



## LANDGERICHT HEIDELBERG

### IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

Aktenzeichen: 12 O 5/05

Entscheidung vom 1. Juli 2005

In Sachen

...

gegen

...

wegen unlauteren Wettbewerb

hat die 12. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Heidelberg auf die mündliche Verhandlung vom 11. Mai 2005 unter Mitwirkung von ....

Für Recht erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist für die Beklagte gegen Sicherheitsleistung von 120 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

#### **Tatbestand**

Für die ... Märkte wurde zum Jahreswechsel 2004/2005 mit einer Aktion

"Am 03.01. (2005) zahlt Deutschland keine Mehrwertsteuer"

und am 03.01.2005 mit dem Slogan

"...Allgemeine Sonderaktion ... Heute zahlt Deutschland keine Mehrwertsteuer.... Alle Produkte dadurch 16% billiger"

für einen Preisnachlass geworben (Anlage K3). Die Werbung erfolgte bundesweit über Fernsehen, Internet, Zeitungsanzeigen und Werbeplakate.

Mit Schreiben vom 05.01.2005 mahnte der Kläger die Beklagte wegen irreführender Werbung für diese Aktion ab und forderte sie zur Abgabe einer Unterlassungserklärung mit Vertragsstrafeversprechen auf (Anlage K7), was diese ablehnte.

Der Kläger behauptet,

am 29.12.2004 habe die Beklagte eine Digitalkamera Minolta Dimage Z 2 mit der EDV-Nummer 2S21221 für 299,00 € angeboten. Der Zeuge habe ein Foto vom Preisschild gemacht (Anlage K4). Am 03.01.2005 sei die Kamera dann mit 369,00 € ausgezeichnet gewesen. Als Herr ..... einen Verkäufer auf die Preiserhöhung angesprochen habe, habe ihm dieser einen Preisnachlass von 16 % auf den Preis von 299,99 € angeboten.

Die Beklagte habe ab Mitte November 2004, jedenfalls in den letzten fünf Verkaufstagen vor der Aktion vom 03.01.2005 mit Ausnahme des 31.12.2004 die Digitalkamera Panasonic DMC-FX 7 für 419,00 € angeboten. Am 03.01.2005 sei diese Kamera dann mit 459,00 € ausgezeichnet gewesen. Am 10.01.2005 habe die Kamera dann 449,00 € gekostet. Auf die Beschwerde des Zeugen habe der Filialleiter die Preise der letzten Wochen abgerufen und dabei festgestellt, dass der Preis von Anfang November bis Ende Dezember 2004 nur 419,00 € betragen habe und am 03.01.2005 auf 459,00 € heraufgesetzt worden sei. Er habe deshalb dem Zeugen den Erwerb der Digitalkamera für 419,00 € abzüglich 16 % angeboten (Beleg Anlage K5).

Eine "No-name"-Waschmaschine, die der Zeuge .... noch am 28.12.2004 für 299,00 € gekauft habe (Beleg Anlage K6), habe die Beklagte am 03.01.2005 zu dem Preis von 349,00 € angeboten.

Am 03.01.2005 sei die DVD "Herr der Ringe - Rückkehr des Königs", die vor dem Jahreswechsel für 39,99 € angeboten worden sei, mit 42,99 € ausgezeichnet gewesen.

Bei diesem Vorgehen der Beklagten handele es sich um eine irreführende Werbung im Sinne von § 5 Abs. 2 Nr. 2 UWG, weil die Preise vor der Aktion systematisch heraufgesetzt worden seien, um für die Werbeaktion eine Preissenkung vorzutäuschen (Preisschaukelei).

Der Kläger stellt den Antrag,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder der Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs im Zusammenhang mit einer Rabattaktion an dem angekündigten Aktionstag Produkte zu einem Preis abzüglich Nachlass anzubieten, wenn der Preis, von dem der Nachlass abgezogen wird, höher ist als der in den letzten fünf Verkaufstagen vor Beginn der Aktion verlangte Preis.

Die Beklagte stellt den Antrag,

die Klage abzuweisen.

Sie erwidert,

die Kamera von Minolta sei nie für 299,00 € oder 369,00 € angeboten worden. Die Erstellung des Fotos in den Geschäftsräumen sei rechtswidrig gewesen, woraus sich ein Beweisverwertungsverbot ergebe.

Die Panasonic-Kamera habe im Oktober 2004 noch 499,00 € gekostet und sei dann Mitte November 2004 als Sonderangebot "Da drückt man weniger ab" für 445,00 € angeboten worden (Anlage JS3). Nach Ablauf der Sonderaktion sei die Kamera dann für 459,00 € angeboten worden, dieser Preis habe am 31.12.2004 wie am 03.01.2005 Geltung gehabt und sei nicht wegen der neuen Aktion heraufgesetzt worden.

Sie habe am 28.12.2004 zwei Waschmaschinen zum Preis von 299,00 € verkauft. Keine davon sei am 03.01.2005 zum Preis von 349,00 € angeboten worden. In Heidelberg gebe es zwei... Märkte, bei denen es sich um eigenständige Gesellschaften handele. Die streitbefangene Maschine sei nicht bei der Beklagten, sondern bei dem anderen Markt gekauft worden (Anlage K6; ferner eidesstattliche Versicherung des .... vom 11.05.2005, AS 93).

Die streitbefangene DVD sei zu keiner Zeit mit 42,99 € ausgezeichnet und zu diesem Preis verkauft worden. Hier dürfte eine gleichartige Verwechslung wie bei der Waschmaschine vorliegen.

Der Klageantrag mit den Begriffen "Rabattaktion" und "zeitnah zuvor" sei unbestimmt und führe zur Unzulässigkeit der Klage. Diese sei aus Rechtsgründen auch unbegründet. Die Mitbewerbersituation mache zumindest im Fotobereich häufige Preisänderungen erforderlich. Der Wettbewerber "Foto ... werbe ohne Preisauszeichnung im Schaufenster mit dem Hinweis "Fragen Sie bei Kameras nach den günstigsten Tagespreisen" (Anlage JS4). Wenn ein Wettbewerber günstigere Preise anbiete, reagiere der .... Markt sofort und senke die Preise mindestens auf das Niveau des Wettbewerbspreises, regelmäßig noch darunter. Dies bedinge auf diesem engen Markt häufige Preisänderungen, Preise in dieser Branche unterlägen naturgemäß Schwankungen. Weiter sei zu berücksichtigen, dass ihr Sortiment 40.000 verschiedene Artikel umfasse, so dass Preiserhöhungen bei vier Artikeln, sollten sie vorliegen, wettbewerbsrechtlich nicht relevant wären; die Bagatellschwelle sei bei 0,0001 % der Preise nicht überschritten.

Für die Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Die Klage ist zulässig, aber nicht begründet.

Der Kläger ist gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG, §§ 1, 2, 3 Abs. 1, Nr. UKlaG klagebefugt (Anlagen K1.K2).

Die Beklagte hat sich jedoch im Wettbewerb nicht unlauter im Sinne der §§ 3, 4 und 5 UWG verhalten. Insbesondere liegt keine irreführende Werbung im Sinne von § 5 Abs. 2 Ziffer 2 UWG über den Preis oder die Art und Weise, in der er berechnet wird, vor.

I.

Der Unternehmer ist in seiner Preisgestaltung grundsätzlich frei. Er darf grundsätzlich den Preis einer Ware oder Leistung nach seinem eigenen freien Ermessen bilden und seine allgemein angekündigten Preise zu jedem sinnvoll erscheinenden Zeitpunkt nach Belieben erhöhen oder senken (Grundsatz der Preisgestaltungsfreiheit). Der Unternehmer darf auch kurzfristig gegenüber einem Mitbewerber mit Preisherabsetzungen reagieren (OLG Hamm, GRUR 1990, 627; Baumbach/Hefermehl/ Bornkamm, UWG, 23. Auflage, § 5, Rn. 7.12 ff.). Die Preisgestaltungsfreiheit des Unternehmers wird nur dadurch eingeschränkt, dass bindende Preisvorschriften entgegenstehen oder der Preis einer Ware oder Leistung systematisch oder willkürlich zur Verschleierung von Mondpreisen herauf- und herabgesetzt wird (Preisschaukelei).

Sonderangebote sind wettbewerbsrechtlich zulässig. Abgesehen von den Fällen der Lockvogelwerbung können Sonderangebote vor allem dadurch irreführen, dass sich der als besonders günstig herausgestellte Preis von dem üblicherweise geforderten Preis nicht unterscheidet. Wird z. B. damit geworben, alle Waren würden zum halben Preis erworben werden können, so geht der Verkehr davon aus, dass der volle Preis tatsächlich über eine gewisse Zeit verlangt worden ist (Bornkamm, Rn. 7.20). Missbräuche in der Werbung sind vor allem dadurch denkbar, dass für eine kurze Zeit sog. Mondpreise gefordert werden, um kurz darauf mit einer Preisherabsetzung werben zu können. Mondpreise sind Preise, die den bei verständiger ernsthafter Kalkulation vertretbaren Preis oder den auf dem Markt allgemein üblich gewordenen Durchschnittspreis für ein Produkt derart übersteigen, dass der Preis nur eine Fantasiegröße darstellt (BGHZ 45, 115; Bornkamm, Rn. 7.75). Gemäß § 5 Abs. 4 UWG wird vermutet, dass es irreführend ist, mit der Herabsetzung eines Preises zu werben, sofern der Preis nur für eine unangemessen kurze Zeit gefordert worden ist, wobei bei Streit darüber, ob und in welchem Zeitraum der Preis gefordert worden ist, die Beweislast denjenigen trifft, der mit der Preisherabsetzung geworben hat. Die Dauer des Zeitraumes "unangemessen kurzer Zeit" richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles wie der Art der Ware oder Dienstleistung und der Marktsituation. Auch wenn der frühere Preis nur kurze Zeit gefordert worden ist, muss es sich nicht um eine unangemessen kurze Zeit im Sinne von § 5 Abs. 4 Satz 1 UWG handeln, während auch ein längerer Zeitraum eine unangemessen kurze Zeit im Sinne von § 5 Abs. 4 Satz 1 UWG darstellen kann (BGH, GRUR 1975, 78;

Bornkamm, Rn. 7.76 bis 7.85).

II.

Die Voraussetzungen für eine irreführende Werbung in vorstehend aufgezeigtem Sinne sind vorliegend nicht erfüllt.

1.

Bezüglich der Waschmaschine fehlt es bereits an der schlüssigen Darstellung einer erfolgten Preiserhöhung (in einer unangemessen kurzen Zeit vor der Rabattaktion vom 03.01.2005) durch die Beklagte. Aus der vom Kläger selbst vorgelegten Quittung (Anlage K6) ergibt sich, dass die Waschmaschine am 28.12.2004 in einem anderen ... Markt in Heidelberg erworben wurde. Gemäß der eidesstattlichen Versicherung des Bereichsverantwortlichen ... der Beklagten vom 11.05.2005 hatte auch die Beklagte zwei Geräte dieses Typs für 299,00 € angeboten und verkauft, die letzte am 28.12.2004; am 03.01.2005 hatte sie ein solches Gerät aber nicht mehr in ihrem Bestand. Die Behauptung des Klägers, die Waschmaschine sei auch von der Beklagten im Dezember 2004 für 299,00 € angeboten worden, ist somit zugestandenermaßen richtig, gleichwohl aber deshalb nicht schlüssig, weil diese Behauptung nicht zugleich die schlüssige Behauptung beinhaltet, die Beklagte habe am 03.01.2005 noch solche Maschinen im Bestand gehabt und - vor allem - sie zu einem höheren (Ausgangs-) Preis angeboten. Der Anwalt des Klägers konnte auch im Termin vom 11.05.2005 hierzu keine weiterführende Erklärung abgeben.

2.

Bezüglich der DVD fehlt es an schlüssigem Vortrag für eine Preiserhöhung in unangemessen kurzer Zeit vor der Aktion vom 03.01.2005. "Vor dem Jahreswechsel" kann 20. November 2004 oder auch 10. Dezember 2004 bedeuten. Da der Kläger den maßgeblichen Zeitraum mit seinem Klageantrag selbst auf 5 Verkaufstage vor Beginn der Aktion beschränkt hat, ist sein Vorbringen nicht dahin schlüssig, eine Preiserhöhung der Beklagten sei innerhalb dieser Zeit im Hinblick auf diese Aktion erfolgt. Die Vermutung und die Beweislastumkehr des § 5 Abs. 4 UWG greifen aber nur, wenn schlüssiger Vortrag vorliegt; die Vorschrift soll nicht fehlenden schlüssigen Vortrag ersetzen.

3.

Für die Digitalkamera Panasonic DMC-FX gilt das zu 2. Ausgeführte gleichermaßen. Wann die Preiserhöhung von 419,00 € auf 459,00 € erfolgt sein soll, wird nicht vorgetragen. Soweit der Anwalt des Klägers bei der Erörterung im Termin vom 11.05.2005 erklärte, es werde behauptet, dass die Beklagte in den letzten fünf Verkaufstagen vor der Aktion vom 03.01.2005 - mit Ausnahme des 31.12.2004 - die Kamera noch für 419,00 € angeboten habe, handelt es sich um eine ins Blaue hinein aufgestellte, gegen § 138 Abs. 1 ZPO verstoßende Behauptung, bei dem Antrag auf Vernehmung des Geschäftsführers der Beklagten um einen unzulässigen Ausforschungsbeweisantrag.

Das Vorbringen des Klägers ist auch hinsichtlich der behaupteten Preisgestaltung unschlüssig, weil die Beklagte in erheblicher Weise vorgetragen und auch belegt hat, dass die fragliche Kamera im Rahmen einer Sonderaktion "Da drückt man weniger ab" von Mitte November 2004 für 445,00 € angeboten wurde (Anlage JS3). Es kann daher gar nicht sein, dass die Kamera "von Anfang November bis Ende Dezember 2004" für 419,00 € angeboten wurde. Damit entfällt für die nach Ablauf der Sonderaktion erfolgte Preiserhöhung aber auch das aus Rechtsgründen zu fordernde Element der systematischen und willkürlichen Preiserhöhung, jedenfalls konnte der Kläger keine hinreichenden tatsächlichen Umstände hierfür vortragen. Der Kläger hat vor Abmahnung und Klageerhebung ganz offensichtlich sehr schlecht recherchiert.

4.

Bezüglich der Kamera Minolta liegt zwar ein konkreter Vortrag des Klägers vor, die Kamera sei am 29.12.2004 noch für 299,00 € und am 03.01.2005 dann für 369,00 € angeboten worden. Auch wenn dies als wahr unterstellt und zugleich angenommen wird, der neue, höhere Preis sei nur für eine "unangemessen kurze Zeit" gefordert worden, liegt aus Rechtsgründen gleichwohl keine irreführende Werbung vor. Wie bereits ausgeführt, ist der Unternehmer in seiner Preisgestaltung grundsätzlich frei und darf auch kurzfristig gegenüber einem Mitbewerber mit Preisherabsetzungen - oder allgemein mit Preisänderungen - reagieren. Wie die oben aufgeführten Beispiele zeigen, verlangt die beanstandete Werbung, damit sie irreführend ist, eine systematische und/oder willkürliche Preisgestaltung zur Verschleierung des als besonders günstig angebotenen Preises. Wenn die Beklagte den Preis für die Kamera vor ihrer Aktion bewusst angehoben hätte, um trotz der Rabattgewährung nicht schlechter zu fahren als mit dem zuvor temporär geltenden günstigeren Preis, dann wäre eine solche Irreführung anzunehmen.

Nach Auffassung der Kammer widerlegen die vorliegenden Umstände aber die Vermutung der Irreführung. Die Beklagte bietet in ihrem Geschäft unwidersprochen 40.000 verschiedene Artikel an. Von diesen Artikeln lässt sich nach dem Vortrag des Klägers gerade mal bei einem Artikel - der Kamera - feststellen, dass der Preis kurz vor der Aktion angehoben wurde (streitig). Diese Preiserhöhung gibt damit aber gerade nicht die zu fordernde Systematik oder Willkürlichkeit der vorgenommenen Preisänderung erkennen, weil sie sich ebenso darauf zurückführen lässt, dass die Beklagte kurzfristig auf den Markt reagiert oder den Preis nach Ablauf einer Sonderaktion - wie bei der Panasonic Kamera - wieder angepasst hat. Dies ist, wie oben ausgeführt, das grundsätzliche Recht des Unternehmers. Es gibt nach Auffassung der Kammer auch keine Vermutung dafür, dass der Unternehmer, der nachweislich vor einer Aktion den Preis eines Artikels erhöht hat, auch die Preise anderer Artikel hochgefahren hat. Oder anders formuliert: Es gibt im vorliegenden Fall keine Vermutung für eine systematische Preiserhöhung zur Verschleierung der Preisgestaltung und zur Täuschung des Kunden über die angepriesene Günstigkeit. Darüber hinaus bestehen auch keine Anhaltspunkte, dass der am 03.01.2005 verlangte Ausgangspreis - vor Abzug der 16 % - ein sog. Mondpreis gewesen wäre. Insgesamt bestehen daher keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine irreführende Werbung der Beklagten.

III.

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 Abs. 1, 709, 108 ZPO.

Unterschriften