

M 2564-8a

Landgericht Wiesbaden

Verkündet am:  
16.04.2010

Aktenzeichen: 7 O 373/04

Es wird gebeten, bei allen Eingaben das  
vorstehende Aktenzeichen anzugeben

als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle

Verbraucherzentrale  
Bundesverband  
05. Mai 2010  
EINGEGANGEN



## Im Namen des Volkes Urteil

In dem Rechtsstreit

Bundesver. d. Verbraucherzentr. vertr. d. den Vorstand Prof. Dr. Edda Müller  
Markgrafenstr. 66, 10969 Berlin,

Klägerin

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte

gegen

REWE Deutscher Supermarkt KGaA vertr. d. den Vorstand  
Kurt-Hebach-Str. 2-5, 55252 Mainz-Kastel,

Beklagte

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte

hat die 7. Zivilkammer des Landgerichts Wiesbaden  
durch die Richterin als Einzelrichterin  
im schriftlichen Verfahren mit Schriftsatzfrist bis zum 1.4.2010

für Recht erkannt:

Die Beklagte wird unter Androhung von Ordnungsgeld bis zu 250.000 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für ihre Vertriebschiene Penny-Markt im Non-Food-Bereich für Waren, hier: ein Luftbett zum Preis von 29,95 Euro und/oder ein Siemens-Handy zum Preis von 24,95 Euro und/oder eine Scheinzypresse zum Preis von 2,99 Euro und/oder einen Bodenstaubsauger Support Plus Zyklon zum Preis von 29,95 Euro gemäß Anlagen K4 bis K7 unter Angabe eines konkreten Gültigkeitsbeginns zu werben bzw. werben zu lassen, wenn diese Waren nicht mindestens zwei Tage ab dem in der Werbung angegebenen Verkaufsbeginn vorrätig sind und in der Werbung nicht darüber aufgeklärt wurde, dass hinreichende Gründe für die Annahme bestehen, die Ware werde nicht für einen Zeitraum von zwei Tagen zum genannten Preis bereitstehen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat der Kläger zu 1/5, die Beklagte zu 4/5 zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar, für den Kläger nur gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 25.000,- Euro. Der Kläger kann die Vollstreckung abwenden, wenn er vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des aufgrund des Urteils vollstreckbaren Betrages leistet, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

## Tatbestand

Der Kläger, der nach seinen satzungsmäßigen Aufgaben u.a. darauf zu achten hat, dass Verstöße gegen das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG) unterbunden werden, macht gegen die Beklagte einen Unterlassungsanspruch wegen irreführender Werbung geltend.

Bei der Beklagten handelt es sich um einen Einzelhandelskonzern, der deutschlandweit unter anderem Penny-Märkte betreibt.

Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe in verschiedenen Fällen Gebrauchsgegenstände beworben, ohne dass die beworbenen Artikel in ausreichender Zahl vorrätig gehalten worden seien. Mit Abmahnungsschreiben vom 13.10.2004 forderte der Kläger die Beklagte auf, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben. Die Beklagte lehnte dies jedoch ab.

Im Einzelnen seien Waren in folgenden Fällen trotz entsprechender Werbung nicht ausreichend bevorratet gewesen:

### *Schlagbohrmaschine*

In einem mehrseitigen DIN A3 Werbeblatt für die Kalenderwoche 26 im Jahr 2004 wurde unter der Überschrift „Ab 21. Juni zugreifen!“ u.a. eine Zwei-Gang-Schlagbohrmaschine mit 1050 Watt zum Preis von 9,99 Euro beworben. Dabei befand sich neben der Watt-Angabe ein kleines schwarzes Sternchen. Ganz unten auf dem Werbeblatt befand sich ebenfalls ein Sternchen, neben dem es hieß: *„Diese Artikel sind nur vorübergehend bei uns im Sortiment und nicht in allen Filialen erhältlich“*. Auf die Anlage K3 wird Bezug genommen.

Der Kläger behauptet hierzu, dass am ersten Gültigkeitstag der Werbung, am 21.6.2004 der Zeuge die Penny-Filiale in Berlin, Bergmannstr. 102 aufgesucht habe. Als er die Filiale gegen 8:30 Uhr am Morgen betreten habe, sei das beworbene Gerät bereits nicht mehr erhältlich gewesen. Dem Zeugen sei erklärt worden, dass die Bohrmaschine bereits ausverkauft sei.

Die Zeugin habe ebenfalls am 21.6.2004 ein solches Gerät in der Filiale Haselhorster Damm in Berlin-Spandau kaufen wollen. Als sie die Filiale um 8:18 Uhr am Morgen betreten habe, sei die beworbene Bohrmaschine bereits nicht mehr erhältlich gewesen. Die Nachfrage der Zeugin habe die Filialeiterin damit beantwortet, dass nur wenige Geräte geliefert worden seien.

#### *Luftbett*

In einem Werbeblatt für die KW 33 im Jahr 2004 wurde unter der Überschrift „Ab 9. August zugreifen!“ oben rechts ein Luftbett mit der Bezeichnung „Double De-Luxe“ zum Preis von 29,95 Euro beworben. Die Werbung enthielt denselben Sternchenvermerk wie im Falle der Schlagbohrmaschine.

Es wird Bezug genommen auf die Anlage K4.

Der Kläger behauptet hierzu, am 9.8.2004 habe die Zeugin versucht, in der Penny-Markt-Filiale in Beckingen um 8:05 Uhr, also fünf Minuten nach Öffnung des Ladenlokals, das beworbene Bett zu kaufen. Die Verkäuferin habe ihr erklärt, es sei kein Bett mehr da, es habe nur vier Stück gegeben, die aber alle bereits verkauft worden seien. Daraufhin sei die Zeugin zu der Filiale in Fraulautern gefahren. Auch dort habe sie die Auskunft erhalten, das Bett sei bereits ausverkauft.

#### *Siemens-Handy*

In einem mehrseitigen Werbeblatt für die Kalenderwoche 35 im Jahr 2004 wurde unter der Überschrift „Ab 23. August zugreifen!“ auf Se. 4 oben rechts ein Siemens-Handy zum Preis von 24,95 Euro beworben. Die Werbung enthielt denselben Sternchenvermerk wie im Falle der Schlagbohrmaschine.

Auf die Anlage K5 wird Bezug genommen

Hierzu behauptet der Kläger, der Zeuge habe sich am 23.8.2004 gegen 8:20 Uhr in die Filiale in der Scharnweberstr. in Berlin-Reinickendorf begeben, um ein solches Handy zu erwerben. Daraufhin habe eine Verkäuferin ihm auf Nachfrage erklärt, das Handy sei „Schon lange ausverkauft“. Als der Zeuge daraufhin die Filiale in Berlin Eichborndamm aufgesucht habe, habe eine Verkäuferin ihm erklärt, es seien nur 8 Handys geliefert worden, die längst ausverkauft seien.

Auch der Zeuge habe am 23.8.2004 gegen 10:00 Uhr in der Filiale Rudower Str. in Berlin erfolglos versucht, eines der beworbenen Handys zu erwerben. Die Handys seien bereits ausverkauft gewesen.

Auch der Zeuge habe am 23.8.2004 in der Filiale Falkenseer Chaussee in Berlin kein solches Handy mehr erwerben können, obwohl er sich bereits vor Ladenöffnung vor der Filiale angestellt hatte.

Ebenso sei es dem Zeugen ergangen, der ebenfalls am 23.8.2003 in der Filiale am Askanierring in Berlin-Spandau die Auskunft erhalten habe, die Handys seien bereits ausverkauft, obwohl er sich bereits vor Ladenöffnung vor der Filiale angestellt hatte.

#### *Scheinzypresse*

In einem Werbeblatt für die 40. Kalenderwoche des Jahres 2004 mit der Überschrift „Große Pflanzenaktion! Ab Donnerstag, den 30. September 2004“ wurde für eine Scheinzypresse zum Preis von 2,99 Euro geworben. Neben der Bezeichnung „Thuja im Topf“ befand sich ein schwarzes Sternchen. Unten auf dem Werbeblatt befand sich ebenfalls ein Sternchen. Daneben heißt es: „Diese Artikel sind nur vorübergehend bei uns im Sortiment. Abgabe nur in haushaltsüblichen Mengen.“ Auf die Anlage K 6 wird insoweit Bezug genommen.

Der Kläger behauptet hierzu, der Zeuge habe am 30.9.2004 gegen 9:30 Uhr in der Filiale in Namborn vergeblich versucht, die beworbene Scheinzypresse zu erwerben. Ihm sei erklärt worden, der Artikel sei bereits ausverkauft und eine Nachbestellung sei nicht möglich.

#### *Staubsauger*

In einem Werbeprospekt, gültig ab 28.2.2005, wurde ein Bodenstaubsauger Support Plus Zyklon zu einem Preis von 29,95 Euro beworben.

Der Kläger behauptet hierzu, der Zeuge habe am 28.2.2005 um 9:25 Uhr in der Filiale in Gersheim den Staubsauger nicht mehr erwerben können, weil dieser bereits ausverkauft war. Auch in der Filiale in St. Ingbert sei kein Staubsauger mehr vorhanden gewesen.

Der Kläger ist der Auffassung, in dem Verhalten der Beklagten liege eine Irreführung der Kunden, weil die beworbenen Waren nicht in angemessener Menge zur Befriedigung der zu erwartenden Nachfrage vorgehalten worden seien. Als angemessen sei nämlich eine Bevorratung für wenigstens 2 Tage zu beurteilen. Auch eine Nachbestellmöglichkeit genüge – unabhängig von ihrem Gegebensein im vorliegenden Fall – nicht, um die Irreführung auszuschließen.

Die Irreführung sei auch nicht durch die Sternchen-Hinweise in der Werbung ausgeschlossen worden. Denn bei blickfangmäßig herausgestellten Angeboten sei für eine irrumsausschließende Aufklärung ein klarer und unmissverständlicher Hinweis erforderlich, der am Blickfang teilhabe. Diese Voraussetzungen seien hier gerade nicht erfüllt. Vielmehr handele es sich um unzulässige „Lockvogelwerbung“.

Der Kläger beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für ihre Vertriebschiene Penny-Markt im Non-Food-Bereich für Waren, hier: eine Schlagbohrmaschine zum Preis von 9,99 Euro und/oder ein Luftbett zum Preis von 29,95 Euro und/oder ein Siemens-Handy zum Preis von 24,95 Euro und/oder eine Scheinzypresse zum Preis von 2,99 Euro und/oder einen Bodenstaubsauger Support Plus Zyklon zum Preis von 29,95 Euro gemäß Anlagen K3 bis K7 unter Angabe eines konkreten Gültigkeitsbeginns zu werben bzw. werben zu lassen, wenn diese Waren nicht mindestens zwei Tage ab dem in der Werbung angegebenen Verkaufsbeginn vorrätig sind und in der Werbung nicht darüber aufgeklärt wurde, dass hinreichende Gründe für die Annahme bestehen, die Ware werde nicht für einen Zeitraum von zwei Tagen zum genannten Preis bereitstehen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte meint, es handele sich bei den beworbenen Artikeln nicht um blickfangmäßig herausgestellte Werbung und verweist insoweit auf die Gestaltung der Penny-Beilagen, in denen jeweils eine große Anzahl von Waren beworben wird. Weiter legt die Beklagte dar, die Warenkoordination erfolge auf drei unterschiedliche Arten: Zum einen werde auf Marktdaten zurückgegriffen, aus denen sich ergibt, wie hoch die Verkaufszahl des maßgeblichen Artikels in Deutschland pro Jahr ist. Zum anderen werde auf die Vermarktungszahlen der REWE-Gruppe zurückgegriffen. Fehle es an beiden Möglichkeiten, werde eine Schätzung des Bedarfs vorgenommen und das Produkt testweise in ausgewählten Gebieten vermarktet. Bei allen drei Methoden werde anschließend dann die Verteilung auf die Filialen über die regionalen Niederlassungen vorgenommen, wobei ein Verteilungsschlüssel zugrunde gelegt werde, der sich an der Größe der Märkte und deren Lagermöglichkeiten orientiere. Darüber hinaus gebe es eine Nachbestellmöglichkeit dergestalt, dass der Leiter des Marktes, in dem es an einem Produkt fehlt, bei umliegenden Filialen nachfrage, ob dort noch Waren vorhanden seien. Der Kunde erhalte die Ware dann frei Haus geliefert.

In den vorliegenden Fällen habe es sich hinsichtlich des Siemens-Handy sowie der Bohrmaschine um „Zweitvermarktungen“ gehandelt, so dass sich die Stückzahlen an den Verkaufszahlen der Erstvermarktung orientieren konnten.

Im Übrigen sei auf der Basis bisheriger Verkäufe ähnlicher Artikel (sog. Referenzartikel) bzw. fremder Marktdaten disponiert worden. Der deutschlandweite Bedarf sei dann nach einem Verteilerschlüssel auf die einzelnen Filialen aufgeteilt worden: Zunächst werde Aktionsware einer bestimmten Warengruppe zugeordnet. Die Filialen werden in verschiedene Schlüsselgruppen eingeordnet, je nach Bedarf an Artikeln einer bestimmten Warengruppe. Die Verteilung der Waren erfolge dann nach dieser Einordnung an die Filialen. Hinsichtlich der Einzelheiten wird Bezug genommen auf den Schriftsatz vom 26.10.2009, Bl. 378 ff. d.A.

Hinsichtlich der Schlagbohrmaschine trägt die Beklagte vor, es seien an die Filiale Bergmannstraße in Berlin Kreuzberg 11 Bohrmaschinen geliefert worden; der Markt Haselhorster Damm habe sogar 22 Exemplare erhalten. Diese – von Klägerseite nicht bestrittenen – Mengen seien ausreichend gewesen, um die zu erwartende Kundennachfrage zu befriedigen. Der Wunsch einer Nachbestellung sei an die Marktleiter nicht herangetragen worden.

Bei dem streitgegenständlichen Angebot der Schlagbohrmaschine habe es sich um eine Drittvermarktung gehandelt. Bei der ersten Aktion in 2003 seien lediglich 48% der Geräte verkauft worden. Bei der Zweitvermarktung in der 13. Kalenderwoche 2004 wiederum 24% des Restbestandes. Grund für die Absatzschwierigkeiten sei eine von Stiftung Warentest herausgegebene Liste „Billige Heimwerkergeräte“ gewesen, die für Schlagbohrmaschinen einen Preis von 10,- Euro auswies sowie ein Warnhinweis ebenfalls von Stiftung Warentest, wonach von billigen Bohrmaschinen Gefahren ausgehen sollten. Zudem sei zu berücksichtigen gewesen, dass sich die Region Ost, in der der Verkauf allein erfolgte, ohnehin durch schlechtere Absätze auszeichnete.

Hinsichtlich des Luftbetts trägt die Beklagte – von Klägerseite unbestritten – vor, dieses sei in dem Markt in Beckingen 8 mal vorrätig gewesen. Gleiches gelte für die Filiale in Fraulautern.

Insoweit sei auf die Zahlen einer eigenen Luftbett-Aktion der Beklagten aus Kalenderwoche 21 in 2004 zurückgegriffen worden. Im Vergleich dazu sowie im Vergleich mit Angeboten von Konkurrenten sei der Preis für das streitgegenständliche Luftbett objektiv angemessen gewesen.

In Bezug auf das Siemens-Handy trägt die Beklagte vor, jede der klägerseits genannten Filialen sei mit 16 Handys ausgestattet worden – auch diese Menge wurde von Klägerseite nicht bestritten. Diese seien auch nicht am ersten Tag ausverkauft gewesen. Beispielsweise seien in Reinickendorf – Filiale Eichborndamm – sowohl am ersten und zweiten Aktionstag als auch in der Folgewoche Geräte verkauft worden.

Der Preis für das Handy sei angemessen gewesen. Es habe sich um eine Zweitvermarktung gehandelt. Bei der Erstvermarktung in der 48. Kalenderwoche 2003 sei der Absatz äußerst schlecht gewesen. Darüber hinaus habe es schlechte Testberichte über das Handy gegeben.

Hinsichtlich der Scheinzypresse trägt die Beklagte – von Klägerseite nicht bestritten – vor, es seien 16 der Pflanzen an den Markt in Namborn ausgeliefert worden.

Dies habe der zu erwartenden Nachfrage entsprochen. Warum eine Nachbestellung in der genannten Filiale nicht möglich gewesen sein soll, lasse sich nicht mehr nachvollziehen.

Die klägerseits genannten Filialen wurden nach den nicht bestrittenen Angaben der Beklagten jeweils mit 16 Staubsaugern beliefert. Bis zur 12. Kalenderwoche sei in den Filialen St. Ingbert, Blieskastel und Homburg zumindest noch 1 Staubsauger vorhanden gewesen. Der Preis des Bodenstaubsaugers sei im Vergleich mit Konkurrenzprodukten angemessen gewesen. Bereits zuvor seien Bodenstaubsauger für 39,95 Euro angeboten worden.

Die Beklagte ist der Auffassung, es liege schon deshalb keine Irreführung vor, weil Nachbestellungen möglich gewesen seien und zudem durch den Sternchenvermerk die Kundenerwartung der ständigen Verfügbarkeit der Artikel ausgeschlossen worden sei. Der verständige Kunde rechne angesichts der Gestaltung der Werbebeilage und angesichts der Menge von ca. 55-65 verschiedenen Sonderartikeln damit, dass er nicht zwingend in den Genuss des Angebots komme.

Das Gericht hat Beweis erhoben aufgrund Beweisbeschlusses vom 20.1.2006, Bl. 174 ff. d.A.. Die Zeugen [Name], [Name], [Name], [Name], [Name] wurde im Wege der Rechtshilfe vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf die Protokolle der öffentlichen Sitzungen der Amtsgerichte am Wohnsitz der Zeugen, Bl. 226 ff. bis 321 d.A. Weiter wird der Hinweisbeschluss vom 7.8.2009, Bl. 369 f. d.A., in Bezug genommen.

Hinsichtlich der Einzelheiten des Parteivorbringens wird Bezug genommen auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen.

## Entscheidungsgründe

Die Klage ist zulässig und überwiegend begründet.

Die Klagebefugnis des Klägers ergibt sich aus § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG sowie aus §§ 1, 2 3 Abs. 1 Nr. 1 UKlaG.

Dem Kläger steht gegen die Beklagte der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach § 8 UWG zu, allerdings nur hinsichtlich der Werbemaßnahmen für die Artikel Staubsauger, Luftbett, Scheinzypresse und Handy. Denn nur insoweit liegt irreführende Werbung im Sinne des § 3 Abs. 3, iVm § 5a UWG, Nr. 5 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG bzw. § 5 Abs. 5 UWG a.F. (Stand: 8.7.2004 – 29.12.2008) bzw. § 3 UWG a.F. (Stand vor dem 8.7.2004) vor.

Der Antrag des Klägers war dahingehend auszulegen, dass er hinsichtlich der Zwangsmittellandrohung auf den in der Klageschrift gestellten Antrag Bezug nimmt.

Der Unterlassungsanspruch besteht nur dann, wenn das beanstandete Verhalten nach dem zum Tatzeitpunkt geltenden Recht verboten war und nach aktuell geltendem Recht weiterhin verboten ist.

Denn ein Unterlassungsanspruch besteht nicht, wenn das beanstandete Verhalten zum Tatzeitpunkt verboten war, dieses Verbot aber inzwischen entfallen ist (BGH GRUR 2002, 717, 719 – Vertretung der Anwalts-GmbH; BGHZ 141, 329, 336 – Tele-Info-CD; BGH GRUR 2009, 79 – Gebäckpresse). Ist umgekehrt das beanstandete Verhalten erst danach durch eine Gesetzesänderung verboten worden, besteht ebenfalls kein Unterlassungsanspruch, weil es dann an der Wiederholungsgefahr fehlt (BGH GRUR 2009, 977 – Brillenversorgung).

Sowohl nach früherem als auch nach geltendem Recht ist eine Werbung dann als irreführend zu bewerten, wenn die Werbung nach ihrem Inhalt für den Verkehr die

Erwartung des Vorhandenseins und der sofortigen Lieferbarkeit hervorruft und die tatsächlichen Gegebenheiten dieser Erwartung nicht entsprechen (BGH GRUR 2000, 911, 913 – Computerwerbung).

Im vorliegenden Fall ist die streitgegenständliche Werbung der Beklagten hinsichtlich der streitgegenständlichen Fälle abgesehen von demjenigen der Schlagbohrmaschine als irreführend zu bewerten.

Irreführend ist eine Werbung, wenn die angebotene Ware entgegen der durch sie hervorgerufenen Verkehrserwartung zum angekündigten Zeitpunkt nicht oder nicht in genügender Menge vorrätig ist. Maßgeblich ist insoweit, welchen Inhalt der Rezipient der Werbung entnimmt und ob dieser Eindruck mit der Wirklichkeit übereinstimmt (BGH GRUR 1989, 609 f. – Fotoapparate). Dabei ist eine besondere Heraushebung eines einzelnen Artikels in der Werbung nach der Verkehrserwartung eher als Behauptung sofortiger Lieferfähigkeit als eine nicht besonders auffällige Anführung eines Artikels unter zahlreichen anderen (BGH NJW-RR 1987, 102 f.).

Dabei gilt, dass höhere Anforderungen an die Lieferbarkeit des Artikels zu stellen sind, je stärker ein Artikel in der Werbung herausgestellt wird. Ist nur ein einziger Artikel in besonders herausgestellter Form oder ein Artikel unter mehreren blickfangmäßig herausgestellt beworben, wird die Verkehrserwartung in der Regel dahin gehen, dass mit einer unbedingten Vorrätigkeit der Ware gerechnet wird (BGH GRUR 1989, 609 f. – Fotoapparate; BGH GRUR 2000, 911, 912). Demgegenüber genügt die bloße Liefermöglichkeit auf Bestellung oder das Vorhandensein von Waren in anderen Filialen – wenn nicht ausdrücklich so beworben – nicht (BGH GRUR 1988, 311, 312 – Beilagen-Werbung).

Allerdings ist die Verkehrserwartung jeweils anhand des konkreten Einzelfalles unter Berücksichtigung von Art, Inhalt und Umständen der Werbung und der betroffenen Warenart zu ermitteln. Dabei ist davon auszugehen, dass die Erwartung des Kunden die Möglichkeit einschließt, dass der Kaufmann aus Gründen höherer Gewalt oder sonst ohne Verschulden trotz sorgfältiger Einkaufs- und Vorratskalkulation an der Einhaltung der Werbeaussage gehindert ist. Ein gelegentlicher Ausreißer wird bei Bewerbung einer Vielzahl einzelner Artikel vom Verkehr in Rech-

nung gestellt. Anders ist dies jedoch bei einer besonders herausgestellten, blickfangmäßigen Werbung gerade für den fehlenden Artikel (BGH GRUR 1989, 609 f. – Fotoapparate).

Nach den vorstehenden Grundsätzen ergibt sich für den vorliegenden Fall Folgendes:

Unter Berücksichtigung von Art, Inhalt und Umständen der Werbung und der betroffenen Warenart liegt hier hinsichtlich der Artikel Luftbett, Handy, Scheinzypresse und Staubsauger eine Irreführung vor, während sich die Beklagte hinsichtlich des Artikels Schlagbohrmaschine exkulpieren kann.

Nach der durchgeführten Beweisaufnahme steht zunächst fest, dass die streitgegenständlichen beworbenen Artikel entsprechend den Angaben des Klägers in den genannten Filialen für die Zeugen nicht erhältlich gewesen sind.

Bei den streitgegenständlichen Werbemaßnahmen handelt es sich zwar nicht um in besonderer Weise blickfangmäßig herausgestellte Werbung. Anders ist dies nur hinsichtlich des Staubsaugers zu bewerten, der durchaus als blickfangmäßig herausgestellt und besonders hervorgehoben zu bezeichnen ist.

Es handelt sich auch nicht um besonders hochwertige Artikel, denen eine besondere Anziehungskraft zugesprochen werden könnte, wie etwa Computern. Andererseits sind es auch nicht Artikel von völlig untergeordneter Bedeutung, wie es etwa bei Tomatenmark oder anderen „Pfennigartikeln“ der Fall ist.

Nach der Art der Waren und nach den Umständen der Werbung wird man daher – abgesehen von dem Staubsauger – nicht davon ausgehen können, dass eine unbedingte Verkehrserwartung zur Vorrätigkeit der Ware besteht. Deshalb könnte sich die Beklagte vorliegend durch die Darlegung einer ordnungsgemäßen Kalkulation entlasten, wenn sich daraus ergibt, dass sie ohne Verschulden an der Einhaltung der Werbeaussage gehindert war.

Der Sternchenhinweis für sich genommen genügt allerdings nicht, um eine vorhandene Verkehrserwartung der Vorrätigkeit der fraglichen Artikel zu entkräften. Hiergegen sprechen bereits die kleingedruckte Schrift und die Unauffälligkeit dieses Hinweises im Verhältnis zu der sonstigen drucktechnischen Gestaltung der

Prospekte. Auch ist das Sternchen als solches unauffällig und lenkt den Blick des Betrachters nicht auf die Hinweiszeile. Außerdem führt der Text der Hinweiszeile „Diese Artikel sind nur vorübergehend bei uns im Sortiment und nicht in allen Filialen erhältlich“ allenfalls dazu, dass der Kunde davon ausgeht, der beworbene Artikel sei nicht dauerhaft, aber doch in angemessenem Vorrat vorhanden. Der Hinweis darauf, dass nicht alle Filialen teilnehmen, ist zu allgemein, um daraus einen generellen Ausschluss der Verkehrserwartung des Vorhandenseins der beworbenen Waren herleiten zu können.

Auch kann ein bloßes Nachbestellsystem nicht genügen, um den Werbenden vom Vorwurf der Irreführung zu befreien. Allenfalls im Falle eines funktionierenden Nachbestellsystems, auf das die Kunden unaufgefordert – etwa durch Aushang – hingewiesen werden, könnten hierdurch die Anforderungen an die Vorratshaltung verringert werden. Vorliegend haben jedoch mehrere Zeugen ausgesagt, dass sie nach den fraglichen Artikeln oder sogar nach einer Bestellmöglichkeit gefragt haben, sie jedoch von Mitarbeitern nicht auf Nachbestellmöglichkeiten hingewiesen wurden oder diese sogar ausdrücklich von Mitarbeitern verneint wurde. Demnach befreit das von der Beklagten behauptete Nachbestellsystem die Beklagte jedenfalls in den vorliegenden Fällen nicht von dem Nachweis, einen angemessenen Vorrat der beworbenen Ware in jeder (teilnehmenden) Filiale vorgehalten zu haben.

Vorliegend hat die Beklagte aber zur Überzeugung des Gerichts dargelegt, dass sie hinsichtlich der angebotenen Schlagbohrmaschine angemessen kalkuliert hat. Anderes gilt hinsichtlich der Artikel Staubsauger, Handy, Scheinzypresse und Luftbett.

Grundsätzlich spricht ein Anscheinsbeweis dafür, dass die Kalkulation nicht richtig und angemessen gewesen ist, wenn ein Artikel bereits am ersten Tag des Angebots ausverkauft ist. Das per-se-Verbot der Nr. 5 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG statuiert insoweit eine Beweislastumkehr für den Fall, dass beworbene Waren nicht zwei Tage lang erhältlich sind. Die Beklagte könnte sich aber durch die Darlegung außergewöhnlicher Umstände, insbesondere einer außergewöhnlichen Nachfrage entlasten. An diese Darlegung sind aber erhöhte Anforderungen zu stellen, d.h. es kann nicht genügen, wenn der Werbende sich darauf beruft, er kal-

kuliere immer angemessen nach bestimmten Zahlen. Er muss vielmehr darlegen, auf welcher Grundlage er im Einzelfall davon ausgehen durfte, dass die vorgehaltene Menge ausreichend war (vgl. BGH GRUR 1987, 371, 372 – Kabinettwein; BGH GRUR 1989, 609, 610 – Fotoapparate).

Hier hat die Beklagte zwar ausführlich und nachvollziehbar ihr Kalkulationssystem und den Verteilerschlüssel für die Verteilung der Waren auf die einzelnen Filialen dargelegt. Überwiegend fehlt es jedoch an der Darlegung der genauen Daten und Zahlen, die eine Nachprüfung ermöglichen würden, ob tatsächlich eine völlig überraschende gesteigerte Nachfrage vorlag, mit der die Beklagte nicht rechnen konnte.

Unter Berücksichtigung von Art, Inhalt und Umständen der Werbung und der betroffenen Warenart gilt hier für die einzelnen Werbemaßnahmen Folgendes:

Gelungen ist die Exkulpation zur Überzeugung des Gerichts hinsichtlich der Schlagbohrmaschine.

Hinsichtlich der Schlagbohrmaschine handelte es sich um eine Drittvermarktung und der Preis war nach der Darlegung der Beklagten nicht derart günstig, dass die Beklagte davon ausgehen konnte, 11 Schlagbohrmaschinen seien für die streitgegenständliche Filiale zu wenig gewesen. Der Zeuge hat ausgeführt, es seien insgesamt 15.840 Geräte in 1.700 Filialen bei der Erstvermarktung angeboten worden, wobei nach 7 Wochen lediglich 48% verkauft gewesen seien. Bei der Zweitverwertung seien im Raum Hamburg/Hannover ebenfalls nur 24% des Restbestandes verkauft worden. Bei der Drittverwertung seien dann in der Region Ost, dh. Berlin/Leipzig die restlichen 6.283 Geräte auf 390 Filialen verteilt worden. Dies seien im Schnitt 16 Geräte pro Filiale gewesen, nach dem Verteilerschlüssel seien allerdings einige Filialen mit 22, andere mit 11 Geräten beliefert worden. Nach Beendigung des Angebots seien noch 17 Geräte zurückgegangen. Hiernach und insbesondere auch im Hinblick darauf, dass es sich bei der Schlagbohrmaschine auch im Verhältnis zu Konkurrenzprodukten nicht um ein besonders günstiges Angebot gehandelt hat, erscheint dem Gericht die Darlegung der Beklagten insoweit ausreichend, um von einer angemessenen Vorrathaltung auszugehen.

Hinsichtlich des Luftbetts ist die Exkulpierung hingegen nicht gelungen. Die Filiale in Beckingen war mit 8 Luftbetten beliefert worden. Die Beklagte gibt an, dass sie sich insoweit auf eine eigene vorangegangene Aktion mit Luftbetten in Standardqualität bezogen hat, ohne jedoch konkrete Zahlen zu nennen. Dabei handelte es sich um Luftbetten zum Preis von 19,99 Euro, die nach eigenen Angaben der Beklagten im Vergleich mit Konkurrenzprodukten eher am oberen Ende des Preissegments gelegen hätten. Das hier streitgegenständliche „Luxusmodell“ sei noch nicht - auch nicht von Konkurrenten angeboten worden, weshalb für die Preiskalkulation auf das Standardmodell habe zurückgegriffen werden müssen. Wenn aber auf die Zahlen des eher teuren Standardprodukts abgestellt wurde, ohne dass in der Frage der zu erwartenden Nachfrage berücksichtigt worden ist, dass es sich bei dem „Luxusmodell“ um ein noch nicht angebotenes besonderes Modell handelt, wäre es erforderlich gewesen, eine größere Stückzahl der Luftbetten vorrätig zu halten. Demnach hat die Beklagte nicht dargelegt, dass sie hinsichtlich des Artikels „Luftbett“ ausreichend kalkuliert hatte und lediglich eine nicht voraussehende höhere Nachfrage vorgelegen hat.

Auch hinsichtlich des Handys liegt zwar keine besondere Heraushebung des Artikels in der Werbung vor. Die Bevorratung von 16 Handys in den fraglichen Filialen ist jedoch nach Einschätzung des Gerichts auch unter Zugrundelegung der Darstellung der Beklagten zur Zweitverwertung nicht ausreichend. Zwar hat der Zeuge dargelegt, dass bei der Erstverwertung des Handys, das zum Preis von 93,- Euro eingekauft worden und zum Preis von 149,- Euro angeboten worden ist, nur ca. 5.000,- Handys verkauft wurden. Man habe dann das Handy drastisch im Preis reduziert und im Bereich Leipzig/Berlin nochmals angeboten. Die Beklagte weist darauf hin, dass die Zweitverwertung erst deutlich später erfolgte als die Erstverwertung und damit bereits der für Handys übliche Preisverfall eingetreten war. Zudem habe das Handy zum damaligen Zeitpunkt in Testberichten sehr schlechte Kritiken bekommen.

Auch wenn sicherlich ein Preisverfall von Handys in Rechnung zu stellen ist, ist doch im vorliegenden Fall die deutliche Preisreduzierung auf weit unter dem Einkaufspreis zu berücksichtigen. Danach handelte es sich um ein attraktives Angebot, was die Beklagte im Rahmen ihrer Kalkulation hätte berücksichtigen müssen.

Die Ausstattung mit durchschnittlich 16 Handys pro Filiale war deshalb – was für die Beklagte auch vorhersehbar war – nicht ausreichend.

Zur Kalkulationsgrundlage bezüglich der Liefermenge von 16 Stück an die streitgegenständliche Filiale hat die Beklagte keine konkreten Darlegungen getroffen. Demnach lässt sich nicht feststellen, dass die Vorrätighaltung von 16 Pflanzen dieser Art der zu erwartenden Nachfrage entsprach.

Eine Exkulpation kann hinsichtlich des Staubsaugers nicht gelingen. Denn dieser ist besonders herausgestellt und blickfangmäßig beworben. Insoweit geht die Verkehrserwartung dahin, dass uneingeschränkte Verfügbarkeit zumindest für zwei Tage gegeben ist. Selbst wenn man eine Exkulpation durch angemessene Bevorratung auch hier für möglich hält, ist diese vorliegend nicht gelungen. Denn es handelte sich nach der eigenen Darlegung der Beklagten gerade um ein besonders günstiges Angebot. Denn es ging der Beklagten darum, einem Wettbewerber insoweit durch ein entsprechend günstiges Angebot zuvorzukommen. Daher musste die Beklagte angesichts der ihr bekannten und von ihr gewollten Attraktivität des Angebots mit einer höheren Nachfrage rechnen, so dass die ausgelieferten 16 Geräte pro Filiale keinesfalls ausreichend waren.

Auf die Relevanz der Irreführung kommt es angesichts des per-se Verbots nach neuem Recht nicht mehr an. Jedenfalls war die Irreführung in den hier gegebenen Fällen auch relevant. Hiervon ist auszugehen, wenn der Verkehr durch den falschen Eindruck veranlasst wird, sich mit dem Angebot des Werbenden zu befassen (vgl. BGH WRP 2000, 1248, 1251 f. – Computerwerbung). Dies war hier – wie die Zeugenaussagen erkennen lassen – jedenfalls der Fall.

Die Wiederholungsgefahr wird aufgrund des Vorliegens der wettbewerbswidrigen Handlungen vermutet (stRspr; BGH GRUR 1997, 379, 380 – Wegfall der Wiederholungsgefahr II).

Die Kostenentscheidung war nach dem Anteil des Obsiegens bzw. Unterliegens zu treffen, § 92 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 11, 709, 711 ZPO.

Richterin

Ausgefertigt

Wiesbaden, den

als Urkundsbeamtin der  
Geschäftsstelle