Oberlandesgericht Köln, 6 U 178/22

Datum:	23.06.2023
Gericht:	Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper:	6. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	6 U 178/22
ECLI:	ECLI:DE:OLGK:2023:0623.6U178.22.00

Normen:	UWG §§5 Abs.1, Abs. 2 Nr.2; 12 Abs. 1

Tenor:

Auf die Berufung der Antragstellerin und unter teilweiser Abänderung des Urteils der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 09.11.2022 - 84 O 124/22 - wird der Antragsgegnerin bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00 und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollziehen an deren Geschäftsführern, untersagt, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs einen Preisvergleich mit einer UVP durchzuführen, wenn dies geschieht wie in der Anlage AS 1.

Im Übrigen wird die Berufung der Antragstellerin zurückgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Antragstellerin zu ¾ und die Antragsgegnerin zu ¼.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 80.000,00 € festgesetzt.

Gründe 1

I. 2

Von der Darstellung des Tatbestandes wird gemäß §§ 540 Abs. 2, 313a Abs. 1 S. 1, 3

4

542 Abs. 2 S. 1 ZPO abgesehen.

II.

Die Berufung der Antragstellerin ist zulässig, erzielt aber in der Sache nur einen Teilerfolg. Die Verbotsanträge sind zwar hinreichend bestimmt. Auch steht der Antragstellerin ein Verfügungsgrund zur Seite. Die Antragstellerin kann Unterlassung jedoch nur hinsichtlich der in der Anlage AS1 abgebildeten Werbung der Antragsgegnerin verlangen, weil nur insoweit eine Unlauterkeit der Werbung mit einer unverbindlichen Preisempfehlung (im Folgenden: UVP) anzunehmen ist.

1. Gegen die Bestimmtheit der gestellten Anträge bestehen keine Bedenken. Der Senat hat in seiner den Parteien bekannten Entscheidung vom 09.09.2022 (6 U 92/22 GRUR-RR 2022, 501, 502 Rn. 24 ff. - Mondpreise m. Anm. Onken) ausgeführt:

„Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Unterlassungsantrag – und nach § 313 Abs. 1 Nr. 4 ZPO eine darauf beruhende Verurteilung – nicht derart undeutlich gefasst sein, dass der Streitgegenstand und der Umfang der Prüfungs- und Entscheidungsbefugnis des Gerichts nicht mehr klar umrissen sind, der Beklagte sich deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und im Ergebnis dem Vollstreckungsgericht die Entscheidung darüber überlassen bleibt, was dem Beklagten verboten ist (BGH, Urteil vom 20.06.2013 – I ZR 55/12 – Restwertbörse II). Allein dass der Tenor einer Auslegung zugänglich ist, führt indes nicht dazu, dass der Tenor zu unbestimmt wäre, wenn über den Sinngehalt kein Zweifel besteht, sodass die Reichweite von Antrag und Urteil feststeht. Davon ist im Regelfall auszugehen, wenn über die Bedeutung des an sich auslegungsbedürftigen Begriffs zwischen den Parteien kein Streit besteht und objektive Maßstäbe zur Abgrenzung vorliegen oder wenn zum Verständnis des Begriffs auf die konkrete Verletzungshandlung und die gegebene Klagebegründung zurückgegriffen werden kann (BGH, Urteil vom 04.11.2010 – I ZR 118/09, GRUR 2011, 539 - Rechtsberatung durch Lebensmittelchemiker).“

Den in jenem Verfahren im Antrag enthaltenen Zusatz „es sei denn, der UVP liegt eine aktuelle und ernsthafte Kalkulation als angemessener Verbraucherpreis zugrunde“, hat der Senat (a.a.O., Rn. 25) als unschädliche Überbestimmung angesehen, die ihren

Platz in der Antragsbegründung habe. Die Bezugnahme auf die jeweils eingeblendeten konkreten Verletzungsformen sei ausreichend, da – unter Berücksichtigung der Klagebegründung – hinreichend klargestellt sei, welches konkrete Verhalten dem Gegner verboten sei. Es sei grundsätzlich nicht Sache des Klägers, Ausnahmetatbestände in den Klageantrag mit aufzunehmen (unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 11.02.2021 – I ZR 227/19 – juris Rn. 18 – Rechtsberatung durch Architekten).

So verhält es sich auch hier. Denn die Antragstellerin hat deutlich gemacht (u.a. S. 4 der Antragsschrift, Bl. 5 eA, vgl. auch S. 9, Bl. 10 eA sowie S. 9 und 11 des Schriftsatzes vom 24.10.2022, Bl. 283, 285 eA), dass sie sich hinsichtlich des Antrags zu I. 1. (konkrete Verletzungsformen insoweit Anlagen AS1 und AS2) darauf stützt, dass diese T. außer von der Antragsgegnerin von niemandem vertrieben würden, weshalb die Angabe einer UVP den Verbrauchern die Vorstellung vermittele, dass es sich um ein im Marktvergleich besonders günstiges Angebot handele. Diese Vorstellung sei in den streitgegenständlichen Fällen jedoch falsch: Weil die Antragsgegnerin jeweils der einzige Anbieter sei, der die T. im Sortiment habe, gebe es weder einen Markt, für den die Preisempfehlung eine Orientierungshilfe sein könne noch einen Marktpreis, der der Empfehlung entsprechen oder nahekommen könne (S. 9 Antragsschrift, Bl. 10 eA). Hinsichtlich des Antrags zu I. 2. sieht sie die Irreführung darin (a.a.O.), dass es für die in den Anlagen AS3 und AS4 eingeblendeten T. zwar einen Markt gebe, die UVP in beiden Fällen jedoch bereits seit mehr als einem Jahr nicht mehr ernsthaft verlangt werde.

Anhand dieser Ausführungen wird für die Antragsgegnerin hinreichend deutlich, was ihr - im Falle des Erlasses der einstweiligen Verfügung - untersagt wird. Wie in der vorgenannten Senatsentscheidung ausgeführt, bedurfte es entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin (S. 3, 15 f. des Schriftsatzes vom 12.10.2022, Bl. 233, 245 GA) daher zur Wahrung der Bestimmtheit auch keiner Aufnahme von konkretisierenden Zusätzen in den Antrag selbst. Soweit die Antragsgegnerin bemängelt hat, dass ihr die

Einhaltung des Verbots unmöglich sei, weil sie u.a. keinen Einblick in die Kalkulation des UVP durch den Hersteller habe und auch die Antragstellerin keinerlei Kriterien hierfür vorgegeben habe, rechtfertigt dies keine andere Beurteilung: Denn hierbei handelt es sich um eine Frage der Begründetheit des Antrags bzw. des schlüssigen Vortrags der Antragstellerin, der auch im Falle eines einheitlichen Streitgegenstands für jede behauptete Fehlvorstellung im Fall der Irreführung erforderlich ist (Schmidt, in: Büscher, UWG, 2. Aufl. 2021, § 12 Rn. 52). Dies stellt aber die Reichweite des begehrten Verbots (das auf die konkrete Verletzungsform gerichtet ist) nicht in Frage. Das gilt umso mehr, als die von der Antragstellerin als irreführend angesehenen Aspekte durch die höchstrichterliche Rechtsprechung bereits gefestigt und konturiert worden sind und z.B. (was die Kalkulation angeht) anhand von Indizien beurteilt werden können (vgl. etwa Bornkamm/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 5 Rn. 3.85 f.).

Auch führt es entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin (S. 3 des Schriftsatzes vom 07.11.2022, Bl. 365 GA) nicht zur Unbestimmtheit, dass die Antragstellerin ausgeführt hat, dass die angegriffenen Verletzungsformen unter mehreren Aspekten irreführend sein könnten. Denn hierin liegt keine unzulässige alternative Stützung auf mehrere Klagegründe. Wenn sich die Klage gegen ein konkret umschriebenes beanstandetes Verhalten richtet, so liegt darin der Lebenssachverhalt, der den Streitgegenstand bestimmt. Unerheblich ist es insofern, wenn dieser vorgetragene Lebenssachverhalt die Voraussetzungen nicht nur einer, sondern mehrerer Verbotsnormen erfüllt. Der Streitgegenstand umfasst in diesem Falle alle Rechtsverletzungen, die durch die konkrete Verletzungsform verwirklicht wurden, und zwar unabhängig davon, ob der Kläger sich auf bestimmte Rechtsverletzungen gestützt hat. Es führt daher nicht zu einer Mehrheit von Streitgegenständen, soweit der Kläger sein Begehren auf mehrere Anspruchsgrundlagen oder – wie hier – auf verschiedene Varianten der Irreführung stützt (statt aller: Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, a.a.O. § 12 Rn. 1.23e f. m.w.N.). In einem solchen Fall

ist es vielmehr dem Gericht überlassen, auf welche rechtlichen Gesichtspunkte es das beantragte Unterlassungsgebot innerhalb desselben Streitgegenstandes stützt, ohne dass es insoweit an eine von dem Kläger vorgegebene Reihenfolge gebunden wäre (BGH GRUR 2020, 1226, 1228 Rn. 24 m.w.N. - LTE-Geschwindigkeit).

2. Trotz der Einwendungen der Antragsgegnerin ist die Dringlichkeitsvermutung des 12 Abs. 1 UWG nicht widerlegt. Die Antragsgegnerin stützt sich im Kern darauf, dass die Antragstellerin im Verfügungsantrag weitergehenden Vortrag gehalten hat, als er zum Gegenstand des Abmahnschreibens vom 23.09.2022 (Anlage AS 15, Bl. 200 ff. GA) gemacht worden war, was das Landgericht – für die Antragstellerin vorhersehbar – vor dem Hintergrund der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu einer vorherigen Anhörung der Antragsgegnerin gezwungen habe. Die hierdurch entstandene Verzögerung sei vermeidbar gewesen und wirke daher dringlichkeitsschädlich (S. 17 der Antragserwiderung, Bl. 247 GA, S. 5 des Schriftsatzes vom 07.11.2022, Bl. 367 GA).

Insofern ist zum zeitlichen Ablauf zunächst festzustellen, dass die Antragstellerin unter dem 23.09.2022 mittels Abmahnung (Anlage AS 15, Bl. 200 ff. GA) gegen die Antragsgegnerin vorgegangen ist, nachdem sie unwidersprochen zu einem nur kurz davorliegenden Zeitpunkt (die zum Antragsgegenstand gemachten Verletzungsformen beruhen auf Screenshots vom 22.09.2022, Bl. 6, 8, 11, 14 GA) Kenntnis von der streitgegenständlichen Werbung erlangt hatte. Die ursprünglich auf den 30.09.2022 gesetzte Frist (Bl. 206 GA) hat die Antragstellerin sodann trotz weitergehendem Fristverlängerungsgesuch der Antragsgegnerin (bis 10.10.2022, Bl. 210 GA) lediglich bis zum 04.10.2022 verlängert und nach ablehnender Reaktion der Antragsgegnerin unter diesem Datum (Bl. 214 ff. GA) mit am 07.10.2022 bei Gericht eingegangenem Schriftsatz vom selben Tage (Bl. 2 ff. GA) den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt. Hierin liegt ersichtlich kein verzögerliches Vorgehen.

Soweit sich die Antragstellerin erst im Verfügungsantrag hinsichtlich des Antrags zu I.2. auf fehlende Preisdifferenzen zwischen stationärem Handel und Onlinehandel

berufen hat (S. 10 ff. der Antragsschrift, Bl. 11 ff. GA), was das Landgericht ausweislich der Verfügung vom 07.10.2022 (Bl. 220 GA) zur Anhörung der Gegenseite zwecks Wahrung des rechtlichen Gehörs veranlasst hat, ist in tatsächlicher Hinsicht zunächst festzuhalten, dass die Kammer eine Stellungnahmefrist von lediglich fünf Tagen gesetzt hat. Ferner ist zu berücksichtigen, dass zwar die Antragstellerin mit einer solchen Vorgehensweise angesichts der eindeutigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts rechnen musste, sie andererseits aber angesichts der ablehnenden und die Grundlagen der Abmahnung infrage stellenden Reaktion der Antragsgegnerin keine weiteren außergerichtlichen Rechtsbehelfe hätte ergreifen können, mit denen sie schneller zum Ziel gekommen wäre. Angesichts des Umstandes, dass im vorausgegangenen Verfahren 6 U 92/22 zwischen den Parteien unstreitig geblieben war, dass auf dem T.-Markt kein relevanter Preisunterschied zwischen Online-Händlern und stationären Händlern besteht, hatte die Antragstellerin auch keinen Anlass, sich bereits in der Abmahnung hierzu zu verhalten. Diesen Punkt hat die Antragsgegnerin entsprechend erst in der Erwiderung auf die Abmahnung ins Feld geführt. Zu einer proaktiven Äußerung zu dieser Frage war die Antragstellerin bei dieser Sachlage außergerichtlich nicht verpflichtet. Insofern ist die Anrufung des Gerichts in Kenntnis einer möglichen Stellungnahmegelegenheit für die Gegenseite im Streitfall nicht als Ausdruck verzögerlicher oder gar nachlässiger Verfahrensführung zu werten, sondern vielmehr als Hinnahme einer verfassungsrechtlich erforderlichen Verfahrensgestaltung. Dies entspricht auch dem allgemeinen Grundsatz, dass in der Sphäre des Gerichts liegende Umstände in aller Regel nicht dringlichkeitsschädlich sind. Da dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung die Reaktion der Antragsgegnerin auf die Abmahnung beigefügt war, liegt auch nicht die Fallgestaltung einer Verheimlichung der Antwort auf die Abmahnung vor (vgl. hierzu Köhler/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 41. Aufl. 2023, § 12 Rn. 2.16a). Selbst die Verzögerung von fünf Tagen führte angesichts der Kenntnisnahme erst Ende September 2022, wenn man sie hypothetisch zu dem

Datum der Antragsschrift hinzurechnete, zur gerichtlichen Geltendmachung unter dem
12.10.2022 und damit weit unter der regelmäßig mit einem Monat anzusetzenden
Schwelle der Dringlichkeitsfrist. Dass die Kammer nach Gewährung der vorgenannten
Stellungnahmefrist und weiterer Stellungnahmegelegenheit für die Antragstellerin
schließlich einen Termin auf den 09.11.2022 anberaumt hat, liegt ebenfalls nicht in der
Sphäre der Antragstellerin.
3. Ein Verfügungsanspruch aus den §§ 3, 5 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr.
UWG steht der Antragstellerin indes allein hinsichtlich der in der Anlage AS 1
1 abgebildeten Werbung für die T. „K.“ zu. Nur insoweit ist
glaubhaft gemacht, dass es sich bei der Werbung mit der von der Antragsgegnerin
verwendeten UVP für die in Rede stehenden T. um irreführende geschäftliche
Handlungen iSd § 5 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 UWG handelt. Eine geschäftliche Handlung ist
danach irreführend, wenn sie u.a. unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung
geeignete Angaben über das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils enthält.
a) Die Antragstellerin ist als Mitbewerberin gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG
aktivlegitimiert, da sie mit der Antragsgegnerin in einem konkreten
Wettbewerbsverhältnis steht, nachdem die Parteien auf denselben Geschäftsfeldern
(Vertrieb von T. und Zubehör) tätig sind.
b) Die Maßstäbe für die Irreführung im Falle der Werbung mit einer UVP hat das
Landgericht im angefochtenen Urteil zutreffend wiedergegeben. Danach ist eine
kartellrechtlich zulässige Werbung mit einer UVP u.a. irreführend, wenn nicht
klargestellt wird, dass es sich bei der Herstellerempfehlung um eine unverbindliche
Preisempfehlung handelt, wenn die Empfehlung nicht auf der Grundlage einer
ernsthaften Kalkulation als angemessener Verbraucherpreis ermittelt worden ist, wenn
der vom Hersteller empfohlene Preis im Zeitpunkt der Bezugnahme nicht als
Verbraucherpreis in Betracht kommt (vgl. BGH GRUR 2003, 446 m.w.N. -
Preisempfehlung für Sondermodelle) oder wenn die unverbindliche Preisempfehlung
keine marktgerechte Orientierungshilfe einer nur
ihm darstellt, weil etwa ein Alleinvertriebsberechtigter

gegenüber ausgesprochenen unverbindlichen Preisempfehlung des Herstellers einen niedrigeren Preis

gegenüberstellt (BGH GRUR 2002, 95 f. - Preisempfehlung bei Alleinvertrieb).

Die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass eine Werbung mit unverbindlichen Preisempfehlungen geeignet ist, die angesprochenen Verkehrskreise irrezuführen, trifft grundsätzlich den Anspruchsteller. Es gelten insoweit die allgemeinen Grundsätze zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast, nach denen der Verletzte die rechtsbegründenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen hat, der Verletzer dagegen diejenigen Umstände, die den rechtsbegründenden Tatsachen ihre Bedeutung oder Grundlage nehmen. Für Ansprüche wegen irreführender Werbung mit bestehenden unverbindlichen Preisempfehlungen von Herstellern gilt nichts anderes (BGH GRUR 2004, 246, 247 - Mondpreise?; ebenso Senat, Urteil vom 09.09.2022, U 92/22, GRUR-RR 2022, 501, 504 Rn. 40 - Mondpreise).

c) Gemessen an diesen Grundsätzen ist nur hinsichtlich der Anlage AS1 glaubhaft gemacht, dass die Antragsgegnerin alleinige Anbieterin der T. „BeCo Active Strong“ war und deshalb die die Unlauterkeit der Werbung aus der Fallgruppe „keine marktgerechte Orientierungshilfe wegen Alleinvertrieb“ folgt. Im Übrigen fehlt es an schlüssigem Vortrag der Antragstellerin bzw. entsprechender Glaubhaftmachung. Im Einzelnen:

aa) Soweit die Antragstellerin in den Raum gestellt hat, dass es möglicherweise gar keine UVP für die T. „K.“ und „f.a.n. Schlafkomfort Medicare Top“ gebe, hat die Antragsgegnerin dies durch Vorlage der Stammdatenblätter zu den T. in der Anlage AG2 (Bl. 253 f. GA) und der Anlage AG6 (Bl. 259 GA) widerlegt, weil diese die beworbene UVP ausweisen. Im Übrigen ist zu differenzieren:

(1) Nur hinsichtlich der „K.“ (Anlage AS1) ist in der Berufungsinstanz davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin das einzige Unternehmen ist, das die T. unter diesem Namen vertreibt. Dies hat die Antragsgegnerin in der Berufungserwiderung (S. 12 f., Bl. 200 f. eA) unstreitig gestellt. Zwar bezieht sie dies nicht auf die Vertriebssituation zum Zeitpunkt der angegriffenen Werbung; insoweit ist

sie aber dem Vortrag der Antragstellerin hierzu auch nicht entgegengetreten. Soweit sie gleichwohl von einer hinreichenden Orientierungshilfe durch die UVP mit der Begründung ausgeht, dass baugleiche Varianten der T. im Handel erhältlich seien (S. 7 f. der Antragserwiderung, Bl. 237 f. GA), überzeugt dies nicht. Denn der durchschnittliche Verbraucher wird, was der Senat, der zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehört, selbst beurteilen kann, sich an der konkreten Produktbezeichnung ausrichten, die sich unstreitig erheblich unterscheidet („Pro Aktiv Gloria“ bzw. „Die Belastbare“ gegenüber „Active Strong“). Insofern wird er nicht annehmen, dass die „K.“ auch unter anderem Namen erhältlich ist und sich die UVP daher auch auf diese Modelle bezieht. Auch die für die Bewerbung verwendeten bildlichen Darstellungen unterscheiden sich, wie aus Anlage AS21 (Bl. 310 ff. GA) ersichtlich ist, deutlich, u.a. hinsichtlich der Form der Nähte, der Farbe des Komfortschaums und des Federkerns (vgl. die Gegenüberstellung auf S. 7 des Schriftsatzes vom 24.10.2022, Bl. 281 GA). Insofern kommt es angesichts des Umstandes, dass Verbraucher sich online oder über gedruckte Prospekte, wo entsprechende Abbildungen verwendet werden, über die Eigenschaften der T. informieren werden, auch nicht entscheidend darauf an, ob der Nutzer der T. diese farblichen Unterschiede überhaupt zu Gesicht bekommt, wenn er sie vor sich sieht (entgegen S. 8 des Schriftsatzes der Antragsgegnerin, Bl. 370 GA). Die vom Hersteller angegebene Baugleichheit drängt sich dem Verbraucher weder auf noch ist sie für diesen ohne weiteres erkennbar. Auch die Antragsgegnerin bezieht sich insoweit nur auf einen „Snippet“ („Anreißertext“, Schnipsel) aus den Google-Suchergebnissen (S. 7 der Antragserwiderung, Bl. 237 GA), der nicht geeignet ist, eine allgemein vorauszusetzende Kenntnis der angesprochenen Verkehrskreise von der Baugleichheit zu begründen. Dies wäre aber die Voraussetzung dafür, um anzunehmen, dass die UVP trotz faktischen Alleinvertriebs der „K.“ gleichwohl für die Verbraucher eine marktgerechte Orientierungshilfe ist. Denn anerkannt ist, dass die Preisempfehlung für die Ware bestehen muss, die in der

Werbung angeboten wird (vgl. Helm/Sonntag/Burger, in: Gloy/Loschelder/Danckwerts, Handbuch des Wettbewerbsrechts, 5. Aufl. 2019, § 59 Rn. 363 m.w.N.). Eine rein objektiv bestehende Vergleichbarkeit der Modelle ohne entsprechende Kenntnis hiervon oder zumindest leichte Erkennbarkeit für die angesprochenen Verkehrskreise reicht insoweit nicht, um das Irreführungspotenzial eines UVP für eine allein von der Antragsgegnerin unter diesem Namen vertriebenen T. entfallen zu lassen.

(2) Anders verhält es sich indes hinsichtlich der T. „f.a.n. Schlafkomfort Medicare Top“ (Anlage AS2). Denn zwar liegen auch hier entsprechende Recherchen der Antragstellerin vor, wonach die von ihr durchsuchten Online-Shops bzw. Portale keinen anderweitigen Vertrieb dieser T. erkennen lassen. Ungeachtet der später zu erörternden Frage, ob diese Recherchen zu einer zutreffenden Abbildung der Angebotssituation ausreichen, sind diese Darlegungen jedenfalls dadurch erschüttert, dass der Hersteller mit E-Mail vom 29.09.2022 (Anlage AG5, Bl. 257 GA) bestätigt hat, dass die T. auch in dessen Werksverkauf erhältlich sei und sowohl in der Vergangenheit anderweitig angeboten worden sei als auch im Laufe des Oktober wieder anderweitig angeboten werde. Zwar ergibt sich aus letzteren Darlegungen, dass es zumindest einen - in seiner Länge unklaren - Zeitraum gab, in dem die Antragsgegnerin faktisch als alleinige Händlerin neben der Herstellerin die T. vertrieb. Nachdem die Vorstellung des Verbrauchers in der Regel dahin geht, der empfohlene Preis stelle einen Verkaufspreis dar, an dem sich die Kalkulation einer Vielzahl von Händlern ausrichte (OLG Frankfurt WRP 2002, 1310, 1311 - Preisgegenüberstellung mit unverbindlicher Preisempfehlung), war dies zumindest zeitweise daher nicht der Fall. Dies erweist sich jedoch in der vorliegenden Fallgestaltung entgegen der Auffassung der Antragstellerin (S. 2 f. des Schriftsatzes vom 24.10.2022, Bl. 276 f. GA) im Ergebnis als unschädlich. Denn es ergibt sich aus der E-Mail, dass die Antragsgegnerin weder rechtlich noch faktisch Alleinvertriebsberechtigte hinsichtlich dieser T. war und es - aus unbekannten Gründen - lediglich zwischenzeitlich und vorübergehend an weiteren Händlern fehlte,

die die T. in ihr Sortiment aufgenommen hatten, was sich kurz nach der
beanstandeten Werbung auch wieder geändert hat (Vertrieb durch die Erwin Müller
GmbH, Anlage AG 10, Bl. 271 GA). Hieraus ist - in Zusammenschau mit dem Vertrieb
auch durch den Hersteller selbst – auf eine Fortdauer der ausgesprochenen UVP zu
schließen. Denn ebenso wie anerkannt ist, dass es auch nach Wegfall einer
unverbindlichen Preisempfehlung eine kurze Übergangsfrist von einem Monat geben
kann, innerhalb derer die Bezugnahme auf die UVP noch zulässig sein kann (vgl. BGH
GRUR 2004, 437, 438 - Fortfall einer Herstellerpreisempfehlung), kann es vorliegend
nicht zu Lasten der Antragsgegnerin gehen, dass es temporär keine anderen Bezieher
der T. gab, zumal die T. auch im Werksverkauf erhältlich war. Denn auf
die Vertriebssituation auf Seiten des Herstellers hat die Antragsgegnerin keinen
Einfluss und es muss ihr - anders als in der Fallgestaltung, dass andere Händler
durchgehend niedrigere Preise fordern - auch nicht unbedingt zur Kenntnis gelangen.
Es lässt sich auch nicht einwenden, dass es sich bei dem Werksverkauf nicht um einen
anderen Händler, sondern um den Hersteller handelt, weil diese (von der
Antragstellerin favorisierte, Bl. 277 GA) Sichtweise zu formalistisch erscheint. Denn
aus Verbrauchersicht stellt der Werksverkauf ebenfalls eine Möglichkeit dar, das
Produkt zu erwerben und die UVP erlaubt ihm einen Vergleich zwischen diesem und
dem Angebot der Antragsgegnerin. Dies ist unabhängig von der Frage zu sehen, ob
der Hersteller selbst berechtigt wäre, mit einer UVP für ein eigenes Produkt zu werben
(vgl. hierzu OLG Frankfurt GRUR-RS 2022, 17499). Die bloße Vermutung der
Antragstellerin (a.a.O.), wonach es sich bei Artikeln im Werksverkauf „oftmals nur um
B-Ware, die deutlich vergünstigt angeboten wird“ handele bzw. sich aus der E-Mail
nicht die Verfügbarkeit der konkreten Größe ergebe, ändert hieran nichts, weil die E-
Mail sich eindeutig auf die konkrete T. , die Gegenstand der Abmahnung war,
bezieht, wie aus dem ersten Absatz der E-Mail hervorgeht (Anlage AG 10, Bl. 257 GA).
Bei dieser Sachlage konnte die im Grundsatz darlegungs- und glaubhaftmachungsbelastete
Antragstellerin sich nicht auf ein bloßes Bestreiten oder Behauptungen ohne weitere

Glaubhaftmachung beschränken.

Insofern kann offenbleiben, ob eine sekundäre Darlegungslast der Antragsgegnerin in Bezug auf die Vertriebssituation bestand, denn dieser hätte sie mit Vorlage der Anlage AG 5 jedenfalls genügt und die Antragstellerin in die Lage versetzt (ggf. nach Kontaktierung Glaubhaftmachungsmittel beizubringen. Soweit die Antragstellerin diese Möglichkeit genutzt hat und unter Bezugnahme auf ein Telefonat ihres der Herstellerin), weiteren Vortrag zu halten und Verfahrensbevollmächtigten mit dem Werksverkauf behauptet, die T. sei dort nicht erhältlich (S. 3 des Schriftsatzes vom 04.11.2022, Bl. 355 GA), ist diese mündliche Aussage einer namentlich und ihrer Position im Unternehmen nach nicht näher bekannten Person nicht geeignet, die von dem Vertriebsleiter des T.-herstellers getätigte Aussage in der E-Mail vom 29.09.2022 (Anlage AG 5, Bl. 257 GA) zu widerlegen. Allenfalls liegt insoweit ein „non liquet“ vor, das der Antragstellerin aber nicht zum Erfolg verhilft, weil sie diejenige ist, die in der Glaubhaftmachungslast steht. Anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die E-Mail-Adresse sowohl des Absenders als auch der Empfänger in der Anlage AG5 jeweils geschwärzt ist, was der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung mit Datenschutzerwägungen begründet hat. Die sich hieraus ergebende fehlende persönliche Identifizierbarkeit des Absenders ist unter den Umständen des Streitfalles insbesondere nicht geeignet, den Aussagegehalt der E-Mail durchgreifend in Zweifel zu ziehen, weil sich aus den übrigen in der E-Mail enthaltenen Informationen (insoweit anders als hinsichtlich des oben erwähnten Telefonanrufs im Werksverkauf) die berufliche Stellung des Absenders und dessen Zugehörigkeit zur Firma Frankenstolz (anhand von Absender-Domain und Signatur der E-Mail) ableiten lässt. Die bloß theoretische Möglichkeit, dass die E-Mail, deren tatsächliches Vorhandensein der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat noch einmal bekräftigt hat, gefälscht oder inhaltlich unrichtig sein könnte (was zudem die Tatbestände der §§ 263, 27 StGB

berühren würde), reicht demnach nicht aus, um sie als Mittel der Glaubhaftmachung auszuschließen.

bb) Dass die jeweils in der Werbung Anlage AS 3 und AS 4 angegebene UVP für die T. „H. F.“ und „I. Smart Mattress“ seit mehr als einem Jahr nicht mehr ernsthaft verlangt werde (so die Behauptung S. 9 der Antragsschrift, Bl. 10 GA) bzw. keine UVP vom Hersteller kommuniziert worden sei (S. 12 der Antragsschrift, Bl. 13 GA), ist nicht glaubhaft gemacht.

(1) Analog zu den Ausführungen oben betreffend den Antrag zu 1) ist auch hier die letztere Behauptung dadurch widerlegt, dass die Antragsgegnerin mit dem Auszug eines Testberichts hinsichtlich der „H.“-T. (Anlage AG 8, Bl. 261 GA) das Bestehen einer UVP in Höhe von 379,00 € bzw. 1.019,00 € hinsichtlich der „I.“-T. mittels Vorlage der entsprechenden Herstellerliste glaubhaft gemacht hat (Anlage AG 9, Bl. 262 GA).

(2) Im Übrigen hat die Antragstellerin die Angebotssituation nicht ausreichend glaubhaft gemacht, soweit sie sich zunächst allein bzw. primär auf die Abfrage von Online-Suchmaschinen beschränkt hat. Nichts anderes gilt unter Berücksichtigung ihrer mit der Berufungsbegründung vorgetragenen Recherchen.

(a) Der Senat hat in der Sache 6 U 92/22 bereits ausgeführt, dass die reine Betrachtung von Online-Händlern kein verlässliches Bild der Angebotssituation ergeben könne: Denn da im Grundsatz Online-Händler Produkte in vielen Fällen wesentlich günstiger anbieten könnten als der stationäre Handel, weil sie sich u.a. die Kosten für ein Geschäftslokal ersparten, sei dem durchschnittlichen Verbraucher, zu denen auch die Mitglieder des Senats zählen, bekannt, dass in vielen Marktsegmenten Online-Händler ihre Produkte oft nicht in Höhe der UVP anböten. Die Vorlage von einigen Angeboten von Online-Händlern, die die UVP nicht forderten, sei daher für sich betrachtet nicht geeignet, glaubhaft zu machen, dass die UVP von den Empfehlungsempfängern nicht befolgt werde, was aber für einen Rückschluss darauf, dass es sich bei der UVP um einen sogenannten Mondpreis handele, erforderlich wäre

(Senat GRUR-RR 2022, 501, 503 Rn. 33 - Mondpreise).

(b) An diesen Grundsätzen ist festzuhalten. Der entscheidende Unterschied zu dem vorgenannten Verfahren liegt im Streitfall in dem Vortrag der Parteien in tatsächlicher Hinsicht. Anders als in jenem Verfahren, wo im Berufungsverfahren unstreitig geworden war, dass ein Unterschied in der Preisgestaltung zwischen Online- und stationärem Handel im speziellen Bereich von T. nicht existiert, weshalb die Bezugnahme auf die Online-Preise ausreichend zur schlüssigen Darlegung einer Irreführung war, hat das Landgericht mit Recht angenommen, dass die Antragsgegnerin dieser Behauptung der Antragstellerin im Streitfall deutlich entgegengetreten ist. So ergibt sich aus dem vorgelegten Newsletter des Handelsverbandes Deutschland (Anlage AG 1, Bl. 250 GA), dass es Preisunterschiede zwischen stationärem und Online-Handel auch bei Händlern gibt, die auf beiden Vertriebskanälen tätig sind (Multichannel-Händler). Diese stellen, wie auch die Antragstellerin nicht in Abrede stellt, ebenso auf dem T.-Markt das Gros der Händler dar. Zwar bezieht sich diese Aussage nur auf bestimmte Kategorien von Produkten, namentlich Unterhaltungselektronik, Parfüm und Schuhe. Allerdings liegt in Bezug auf den Vergleich zwischen reinen Online-Händlern und zumindest teilweise auch stationären Händlern, wie die Antragsgegnerin zu Recht ausgeführt hat, ein Preisvorteil der ersteren Gruppe auch im hier zu betrachtenden Marktsegment ohne weiteres auf der Hand, weil die Kostenstruktur eine deutlich andere als bei (zumal zusätzlicher) Unterhaltung eines Filialgeschäftes ist (so auch bei der Antragstellerin, die lediglich 34 Mitarbeiter beschäftigt, vgl. den Jahresabschluss in Anlage AG 7, Bl. 260 GA). Die von der Antragstellerin demgegenüber ins Feld geführten Kostenpositionen (Widerrufskosten, Versandkosten), die allein den Online-Handel träfen, vermögen dies bereits deswegen nicht zu kompensieren und so einen „Gleichklang“ zwischen stationärem Handel und Online-Handel zu begründen, weil die großen T.-Händler bzw. Möbelhäuser nach dem eigenen Vortrag der Antragstellerin (und gerichtsbekannt) sämtlich „Multichannel-Händler“ sind und mithin

auch online ihre Waren anbieten. Dies wiederum hat zur Folge, dass bei diesen Händlern die von der Antragstellerin genannten Kosten für das Onlinegeschäft zusätzlich zu denjenigen anfallen, die sie für den Betrieb eines Filialnetzes aufwenden müssen. Zwar mag es insofern in Teilen Synergieeffekte geben, z.B. durch Click and Collect-Modelle bei Abholung in der Filiale, was einen Teil der Versandkosten ersparen kann, weil die bereits vorhandene Logistik genutzt werden kann. Dies ändert aber nichts an den Kosten für Aufbau und Unterhaltung einer Online-Präsenz, online zu schaltender Werbung speziell für den Online-Shop sowie den Kosten bei Widerruf des Kaufvertrags, die ebenso von den „Multichannel-Händlern“ zu tragen sind. Wie mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung erörtert ist es zudem gerichtsbekannt und auch allgemeinkundig, dass auch bei Erwerb von T. im stationären Handel regelmäßig eine großzügige „Zufriedenheitsgarantie“ in Form einer Rückgabemöglichkeit bei Nichtgefallen angeboten wird, die in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen dem im Fernabsatz bestehenden Widerrufsrecht häufig gleichkommen wird.

(c) Danach wäre es an der Antragstellerin gewesen, näher zur Preisgestaltung im stationären Handel vorzutragen. Richtig ist zwar, wie vorstehend ausgeführt, dass die rein stationären Unternehmen ohne jegliche Online-Präsenz nicht den Großteil des Marktes ausmachen werden, wie die Antragstellerin (S. 5 und 17 des Schriftsatzes vom 24.10.2022, Bl. 279 und 291 GA) vorträgt. Die Antragstellerin verweist auch nicht zu Unrecht darauf, dass aus der von der Antragsgegnerin vorgelegten Publikation hervorgeht, dass eine Preisdifferenzierung zwischen den online einerseits und in der Filiale andererseits verlangten Preisen schädlich für die Reputation eines Unternehmens sein kann (Anlage AG1, dort S. 2, Bl. 252 GA: „Die Autoren der Studie sind der Auffassung, dass Konsumenten kurz- und langfristig negativ auf erlebte Preisdifferenzierung im Handel reagieren. Selbst wenn Konsumenten kurzfristig bevorteilt werden, befürchten viele, dass sie auf lange Sicht auch benachteiligt werden können. Daher sollten Hersteller und Händler den Einsatz von differenzierten Preisen (insbesondere auf individueller Ebene) sehr sorgfältig überprüfen.“). Des Weiteren

erscheint es nachvollziehbar, dass Verbraucher heutzutage preissensibler und gewandter darin sind, sich im Internet vorab zu informieren, wie die Antragstellerin ausführt (S. 14 des Schriftsatzes vom 24.10.2022, Bl. 288 GA). Das schließt es aber gerade nicht aus, dass auch die „Multichannel-Händler“, etwa um die geschilderten Zusatzkosten zu kompensieren, auf eine gespaltene Preisgestaltung zurückgreifen und der Preis vor Ort (auch angesichts der damit einhergehenden Beratungsleistung, die gerade im T.-Bereich für viele Verbraucher wichtig und ihnen daher „etwas wert“ sein wird) höher liegt als online. Dass dies (u.a. wegen des bestehenden Kostendrucks) auch tatsächlich stattfindet, geht aus S. 1 der Anlage AG1 (Bl. 250 GA) hervor. Denn danach hat, wie oben bereits ausgeführt, die Studie ergeben, dass „Multi-Channel-Händler ihre Preise zwischen den Kanälen in den untersuchten Kategorien Consumer Electronics, Parfum und Schuhe differenzieren“. In diese Untersuchung ist auch der Erwerb hochpreisiger Produkte wie Smartphones eingeflossen, für die in der Regel - wie allgemein bekannt ist - zumindest im oberen Marktsegment Beträge deutlich oberhalb des für die „H. F.“ aufgerufenen Preises von 189,00 € und auch der diesbezüglichen UVP von 379,00 € gefordert werden. Gleichwohl findet insoweit offenkundig eine Preisdifferenzierung statt. Daher hat das Argument der Antragstellerin, wonach der Verbraucher dem Erwerb einer „mehreren hundert Euro teuren T. , die er ein Jahrzehnt nutzen wird, offensichtlich mehr Aufmerksamkeit“ schenke als beim Erwerb günstiger Artikel (S. 14 des Schriftsatzes vom 24.10.2022, Bl. 288 GA), weshalb sich eine Preisdifferenzierung im T.-Markt verbiete und nicht stattfände, keine Überzeugungskraft. Denn trotz des Umstandes, dass Smartphones nicht so lange genutzt zu werden pflegen wie T., handelt es sich gleichwohl beim Erwerb eines solchen um einen für den Durchschnittsverbraucher finanziell nicht unbedeutenden Vorgang, dem auch - angesichts der breiten Verfügbarkeit von Tests etc. - häufig eingehende (Online-)Recherchen bezüglich der Erfüllung individueller Präferenzen durch das zu erwerbende Produkt (z.B. Akkulaufzeit oder besondere Fotoqualität) vorausgehen

werden. Der Umstand, dass gleichwohl erhebliche Preisunterschiede online und stationär in der Studie festgemacht werden konnten, legt es nahe, dass auch im T.-Markt eine solche Preisdifferenzierung stattfindet.

Der hierzu gehaltene Vortrag der Antragstellerin, mit dem diese das Gegenteil glaubhaft machen will, erschöpft sich in der Vorlage von Auszügen aus den Online-Shops, die eine Überprüfung der Filialverfügbarkeit bestimmter Produkte ermöglichen (S. 13 des Schriftsatzes vom 24.10.2022, Bl. 287 GA und Anlage AS 19, Bl. 294 ff. GA). Diese Verfügbarkeitsabfrage besagt jedoch lediglich, dass die T. (etwa über das bereits erwähnte Click and Collect) online bestellt und sodann vor Ort abgeholt werden kann. Hieraus folgt indes nichts für die Preisgestaltung, wenn der Verbraucher sich ohne vorherige Online-Bestellung in die Filiale ergibt und dort eine T. erwerben will. Die durch den Online-Shop hergestellte Preistransparenz, auf die die Antragstellerin abhebt, hat, wie aus den obigen Ausführungen hervorgeht, keinen derart disziplinierenden Effekt auf die Preisgestaltung, wie man dies auf den ersten Blick annehmen könnte. Die von der Antragstellerin vorgelegten E-Mails von Märkten der Antragsgegnerin, ausweislich derer die Online-Preise auch in den Filialen vor Ort verlangt bzw. unterboten werden (Anlagen AS 10 und AS 13, Bl. 164, 176 GA), sind insoweit nicht hinreichend aussagekräftig, um eine entsprechende allgemeine Übung auch nur indiziell zu belegen. Denn die Antworten der Filialen resultieren jeweils aus Anfragen per E-Mail durch den Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin. Es liegt mehr als nahe, dass die jeweils angefragten Märkte aufgrund des gewählten Weges per elektronischer Kommunikation von vornherein davon ausgingen, sich an den online geforderten Preisen orientieren zu müssen, um mit dem Anfragenden „ins Geschäft zu kommen“. Insofern entspricht es – wie in der mündlichen Verhandlung erörtert - auch der Erfahrung des Senats, der ebenfalls zu den angesprochenen Verkehrskreisen gehört, dass Preise in der Filiale etwa im Bereich von Möbelhäusern von denjenigen im Online-Shop deutlich nach oben abweichen können und beim Besuch in der Filiale erst nach Konfrontation mit dem niedrigeren Online-Preis

Bereitschaft zur Anpassung des Filialpreises besteht. Angesichts dessen ist - insoweit anders als in dem Fall 6 U 92/22 (GRUR-RR 2022, 501, 504 Rn. 37 f. - Mondpreise) - die Vorlage des Testergebnisses (Anlage AS 11, dort S. 2, Bl. 168 GA; besser lesbar in Anlage AG 8, Bl. 261 GA) nicht ausreichend, um davon auszugehen, dass der dort genannte „Marktpreis“ von 169,00 € für die „H. F.“ ein Indiz dafür ist, dass die UVP von keinem Händler gefordert wird. Denn die Antragsgegnerin weist zu Recht darauf hin (S. 12 der Antragserwiderung, Bl. 242 GA), dass zum einen in einer Sternchenfußnote darauf hingewiesen wird, dass es sich bei dem angegebenen Marktpreis um eine Momentaufnahme handele und zum anderen aus der Angabe nicht ersichtlich ist, welche Bezugsquelle (online oder stationär) für die Ermittlung des „Marktpreises“ herangezogen worden ist.

(d) Soweit die Antragstellerin meint, angesichts ihres Vortrags von Indizien bestehe ausweislich der Entscheidung des Senats vom 09.09.2022 eine sekundäre Darlegungslast der Antragsgegnerin, der diese nicht nachgekommen sei (ähnlich Weidert/Schuber GRUR-Prax 2022, 592), so ist eine solche Aussage der Senatsentscheidung nicht zu entnehmen.

Insoweit hat der Senat (GRUR-RR 2022, 501, 504 Rn. 41) ausgeführt:

Da es sich bei der Tatsache, dass eine UVP nicht ernstgemeint bzw. nicht ernsthaft „als angemessener Verbraucherpreis kalkuliert worden ist, jedoch um eine negative Tatsache handelt und es sich bei der Kalkulation um einen internen Vorgang beim Hersteller handelt, genügt die Ast. ihrer Darlegungslast, wenn sie Indizien vorträgt, die den Schluss auf eine nicht ernsthafte Kalkulation zulassen. Dies ist ihr vorliegend gelungen. Danach wäre es Sache der Ag. gewesen, näher zur Ernsthaftigkeit vorzutragen. Es wäre ihr als Marktteilnehmerin auch ohne weiteres möglich und zuzumuten gewesen, vorzutragen und glaubhaft zu machen, dass und in welchem Umfang höhere Preise im Markt gefordert wurden und dass es sich bei den von der Ast. vorgelegten Angeboten womöglich um Ausreißer handelt. Näherer Vortrag und Glaubhaftmachungsmittel hierzu fehlen.“

Hiernach hat der Senat keine sekundäre Darlegungslast angenommen. Denn die sekundäre Darlegungslast hat zur Voraussetzung, dass der Anspruchsteller (hier die Antragstellerin) außerhalb des in Rede stehenden Geschehensablaufs steht und keine nähere Kenntnis der maßgebenden Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner sie hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind (vgl. statt aller Greger in: Zöller, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 138 Rn. 8b m.w.N.). Eine solche Fallgestaltung liegt im Falle der Kalkulation der UVP indes nicht vor, weil auch die Antragsgegnerin nicht Herstellerin der T. ist und der bloße Umstand, dass sie die T. vom Hersteller bezieht, ihr noch nicht zwingend Sonderwissen hinsichtlich des Zustandekommens der UVP vermittelt. Vielmehr ist es auch der Antragstellerin im Grundsatz möglich - etwa anhand von Indizien wie der Diskrepanz zwischen Händlereinkaufspreis und UVP (vgl. Bornkamm/Feddersen, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, a.a.O., § 5 Rn. 3.85 f.) - die behauptete Irreführung näher darzulegen, wie der Senat auch (a.a.O. Rn. 40 a.E.) klargestellt hat. In der vorzitierten Passage hat der Senat zudem auf fehlende Glaubhaftmachungsmittel hingewiesen, woran ebenfalls deutlich wird, dass er keine sekundäre Darlegungslast der dortigen Antragsgegnerin angenommen hat. Denn die sekundäre Darlegungslast löst, obwohl sie im Fall negativer Tatsachen eingreifen kann, grundsätzlich keine Pflicht zur Beweisführung bzw. Glaubhaftmachung aus (Greger, in: Zöller, a.a.O., vor § 284 Rn. 34).

Vielmehr liegt den Ausführungen des Senats die allgemeine prozessuale Regel zugrunde, wonach sich das Substantiierungserfordernis je nach dem Vortrag des Gegners richtet: Hat die darlegungsbelastete Partei die von ihr darzulegende Tatsache substantiiert behauptet, hat die sodann erklärungsbelastete Gegenpartei - soll ihr Vortrag beachtlich sein - die Behauptung grundsätzlich ebenfalls substantiiert, das heißt mit näheren positiven Angaben, zu bestreiten (§ 138 Abs. 2 ZPO). Sie muss erläutern, von welchen tatsächlichen Umständen sie ausgeht. Der Umfang der erforderlichen Substantiierung richtet sich dabei nach dem Vortrag der darlegungsbelasteten Partei (BGH, Urteil vom 26.01.2023, I ZR 15/22 Rn. 18, juris -

KERRYGOLD). Mit einem bloß schlichten Bestreiten darf sie sich regelmäßig nicht
begnügen (vgl. BGH NJW 2015, 475, 476 Rn. 16 m.w.N.). Anderenfalls ist ihr
Bestreiten unsubstantiiert und damit als gemäß § 138 Abs. 3 ZPO unbeachtlich
anzusehen. Die Verpflichtung zu einem substantiierten Gegenvortrag setzt indes
voraus, dass ein solches Vorbringen der erklärungsbelasteten Partei möglich und
zumutbar ist. Dies ist in der Regel der Fall, wenn sich die behaupteten Umstände in
ihrem Wahrnehmungsbereich verwirklicht haben (BGH, a.a.O. Rn. 17 m.w.N.).
Die Anwendung dieser Grundsätze hat in dem Verfahren 6 U 92/22 angesichts der als
unstreitig zugrunde zulegenden Preisgleichheit zwischen Onlinepreisen und
Filialpreisen dazu geführt, dass der auf Ausdrucke von idealo-Preisverläufen und
weiteren Online-Angeboten gestützte Vortrag der Antragstellerin als hinreichend
substantiiert anzusehen war, wodurch die Antragsgegnerin ihrerseits zu einem
substantiierten Bestreiten verpflichtet war. Ein solches war ihr, wie der Senat (a.a.O.
Rn. 41) hervorgehoben hat, in ihrer Eigenschaft als Marktteilnehmerin (Hervorhebung
durch den Senat) und gerade nicht als jemand, der im Lager des Herstellers stand,
zuzumuten.
Anders liegt es im Streitfall. Denn wie oben ausgeführt ist der Vortrag der
Antragstellerin bezüglich der geforderten Preise nicht ausreichend. Es fehlt an
Darlegungen zu den im stationären Handel (sei es in „Reinform“, sei es „Multichannel“)
geforderten Preisen, nachdem die Antragsgegnerin dem Vortrag zur Vergleichbarkeit
der Preise online und stationär substantiiert entgegengetreten ist und die
Glaubhaftmachungsmittel der Antragstellerin entkräftet hat. Zwar trifft es zu, dass die
Antragsgegnerin hierzu ebenfalls Vortrag hätte halten können, weil ihr diese
Informationen im Grundsatz durch entsprechende Recherchen ebenfalls zugänglich
sind. Entscheidend ist insoweit aber die grundsätzliche Verteilung der Darlegungs- und
Beweislast zu beachten, hinsichtlich derer der Bundesgerichtshof eigens betont hat,
dass Erleichterungen der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Irreführung
durch Vergleiche mit einer UVP nicht in Betracht kommen, da der dortige

Anspruchsteller (ein Wettbewerbsverein) die Marktverhältnisse ebenso ermitteln
könne wie der dortige Anspruchsgegner. Ein Ungleichgewicht in den Möglichkeiten
des Sachvortrags bestehe bei der Werbung mit unverbindlichen Preisempfehlungen
(anders als beim Vergleich mit Eigenpreisen) jedenfalls insoweit nicht, als es um
Feststellungen zu den Marktverhältnissen gehe (BGH GRUR 2004, 246, 247 -
Mondpreise?). Dies legt auch der Senat seiner rechtlichen Beurteilung zugrunde.
Aus diesem Grund kann die Antragstellerin auch nicht mit dem Argument
durchdringen, dass zwischen dem Einkaufspreis und der UVP bei beiden angebotenen
T. ein Spielraum von mehr als 100 % liege (S. 20 f. der Berufungsbegründung,
Bl. 82 f. eA). Denn auch insoweit krankt der Vergleich daran, dass die Antragstellerin
sich allein auf die online angebotenen Preise stützt und nicht die tatsächlich in den
Filialen der „Multichannel-Händler“ sowie der rein stationären Händler verlangten
Preise in die Betrachtung einbezieht. Dass die Antragsgegnerin selbst ausweislich der
in Anlage AS31 enthaltenen Screenshots niedrigere Preise als die UVP verlangt hat,
ist insoweit nicht ausreichend.
Auch der Vortrag in der Berufungsbegründung (dort S. 14 ff., Bl. 76 ff. eA sowie Anlage
AS30, Bl. 105 ff. eA), wonach die Antragstellerin nunmehr – veranlasst durch die
Ausführungen im angefochtenen Urteil – eine „exemplarische Recherche in
bestimmten Städten verschiedener Größe im Bundesgebiet, namentlich in C., Y.
und O.“ durchgeführt hat, verfängt nicht. Es kann offenbleiben, ob dieser Vortrag
im Berufungsverfahren – unter Berücksichtigung der Besonderheiten des einstweiligen
Verfügungsverfahrens – nach §§ 529, 531 ZPO zu berücksichtigen ist. Denn auch bei
seiner Zulassung ist er nicht geeignet, die Unlauterkeit der angegriffenen Werbung zu
belegen, nachdem die Antragstellerin allein fernmündlich Preise und Verfügbarkeiten
bei rein stationären Händlern abgefragt hat, ohne die von den „Multichannel-Händlern“
bei Erwerb von T. vor Ort verlangten Preise zu recherchieren. Gerade diese
Händler (neben der Antragsgegnerin auch die großen Möbelhäuser) sind diejenigen,
die für einen Vertrieb der in Rede stehenden T. am ehesten in Betracht

kommen und nicht die von der Antragstellerin anhand des Telefonbuchs primär ermittelten T.-Fachgeschäfte (mit Ausnahme der T. Q. AG, handelnd unter T. Factory Outlet), die durchgängig – soweit sie noch existierten – der Antragstellerin die Auskunft erteilt haben, die streitgegenständlichen T. überhaupt nicht zu vertreiben. Es kann vor diesem Hintergrund auf sich beruhen, ob die Telefonate mit den jeweiligen Händlern mit einer anwaltlichen Versicherung glaubhaft gemacht werden, die den vom Bundesgerichtshof gestellten Anforderungen genügt (vgl. hierzu Greger, in: Zöller, a.a.O., § 294 Rn. 5).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO. Dieses Urteil ist gemäß § 542 Abs. 2 ZPO mit seiner Verkündung rechtskräftig.

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE