



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 173/09

Verkündet am:
7. Juli 2011
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

10% Geburtstags-Rabatt

UWG § 5 Abs. 1 Nr.1

- a) Werden in der Werbung für eine Rabattaktion, die ein Unternehmen anlässlich eines Firmenjubiläums ankündigt, feste zeitliche Grenzen angegeben, muss es sich hieran grundsätzlich festhalten lassen. Es kann auch irreführend sein, wenn eine solche Aktion über die angegebene Zeit hinaus fortgeführt wird.
- b) Eine irreführende Angabe wird regelmäßig dann vorliegen, wenn das Unternehmen bereits bei Erscheinen der Werbung die Absicht hat, die Rabattaktion zu verlängern, dies aber in der Werbung nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt. Wird die Rabattaktion aufgrund von Umständen verlängert, die nach dem Erscheinen der Werbung eingetreten sind, ist danach zu unterscheiden, ob diese Umstände für das Unternehmen unter Berücksichtigung fachlicher Sorgfalt voraussehbar waren und deshalb bei der Planung der befristeten Aktion und der Gestaltung der ankündigenden Werbung berücksichtigt werden konnten.
- c) Der wirtschaftliche Erfolg einer solchen Rabattaktion gehört nicht zu den Gründen, die nach der Verkehrsauffassung eine Verlängerung nahelegen können.

BGH, Urteil vom 7. Juli 2011 - I ZR 173/09 - OLG Hamm

LG Münster

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert, Dr. Koch und Dr. Löffler

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Oberlandesgerichts Hamm vom 8. September 2009 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zu Lasten der Beklagten entschieden worden ist.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 5. Kammer für Handels-sachen des Landgerichts Münster vom 17. Februar 2009 abgeändert und wie folgt neu gefasst:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, es zu unterlassen, geschäftlich handelnd aus Anlass eines Firmenjubiläums für zeitlich befristete Preisnachlässe zu werben und eine derart beworbene Aktion zu verlängern, namentlich die befristeten Preisnachlässe auch nach Ende der Befristung anzubieten, so wie geschehen mit der im Tatbestand wiedergegebenen Postwurfwerbung vom 25. September 2008 (befristet bis 4. Oktober 2008), der darauf folgenden Zeitungsanzeige (verlängert bis 11. Oktober 2008) sowie dem am 8. Oktober 2008 gestreuten Werbeprospekt (letztmalig verlängert bis 18. Oktober 2008).
Der Klägerin wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverpflichtung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 250.000 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht.
3. Die Klägerin wird verurteilt, an die Beklagte 2.485,30 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 13. Oktober 2008 zu zahlen.
4. Die Klägerin wird verurteilt, der Beklagten Auskunft darüber zu erteilen, wann und in welchem Umfang Verletzungshandlungen nach Ziffer 2 begangen wurden, durch Angabe der jeweiligen Werbeträger, deren Auflage, des Zeitpunkts und des Gebietes der Verbreitung.
5. Es wird festgestellt, dass die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten den gesamten Schaden zu ersetzen, welcher der Beklagten aus Handlungen der Klägerin gemäß Ziffer 2 bereits entstanden ist oder zukünftig noch entstehen wird.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Parteien betreiben Möbelhäuser. Die Klägerin feierte im Jahre 2008 das 180-jährige Bestehen ihres Unternehmens. Aus diesem Anlass verteilte sie in der 39. Kalenderwoche (22. bis 28. September) des Jahres 2008 Postwurfsendungen wie nachfolgend verkleinert eingublendet, in denen sie für ihre Möbelhäuser in Lingen und Rheine mit „Dauertiefpreisen“ sowie für einen zusätzlichen „10% Geburtstags-Rabatt auf alles, ohne Ausnahmen!“ warb. Zur Geltungsdauer des Angebots hieß es in der Werbung:

Ab sofort bis Sa, 4.10.08 gültig!

möbel & mehr Berning
Lingen Rheine
Rheinher Str. 112 Kardinal-Galen-Ring 2
Tel. 0591/91294-0 Tel. 05971/80275-0
Öffnungszeiten: Mo-Fr 9.30-18.00 Sa 9.30-18.00 Uhr

180 Jahre Berning
Geschäftsbereich Möbel Berning, Lingen, Rheine

Persönliche Einladung zum riesen Geburtstag von Möbel Berning.

Wir feiern Geburtstag – Sie bekommen die Geschenke!
Das Traditionsunternehmen wird 180 Jahre!

Liebe Kundinnen und Kunden,

der größte Berning-Geburtstag steht an, denn wir feiern **-180 Jahre Möbel Berning!** Das möchten wir jetzt mit Ihnen zusammen feiern! Neben viel Spaß für Groß und Klein gibt es auch noch einmalige Einkaufsvorteile! Auf unsere ohnehin schon günstigen Dauer-Tiefpreise, die jedem Marktvergleich standhalten, gibt es jetzt und nur für kurze Zeit für Sie:

PLUS zusätzlich 10% RABATT AUF ALLES!
Ohne Ausnahmen und ohne Kleingedrucktes – garantiert!

! (Bleibe Nachlässe von vorhandenen Hersteller-Preisen in Höhe von 30% und mehr sind bei unseren Dauer-Tiefpreisen normal und werden schon berücksichtigt)

Unser Tipp: **Vergleichen Sie nur Endpreise!** Kaufen Sie keine Möbel und Küchen, bevor Sie nicht bei uns waren! Es zählt sich für Sie aus!

Außerdem haben wir noch ein **exklusives Geburtstags-Geschenk** für Ihre Kleinen reserviert – den **original Berning-Jubiläumskugeln**.

Profitieren Sie ab **sofort bis Sa, 4.10.08** von unseren sensationellen Geburtstags-Geschenken:

Kommen Sie zu uns! Wir freuen uns auf Sie.

An Boyl *A. Briz*

Christina und Markus Berning, Geschäftsbereich

Exklusives Geburtstags-Geschenk!
Jedes Kind bekommt einen original Berning-Jubiläumskugeln **geschenkt!**
Gegen Vorlage dieses Coupons, nur bis 4.10.08 gültig!

Exklusives Geburtstags-Sekt-Frühstück!
für nur **2,90**
Ab sofort bis Sa, 4.10.08 gültig!

Exklusives Geburtstags-Gedeck! Gegen Abgabe dieses Gutscheines erhalten Sie ein Stück köstlichen Kuchen und eine Tasse heißen Kaffee für nur **1,-**
Ab sofort bis Sa, 4.10.08 gültig!

zusätzlich 10% Geburtstag-Rabatt auf alles, ohne Ausnahmen!
auch auf TOP-Marken wie z.B.:
WOSTMANN **gorenje** **SIEMENS**
mobilia **himolla**
rufbetten **hlow!** **Bauknecht**
SCHLARAFFIA ...und viele mehr!

möbel & mehr Berning
zusätzlich **10%** Geburtstag-Rabatt auf alles, ohne Ausnahmen!
Ab sofort bis Sa, 4.10.08 gültig!

„Wir scheuen keinen Marktvergleich! Seit Generationen ehrliche Dauertiefpreise bei Berning!“

<p>Moderne Fokusschalen Sonneneckel ca. 3.120/184 cm, Sitzhöhe ca. 50-100 cm, 3-Sitzer mit Rückenverstellung, Polster Chrom, inkl. Kissen, Hosen- und Mantelbänke.</p> <p>Bitte vergleichen Sie unsere ehrlichen DAUERTIEFPREISE!</p> <p>Unser Preis 999,- jetzt nochmals -10% Geburtstags-Preis 899,-</p>	<p>Kinderschlafplatz Schlafplatz ca. 80x200 cm mit Leiter, Rollschere und Abkürzungsstange. Ohne Pfannengestanz, Vorhang, Rahmen und Aufsatz.</p> <p>Bitte vergleichen Sie unsere ehrlichen DAUERTIEFPREISE!</p> <p>Unser Preis 499,- jetzt nochmals -10% Geburtstags-Preis 449,-</p>
<p>Funktionssofa einteiliges Beleg, Fickler, Polster, Kunststoff-Fahrg, inkl. Buchhalter und 2 Kissen, Schwenkwinkel ca. 270/270 cm, Länge/höhe ca. 1.40/215 cm.</p> <p>Bitte vergleichen Sie unsere ehrlichen DAUERTIEFPREISE!</p> <p>Unser Preis 599,- jetzt nochmals -10% Geburtstags-Preis 539,-</p>	<p>Markenbau-Schlafzimmer in hochwertiger weiß, 80/170 cm, 200/200 cm, inkl. individueller Beschichtung mit Touchscreen-System.</p> <p>Bitte vergleichen Sie unsere ehrlichen DAUERTIEFPREISE!</p> <p>Unser Preis 1.999,- jetzt nochmals -10% Geburtstags-Preis 1.799,-</p>
<p>Publikumsofa 3-Sitzer und 2-Sitzer, mit Lederbezug, in gelber Schiefer Form mit Rückenverstellung, Rücken- und Armlehnen, 200/200 cm, 200/200 cm, 3-Sitzer Rücken Sparatrat.</p> <p>Bitte vergleichen Sie unsere ehrlichen DAUERTIEFPREISE!</p> <p>Unser Preis 1.698,- jetzt nochmals -10% Geburtstags-Preis 1.528,-</p>	<p>Markenbau-Schlafzimmer in hochwertiger weiß, 80/170 cm, 200/200 cm, inkl. individueller Beschichtung mit Touchscreen-System.</p> <p>Bitte vergleichen Sie unsere ehrlichen DAUERTIEFPREISE!</p> <p>Unser Preis 2.998,- jetzt nochmals -10% Geburtstags-Preis 2.698,-</p>
<p>Markenbau Wohnwand in Karibische mahoe, best. aus: Wohn-, TV- und Medienregal mit Kindersicherungs, 80/170, 2.00/180/180 cm, ohne Beschichtung.</p> <p>Bitte vergleichen Sie unsere ehrlichen DAUERTIEFPREISE!</p> <p>Unser Preis 2.998,- jetzt nochmals -10% Geburtstags-Preis 2.698,-</p>	<p>Schlafzimmer best. aus: Bett, Längsfläche ca. 180/200 cm, ohne Rahmen, Aufsatz und Bettzeug und Schwebelochschrank, Rahmen schlafzimmer, 80/170, ca. 200/170 cm.</p> <p>Bitte vergleichen Sie unsere ehrlichen DAUERTIEFPREISE!</p> <p>Unser Preis 299,- jetzt nochmals -10% Geburtstags-Preis 269,-</p>

Alle Preise in Euro, ohne MwSt. Alle Maße Ca.-Angaben. Model- und Farbabweichungen, Irrtümer und Liefermöglichkeiten vorbehalten. Für Druckfehler keine Haftung.

180 Jahre Berning
RHEINE Kardinal-Galen-Ring 2 Tel. 0591/80275-0
LINGEN Rheinher Str. 112 Tel. 0591/91294-0
Öffnungszeiten: Mo-Fr 9.30-19.00 Uhr · Sa 9.30-18.00 Uhr

Blockpunkt
ALLES GUTER FÜR ZUMPFER
TEL.-LINGEN 0591/91294-0
TEL.-RHEINE 0591/80275-0
www.moebel-berning.de

- 2 Am 2. Oktober 2008 erschienen in verschiedenen Tageszeitungen Anzeigen der Klägerin wie nachfolgend verkleinert eingeblendet, in denen wiederum mit „Dauertiefpreisen“ sowie für einen zusätzlichen „10% Geburtstags-Rabatt auf alles“ geworben wurde, und zwar mit dem Hinweis

Verlängert bis Sa., 11.10.2008.

180
1828 - 2008 **JAHRE**

WIR FEIERN!
Sie bekommen die GESCHENKE!

In unserem Haus in Lingen:

HEUTE ABEND
DONNERSTAG
2
OKTOBER

MOONLIGHT SHOPPING
Einkaufen bis 22 Uhr!

möbel & mehr
Berning
-30% -40% -50%
DAUERTIEFPREIS

+10%
PLUS zusätzlich
Geburtstags-Rabatt auf alles!

Verlängert bis Sa., 11.10.2008

Übliche Nachlässe von vorhandenen Hersteller-Preislisten in Höhe von 30% und mehr sind bei unseren Dauer-Tiefpreisen normal und sowieso schon berücksichtigt.

Unser Tipp:
Vergleichen Sie nur Endpreise! Kaufen Sie keine Möbel und Küchen, bevor Sie nicht bei uns waren! Es zählt sich für Sie aus!

Berning
möbel & mehr
Rheiner Str. 112 · 49809 LINGEN · Tel. 0591-91294-0

- 3 Am 8. Oktober 2008 bewarb die Klägerin eine erneute Verlängerung ihrer Rabattaktion mit der Aussage

Wegen des riesigen Erfolgs:
LETZTMALIG
VERLÄNGERT
Nur noch bis zum 18.10.2008!

wie nachfolgend verkleinert eingebildet:

4 Die Beklagte beanstandete mit Schreiben vom 10. Oktober 2008 die Werbungen der Klägerin mit „Dauertiefpreisen“ und die Verlängerungen des Geburtstagsrabattes als wettbewerbswidrig. Die Klägerin hat daraufhin mit der Beklagten am 27. Oktober 2008 zugestelltem Schriftsatz Klage erhoben mit dem Antrag,

festzustellen dass die Beklagte gegen die Klägerin keinen Anspruch hat, es zu unterlassen, Verkaufsförderungsmaßnahmen mit Preisnachlässen zeitlich zu befristen und die befristeten Preisnachlässe auch nach Ende der Befristung anzubieten und/oder zu gewähren.

5 Nachdem der Klägerin mit von der Beklagten unter dem 28. Oktober 2008 beantragten einstweiligen Verfügung vom 30. Oktober 2008 verboten worden war,

a) aus Anlass eines Firmenjubiläums für zeitlich befristete Preisnachlässe zu werben und eine derart beworbene Aktion zu verlängern, namentlich die befristeten Preisnachlässe auch nach Ende der Befristung anzubieten,

und/oder

b) mit der Angabe „- 30%, - 40%, - 50% Dauertiefpreis; übliche Nachlässe von vorhandenen Hersteller-Preislisten in Höhe von 30% und mehr sind bei unseren Dauertiefpreisen normal und sowieso schon berücksichtigt!“

zu werben, so wie geschehen mit den nachfolgend wiedergegebenen Postwurfsendungen vom 25.9.2008 (befristet bis 4.10.08), der darauffolgenden Zeitungsanzeige (verlängert bis 11.10.08) sowie des am 8.10.2008 gestreuten Werbeprospekts (letztmalig verlängert bis 18.10.08),

hat sie auf das Abschlusschreiben der Beklagten vom 13. Oktober 2008 nur hinsichtlich des Verbots zu b) eine Abschlusserklärung abgegeben, ohne allerdings die Kosten für das Abschlusschreiben zu übernehmen.

6 Die Beklagte hat mit Schriftsatz vom 17. November 2008 Widerklage erhoben und beantragt, die Klägerin zu verurteilen,

1. es zu unterlassen, geschäftlich handelnd aus Anlass eines Firmenjubiläums für zeitlich befristete Preisnachlässe zu werben und eine derart beworbene Aktion zu verlängern, namentlich die befristeten Preisnachlässe auch nach Ende der Befristung anzubieten, so wie geschehen mit der nachfolgend wiedergegebenen Postwurfwerbung vom 25.9.2008 (befristet bis 4.10.08), der darauffolgenden Zeitungsanzeige (verlängert bis 11.10.08) sowie dem am 8.10.2008 gestreuten Werbeprospekt (letztmalig verlängert bis 18.10.08). [es folgen Einblendungen der Werbung]

2. an die Beklagte 2.485,30 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus 1.479,90 € seit 13.10.2008 und aus 1.005,40 € seit 5.12.2008 zu zahlen.

7 Die Beklagte hat ferner beantragt, die Klägerin zur Auskunft zu verurteilen und ihre Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz festzustellen.

8 Nach Erhebung der Widerklage hat die Klägerin den Rechtsstreit hinsichtlich der negativen Feststellungsklage in der Hauptsache für erledigt erklärt. Die Beklagte hat sich dieser Erledigungserklärung nicht angeschlossen.

9 Das Landgericht hat festgestellt, dass die Klage in der Hauptsache erledigt ist. Die Widerklage hat es abgewiesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klägerin zur Zahlung von 2.010,80 € nebst Zinsen verurteilt und die Berufung im Übrigen zurückgewiesen.

10 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihre Anträge auf Unterlassung, auf Zahlung weiterer Rechtsanwaltskosten sowie Auskunft und Feststellung der Schadensersatzverpflichtung der Klägerin weiter.

Entscheidungsgründe:

11 A. Das Berufungsgericht hat in den verlängerten Rabattaktionen keine Irreführung gesehen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

12 Die - als Gläubigerin insofern beweisbelastete - Beklagte habe nicht beweisen können, dass die Klägerin ihre Rabattaktion von Anfang an wie geschehen habe verlängern wollen. Selbst wenn man von einer solchen ursprünglich bereits gegebenen Verlängerungsabsicht der Klägerin ausgehe, sei diese Irreführung mangels Relevanz nicht wettbewerbswidrig. Die Beklagte habe nicht dargetan, inwieweit eine falsche Angabe des Endtermins die Kaufentscheidung des Kunden beeinflusse. Betroffen sei nicht die Kaufentscheidung als solche, sondern lediglich die Überlegungsfrist.

13 Auch eine Irreführung durch Unterlassen liege nicht vor. Es fehle an einer Offenbarungspflicht der Klägerin, da es für die Frage der Irreführung allein entscheidend sei, ob der angegebene Endtermin beim Erscheinen der Werbung tatsächlich gewollt gewesen sei.

14 B. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Verurteilung der Klägerin auf die Widerklage hin zur Unterlassung, Auskunftserteilung, Feststellung der Schadensersatzpflicht und Zahlung von 2.485,30 € Abmahnkosten. Ferner ist die Klage abzuweisen, weil die negative Feststellungsklage von Anfang an unbegründet war.

15 I. Das Berufungsgericht hat den mit der Widerklage geltend gemachten Unterlassungsantrag zu Unrecht abgewiesen. Ein Unterlassungsanspruch der Beklagten ergibt sich im Streitfall aus §§ 8, 3, 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG.

16 1. Die Beklagte hat ihren Unterlassungsanspruch auf Wiederholungsgefahr gestützt (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG) und dazu Zuwiderhandlungen vorgetragen, die die Klägerin im September und Oktober 2008 begangen haben soll. Da der Unterlassungsanspruch auf die Abwehr künftiger Rechtsverstöße gerichtet ist, ist er nur begründet, wenn auf der Grundlage des zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Rechts Unterlassung verlangt werden kann. Zudem muss die Handlung zum Zeitpunkt ihrer Begehung wettbewerbswidrig gewesen sein, weil es anderenfalls an der Wiederholungsgefahr fehlt (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 7. April 2011 - I ZR 34/09, GRUR 2011, 742 = WRP 2011, 873 - Leistungspakete im Preisvergleich). Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004, das zur Zeit des beanstandeten Verhaltens galt, ist zwar Ende 2008 geändert worden. Durch diese - der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken dienende - Gesetzesänderung ist jedoch keine für die Beurteilung

des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage eingetreten. Die Anforderungen der Richtlinie 2005/29/EG galten unter dem Gesichtspunkt der richtlinienkonformen Auslegung seit dem 12. Dezember 2007 (Art. 19 der Richtlinie 2005/29/EG) und waren deshalb bereits zum Zeitpunkt der Vornahme der im Streitfall beanstandeten Handlung maßgebend. Im Folgenden muss deshalb nicht zwischen dem alten und dem neuen Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb unterschieden werden.

17 2. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG ist eine geschäftliche Handlung irreführend, wenn sie unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über den Anlass des Verkaufs wie das Vorhandensein eines besonderen Preisvorteils enthält.

18 a) Nach dieser Vorschrift kann auch die irreführende Ankündigung einer Sonderverkaufsaktion wie etwa eines Jubiläumsverkaufs unzulässig sein. Insbesondere kann sich die Ankündigung einer Sonderveranstaltung als irreführend erweisen, wenn ein für einen befristeten Zeitraum angekündigter Sonderverkauf über die angegebene Zeit hinaus fortgeführt wird (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juli 2011 - I ZR 181/10 Rn. 15 - Frühlings-Special; Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl., § 5 Rn. 6.6c).

19 b) Ausgehend von diesen Maßstäben ist davon auszugehen, dass die mit der Widerklage angegriffene Werbung bei den angesprochenen Verbrauchern eine Fehlvorstellung erzeugt. Das Berufungsgericht hat es zu Unrecht für unerheblich angesehen, dass die Beklagte selbst in der Werbung vorbehaltlos eine zeitliche Grenze der Rabattaktion angegeben hat und sich an diese Angabe nicht gehalten hat. Das Berufungsgericht hat insoweit bei der Beurteilung der für eine Irreführung maßgebenden Verkehrsauffassung die Umstände des Streitfalls nicht hinreichend gewürdigt.

- 20 aa) Werden in der Ankündigung der Sonderveranstaltung von vornherein feste zeitliche Grenzen angegeben, muss sich der Kaufmann hieran grundsätzlich festhalten lassen (OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. April 2010 - 20 U 186/08 - juris Rn. 20; Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 5 Rn. 6.6c). Dabei hängt die Frage der Irreführung maßgebend davon ab, wie der Verkehr die Werbung mit einer befristeten Verkaufsaktion oder einem befristet gewährten Preisvorteil nach den Umständen des konkreten Falls versteht.
- 21 (1) Bei den Verbrauchern wird eine Fehlvorstellung regelmäßig dann erzeugt, wenn der Unternehmer bereits bei Erscheinen der Werbung für einen Jubiläumsrabatt die Absicht hat, die Aktion zu verlängern, dies aber nicht in der Werbung hinreichend deutlich zum Ausdruck bringt. Denn ein angemessen gut unterrichteter und angemessen aufmerksamer und kritischer Durchschnittsverbraucher wird bei einem vorbehaltlosen Angebot eines solchen Rabattes mit der Angabe eines Endtermins davon ausgehen, dass der Unternehmer den genannten Endtermin auch tatsächlich einhalten will (vgl. KG, WRP 2009, 1426; OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. April 2010 - 20 U 186/08 - juris Rn. 21; vgl. auch Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rn. 4.11).
- 22 (2) Wird die Rabattaktion dagegen aufgrund von Umständen verlängert, die nach dem Erscheinen der Werbung eingetreten sind, wird regelmäßig danach zu unterscheiden sein, ob diese Umstände für den Unternehmer unter Berücksichtigung fachlicher Sorgfalt voraussehbar waren und deshalb bei der Planung der befristeten Aktion und der Gestaltung der ankündigenden Werbung, etwa durch Hinweise auf eine für diesen Fall in Betracht kommende Verlängerung, berücksichtigt werden konnten. Denn der Verkehr wird nach der Lebenserfahrung zwar in Rechnung stellen, dass eine mit einem Endtermin beworbene besondere Verkaufsaktion oder ein befristeter Sonderpreis aus bei der Schaltung der Werbung nicht vorhersehbaren Gründen ausnahmsweise - etwa in Fällen der vorübergehenden

Schließung des Ladenlokals wegen höherer Gewalt oder von sonstigen unverschuldeten Geschehensverläufen - verlängert wird. Mit einer Verlängerung aus Gründen, die nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge unter Beachtung der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt voraussehbar waren, rechnet der Verkehr allerdings nicht. Dabei ist es grundsätzlich die Sache des Werbenden, die Umstände darzulegen, die für die Unvorhersehbarkeit der Verlängerungsgründe und für die Einhaltung der fachlichen Sorgfalt sprechen (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 2000 - I ZR 229/97, GRUR 2002, 187, 188 f. = WRP 2000, 1131 - Lieferstörung, zur parallelen Problematik der Irreführung über die Angemessenheit eines Warenvorrats; vgl. auch Berneke, GRUR-Prax 2011, 235, 237).

23 bb) Im Streitfall sind die Verbraucher über die Dauer der angekündigten Sonderaktion getäuscht worden, weil der von der Klägerin als Grund für die Verlängerungen angegebene wirtschaftliche Erfolg der Aktion, also letztlich das von ihr verfolgte wettbewerbliche Ziel, nicht zu den Gründen gehört, die nach der maßgeblichen Verkehrsauffassung eine Verlängerung nahelegen können. Mit einer Jubiläumsaktion möchte ein Unternehmen seine Kunden an seinem Erfolg teilhaben lassen und neue Kunden auf das Angebot hinweisen. Ist dieses Ziel in dem geplanten Zeitrahmen erreicht und sogar überschritten, besteht an sich für eine Verlängerung der Sonderaktion keine Veranlassung. Wird gleichwohl verlängert, deutet dies darauf hin, dass es dem Unternehmen darum geht, sich die besondere Anlockwirkung zunutze zu machen, die jeweils von einer solchen kurzen Fristsetzung ausgeht.

24 cc) Im Streitfall hat die Klägerin die Verbraucher aber auch über die von vornherein bestehende Absicht zur Verlängerung der befristet beworbenen Rabattaktionen getäuscht.

- 25 (1) Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass die in den Ankündigungen des Jubiläumsrabatts in der 39. Kalenderwoche sowie in der Werbeanzeige vom 2. Oktober 2008 enthaltene zeitliche Begrenzung zu einer Fehlvorstellung der Verbraucher geführt hat, wenn die Klägerin bereits zum Zeitpunkt dieser Ankündigungen den Vorsatz hatte, den Jubiläumsverkauf jeweils über den angegebenen Zeitraum hinaus fortzusetzen. Beabsichtigt das werbende Unternehmen von vornherein, den Sonderverkauf über den angegebenen Zeitraum hinaus fortzusetzen, ist der dem Verkehr mit der beworbenen Befristung vermittelte Eindruck, nach Beendigung der Aktion werde das Unternehmen zu den höheren Normalpreisen zurückkehren, eindeutig falsch.
- 26 (2) Das Berufungsgericht hat allerdings angenommen, die Beklagte habe nicht beweisen können, dass die Klägerin in Wahrheit ihre Rabattaktion von Anfang an wie geschehen habe verlängern wollen. Die Klägerin habe dies in Abrede gestellt. Sie habe nur eingeräumt, die Aktion eventuell zu verlängern, wenn ihr Erfolg dies aus geschäftlichen Gründen angezeigt erscheinen ließe. Lediglich insofern habe sie Vorbereitungen getroffen, um eine Verlängerung eventuell kurzfristig durchführen zu können. Diese Beurteilung hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.
- 27 Das Berufungsgericht ist von unzutreffenden Maßstäben für die Beurteilung der Frage ausgegangen, ob die zweimalige Verlängerung der Rabattaktion jeweils bei Ankündigung der Befristung vom Vorsatz der Klägerin umfasst gewesen ist und deshalb die Angabe eines Endzeitpunkts der Aktion eine unzutreffende Verbrauchervorstellung über die zeitliche Befristung des Jubiläumsrabatts hervorgerufen hat. Im Streitfall ergibt sich aus dem Vorbringen der Klägerin selbst, dass sie bereits zum Zeitpunkt der jeweiligen Ankündigung der befristeten Rabattaktion den Vorsatz einer späteren Verlängerung gefasst hatte und daher die angegriffenen

Ankündigungen der befristeten Rabattaktionen auch unter diesem Gesichtspunkt irreführend waren.

28 Entgegen der Beurteilung des Berufungsgerichts steht es der Annahme eines von vornherein gefassten Verlängerungsvorsatzes im Streitfall nicht entgegen, dass die Klägerin nach ihrem Vortrag eine Verlängerung davon abhängig gemacht hat, ob die Rabattaktion ein geschäftlicher Erfolg wird oder nicht. Nach allgemeinen, auch im Deliktsrecht anwendbaren Grundsätzen ist zwischen dem unbedingt gefassten Vorsatz auf bewusst unsicherer Tatsachengrundlage und dem Vorbehalt der späteren Fassung des Vorsatzes zu unterscheiden. So handelt derjenige, der sich für das „Ob“ der Tat noch nicht abschließend entschieden hat, nicht vorsätzlich. Für die Annahme eines *dolus eventualis* reicht es nicht aus, dass der Kaufmann es für möglich hält, sich später zu der fraglichen Handlung zu entschließen. Dagegen ist Vorsatz anzunehmen, wenn der Handelnde die Ausführung seines bereits gefassten Tatentschlusses von einer Bedingung abhängig macht, auf deren Eintritt er keinen Einfluss hat (vgl. BGHSt 21, 14, 17 f.; Lackner/Kühl, StGB, 27. Aufl., § 22 Rn. 2; Eser in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 22 Rn. 18).

29 Der zuletzt genannte Fall eines unbedingten Vorsatzes auf unsicherer Tatsachengrundlage liegt - wie die Revision mit Erfolg geltend macht - auch hier vor. Nach ihrem eigenen Vortrag hat die Klägerin die Verlängerungen bereits jeweils im Zeitpunkt der Ankündigung des befristeten Geburtstagsrabatts für den - aus ihrer Sicht unsicheren - Fall des wirtschaftlichen Erfolges geplant; auch die Werbeanzeigen mit der Ankündigung der Verlängerung um jeweils eine Woche hatte sie danach schon vorab vorbereiten lassen. Danach stand der Entschluss der Klägerin, die Rabattaktion zu verlängern, bereits vor der ersten Ankündigung der auf eine Woche begrenzten Sonderaktion fest und war lediglich durch den von der Klägerin zwar angestrebten, aber nicht beherrschbaren und nicht als sicher vorausgesehenen Umstand bedingt, dass die Rabattaktion ein wirtschaftlicher Erfolg wird.

Dies ist nach den dargelegten Grundsätzen für die Annahme eines Verlängerungsvorsatzes bereits zum Zeitpunkt der werblichen Ankündigungen der Jubiläumsrabattaktion ausreichend. Auch der Verkehr geht ohne einen entsprechenden Vorbehalt nicht davon aus, dass ein Unternehmer eine befristet beworbene Rabattaktion bereits von vornherein verlängern will, wenn diese den von ihm angestrebten Erfolg haben wird.

30 c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war die durch die Werbung mit befristeten Jubiläumsrabatten hervorgerufene Fehlvorstellung des Publikums über die zeitliche Begrenzung des Rabatts auch wettbewerbsrechtlich relevant.

31 aa) Die wettbewerbliche Erheblichkeit ist ein dem Irreführungstatbestand immanentes, spezifisches Relevanzerfordernis, das als eigenständige Bagatellschwelle eine zusätzliche Erheblichkeitsprüfung nach § 3 UWG überflüssig macht (BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 - I ZR 219/06, GRUR 2009, 888 Rn. 18 = WRP 2009, 1080 - Thermoroll, mwN; Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 5 Rn. 2.169 i.V.m. Rn. 2.20 f.; Köhler, GRUR 2010, 767, 770). Eine Werbung ist nur dann irreführend, wenn sie geeignet ist, bei einem erheblichen Teil der umworbenen Verkehrskreise irrige Vorstellungen über das Angebot hervorzurufen und die zu treffende Marktentschließung in wettbewerblich relevanter Weise zu beeinflussen (BGH, GRUR 2009, 888 Rn. 18 - Thermoroll, mwN).

32 bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, dass selbst dann, wenn von einer ursprünglich bereits gegebenen Verlängerungsabsicht der Klägerin auszugehen sei, die beim Verkehr erzeugte Fehlvorstellung mangels Relevanz für eine irreführende geschäftliche Handlung nicht ausreiche, weil nicht die Kaufentscheidung als solche, sondern allein die Länge der Überlegungsfrist von der erzeugten Fehlvorstellung beeinflusst werde. Dies ist nicht frei von Rechtsfehlern.

33 Wegen der zentralen Bedeutung des Preises einer Ware für die Kaufentscheidung ist die wettbewerbsrechtliche Relevanz einer irreführenden Preisangabe in der Regel ohne weiteres gegeben (BGH, Urteil vom 20. November 2008 - I ZR 122/06, GRUR 2009, 788 Rn. 24 = WRP 2009, 951 - 20% auf alles, mwN). Dies gilt grundsätzlich auch für eine unrichtige Angabe des Zeitraums, in dem ein Rabatt, also ein besonders günstiger Preis, gewährt wird. Denn durch die zeitliche Begrenzung der Gewährung des herabgesetzten Preises wird der Verbraucher gezwungen, die Kaufentscheidung unter einem zeitlichen Druck vorzunehmen. Dass ein zeitlicher Druck auf die Kaufentscheidung grundsätzlich ein wettbewerbsrechtlich relevanter Gesichtspunkt ist, ergibt sich bereits aus Nr. 7 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG. Die Revision weist ferner zu Recht darauf hin, dass der Verkehr bei einer befristeten Rabattaktion außerhalb des üblichen Geschäftsablaufs besondere Vergünstigungen erwartet, durch die er stark angelockt und zum Kauf herausgefordert werden kann. Es unterliegt keinem Zweifel, dass eine für eine Woche angekündigte und zweimal um jeweils eine Woche verlängerte Sonderaktion mehr Kunden anzieht und zu einem Kauf bewegt als eine Aktion, die von vornherein für die Dauer von drei Wochen angekündigt ist. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die jeweilige Frist - hier von einer Woche - so kurz bemessen ist, dass sie unüberlegte und übereilte Kaufentscheidungen provoziert, die einen ruhigen und genauen Leistungsvergleich verhindern.

34 Dass die Klägerin gegenüber denjenigen Verbrauchern, die der weiteren Werbung der Klägerin entnehmen konnten, dass die Rabattaktion verlängert wurde, möglicherweise einen ursprünglichen Irrtum korrigiert hat, steht weder einer Irreführung an sich (vgl. dazu Fezer/Peifer, UWG, 2. Aufl., § 5 Rn. 255; Lehmler in Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht, 2. Aufl., § 5 UWG Rn. 62) noch der Annahme ihrer wettbewerbsrechtlichen Relevanz auch im Hinblick auf diese Verbraucher entgegen. Denn der zunächst erzeugte Irrtum bewirkt, dass sich der Verbraucher mit dem Angebot der Klägerin

näher auseinandersetzt, was aus kaufmännischer Sicht bereits ein großer Vorteil für den Werbenden und dementsprechend ein Nachteil für den Mitbewerber ist (Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 5 Rn. 2.192).

35 II. Da im Streitfall eine relevante Irreführung im Sinne von §§ 3, 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 UWG vorliegt, stehen der Beklagten auch die mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche auf Feststellung der Schadensersatzpflicht und Auskunft zu (§ 9 Abs. 1 Satz 1 UWG, § 242 BGB).

36 Ferner kann die Beklagte gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG die Zahlung weiterer Abmahnkosten in Höhe von 474,50 € verlangen. Dieser Anspruch ergibt sich daraus, dass bei der Bestimmung des Streitwerts der Abmahnung vom 13. Oktober 2008 entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch die mit Recht beanstandete Werbung für den Jubiläumsrabatt zu berücksichtigen ist. Der Beklagten steht damit eine 1,3 Geschäftsgebühr auf der Grundlage eines Streitwerts von 60.000 € zuzüglich Auslagenpauschale zu, mithin zusätzlich zu dem vom Berufungsgericht insoweit bereits rechtskräftig zugesprochenen Betrag von 2.010,80 € weitere 474,50 €.

37 III. Danach erweist sich die Klage, mit der die Klägerin nach der einseitigen Erledigungserklärung noch die Feststellung der Erledigung begehrt, als unbegründet, weil die negative Feststellungsklage von Anfang an unbegründet war. Vielmehr steht der Beklagten der Anspruch zu, dessen Nichtbestehen mit der Klage festgestellt werden sollte.

38 IV. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Klage ist abzuweisen. Die Klägerin ist auf die Widerklage zur Unterlassung, Auskunft und Zahlung restlicher Abmahnkosten zu verurteilen; ferner ist ihre Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz festzustellen. Einer Zurückverweisung der

Sache an das Berufungsgericht bedarf es nicht, weil der Senat die Begründetheit der Widerklage auf der Grundlage des festgestellten Sachverhalts selbst beurteilen kann und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Weiterer erheblicher Sachvortrag der Klägerin ist hierzu nicht zu erwarten. Der Senat hat vielmehr seiner Beurteilung den Sachvortrag der Klägerin zugrunde gelegt. Die Maßgeblichkeit eines abweichenden Sachverhalts macht auch die Revisionserwidernung nicht geltend.

39

V. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm

Büscher

Schaffert

Koch

Löffler

Vorinstanzen:

LG Münster, Entscheidung vom 17.02.2009 - 25 O 149/08 -

OLG Hamm, Entscheidung vom 08.09.2009 - I-4 U 95/09 -