtlich geforderten Preis entspricht. Das räumt die Beklagte im Berufungsverfahren mit Schriftsatz vom 11.10.1996 inzwischen selbst ein. Allein, daß überhaupt Listenpreise existieren und die Fa. Pentax diese in dem Vermerk als unverbindlich bezeichnet hat, erfüllt noch nicht die Voraussetzungen einer unverbindlichen Preisempfehlung im Sinne des § 38 a GWB. Schon der Wortlaut, wonach der Listenpreis "gleich unverbindlicher Verkaufspreis" ist, spricht gegen die Annahme, daß es sich um eine unverbindliche Preisempfehlung im Sinne der Vorschrift handeln könnte. Vor allem aber behauptet die Beklagte selbst nicht, daß der Listenpreis auf den vorstehend dargelegten Kalkulationskriterien beruhe. 33

Der Senat läßt die Frage offen, ob der Vermerk mit der Verbotsnorm des § 38 Abs.1 Ziff.12 GWB im Einklang steht oder nicht. Für die Frage der Irreführung des Verkehrs ist nämlich allein entscheidend, ob die Fa. Pentax den Preis nach hinreichender Kalkulation der Marktlage empfohlen hat, was aus den vorstehenden Gründen zu verneinen ist.	34
Genügt der Vermerk mithin schon inhaltlich den zu stellenden Anforderungen an eine unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers nicht, so braucht auch die Frage nicht entschieden zu werden, ob die erst vom 10.10.1994 datierende Äußerung der Herstellerin überhaupt geeignet sein konnte, die bereits über einen Monat früher, nämlich schon am 8.9.1994, geschaltete Werbung zu rechtfertigen.	35
Der Senat kann auch die Frage offenlassen, wem die Darlegungs- und Beweislast für das Vorhandensein bzw. Nichtvorhandensein einer die Gegenüberstellung rechtfertigenden unverbindlichen Preisempfehlung obliegt. Denn es ist unstreitig, daß eine andere Verlautbarung der Herstellerin, die als unverbindliche Preisempfehlung in Betracht kommen könnte, als diejenige des Vermerks auf der Preisliste, der aus den genannten Gründen nicht ausreicht, nicht existiert. Die Beklagte bestreitet nämlich die Behauptung der Klägerin, eine unverbindliche Preisempfehlung durch die Herstellerin sei nicht erfolgt, nicht und vertritt nur die - wie gezeigt unrichtige - Rechtsauffassung, der Vermerk auf der Preisliste reiche zur Rechtfertigung der Werbung aus.	36
Für die Entscheidung des Rechtsstreits ist es ohne Bedeutung, ob die Beklagte - wie sie behauptet - die Angabe auf der Liste als eine unverbindliche Preisempfehlung im Sinne von § 38 a Abs. 1 GWB verstanden hat. Für die gemäß § 3 UWG zu unterlassende Irreführung des Verkehrs reicht es aus, daß objektiv eine zulässige unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers nicht gegeben war, weil eben deswegen die Gefahr besteht, daß der Verkehr der Werbung eine besondere Preisgünstigkeit des Angebotes entnimmt, die diesem tatsächlich nicht zukommt. Ein Verschulden wird von dem Unterlassungstatbestand des § 3 UWG nicht vorausgesetzt.	37
Die Beklagte kann sich schließlich nicht mit Erfolg darauf berufen, angesichts des Vermerks habe sie das Recht gehabt, den Preis von 499 DM als "Listenpreis" der Herstellerin zu bezeichnen und dies hätte beim Verbraucher die noch eher irreführende Vorstellung ausgelöst, sie als Zwischenhändlerin habe den Preis von 499 DM zu zahlen und gebe die Kamera nunmehr unter ihrem Einkaufspreis für 333 DM an den Verbraucher weiter. Es trifft angesichts des dann offensichtlich und in erheblicher Höhe eintretenden Verlustes für die Beklagte schon nicht zu, daß der Verbraucher eine dahingehende Vorstellung entwickeln würde. Selbst wenn dies aber doch der Fall wäre, könnte die Beklagte hieraus kein Rechtfertigung für die unrichtige Werbeaussage herleiten, weil es - was keiner näheren Begründung bedarf - ebenfalls eine Irreführung der Verbraucher darstellen würde, den unrichtigen Eindruck zu erwecken, sie habe die Kamera für 499 DM erworben, wenn der Einkaufspreis tatsächlich deutlich geringer war.	38
Der aus den vorstehenden Gründen in der Werbung liegende Verstoß gegen § 3 UWG ist auch im Sinne des § 13 Abs.2 Ziff.1 UWG geeignet, den Wettbewerb auf dem örtlichen Fotomarkt wesentlich zu beeinträchtigen. Dies ergibt sich ohne weiteres aus der erheblichen Unterschreitung des zu Unrecht als "unverbindliche Preisempfehlung des Herstellers" angegebenen Preises einerseits und der wirtschaftlichen Größe und Umsatzstärke der Beklagten andererseits.	39
Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs.1, 92 Abs. 1 ZPO.	40

Eine Anwendung des § 269 Abs. 3 ZPO kam nicht in Betracht. Die Umformulierung des mit der Berufung verfolgten Klageantrags im Berufungstermin stellt keine teilweise Klagerücknahme, sondern lediglich eine bessere Anpassung des Klageantrags an die beanstandete Wettbewerbshandlung dar.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 713 ZPO. 42

Die gemäß § 546 Abs.2 ZPO festzusetzende Beschwer der Beklagten entspricht dem Wert ihres Unterliegens im Rechtsstreit. 43

Streitwert für das Berufungsverfahren: 75.000 DM. 44