



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 229/97

Verkündet am:
16. März 2000
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Lieferstörung

UWG § 3

Zur Frage der Irreführung, wenn angekündigte Ware entgegen der Verbrauchererwartung am ersten Tag nach Erscheinen der Werbung im Geschäft nicht zum Verkauf steht, und zur Frage der Darlegungslast des Werbenden in einem solchen Fall.

BGH, Urt. v. 16. März 2000 - I ZR 229/97 - OLG Celle

LG Lüneburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. März 2000 durch die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Starck, Pokrant, Dr. Büscher und Raebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird - unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen - das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 13. August 1997 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung gegen die Abweisung des Klageantrags zu 1 zurückgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind in L. und Umgebung Wettbewerber im Einzelhandel u.a. mit Unterhaltungselektronik, elektrischen Haushaltsgeräten, Computern, Telekommunikationsgeräten und Tonträgern.

Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte habe in der Zeit von Oktober 1995 bis November 1996 wiederholt Artikel ihres Sortiments beworben, die sie am Tag des Erscheinens der Werbung nicht oder jedenfalls nicht schon bei Ladenöffnung in ihren Geschäftsräumen vorrätig gehabt habe. Dies hätten von ihr in das Geschäft der Beklagten entsandte Kontrollpersonen festgestellt. Die Beklagte sei deshalb zur Unterlassung der irreführenden wettbewerbswidrigen Werbung verpflichtet. Darüber hinaus schulde ihr die Beklagte nach einer erfolgreichen anwaltlichen Abmahnung wegen anderer Wettbewerbsverstöße die Erstattung von Rechtsanwaltskosten nach einem Gegenstandswert von 70.000,-- DM. Nach Klageerhebung habe die Beklagte lediglich 988,80 DM auf der Grundlage eines - unzutreffend angenommenen - Gegenstandswerts von 40.000,-- DM erstattet.

Die Klägerin hat beantragt,

1. der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken Artikel zu bewerben, soweit diese am Tag des Erscheinens der Werbung nicht vorrätig sind, und/oder mit Tonträgern [richtig: für Tonträger] zu werben, soweit diese an dem in der Werbung angekündigten Tag nicht vorrätig sind,

2. die Beklagte nach Erledigung der Hauptsache in Höhe von 988,80 DM zur Zahlung von 329,95 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten und hat behauptet, bis auf wenige Ausnahmen seien die von ihr beworbenen Artikel jeweils am Tag des Erscheinens der Werbung in ihren Geschäftsräumen vorrätig gewesen. Die nicht vorhanden gewesenen Artikel seien - für sie unvorhersehbar und ohne ihr Verschulden - nicht rechtzeitig an sie ausgeliefert worden. Sie treffe daher kein Verschulden an dem fehlenden Warenvorrat. Eine von der P. AG im April 1996 verbreitete Zeitungsbeilage, in der sie als Händlerin benannt worden sei, habe zwar eine Reihe von Artikeln enthalten, die bei ihr nicht vorrätig gewesen seien, sondern hätten bestellt werden müssen; sie habe diese Werbung aber weder in Auftrag gegeben noch inhaltlich beeinflussen können. Eine CD, die nach ihrer Werbung "ab 22.11." habe verkauft werden sollen, sei jedenfalls vom Mittag an vorrätig gewesen; die Auslieferung habe sich ohne ihr Zutun verzögert.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Beklagte unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen zur Zahlung von 119,95 DM nebst Zinsen verurteilt.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter, soweit diesem bislang nicht entsprochen worden ist.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß der Klägerin kein Unterlassungsanspruch aus § 3 UWG wegen Irreführung über die Erhältlichkeit der beworbenen Waren zustehe. Dazu hat es ausgeführt:

Nach dem Ergebnis der vom Landgericht durchgeführten Beweisaufnahme könne nicht sicher festgestellt werden, daß beworbene Waren unmittelbar nach Erscheinen des jeweiligen Werbemittels in größerem Umfang als von der Beklagten eingeräumt im Geschäft der Beklagten gefehlt hätten. Für die zugestandenen Fehlbestände sei die Beklagte nicht hinlänglich sicher verantwortlich.

Zwar seien unstreitig am 31. Oktober 1995 zwei in einer Werbebeilage zum "U. Anzeiger" vom selben Tag beworbene Fernsehgeräte des Herstellers "Grundig" nicht vorrätig gewesen. Das rechtfertige aber nicht die Annahme einer irreführenden Werbung. Die Beklagte habe bei der eine Woche vor Abdruck abgeschlossenen Vorbereitung der Werbung keine Zweifel daran haben müssen, daß die Geräte rechtzeitig ausgeliefert würden. Zudem wisse jeder, daß umsatzstarke Kettenläden, wie sie die Beklagte betreibe, ihre Werbemaßnahmen von langer Hand vorbereiteten und daß die beworbene Ware "just in time" angeliefert und aufgebaut werde, weil außerhalb der eigentlichen Verkaufshallen größere Lagerkapazitäten regelmäßig nicht vorhanden seien. Den interessierten Verkehrskreisen sei bekannt, daß hierbei kleinere Diskrepanzen zwischen Werbung und tatsächlich vorhandenem Warenbestand unvermeidbar seien.

Ein in der Beilage zur "U. Zeitung" vom 26. März 1996 beworbener PC sei zwar ebenfalls nicht bereits am Tag des Erscheinens der Werbung, sondern erst einen Tag später lieferbar gewesen; auch dies rechtfertige aber nicht den Vorwurf irreführender Werbung, weil die Beklagte bei der Vorbereitung der Werbung darauf habe vertrauen können, nach Erscheinen der Werbebeilage lieferfähig zu sein. Die Anlieferung der Geräte sei für den 26. März 1996, fix für die Zeit kurz vor Ladenöffnung, geordert und zugesagt worden.

Es könne ferner keine Irreführung darin gesehen werden, daß die Beklagte die CD "Schlumpfe Vol. 4" mit dem Hinweis "Verkauf ab 22.11." beworben habe, obwohl der Tonträger wegen Lieferverzögerung erst gegen Mittag dieses Tages im Laden zur Verfügung gestanden habe. Den angesprochenen Verkehrskreisen sei bekannt, daß angesichts der unabsehbaren Vielzahl von Tonträgern gerade Neuerscheinungen, für die geworben worden sei, nicht immer auf die Minute genau bei Ladenöffnung zum Verkauf stünden, ohne daß den Werbenden daran ein Verschulden treffe.

Eine Verantwortlichkeit der Beklagten für die irreführende Werbung der P. AG in der Beilage zur "L.zeitung" vom 24. April 1996 könne nicht festgestellt werden, weil nicht sicher sei, daß die Beklagte die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit gehabt habe, den Inhalt der Beilage zu beeinflussen, insbesondere für einen deutlichen Hinweis darauf zu sorgen, daß erhebliche Teile des angebotenen Sortiments nur auf Bestellung zu haben gewesen seien.

In bezug auf den geltend gemachten Anspruch auf Auslagenersatz wegen der Abmahnung anderer Wettbewerbsverstöße habe die Berufung teilwei-

se Erfolg, da der Gegenstandswert der Abmahnung nicht nur mit 40.000,-- DM, sondern mit 50.000,-- DM zu bewerten sei.

II. Die Revision hat Erfolg, soweit sie sich gegen die Abweisung des Unterlassungsantrags richtet. Sie führt in diesem Umfang zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. a) Nach dem gestellten Unterlassungsantrag soll der Beklagten u.a. untersagt werden, "Artikel" zu bewerben, soweit diese am Tag des Erscheinens der Werbung nicht vorrätig sind. In dieser Fassung ist der Antrag jedenfalls unbegründet, weil er von der konkreten Verletzungsform zu sehr abstrahiert und deshalb zu weit geht (vgl. BGH, Urt. v. 10.12.1998 - I ZR 141/96, GRUR 1999, 509, 511 = WRP 1999, 421 - Vorratslücken; Urt. v. 4.2.1999 - I ZR 71/97, GRUR 1999, 1011, 1012 = WRP 1999, 924 - Werbebeilage). In der Rechtsprechung ist allerdings anerkannt, daß bei einem wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsantrag und dementsprechend bei der Verurteilung im Interesse eines hinreichenden Rechtsschutzes gewisse Verallgemeinerungen gestattet sind, sofern auch in dieser Form das Charakteristische der konkreten Verletzungsform zum Ausdruck kommt. Das hat seinen Grund darin, daß eine in bestimmter Form begangene Verletzungshandlung nicht nur die Wiederholung der genau identischen Verletzungsform vermuten läßt, sondern auch eine Vermutung für die Begehung leicht abgewandelter, aber in ihrem Kern gleicher Handlungen begründet (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 25.6.1992 - I ZR 136/90, GRUR 1992, 858, 860 = WRP 1992, 768 - Clementinen; Urt. v. 15.7.1999 - I ZR 204/96, GRUR 1999, 1017, 1018 = WRP 1999, 1035 - Kontrollnummernbeseitigung; Urt. v. 15.12.1999 - I ZR 159/97, GRUR 2000, 337, 338 = WRP 2000, 386 - Preisknaller). Ein Unterlassungsantrag wird jedoch (teilwei-

se) unbegründet, wenn er durch eine zu weite Verallgemeinerung über den bestehenden Anspruch hinausgeht, insbesondere wenn er auch Handlungen einbezieht, die nicht wettbewerbswidrig sind (vgl. BGH GRUR 1999, 509, 511 - Vorratslücken, m.w.N.). So liegt der Fall hier.

Der Unterlassungsantrag könnte, soweit er sich allgemein auf die Werbung für "Artikel" bezieht, nur begründet sein, wenn in jedem Fall, in dem eine beworbene Ware am Tag des Erscheinens der Werbung nicht vorrätig gehalten wird, unabhängig von den Besonderheiten der Ware und der Werbemaßnahme eine irreführende Werbung anzunehmen wäre. Dies kann jedoch nicht angenommen werden. Bei EDV-Geräten entspricht es beispielsweise nicht der allgemeinen Lebenserfahrung, daß die Verbraucher stets ohne jede Einschränkung erwarten, auch wenig auffällig beworbene Computer, die nach den Kundenwünschen jeweils individuell zu konfigurieren sind, am Tag der Werbung im Ladengeschäft zur sofortigen Mitnahme vorzufinden (vgl. BGH GRUR 1999, 509, 511 - Vorratslücken). Zudem kann aus dem Nichtvorhandensein einzelner Artikel des Sortiments am Tag der Werbung nicht die Vermutung abgeleitet werden, daß der Werbende hinsichtlich sämtlicher anderer Waren sowie in allen Warenbereichen und Abteilungen seines Unternehmens mangelhaft disponieren und wettbewerbswidrig werben werde (vgl. BGH GRUR 1992, 858, 860

- Clementinen).

Die im Verfahren bisher nicht angesprochene Frage, ob der Unterlassungsantrag auch insoweit zu sehr verallgemeinert ist, als er sich allgemein auf die Werbung für "Tonträger" bezieht, wird im erneuten Berufungsverfahren noch zu erörtern sein.

b) Die Klage ist trotz der zu weiten Fassung des Unterlassungsantrags nicht bereits (ganz oder teilweise) als unbegründet abzuweisen. Die Frage, ob der Unterlassungsantrag zu sehr über die konkrete Verletzungsform hinaus verallgemeinert, ist in den Vorinstanzen allenfalls beiläufig von der Beklagten angesprochen worden. Unter diesen Umständen hätte das Berufungsgericht der Klägerin nach § 139 ZPO Gelegenheit geben müssen, die Reichweite des Klageantrags zu 1 zu prüfen und ihn gegebenenfalls neu zu fassen sowie sachdienlichen Vortrag dazu zu halten. Der Grundsatz des Vertrauensschutzes und der Anspruch der Parteien auf ein faires Gerichtsverfahren verbieten es in einem solchen Fall, den Unterlassungsantrag (ganz oder teilweise) ohne weiteres als unbegründet abzuweisen (vgl. BGH, Urt. v. 5.6.1997 - I ZR 69/95, GRUR 1998, 489, 492 = WRP 1998, 42 - Unbestimmter Unterlassungsantrag III, m.w.N.). Die Klägerin wird im wieder eröffneten Berufungsrechtszug Gelegenheit zur sachgemäßen Antragstellung haben. Dabei ist allerdings darauf hinzuweisen, daß es ungeachtet der Erörterungspflicht des Gerichts grundsätzlich Sache des Klägers ist, Inhalt, Umfang und Grenzen des begehrten Verbots aufzuzeigen und die insoweit maßgebenden Umstände darzutun. Aus dem Grundsatz, daß das Gericht gehalten ist, auf die Stellung sachdienlicher Anträge hinzuwirken (§ 139 ZPO), kann nicht hergeleitet werden, daß es weitgehend ihm überlassen werden könnte, einem zu weit gefaßten Klageantrag einen zulässigen Wortlaut und Inhalt zu geben (BGH GRUR 1998, 489, 492 - Unbestimmter Unterlassungsantrag III; vgl. auch BGH GRUR 1999, 509, 511 f. - Vorratslücken).

2. Die Abweisung des Unterlassungsantrags stellt sich nicht bereits aus anderen Gründen als richtig dar (§ 563 ZPO). Nach dem gegenwärtigen Sach- und Streitstand kann dem Berufungsgericht nicht darin beigetreten werden,

daß bei allen beanstandeten Werbemaßnahmen, auf die das Unterlassungsbegehren gestützt ist, keine irreführende Werbung anzunehmen sei.

a) Das Berufungsgericht hat unangegriffen festgestellt, daß zwei in einer Werbebeilage zum "U. Anzeiger" vom 31. Oktober 1995 beworbene Fernsehgeräte der Marke "Grundig" am Tag des Erscheinens der Werbung nicht im Geschäftslokal der Beklagten vorrätig waren. Es hat gleichwohl die Auffassung vertreten, daß darauf der Vorwurf einer gemäß § 3 UWG wettbewerbswidrigen irreführenden Werbung nicht gestützt werden könne. Denn die Aussage des Zeugen S. weise darauf hin, daß die Beklagte bei der eine Woche vor Abdruck abgeschlossenen Vorbereitung der Werbung keinen Grund gehabt habe, daran zu zweifeln, daß die Geräte rechtzeitig - wie bestellt - ausgeliefert würden. Diese Beurteilung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

aa) Eine Werbung ist grundsätzlich als irreführend zu beurteilen, wenn beworbene Waren, die - wie hier - zum persönlichen Gebrauch oder Verbrauch bestimmt sind, entgegen der Verbrauchererwartung zu dem angekündigten Zeitpunkt, in der Regel also mit Erscheinen der Werbung, nicht vorrätig sind und deshalb von den Interessenten im Verkaufslokal nicht erworben werden können (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 9.5.1996 - I ZR 107/94, GRUR 1996, 800, 801 = WRP 1996, 899 - EDV-Geräte; BGH GRUR 1999, 1011, 1012 - Werbebeilage).

Die Verkehrserwartung schließt allerdings auch die Möglichkeit ein, daß der Werbende aus Gründen höherer Gewalt oder sonst ohne Verschulden an der Einhaltung der Werbeaussage gehindert sein kann, weil bekanntermaßen im kaufmännischen Verkehr beim Bezug von Waren gelegentlich Umstände eintreten können, die eine rechtzeitige Bereitstellung der Waren verhindern,

deren Eintritt aber im Zeitraum der Werbung - selbst bei Anwendung der im Geschäftsverkehr erforderlichen Sorgfalt - nicht vorauszusehen ist (vgl. BGH, Urt. v. 27.5.1982 - I ZR 35/80, GRUR 1982, 681, 682 = WRP 1982, 642 - Skistiefel; Urt. v. 18.4.1985 - I ZR 155/83, GRUR 1985, 980, 981 = WRP 1985, 484 - Tennisschuhe; Urt. v. 30.3.1989 - I ZR 33/87, GRUR 1989, 609, 610 = WRP 1989, 570 - Fotoapparate). Steht - wie hier - fest, daß eine in der Werbung angekündigte Ware entgegen der Verbrauchererwartung zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht vorrätig ist, so ist es aber grundsätzlich Sache des Werbenden, die Umstände darzulegen, die für die Unvorhersehbarkeit der Lieferstörung und für die Einhaltung der kaufmännischen Sorgfaltspflichten sprechen (vgl. BGH GRUR 1982, 681, 683 - Skistiefel; BGH, Urt. v. 21.4.1983 - I ZR 15/81, GRUR 1983, 582, 583 = WRP 1983, 553 - Tonbandgerät; BGH GRUR 1985, 980, 981 - Tennisschuhe).

bb) Die Revision rügt mit Erfolg, daß das Berufungsgericht den Umfang der die Beklagte treffenden Darlegungslast nicht hinreichend berücksichtigt hat. Die Angaben des Zeugen S., auf die sich das Berufungsgericht gestützt hat, waren nicht ausreichend konkret, um die Annahme zu rechtfertigen, daß die Beklagte für das Fehlen der beworbenen Fernsehgeräte nicht verantwortlich sei. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, daß die Beklagte Tatsachen, insbesondere zum genauen zeitlichen Ablauf der maßgeblichen Ereignisse, vorgetragen hat, aus denen sich ergeben könnte, daß die Nichtbelieferung durch den Hersteller für sie überraschend und unvorhersehbar war und die Werbemaßnahme auch nicht mehr rechtzeitig abgesagt werden konnte. Solche Umstände können auch dem unstreitig gebliebenen Vortrag der Beklagten nicht entnommen werden.

b) Das Berufungsgericht hat des weiteren unangegriffen festgestellt, daß ein in der Werbebeilage zur "U. Zeitung" vom 26. März 1996 beworbener PC ("Yakumo P 120") am Tag des Erscheinens der Werbung im Geschäft der Beklagten nicht vorrätig war. Es hat auch insoweit eine Irreführung verneint, weil die Beklagte bei der Vorbereitung der Werbung berechtigt gewesen sei, auf ihre Lieferfähigkeit nach Erscheinen der Werbung zu vertrauen, da ihre Einkaufsorganisation, die "E.", die Computer für sie bei einem Drittunternehmen für den 26. März 1996, fix kurz vor Ladenöffnung, geordert und dieses Unternehmen den Liefertermin bestätigt habe.

Hiergegen wendet sich die Revision ebenfalls mit Erfolg. Aus dem Berufungsurteil ergibt sich nicht, daß die Beklagte genügend konkret vorgetragen hat, sie habe hinreichend für die rechtzeitige Bereitstellung des beworbenen PC gesorgt. Das Berufungsgericht hat bei seiner Beurteilung nicht berücksichtigt, daß der PC besonders hervorgehoben beworben worden ist. Je stärker ein Artikel in der Werbung herausgestellt wird und je attraktiver er dabei erscheint, desto höhere Anforderungen sind aber grundsätzlich an die Maßnahmen des Werbenden zur Sicherstellung seiner Lieferfähigkeit zu stellen, weil der Verkehr meist dementsprechend sicher davon ausgeht, die Ware im Geschäft auch tatsächlich erwerben zu können. Einer Werbung, die nur ein einzelnes Angebot oder nur einige wenige Angebote besonders herausstellt, entnimmt der Verkehr im allgemeinen eine unbedingte Liefermöglichkeit und Lieferbereitschaft (vgl. BGH GRUR 1996, 800, 801 - EDV-Geräte).

Das Berufungsgericht hat hier jedoch lediglich festgestellt, daß die Einkaufsorganisation, der die Beklagte angehört, den PC bei einem Drittunternehmen fix kurz vor Ladenöffnung geordert hatte und daß ihr die rechtzeitige Lieferung zugesagt worden ist. Das reichte angesichts der Art und Weise, wie

der PC beworben wurde, nicht aus, um die vom Verkehr erwartete Lieferfähigkeit sicherzustellen. Aus dem Protokoll der Aussage des Zeugen S., auf das im Berufungsurteil Bezug genommen ist, ergibt sich zudem, daß es sich um die erstmalige Bestellung von Computern bei dem betreffenden Lieferanten gehandelt hat. Auch wenn grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, daß geschlossene Verträge eingehalten werden, durfte sich die Beklagte unter den gegebenen Umständen nicht schon mit der Zusage termingerechter Lieferung begnügen.

c) Das Berufungsgericht hat ferner unbeanstandet festgestellt, daß die mit dem Hinweis "Verkauf ab 22.11." beworbene CD "Schlumpfe Vol. 4 - Voll der Winter" wegen einer Lieferverzögerung erst gegen Mittag dieses Tages tatsächlich im Laden der Beklagten zur Verfügung gestanden hat. Es hat auch insoweit eine Irreführung verneint, weil es zweifelhaft sei, ob die an dieser Art Musik Interessierten - ganz überwiegend Kinder und allenfalls Heranwachsende - überhaupt vor der Mittagszeit als Nachfrager in nennenswerter und rechtlich erheblicher Zahl enttäuscht worden seien.

Diese Beurteilung hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung ebenfalls nicht stand. Das Berufungsgericht hat unberücksichtigt gelassen, daß die Beklagte in der maßgeblichen Werbebeilage nur insgesamt fünf CDs unter besonderer Hervorhebung der jeweiligen Preise beworben hat. Einer die Ware derart herausstellenden Werbung entnimmt der Verkehr - wie dargelegt - im allgemeinen die Erklärung, daß die Ware auf jeden Fall zum Verkauf steht und dies nicht erst im Lauf des in der Werbung genannten Tages, sondern bereits bei Geschäftsöffnung (vgl. BGH GRUR 1996, 800, 801 - EDV-Geräte). Das Berufungsgericht hat keine Umstände festgestellt, die es rechtfertigen könnten anzunehmen, die Beklagte habe es nicht zu vertreten, daß die beworbene CD

nicht bereits bei Ladenöffnung vorrätig war. Dem unstreitigen Vortrag der Beklagten kann hierzu ebenfalls nichts entnommen werden.

d) Mit Erfolg rügt die Revision auch, das Berufungsgericht habe zu Unrecht eine Verantwortlichkeit der Beklagten für die Werbung der P. AG in der Werbebeilage zur "L.zeitung" vom 24. April 1996 verneint.

Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die Werbung der P. AG in dieser Werbebeilage, in der die Beklagte als Händlerin benannt worden ist, irreführend gewesen sei, weil darin beworbene Ware nicht im Geschäft vorrätig gewesen sei. Es ist ferner davon ausgegangen, daß die Beklagte selbst oder ihre "Zentrale" der Werbung zugestimmt habe. Gleichwohl hat das Berufungsgericht eine Verantwortlichkeit der Beklagten für die irreführende Werbung verneint, weil es wegen der Abhängigkeit der Beklagten von Weisungen ihrer "Zentrale" nicht außer Frage stehe, daß es ihr möglich gewesen wäre, für eine hinlänglich deutliche Kennzeichnung zu sorgen, welche der Waren des beworbenen Sortiments nicht vorrätig gehalten würden.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Umstand, daß die Beklagte im Innenverhältnis zu ihrer "Zentrale" weisungsgebunden ist, kann sie von der wettbewerbsrechtlichen Verantwortung für den Inhalt der immer wieder von der "Zentrale" - mit ihrem Einverständnis oder zumindest mit ihrem Wissen - für ihr Geschäft veranlaßten Werbung nicht entlasten. Zudem ist jedenfalls in der fraglichen Werbebeilage allein die Beklagte als Händlerin benannt; bei den Artikeln ist jeweils auch schon der für sie maßgebliche Preis angegeben. Nach den bisher getroffenen Feststellungen wäre es danach Sache der Beklagten gewesen darzulegen, was sie getan hat, um sicherzustellen, daß in ihrem Namen nicht irreführend geworben wird.

e) Das Berufungsgericht hat es des weiteren als nicht bewiesen angesehen, daß - abgesehen von den beiden Fernsehgeräten der Marke "Grundig" - Waren, für die in Beilagen zum "U. Anzeiger" vom 31. Oktober 1995, zur "L.post" vom 30. November 1995 sowie zur "L.zeitung" vom 7. und 13. Dezember 1995 geworben worden ist, am Tag des Erscheinens der Werbung nicht im Geschäft der Beklagten vorrätig waren. Bei dieser Beurteilung ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß die Klägerin grundsätzlich die Darlegungs- und/oder Beweislast für den von ihr behaupteten Warenfehlbestand trifft.

aa) Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, es sei nicht bewiesen, daß von den am 31. Oktober 1995 beworbenen Waren der "AEG Bodenstaubsauger", eine "Braun Kaffeemaschine" und ein "Braun Rasierer" am Tag des Erscheinens der Werbung im Geschäft der Beklagten nicht vorrätig gewesen seien.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der Testkäufer H. bekundet hat, er habe bestimmte beworbene Waren im Geschäft der Beklagten nicht vorgefunden. Nach Ansicht des Berufungsgerichts folgt daraus jedoch noch nicht, daß die Waren nicht tatsächlich vorhanden gewesen seien, weil die Beklagte für einige der genannten Artikel Verkaufsbons vom Vormittag desselben Tages vorgelegt habe. Das Berufungsgericht hat es deshalb für möglich gehalten, daß der Zeuge H. die beworbenen Waren lediglich nicht gefunden habe. Aus dem Protokoll der Aussage des Zeugen, auf die das Berufungsgericht Bezug genommen hat, geht im übrigen hervor, daß der Zeuge seiner Erinnerung nach auf seine Nachfrage nach Geräten, die er nicht gefunden hatte, von einer Angestellten der Beklagten, der er als Testperson bekannt war, "abge-

wimmelt" worden ist. Ein solches Verhalten des Verkaufspersonals gegenüber Testpersonen läßt keinen Rückschluß darauf zu, ob die Ware zum Verkauf an gewöhnliche Kunden zur Verfügung stand.

bb) Die Revision wendet sich auch ohne Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, es sei nicht erwiesen, daß die Beklagte mit ihrer Werbebeilage zur "L.post" vom 30. November 1995 irreführend geworben habe.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, die (ehemaligen) Angestellten H. und C. der Klägerin hätten ausgesagt, fünf näher bezeichnete Artikel am späten Vormittag des 30. November 1995 in der Verkaufshalle der Beklagten nicht vorgefunden zu haben. Auf Nachfrage, wo sich diese beworbene Ware befände, sei ihnen von einer Verkäuferin gesagt worden, man solle sie in Ruhe lassen, sie habe keine Zeit. Dies hat das Berufungsgericht als Nachweis des Fehlens beworbener Artikel nicht ausreichen lassen, weil der Zeuge S., ein Angestellter der Beklagten, ausgesagt habe, er habe unmittelbar vor oder nach Erscheinen der Werbung wie stets eine Kontrolle vorgenommen und dabei alle in der Beilage vom 30. November 1995 beworbenen Waren vorgefunden; an Einzelheiten könne er sich wegen der Häufigkeit solcher Kontrollen allerdings nicht mehr erinnern. Das Berufungsgericht hat es für möglich gehalten, daß die Zeugen H. und C. die von ihnen als nicht vorhanden bezeichneten Artikel in der großen und unübersichtlichen Verkaufshalle der Beklagten nicht gefunden hätten, zumal ihnen das Personal der Beklagten dabei nicht behilflich gewesen sei. Diese mangelnde Unterstützung durch das Personal der Beklagten hatte - wie aus in anderem Zusammenhang getroffenen Feststellungen hervorgeht - ihren Grund darin, daß die Beklagte ihre Bediensteten angewiesen hatte, dem Kontrollpersonal der Klägerin - wie dem als solchen bereits bekannten Zeugen H. - nicht behilflich zu sein.

Die tatrichterliche Würdigung läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Die Revision legt auch nicht konkret dar, aus welchen Gründen die vom Berufungsgericht getroffene Beweislastentscheidung zu Lasten der Klägerin verfahrensfehlerhaft sein soll.

cc) Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die weitere Annahme des Berufungsgerichts, es sei nicht nachgewiesen, daß der Kassettenabspieler "AIWA", für den in der Beilage zur "L.zeitung" vom 7. Dezember 1995 geworben worden war, unmittelbar nach Erscheinen der Werbung nicht im Geschäft der Beklagten vorrätig gewesen sei.

Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß zwei gemeinsam auftretende Testkäufer der Klägerin bei einem beabsichtigten Testkauf am 7. Dezember 1995 falsche Auskünfte über das Vorhandensein des beworbenen Geräts erhalten haben. Es hat weiter festgestellt, daß jedenfalls die Testkäuferin C. bei dem Personal der Beklagten bekannt war. Unter diesen Umständen hat es das Berufungsgericht für möglich gehalten, daß es dem Personal der Beklagten nur darum gegangen sei, mit der Äußerung, das Gerät sei noch nicht angeliefert worden, die Testkäuferin C. "abzuwimmeln". Diese tatrichterliche Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

dd) Das Berufungsgericht hat ferner angenommen, es sei nicht bewiesen, daß Artikel, für die in der Werbebeilage zur "L.zeitung" vom 13. Dezember 1995 geworben worden sei, am Tag der Werbung nicht vorrätig gewesen seien. Das Berufungsgericht hat insoweit festgestellt, bei sogenannter weißer Ware, um die es sich dabei teilweise gehandelt habe, stehe es dem Fehlen der Ware nicht gleich, wenn Mitarbeiter der Beklagten - wie ein Angestellter der

Klägerin ausgesagt habe - bei seinem Testbesuch noch mit dem Auspacken beschäftigt gewesen seien. Eine gewisse Wartezeit werde bei solchen Waren hingenommen. Das Berufungsgericht hat es weiter aufgrund der Bekundungen eines Mitarbeiters der Beklagten und im Hinblick auf eine vorgelegte Bonrolle mit Kassenbelegen als sehr wahrscheinlich angesehen, daß andere in der Werbebeilage vom 13. Dezember 1995 genannte Artikel, die nach der Darstellung einer Testperson nicht vorhanden gewesen seien, tatsächlich vorrätig gewesen und verkauft worden seien. Diese tatrichterliche Würdigung läßt entgegen der Ansicht der Revision keinen Rechtsfehler erkennen.

3. Das Berufungsgericht hat schließlich auch zutreffend entschieden, daß der Klägerin kein Anspruch mehr auf Ersatz von Kosten der - andere Wettbewerbsverstöße betreffenden - Abmahnung vom 8. März 1996 zusteht. Die Bemessung des Abmahnverfahrens mit 50.000,-- DM lag im Rahmen des dem Berufungsgericht insoweit eingeräumten Ermessens und läßt keinen revidiblen Rechtsfehler erkennen. Entgegen der Auffassung der Revision kann der Streitwert des vorliegenden Rechtsstreits schon deshalb nicht als Vergleichsmaßstab herangezogen werden, weil dieses einen anderen Streitgegenstand betrifft.

III. Auf die Revision der Klägerin war danach - unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen - das Berufungsurteil im Kostenpunkt und insoweit aufzuheben, als dem Klageantrag zu 1 nicht entsprochen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgerecht zurückzuverweisen.

v. Ungern-Sternberg

Starck

Pokrant

Büscher

Raebel