

# **kanzlei.biz erwirkt einstweilige Verfügung gegen Real – Unangemessene Warenbevorratung bei Werbung mit Sonderposten**

## **Eigener Leitsatz:**

Werden in einem Prospekt eines Einzelhändlers Waren mit der Angabe „Sonderposten – Solange der Vorrat reicht!“ angeboten und sind bereits am ersten Tag der Verfügbarkeit nur noch drei Stück der beworbenen Waren vorhanden, handelt es sich um eine unangemessene Warenbevorratung. Vorliegend waren wir im Namen eines amerikanischen Sportartikelherstellers gegen den Real-Konzern vorgegangen. Die einstweilige Verfügung wurde nach Widerspruch vom LG München durch Urteil vom 12.10.2009 bestätigt (LG München, Urteil vom 12.10.2009, Az. 11 HK 0 12604/09) und die Berufung nach Hinweisbeschluss des OLG München vom 11.01.2010 zurückgenommen. Das Urteil ist rechtskräftig.

## **Oberlandesgericht München**

### **Beschluss vom 11.01.2010**

**Az.: 6 U 5088/09**

In dem Verfahren

...

– Verfügungsklägerin und Berufungsbeklagte –

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Hild & Kollegen, Konrad-Adenauer-Allee 55, 86150 Augsburg

gegen

1. real,- SB-Warenhaus GmbH

2. Zweite real,- SB-Warenhaus GmbH

– Verfügungsbeklagte und Berufungsklägerinnen –

erteilt der 6. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch die unterzeichnenden Richter ohne mündliche Verhandlung am 11. Januar 2010 folgenden **Hinweis**:

1. Das Rechtsmittel der Verfügungsbeklagten (im Folgenden: der Beklagten) zu 2.) wird nach § 522 Abs. 1 ZPO als unzulässig zu verwerfen sein: Die Berufung greift allein das unter Ziffer I. des angefochtenen Urteils bestätigte Verbot an, wie es in der Beschlussverfügung vom 21. September 2009 – ausschließlich – gegen die Beklagte zu 1) verhängt worden ist. Hierdurch ist die Beklagte zu 2.) nicht beschwert, so dass es an der Statthaftigkeit ihrer Berufung fehlt, § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

2. Der Senat beabsichtigt, auch die Berufung der Beklagten zu 1.) gemäß § 522 Abs. 2 ZPO durch einstimmigen Beschluss zurückzuweisen. Die Berufung hat keine Aussicht auf Erfolg.

Das Urteil des Landgerichts München I vom 12. Oktober 2009, Az. 11 HK 0 12604/09, auf das Bezug genommen wird, beruht nicht auf einer Rechtsverletzung; die nach § 529 ZPO zu Grunde zu legenden Tatsachen rechtfertigen keine andere Entscheidung. Das Landgericht hat die angegriffene Werbung zu Recht als unlauter qualifiziert:

a. Gemäß § 3 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. Nr. 5 des Anhangs zu § 3 Abs. 3, 5 Abs. 1 Nr. 1, 5a Abs. 3 Nr. 3 UWG ist der Unternehmer, der eine Ware (hier: Sportschuhe des Typs „...“) zu einem bestimmten Preis (hier € 39,95) anbietet, gehalten, die Adressaten darüber zu unterrichten, dass eine angemessene Bevorratung für eine angemessene Zeit nicht gegeben ist, wenn er hierfür Anhaltspunkte hat. Obwohl die Beklagte zu 1.) die Schuhe in der Werbung gemäß Anlage EV 2a auch für ihre Münchner Warenhäuser ausgelobt hatte, war im Streitfall

jedenfalls in ihrem Markt in München, ..., objektiv eine angemessene

Bevorratung für angemessene Zeit nicht gegeben, insofern bereits am Vormittag des 22. Juni 2009, dem ersten Tag der bis 27. Juni 2009 angekündigten Aktion, nur noch drei Paare der (für die Größen 33 – 40 beworbenen) Sportschuhe vorrätig waren.

b. Über diesen unzulänglichen Warenvorrat hatte die Beklagte zu 1.) in der Werbung gemäß Anlage EV 2a nicht aufgeklärt (§ 5a Abs. 3 UWG). Insbesondere kann sie sich nicht mit Erfolg darauf berufen, der durchschnittlich interessierte und situationsadäquat aufmerksame Adressat werde dem unmittelbar neben den Schuhen in einem rot-blau unterlegten Kreis angebrachten Hinweis „Sonderposten – Solange der Vorrat reicht!“ die

Information entnehmen, dass nur ein eingeschränktes Warenangebot zur Verfügung steht: Die Angabe „Sonderposten“ bringt der angesprochene Verkehr, zu dem auch die Mitglieder des Senats zählen, üblicherweise nicht etwa (wie dies für den Hinweis „Restposten“ gelten mag) mit einer knappen Vorratsmenge in Verbindung; vielmehr entnimmt er ihr, dass die Ware, die ggf. aus einer unüblichen Quelle wie etwa Versicherungsschäden o.ä. stammt, nicht zum regulären Angebot gehört, sondern nur für begrenzte Zeit – nämlich während der im Prospekt angegebenen Aktionsdauer vom 22. bis 26.06.2009 – verfügbar ist.

Die Ergänzung „Solange der Vorrat reicht!“ erlaubt keine abweichende Beurteilung: Abgesehen davon, dass das Augenmerk des Lesers nicht eben auf diese Angabe gelenkt wird, zumal sie in denkbar kleiner Schrifttype gehalten und kaum zu entziffern ist, gibt sie selbst dem Adressaten, der sie zur Kenntnis genommen hat, keinen Anlass zu der Annahme, dass er bereits am ersten Tag der für eine Woche angekündigten Aktion den Markt der Beklagten zu 1.) vergebens aufsuchen wird, um derartige Sportschuhe zu erwerben.

Dementsprechend ist auch der Hinweis „Sonderposten – Solange der Vorrat reicht!“ nicht geeignet, eine Irreführung des Verkehrs über die Verfügbarkeit der Ware zu dem angegebenen Preis zu hindern, §§ 5 Abs. 1 Nr. 1, 5a Abs. 3 Nr. 3 UWG. Soweit die Berufung in diesem Zusammenhang moniert, das ohne Einschränkung, insbesondere ohne Einbeziehung des werblichen Umfelds ausgesprochene Unterlassungsgebot erfasse auch Konstellationen, die lauterkeitsrechtlich nicht zu beanstanden seien, erlaubt dies keine abweichende Beurteilung: Wie (implizit) auch das Landgericht legt der Senat den Antrag der Klägerin dahingehend aus, dass ihr Begehren auf die Untersagung der konkret angegriffene Werbung gemäß Anlage EV 2a gerichtet ist, sofern die tatsächliche Bevorratung unzureichend ist. Welche abweichenden Gestaltungen der Reklame als zulässig anzusehen wären, ist nicht streitgegenständlich, so dass das Landgericht wie auch der Senat hierüber nicht zu befinden hat, § 308 ZPO.

c. Das geschilderte Vorgehen stellt sich nach der in Nr. 5 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG normierten Beweislastregel eo ipso als unlauter dar, insofern potentiellen Kunden nicht einmal für zwei Tage die Möglichkeit eröffnet war, die Ware zu erwerben. Soweit die Beklagte zu 1.) gegen diese Beurteilung anführt, die Nachfrage habe – ggf. über jeweils benachbarte Märkte – uneingeschränkt befriedigt werden können, Gegenteiliges sei ihr nicht bekannt geworden, erlaubt dies dem Senat wie bereits dem Landgericht nicht, eine dem Umfang der Werbung adäquate Bevorratung zu konstatieren. Denn nach dem unwidersprochenen Vorbringen der Verfügungsklägerin (im Folgenden: der Klägerin) in ihrer Replik vom 09. September 2009 war der Prospekt als Postwurfsendung nahezu an alle Münchner Haushalte verteilt worden. Dass aus einer derart flächendeckenden Reklame lediglich eine (nicht einmal die Werbekosten deckende) marginale Nachfrage resultieren würde, konnte die Beklagte zu 1.) schlechterdings nicht erwarten. Bei dieser Sachlage hat sie den ihr nach Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG,

dort Nr. 5 Satz 2, obliegenden Beweis der Angemessenheit nicht geführt mit der Folge, dass es bei der Unlauterkeit sein Bewenden hat.

3. Aus den vorstehenden Gründen empfiehlt der Senat beiden Beklagten, die Berufung zur Vermeidung von Kosten (vgl. Nr. 1222, 1220 und 1221 des Kostenverzeichnisses zum GKG) zurückzunehmen.

Die Beklagten erhalten Gelegenheit, zu den vorstehenden Ausführungen binnen drei Wochen nach Erhalt dieses Beschlusses Stellung zu nehmen.