Oberlandesgericht Hamm, 4 U 4/18

Datum:	22.03.2018
Gericht:	Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper:	4. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	4 U 4/18
ECLI:	ECLI:DE:OLGHAM:2018:0322.4U4.18.00

Vorinstanz:	Landgericht Dortmund, 19 O 146/16
Rechtskraft:	rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 11. Dezember 2017 verkündete Urteil der V. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, in Prospekten und/oder auf sonstigen Werbeträgern zu Zwecken des Wettbewerbs Waren von einem Rabattangebot auszuschließen, die für den Endverbraucher nicht eindeutig bestimmbar sind, wenn dies mit dem Hinweis „ausgenommen sind … Angebote aus unserem aktuellen Prospekt“, wenn dies wie aus der Anlage K1 (zum Schriftsatz vom 22.11.2016, Bl. 8 d. A.) ersichtlich geschieht.

Der Beklagten wird für jeden Fall zukünftiger schuldhafter Zuwiderhandlung die Verhängung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu vollstrecken an dem gesetzlichen Vertreter der Beklagten, angedroht.

Die Beklagte wird weiter verurteilt, an den Kläger 220,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszins seit dem 05.07.2016 zu zahlen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe:

I.

Der Kläger nimmt die Beklagte, die eine Baumarktkette betreibt, auf Unterlassung einer Aussage in Werbeträgern und auf Erstattung von Abmahnkosten in Anspruch.

Der Kläger ist ein eingetragener Verein, der sich satzungsmäßig die Aufgabe gegeben hat, auf die Einhaltung der Regeln des lauteren Wettbewerbs im geschäftlichen Verkehr zu achten.

Die Beklagte bewarb im „X" vom ##.##.2016 einen verkaufsoffenen Sonntag am ##.##.2016 von 13:00 bis 18:00 Uhr für ihre Filiale in Y. Sie bot dabei einen Rabatt an und schrieb:

„15 % Rabatt auf alle Artikel*".

In der Fußzeile fand sich zu dem * die Anmerkung:

„Von den Rabatten ausgenommen sind reduzierte Artikel, Ausverkaufsware, Bücher, Zeitschriften, Gase, bereits bestehende Kaufverträge, Gutscheinkartenerwerb, Serviceleistungen, Pfand, Lebensmittel, Getränke und Angebote aus unserem aktuellen Prospekt."

Wegen der bildlichen Darstellung und des textlichen Inhalts der Anzeige wird auf die Anlage K1 (Bl. 8 d. A.) Bezug genommen.

Mit vorgerichtlichen Anwaltsschreiben vom 20.06. und 21.07.2016 mahnte der Kläger die Beklagte ab und forderte sie zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung und zur Zahlung einer Kostenpauschale in Höhe von 220,00 € auf (Bl. 9 ff. d. A.).

Der Kläger hat behauptet, auf dem sachlich und örtlich relevanten Markt von Anbietern eines vergleichbaren Sortiments im Raum Y und Umgebung über mindestens 94 Mitglieder zu verfügen, von denen die Mehrzahl über die Mitgliedschaft in anderen Verbänden vermittelt werde, deren Existenz die Beklagte nicht mit Nichtwissen bestreiten könne und der Kläger durch Vorlage entsprechender Bestätigungen nachgewiesen habe; die Zulässigkeit solcher Sammelmitgliedschaften sei in der Rechtsprechung anerkannt. Dass der Kläger über eine hinreichende personelle, sachliche und finanzielle Ausstattung zur Führung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsprozesse verfüge, ergebe sich bereits daraus, dass er jahrelang als prozessführungsbefugt angesehen werde.

Zur Sache hat der Kläger die Auffassung vertreten, die Werbung sei wettbewerbsrechtlich unzulässig, da für den Verbraucher nicht erkennbar sei, welche Angebote in dem aktuellen Prospekt ausgelobt und somit nicht von dem pauschalen Rabatt erfasst worden seien. Die Beklagte handele daher unlauter i.S.d. § 5a UWG i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 3 TMG analog. Die Bedingungen für die Inanspruchnahme von Preisnachlässen müssten - auch im nichtelektronischen Geschäftsverkehr - leicht zugänglich sowie klar und unzweideutig sein, da es sich anerkanntermaßen um wesentliche Informationen handele. Hieran fehle es, wenn der Prospekt mit den vom Rabattangebot ausgenommenen Waren nicht am Blickfang der Rabattankündigung teilnehme, insbesondere nicht zugleich greifbar sei. Insoweit hat der Kläger mit Nichtwissen bestritten, dass der aktuelle Prospekt ebenfalls der Zeitungsausgabe mit der Werbeanzeige beigelegen habe. Die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers, ob er das Ladenlokal der Beklagten aufsuchen wolle oder nicht, könnte dadurch beeinflusst

werden.

Der Kläger hat weiter behauptet, die geltend gemachte Kostenpauschale entspreche mindestens den durchschnittlich entstehenden Kosten gemäß ihrer Aufstellung in Anlage K6 und liege unter den Sätzen der Wettbewerbszentrale. Der geltend gemachte Betrag sei im Wege der Schätzung nach § 287 ZPO ansetzbar. Die Kostenpauschale sei von Gerichten deutschlandweit bestätigt worden. 13

Der Kläger hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, 14

1.) es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu einer Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten, zu vollstrecken an dem gesetzlichen Vertreter der Beklagten, zu unterlassen, in Prospekten und / oder auf sonstigen Werbeträgern zum Zwecke des Wettbewerbs Waren von einem Rabattangebot auszuschließen, die für den Endverbraucher nicht eindeutig bestimmbar sind, wenn dies mit dem Hinweis „ausgenommen sind ... Angebote aus unserem aktuellen Prospekt" wie aus der Anlage K1 ersichtlich geschieht, 15

2.) an den Kläger 220,00 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.07.2016 zu zahlen. 16

Die Beklagte hat beantragt, 17

die Klage abzuweisen. 18

Die Beklagte hat die wettbewerbsrechtliche Anspruchsbefugnis des Klägers gerügt und die diesbezüglichen Angaben des Klägers insgesamt bestritten, insbesondere die Existenz der vermittelnden Verbände und deren Mitgliedschaft beim Kläger sowie, dass deren Mitglieder Wettbewerber der Beklagten seien. 19

In der Sache hat die Beklagte die Auffassung vertreten, dass es an einer Rechtsgrundlage für die gerügte Wettbewerbsverletzung fehle, nachdem § 4 Nr. 4 UWG a.F. abgeschafft worden und eine analoge Anwendung von § 6 Abs. 1 Nr. 3 TMG mangels Erkennbarkeit einer planwidrigen Regelungslücke unzulässig sei. Gemessen an der allein einschlägigen Norm des § 5 Abs. 1 UWG fehle es aber an einer Irreführung, zumal der in Bezug genommene aktuelle Prospekt derselben Zeitung beigelegen habe und überdies im Internet abrufbar und im Eingangsbereich des Marktes ausgelegt gewesen sei. Eine vollständige Auflistung der vom Rabattangebot ausgenommenen Waren sei im Rahmen des gewählten Kommunikationsmittels überdies weder technisch möglich noch sachlich geboten. Auch § 5 a UWG sei nicht einschlägig. Im Übrigen sei der in der Anzeige genannte „aktuelle Prospekt“ derselben Zeitung beigefügt gewesen, in der die Anzeige abgedruckt war. 20

Die Beklagte hat den geltend gemachten Kostenerstattungsanspruch dem Grunde und der Höhe nach bestritten. Die Stundensätze seien beliebig und überhöht; etliche abgerechnete Tätigkeiten seien ausschließlich im Eigeninteresse des Klägers erfolgt und bereits deshalb nicht erstattungsfähig. 21

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es hat zwar mit näherer Begründung den Kläger nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG als klagebefugt und aktivlegitimiert angesehen. Dem Kläger stünde der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aber nicht zu. Ein Anspruch scheitere jedenfalls daran, dass es an einer Relevanz der unterlassenen Angabe der im Einzelnen von dem Preisnachlass ausgenommenen „Angebote aus dem aktuellen Prospekt“ i.S.d. § 5a Abs. 22

2 UWG fehle. Aufgrund fehlender Berechtigung der Abmahnung müsse die Beklagte auch keine Abmahnkosten erstatten.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Klägers, mit der er sei erstinstanzliches Vorbringen u. a. unter Hinweis auf die Entscheidung des BGH vom 27.07.2017 (I ZR 153/16 – 19 % MwSt. geschenkt) wiederholt und vertieft. 23

Der Kläger beantragt, die Beklagte zu verurteilen, 24

1.) es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu einer Höhe von 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten, zu vollstrecken an dem gesetzlichen Vertreter der Beklagten, zu unterlassen, in Prospekten und / oder auf sonstigen Werbeträgern zum Zwecke des Wettbewerbs Waren von einem Rabattangebot auszuschließen, die für den Endverbraucher nicht eindeutig bestimmbar sind, wenn dies mit dem Hinweis „ausgenommen sind ... Angebote aus unserem aktuellen Prospekt" wie aus der Anlage K1 ersichtlich geschieht, 25

2.) an den Kläger 220,00 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.07.2016 zu zahlen. 26

Die Beklagte beantragt, 27

die Berufung zurückzuweisen. 28

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens. 29

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf den Inhalt der Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen. 30

II. 31

Die zulässige Berufung ist begründet. Dem Kläger stehen die geltend gemachten Ansprüche auf Unterlassung und Zahlung zu. 32

1.) Der zulässige und hinreichend bestimmte Unterlassungsanspruch hat sein Grundlage in §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, 5a Abs. 2 UWG. 33

a) Der Kläger ist gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 3 UWG klagebefugt. Auf die insoweit zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Urteil wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. 34

b) Die Beklagte hat dadurch, dass sie in der beanstandeten Werbung keine konkreten Angaben zu den von der Aktion durch die „Angebote aus dem aktuellen Prospekt“ ausgeschlossenen Waren machte, gegen § 5 a Abs. 2 UWG verstoßen. 35

aa) Der BGH hat im Falle einer Preiswerbung, mit der dem Verbraucher versprochen wurde, ihm „19 % Mehrwertsteuer“ zu schenken und in welcher ein Sternchenhinweis in der Anzeige dahingehend aufgelöst wurde, dass hiervon „die Angebote in unseren aktuellen Prospekten“ ausgenommen waren, einen **relevanten** Verstoß gegen § 5 a Abs. 2 UWG bejaht (BGH, Urt. v. 27.07.2017, I ZR 153/16, GRUR 2018, 199). Der vorliegende Fall ist mit dem vom BGH entschiedenen Fall nahezu **identisch**. Der Senat teilt die Auffassung des BGH und macht sie sich vorliegend zu eigen. 36

bb) Soweit die Beklagte rügt, durch dieses Ergebnis werde faktisch eine unzulässige analoge Anwendung des § 6 Abs. 1 Nr. 3 UWG auf den nichtelektronischen Geschäftsverkehr vorgenommen, da die frühere Vorschrift des § 4 Nr. 4 UWG a. F. aufgehoben worden sei, so folgt der Senat dieser Auffassung nicht. Zum einen ist ein unterschiedliches Schutzniveau für den elektronischen und den nichtelektronischen Geschäftsverkehr nicht zu rechtfertigen (BGH, aaO, Rn. 30). Zum anderen folgt aus der Begründung zum Regierungsentwurf, dass § 4 Nr. 4 UWG a. F. deshalb aufgehoben wurde, weil der Gesetzgeber davon ausging, dass die unter § 4 Nr. 4 UWG a. F. fallenden Fälle nunmehr durch die allgemeinen Irreführungstatbestände der §§ 5, 5a UWG erfasst wären (BT-Drucksache 18/6571, S. 14). 37

cc) Ebenso wie in dem vom BGH entschiedenen Fall sieht der Senat auch keine räumliche Beschränkung durch das für die geschäftliche Handlung gewählte Kommunikationsmittel (§ 5a Abs. 5 Nr. 1 UWG). Soweit die Beklagte unter Beweisantritt behauptet, dass der aktuelle Prospekt mit der Zeitung, in der die Anzeige erschien, verteilt worden sei, so war dem nicht nachzugehen. Zutreffend weist das Landgericht in diesem Zusammenhang darauf hin, dass allein mit der Beifügung des Prospekts kein hinreichender unmittelbarer Zusammenhang zwischen Anzeige und Ausnahme hergestellt werde. Zum einen wird in dem Sternchenhinweis auf diesen – bestrittenen – Umstand nicht hingewiesen; zum anderen kann die Beklagte nicht nachvollziehbar behaupten (und notfalls beweisen), dass der Prospekt **jeder** Zeitung beigefügt gewesen sei. 38

2.) Der Zahlungsanspruch ergibt sich dem Grunde nach aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Der Anspruch ist auch der Höhe nach unter Anwendung des § 287 ZPO aufgrund der von dem Kläger nachvollziehbar dargelegten Grundlagen (Bl. 55 d. A.) berechtigt. Der Zinsanspruch folgt aus §§ 247 Abs. 1, 286 Abs. 2 Nr. 1, 288 Abs. 1 BGB. 39

III. 40

Die prozessualen Nebenentscheidungen ergeben sich aus, §§ 91 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO. Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst (§ 543 Abs. 2 ZPO). 41

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE