# Werbung mit nicht lieferbaren Waren ohne entsprechenden Hinweis irreführend

**Eigener Leitsatz:**

Werden Produkte über das Internet angeboten, ohne dass hierbei ein Hinweis auf die Verfügbarkeit des Produktes erfolgt, bedeutet dies, dass die Waren unverzüglich versandt werden können. Können die Waren jedoch nicht unmittelbar geliefert werden, ist die Werbung mit diesen Waren ohne einen entsprechenden Hinweis auf den Liefertermin irreführend und daher wettbewerbswidrig.

**Oberlandesgericht Hamm**

**Urteil vom 22.04.2010**

**Az.: I-4 U 205/09**

**Tenor:**

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 15. September 2009 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert.

Die Auskunftsklage wird hinsichtlich der unter Ziffer 2 b) begehrten Auskunft (Anzahl der verkauften Matratzen …) abgewiesen.

Die Kosten der Berufungsinstanz trägt die Klägerin.

Im Übrigen verbleibt es bei der Kostenentscheidung des angefochtenen Urteils.

Das Urteil ist insgesamt vorläufig vollstreckbar.

Der Klägerin bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung des Beklagten hinsichtlich der Widerklage (II. 1 und 2 a) des angefochtenen Urteils)) durch Sicherheitsleistung in Höhe von 80.000,- EUR abzuwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

**Tatbestand:**

Die Parteien bieten über das Internet Endkunden Matratzen unterschiedlicher Hersteller an. Das Angebot der Klägerin ist unter der Internetadresse *Internetadresse*, das Angebot des Beklagten unter der Internetadresse *Internetadresse1* abrufbar. Zwischen den Parteien schwebt eine größere Anzahl von Rechtsstreitigkeiten.

Unter dem Benutzername "A" hat der Beklagte am 15.01.2008 folgende Bewertung in das über das Internet unter der Adresse *Internetadresse2* abrufbare Verbraucherinformationsportal eingestellt:

Die Klägerin hat deswegen am 13.02.2008 ein Telefax mit einem Abmahnschreiben an den Anschluss des Beklagten absenden lassen und das Original am selben Tage in einen Briefkasten der Post eingelegt. Den wegen der genannten Veröffentlichung geltend gemachten Unterlassungsanspruch und den Anspruch auf Schadensersatzfeststellung hat der Beklagte anerkannt. Insoweit ist unter dem 18.09.2008 Teilanerkenntnisurteil ergangen, auf das wegen der Einzelheiten verwiesen wird. Von der ursprünglichen Klage war danach nur noch der Antrag zu 2., mit dem Erstattung der Kosten der Abmahnung in Höhe einer 1,3-Geschäftsgebühr bezogen auf einen Streitwert von 150.000,00 Euro nebst Auslagenpauschale geltend gemacht wurde, im Streit.

Die Klägerin hat jedenfalls im Sommer 2008 Bestellungen von Kunden betreffend Matratzen von Markenherstellern angenommen, ohne diese in näherer Zukunft liefern zu können. Wegen dieses Sachverhalts hat die Beklagte Widerklage erhoben. Wegen ihres

diesbezüglichen weiteren Vorbringens wird auf die Schriftsätze vom 2008. und 11.02.2009 Bezug genommen.

Die Klägerin hat Wider-Widerklage erhoben. Den mit der Wider-Widerklage erhobenen Anspruch hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vom 2009. vor dem Landgericht anerkannt.

Die Klägerin ist der Widerklage entgegengetreten. Wegen ihres diesbezüglichen Vortrages wird besonders auf den Schriftsatz vom 23.12.2008 Bezug genommen. Insbesondere vertritt die Klägerin die Auffassung, ihre Lieferschwierigkeiten seien darauf zurückzuführen, dass der Beklagte verschiedene Hersteller veranlasst habe, sie nicht mehr zu beliefern.

Das Landgericht hat durch Anerkenntnisteil- und Schlussurteil vom 15. September 2009 wie folgt für Recht erkannt:

I.

1. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.379,80 € zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 09.07.2008 zu zahlen.

2. Im Übrigen wird die Klage -soweit nicht bereits durch Anerkenntnisurteil entschieden worden ist- abgewiesen.

II.

1. Die Klägerin wird verurteilt, es unter Androhung eines Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000,– €, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr,

Matratzen von Markenherstellern anzubieten, beispielsweise von N, G, S etc., ohne diese selbst oder abrufbar bei einem Dritten zum unverzüglichen Versand an den Kunden vorrätig zu haben, es sei denn, die Klägerin teilt den tatsächlichen Liefertermin/-frist unmissverständlich im Zusammenhang mit dem

jeweiligen Angebot mit;

2. Die Klägerin wird ferner verurteilt, gegenüber dem Beklagten Auskunft zu erteilen,

1. seit wann sie das wettbewerbswidrige Verhalten in Ziffer 1. betreibt, unter Angabe des genauen Datums;

2. wie viele Matratzen der Hersteller N, G, S und E seit Beginn des wettbewerbswidrigen Verhaltens bestellt, aber nicht ausgeliefert wurden bzw. Kunden eine alternative Ware aufgrund Nichtlieferung gewählt haben, unter Angabe des Matratzentyps gemäß Herstellerbezeichnung und vereinnahmten Preis abzüglich Umsatzsteuer;

3. Es wird festgestellt, dass die Klägerin dem Beklagten jeglichen

Schaden zu ersetzen hat, der diesem aufgrund des Verhaltens der Klägerin gemäß Ziffer. 1. entstanden ist und/oder noch entstehen wird.

Dem Beklagten wird bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,– €, ersatzweise Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten untersagt,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs, Hersteller von Matratzen aufzufordern, Lieferungen an die Klägerin und/oder Zwischenhändler, die die Klägerin beliefern, insbesondere die I GmbH, einzustellen.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin 35 % und der Beklagte 65 %.

Das Landgericht hat die Klägerin entsprechend dem Widerklageantrag des Beklagten verurteilt und gemeint, der Unterlassungsanspruch ergebe sich aus §§ 8, Anh. Nr. 5 zu § 3

Abs. 3 UWG (§ 5 Abs. 5 UWG a.F.). Zur Begründung hat sich das Landgericht zunächst auf die Entscheidungsgründe im Urteil des Kammergerichts vom 24. Juni 2009 (Az. 24 U 100/08) bezogen. Zudem ergebe sich aus der eidesstattlichen Versicherung des ehemaligen Mitarbeiters I2 der Klägerin vom 7. August 2008, dass die Klägerin Verbrauchern Matratzen von Markenherstellern zum Kauf angeboten habe, ohne sichergestellt zu haben, dass diese alsbald lieferbar waren. Neben dem Unterlassungsanspruch könne der Beklagte auch Auskunft und die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Klägerin dem Grunde nach verlangen.

Wegen des Inhaltes des Urteiles im Einzelnen wird auf Blatt 360 ff der Akten verwiesen.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin form- und fristgerecht Berufung eingelegt, mit der sie sich gegen ihre Verurteilung entsprechend dem Widerklagebegehren des Beklagten zur Wehr setzt. Sie hält die Widerklage bereits für unschlüssig, weil der Beklagte nicht vorgetragen habe, welche Fehlvorstellungen die Klägerin bei den Verbrauchern durch welche Angebote hervorgerufen habe. Dazu führt die Klägerin aus, dass sich die Angabe in ihren bis zum 20. August 2008 verwendeten AGB, dass innerhalb von fünf Tagen ab Bestellung geliefert werde, sich allein auf vorrätige Ware bezogen habe. Obwohl der Beklagte ihr nicht vorwerfe, vorrätige Ware nicht innerhalb der angegebenen Frist ausgeliefert zu haben, gebe der Beklagte nicht an, worin die Fehlvorstellung der Verbraucher liege, soweit es um nicht vorrätige Ware gehe.

Die Klägerin beanstandet, dass das Landgericht rechtliche Ausführungen zum Unterlassungsanspruch vermissen lasse und sich das Landgericht auf ein Urteil des Kammergerichts bezogen habe, das nicht zwischen den Parteien ergangen sei und rechtlich nicht zu überzeugen vermöge. Insoweit verweist die Klägerin auch auf die Nichtzulassungsbeschwerde der T GmbH, die sie als Anlage ihrer Berufungsbegründung beigefügt hat.

Die Klägerin rügt weiterhin, dass der Unterlassungsanspruch zu

unbestimmt sei. Dies folge aus den Begriffen "Markenhersteller" und "unmissverständlich". Sie hält das Vorgehen des Beklagten für rechtsmissbräuchlich weil der Beklagte auf der einen Seite die fehlende Verfügbarkeit der von der Klägerin angebotenen Waren angreife, auf der anderen Seite aber durch seinen an die Matratzenhersteller gerichteten Aufruf, die Belieferung der Klägerin einzustellen, zu etwaigen Lieferverzögerungen nicht unerheblich beitrage. Den sachlichen Zusammenhang zwischen der erhobenen Wider-Widerklage und der Widerklage habe das Landgericht verkannt.

Die Klägerin meint weiterhin, das Unterlassungsgebot sei auch deshalb zu weit gefasst, weil es auch zulässige Handlungen erfasse. Die Vorstellung unverzüglicher Belieferung könne nämlich nicht nur durch die Angabe des tatsächlichen Liefertermins, sondern auch durch andere Hinweise ausgeräumt werden.

Die Auskunftsansprüche seien ebenfalls zu unbestimmt.

Die Klägerin beantragt,

das Anerkenntnis- und Schlussurteil des Landgerichts Bochum vom 15. September 2009, Az. I-12 O 174/08, unter Ziffer II. 1. und II. 2. lit. a), b) und II. 3. abzuändern und die Widerklage abzuweisen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Unter Ergänzung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages verteidigt der Beklagte das angefochtene Urteil. Unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes "Internet-Versandhandel" und die dort zum Ausdruck gebrachte Kundenerwartung einer sofortigen Verfügbarkeit der beworbenen Ware meint der Beklagte, die Klägerin habe spätestens nach dem 20. August 2008 die Erwartung geweckt, sie könne unverzüglich

liefern. Dies sei eine irreführende Werbung. Die Klägerin habe ihre Kunden nämlich jedenfalls nicht unverzüglich beliefert. Zum identischen Wettbewerbsverstoß habe der Senat bereits die Schwestergesellschaft der Klägerin mit Urteil vom 17. März 2009 verurteilt.

Der Beklagte hält den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs für unbegründet. Er bestreitet, zur Nichtbelieferung der Klägerin aufgerufen zu haben.

Mit näheren Ausführungen legt der Beklagte dar, weshalb der Unterlassungsantrag seines Erachtens nicht zu weit gefasst sei und auch die auf Auskunft gerichteten Nebenansprüche begründet seien.

Wegen des Inhaltes des Vortrages der Parteien im Einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

**Entscheidungsgründe:**

Es geht in der Berufungsinstanz nur noch um die Widerklage des Beklagten. Dieses Widerklagebegehren will die Klägerin in vollem Umfange nicht hinnehmen, und zwar auch nicht bezüglich der Schadensersatzverpflichtung, wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch noch einmal ausdrücklich klargestellt hat.

Die Reduzierung ihrer Abmahnkosten nach Ziffer I. 1. des angefochtenen Urteils nimmt die Klägerin dagegen hin.

Dieses Berufungsbegehren ist nur hinsichtlich des Auskunftsanspruches zu II. 2. b) begründet. Im Übrigen ist das Berufungsbegehren der Klägerin unbegründet.

Das vom Landgericht unter II. 1. ausgeurteilte Verbot, Matratzen von Markenherstellern unter bestimmten Voraussetzungen anzubieten, ist hinreichend bestimmt i.S.d. § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO. Es wird die klassische

Lockvogelwerbung angegriffen, dass Matratzen beworben werden, deren Lieferbarkeit nicht sichergestellt ist. Der Begriff des Markenherstellers ist durch das Markengesetz hinreichend deutlich umrissen. Es sind eben alle die Matratzen gemeint, die mit einer Marke versehen sind. Die beispielsweise Anführung verschiedener Hersteller macht das Verbot nicht unbestimmt. Denn es enthält keine Einschränkung des Verbotes, sondern dient nur zur näheren Erläuterung, was unter einem Markenhersteller zu verstehen ist.

Auch der "Es sei denn …"-Anschluss macht das Verbot nicht unbestimmt. Denn auch dieser Zusatz stellt keine Einschränkung des Verbotes dar, sondern eröffnet für die Klägerin nur einen Weg, um aus dem Verbot herauszukommen (vgl. Senatsurteil vom 17. März 2009 Az. 4 U 167/08 Bl. 261 ff d.A.). Dieser Weg wird aber nicht bindend für die Klägerin festgelegt, sodass auch unschädlich ist, dass der Begriff "unmissverständlich" den erforderlichen Hinweis nicht klar genug umreißt. Im Übrigen hat sich der Beklagte bei dieser Formulierung auch lediglich an dem Leitsatz der Entscheidung des Bundesgerichtshofes "Internet-Versandhandel" (WRP 2005, 886) orientiert, in dem der Bundesgerichtshof ebenfalls von einem unmissverständlichen Hinweis auf abweichende Lieferfristen gesprochen hat.

Es bleibt damit dabei, dass Verbotsgegenstand allein die Bewerbung von Markenmatratzen ist, deren Lieferbarkeit nicht sichergestellt ist und worauf auch nicht hingewiesen wird.

Zu Recht hat das Landgericht dieses begehrte Verbot auch für begründet erachtet. Zwar wird die Werbung, die verboten werden soll, nicht vorgelegt. Von daher ist auch keine Einbeziehung der konkreten Verletzungsform in den Verbotsausspruch möglich. Dies ist hier aber verzichtbar, weil auch die abstrahierte Fassung des Verbotes wie dargelegt den Verbotsgegenstand hinreichend umreißt. Dementsprechend geht auch die diesbezügliche Rüge der Klägerin ins Leere (vgl. Schriftsatz der Klägerin vom 23. Dezember 2008 Bl. 177 d.A., sowie die

Berufungsbegründung Bl. 443 ff d.A.). Der Beklagte hat nämlich sechs Fälle vorgetragen (vgl. Schriftsatz vom 28. Oktober 2008 Bl. 105 ff d.A.), in denen die Klägerin die Bestellungen von Markenmatratzen nicht erfüllen konnte. Der vom Beklagten geschilderte Ablauf dieser Bestellungen wird von der Klägerin nicht in Abrede gestellt. Mit diesen Bestellvorgängen wird zwar in erster Linie das sog. "Umswitchen" dokumentiert, also das Umlenken der Kunden auf andere Ware als die bestellte. Darum geht es allerdings im vorliegenden Fall nicht. Verbotsgegenstand ist vielmehr die Werbung für Matratzen, die nicht lieferbar sind. Auch wenn solche Werbung von dem Beklagten konkret nicht vorgelegt worden ist, so setzen die geschilderten Bestellvorgänge aber entsprechende Werbung voraus (vgl. Urteil des Kammergerichts vom 24. Juni 2009 Az. 24 U 100/08, Bl. 339, 353 ff d.A.). Die Bestellvorgänge belegen durch ihre Ergebnislosigkeit, dass die Klägerin die bestellten Matratzen nicht verfügbar hatte. Im Schriftsatz vom 11. Februar 2009 (Bl. 193 ff, 199 ff d.A.) trägt der Beklagte unwidersprochen vor, dass diese Bestellungen über die Homepage der Klägerin gelaufen sind. Etwas anderes ist auch nicht denkbar, als dass die Kunden wie sonst auch von den Matratzenangeboten der Klägerin auf diesem Wege erfahren haben. Denn die Klägerin betreibt ja nur einen Internethandel. Wie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat auch noch einmal klargestellt worden ist, ist die Behauptung des Beklagten so zu verstehen, dass diese Internetangebote, die den fraglichen sechs Bestellungen zugrunde gelegen haben, eben keinen Hinweis auf die fehlende Verfügbarkeit und damit auf die generelle Unsicherheit der Klägerin enthalten haben, die beworbenen Matratzen überhaupt liefern zu können. Dies reicht für eine Irreführung nach § 5 Abs. 5 UWG a.F. bzw. § 3 Abs. 3 Anh. Ziff. 5 UWG n.F. aus. Denn nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofes (WRP 2005, 886 – Internet-Versandhandel) bedeutet eben ein kommentarloses Internetangebot, dass die beworbene Ware unverzüglich versandt werden kann, also auf jeden Fall verfügbar ist.

Demgegenüber geht der Streit der Parteien um die Lieferfrist in den AGB der Klägerin an der Sache vorbei. Nach dem Vortrag des Beklagten soll in den AGB bis zum 20. August 2008 eine Lieferfrist von fünf Tagen ausbedungen worden sein, danach soll kein Liefertermin mehr genannt worden sein (vgl. Schriftsatz vom 28. Oktober 2008 Bl. 107 d.A.). Dies ist für den vorliegenden Irreführungsvorwurf von vornherein unerheblich. Denn die Angabe einer Lieferfrist bedeutet für den Kunden, dass grundsätzlich eine Lieferungsmöglichkeit besteht. Sonst kann man keine bestimmte Lieferfrist setzen.

Die Klägerin bestreitet diese Klausel über die Lieferfrist und weist auf die vom Beklagten selbst vorgelegten Auftragsbestätigungen der Klägerin hin (vgl. Fotokopien Bl. 177, 121, 125 d.A.). Dort ist davon die Rede, dass die Lieferungen erfolgen, soweit die Ware vorrätig ist, innerhalb von fünf Werktagen. Sollten Artikel kurzfristig nicht lieferbar sein, würde der Kunde vom Liefertermin benachrichtigt.

Dieser Einwand der Klägerin ist zum einen schon deshalb unbehelflich, weil diese Aufklärung des Kunden erst nach seiner Bestellung und damit zu spät erfolgt.

Zum anderen informiert auch diese Klausel nicht ausreichend darüber, dass die Lieferbarkeit überhaupt fraglich ist, sondern der Kunde glaubt nur, dass es lange dauern kann, dass er aber im Ergebnis die gewünschte Matratze tatsächlich erhält. Insoweit trägt auch die Klägerin nichts dazu vor, wie sie den Kunden in den fraglichen sechs Fällen vor seiner Bestellung über die gänzliche Unsicherheit der Belieferung aufgeklärt hat.

Zugunsten des Beklagten ist damit davon auszugehen, dass die bestellten Matratzen in diesen sechs Fällen gewissermaßen blank beworben worden sind. Damit ist eine den Irreführungsvorwurf hinreichend rechtfertigende Tathandlung

dargetan. Mithin hat das Landgericht die Klägerin entsprechend dem Widerklagebegehren zu Recht zur Unterlassung verurteilt.

Auch der Schadensersatzanspruch ist hinreichend dargetan. Solche irreführende Werbung wie hier über die fehlende Verfügbarkeit der Ware ist geeignet, Kundenströme umzulenken.

Die Klägerin schuldet auch Auskunft über den Umfang der Werbung, wozu sie das Landgericht unter II. 2. a) verurteilt hat. Denn dieser Umfang der Werbung lässt Rückschlüsse auf die Kundenmenge zu, die von der irreführenden Werbung angesprochen sein kann.

Dagegen besteht kein Anspruch des Beklagten darauf, die Anzahl der bestellten, aber nicht gelieferten Matratzen zu erfahren (Auskunftsverpflichtung zu II. 2. b) des angefochtenen Urteils). Denn diese Auskunft ist für die Schätzung des Schadens gerade des Beklagten nicht nützlich. Der Gewinn der Klägerin korrespondiert nicht mit dem Schaden des Beklagten (Teplitzky Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren Kap. 38 Rz. 18 ff m.w.N.).

Insoweit ist deshalb der Berufung Erfolg beschieden.

Die Entscheidung über die Kosten der Berufungsinstanz folgt aus § 92 Abs. 2 Ziff. 1 ZPO.

Mangels einer somit hinsichtlich der Kostenverteilung wesentlichen Abänderung des angefochtenen Urteils hat es wegen der Kosten erster Instanz bei der Kostenentscheidung des Landgerichts zu verbleiben.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Ziff. 10, 711 ZPO.