



11 U 8/2005 (Kart)
13 O 144/04
Landgericht Wiesbaden

Abschrift

Verkündet laut Protokoll
am 26.07.2005
[Redacted]
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



W

OBERLANDESGERICHT FRANKFURT AM MAIN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

[Redacted]
[Redacted] LIPPECK, Hannah-Arendt-Str. 3 - 7, 35037 Marburg

Beklagter und Berufungskläger,

- Prozessbevollmächtigter:

[Redacted]
Rechtsanwalt Dr. Thomas Krefeld

g e g e n

Dieter WALLENFELS, An der Ringkirche 6, 65197 Wiesbaden,

Kläger und Berufungsbeklagter,

- Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. Russ, Wiesbaden -

hat das Oberlandesgericht Frankfurt am Main – Kartellsenat –
durch Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht [Redacted]
und die Richter am Oberlandesgericht [Redacted]
aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. Juni 2005
für **R e c h t** erkannt:

11 U 8/2005 (Kart)

- 2 -

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Landgerichts Wiesbaden – 2. Kammer für Handelssachen – vom 23. Dezember 2004 teilweise abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs verlagsneue Bücher unter dem gebundenen Preis zu verkaufen, die als Mängel exemplar gekennzeichnet sind, ohne verschmutzt oder beschädigt zu sein oder sonst einen Fehler aufzuweisen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen und die weitergehende Berufung zurückgewiesen.

Von den Kosten des Rechtsstreits haben der Kläger 1/3, der Beklagte 2/3 zu tragen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagte darf die Vollstreckung in der Hauptsache durch Sicherheitsleistung in Höhe von 25.000 Euro abwenden, sofern nicht der Kläger vor Vollstreckung in entsprechender Höhe Sicherheit leistet; im Übrigen dürfen die Parteien die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages abwenden, sofern nicht die jeweils vollstreckende Partei vor Vollstreckung Sicherheit in entsprechender Höhe leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

11 U 8/2005 (Kart)

- 3 -

Gründe:

I.

Der Beklagte handelt mit Büchern. Er räumt ein, im Juni 2004 über das Internet-Auktionsportal ebay verlagsneue Bücher, die nur auf der äußeren Einbandfolie als Mängel Exemplare gekennzeichnet waren, unter Verstoß gegen Preisbindungsvorschriften angeboten und unterhalb des gebundenen Verkaufspreises verkauft zu haben. In diesem Zusammenhang gab er eine mit einer Vertragsstrafe in Höhe von 6.000,- € für jede Zuwiderhandlung bewehrte Unterlassungserklärung ab, mit der er sich gegenüber dem Kläger verpflichtete:

es ab sofort zu unterlassen, gewerbs- oder geschäftsmäßig verlagsneue Bücher, welche im Zeitpunkt der Handlung der Preisbindung gemäß dem Preisbindungsgesetz unterliegen, zu anderen als den von den Verlagen festgesetzten Preisen Letztverbrauchern anzubieten oder zu verkaufen. Ausgenommen von dieser Verpflichtung ist das Angebot und der Verkauf von Büchern, welche ohne Veranlassung und/oder sonstige Mitwirkung seitens Herrn ... (des Beklagten) dauerhaft durch auf dem Buch angebrachte Markierung in branchenüblicher Weise als Mängel Exemplar gekennzeichnet sind und auch als solche angeboten werden, ferner von sonstigen Mängel Exemplaren, die verschmutzt oder beschädigt sind oder einen sonstigen Fehler aufweisen, ferner Ausgenommen sind weiterhin die Fälle des nicht gewerbsmäßigen oder nicht geschäftsmäßigen Verkaufs.

Der Kläger hat diese Erklärung nicht angenommen, weil sie ihm nicht genügend weitgehend ist.

Die Parteien streiten im Wesentlichen darum, ob der Beklagte verlagsneue Bücher, die er als Mängel Exemplare gekauft hat, die aber bis auf die entsprechende, im Zeitpunkt des Erwerbs durch den Beklagten bereits vorhandene Kennzeichnung

11 U 8/2005 (Kart)

- 4 -

als Mängel exemplar keinen Mangel aufweisen, unterhalb der Preisbindung anbieten und verkaufen darf.

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Wegen der Einzelheiten wird auf das Urteil Bezug genommen.

Gegen das Urteil setzt sich die Berufung des Beklagten mit dem Ziel der Klageabweisung zur Wehr. Er macht geltend, der Urteilstenor sei zu weitgehend, weil er infolge seiner Pauschalität dem Beklagten auch vom Buchpreisbindungsgesetz erlaubte Handlungen verbiete und zum anderen auch solche Verhaltensweisen untersage, bezüglich denen der Beklagte sich bereits vorprozessual im Rahmen einer Unterlassungserklärung strafbewehrt unterworfen habe. Im Übrigen sei die im Tatbestand enthaltene Feststellung einer bestimmten Verlagspraxis, unverkäufliche Ware in großem Umfang mit Mängelstempeln zu versehen, nicht unstrittig. Eine solche Praxis sei dem Beklagten jedenfalls nicht bekannt. Eine solche Praxis könne dem Beklagten auch nicht zugerechnet werden, zumal ein gegen ihn als Einzelhändler gerichteter Unterlassungsanspruch nicht mit dem Verstoß eines Dritten gegen preisrechtliche Vorschriften begründet werden könne. Er sei insoweit nicht Schuldner des Abwehranspruchs, weil er weder Teilnehmer noch Täter bei der Verletzungshandlung sei. Denn er verkaufe nur Exemplare, die er bereits mit der Kennzeichnung als Mängel exemplar erhalte. Allein diese Kennzeichnung begründe die Mangelhaftigkeit. Ein etwaiges missbräuchliches Verhalten der Verlage könne ihm nicht zugerechnet werden. Angesichts der Verschiedenartigkeit der Bcmängelung könne vom Beklagten auch keine stichprobenweise Überprüfung verlangt werden.

Der Kläger behauptet, in jüngerer Zeit habe sich unter der Überschrift „Mängel exemplare“ ein die Preisbindung gefährdender Nebenmarkt entwickelt, der zum einen aus sog. „Remittenden“ bestehe. Um den Aufwand der Prüfung, welche der remittierten Bücher mangelhaft seien, zu begrenzen, würden teilweise sämtliche Remittenden als „Mängel exemplare“ gekennzeichnet und so auf den Sekundärmarkt gegeben. Zum anderen würden einige Verlage in dem Wunsch nach schneller Lagerbereinigung ihre Überproduktion noch vor Ablauf der Bindungsfrist als „Mängel exemplare“ kennzeichnen und palettenweise preisgünstig unterhalb des gebundenen Preises

11 U 8/2005 (Kart)

- 5 -

abstoßen. Buchhändler wie der Beklagte seien aufgrund der Nachfrage nicht an echten Mängel Exemplaren, sondern nur an solchen interessiert, die zwar als solche gekennzeichnet seien, jedoch tatsächlich keine gravierenden Mängel aufwiesen.

II.

Die an sich statthafte, auch form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig und hat in der Sache teilweise Erfolg, weil der Klage nur nach dem in zweiter Instanz gestellten Hilfsantrag statt zu geben war.

1.

Die Aktivlegitimation des Klägers ergibt sich aus § 9 Abs. 2 Nr. 3 Buchpreisbindungsg; ihm steht nach § 9 Abs. 1 i.V.m. §§ 3, 7 Buchpreisbindungsg ein Unterlassungsanspruch im aus dem Tenor ersichtlichen Umfange zu.

1.1

Dem Beklagten ist es nach § 3 S. 1 Buchpreisbindungsg untersagt, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs nicht gebrauchte verlagsneue Bücher zu anderen als den von den Verlagen festgesetzten Preisen anzubieten und/oder zu bewerben. Dieses Verbot umfasst nach Auffassung des Senats auch solche Bücher, die der Beklagte als Mängel Exemplare einkauft, die tatsächlich jedoch keinen weitergehenden Mangel aufweisen als die bloße Kennzeichnung als Mängel Exemplar. Solche Bücher sind nicht nach § 7 Abs. 1 Nr. 4 Buchpreisbindungsg von der Preisbindung ausgenommen.

Der Normzweck des Gesetzes, aber auch die Gesetzesbegründung zu § 7 Abs. 1 Nr. 4 Buchpreisbindungsg machen deutlich, dass die Ausnahmvorschrift restriktiv aufzufassen ist.

Der Gesetzgeber hat durch das im Jahr 2002 in Kraft getretene Gesetz zur Regelung der Preisbindung bei Verlagserzeugnissen den auf europäischer Ebene unter EU-kartellrechtlichen Gesichtspunkten kritischen Einwendungen gegenüber den auf § 15 GWB beruhenden freiwilligen Absprachen der Marktteilnehmer über Preisbindungen Rechnung getragen und eine zwingende gesetzliche Regelung geschaffen,

11 U 8/2005 (Kart)

- 6 -

der keine kartellrechtlichen Bedenken entgegenstehen. Ziel der Gesetzgebung war es, einen leistungsfähigen Markt für Verlagserzeugnisse in Deutschland zu sichern und deren Rolle als Kulturgut und Kulturmedium zu fördern. Unter Berücksichtigung dieser Zielsetzung müssen die Ausnahmen von der Preisbindung im Sinne von § 7 BuchpreisbindungsG so bestimmt werden, dass die Leistungsfähigkeit des Marktes nicht durch einen attraktiven Sekundär- bzw. Nebenmarkt beeinträchtigt werden kann. Das macht auch die Begründung des Gesetzgebers für § 7 Abs. 1 Nr. 4 BuchpreisbindungsG deutlich. Danach sind Mängel Exemplare nur „beschädigte Bücher, die äußerlich erkennbare Schäden oder Fehler aufweisen und deshalb nicht mehr zum regulären Endpreis verkauft werden können. Unerheblich ist, ob der Mangel beim Druck, beim Verlag, beim Buchhändler oder bei einer Rücksendung eingetreten ist. Der Begriff des Mängel Exemplars ist von dem der Remittende zu unterscheiden. Remittierte, das heißt an den Verlag zurückgesandte Bücher können, müssen nicht zwangsläufig Mängel Exemplare darstellen“.

Schon diese Erläuterung des Begriffs des Mängel Exemplars nimmt der rechtlichen Argumentation des Beklagten, der anknüpfend an den im Normtext enthaltenen Begriff „sonstiger Mangel“ auch die Mängelkennzeichnung als solche mit der Wertung verbinden will, das Buch sei durch die bloße Kennzeichnung minderwertig und mangelhaft, die Plausibilität; denn der Gesetzgeber ging ausweislich der Normbegründung von einem anderen Mängelbegriff aus. Wenn aber § 7 BuchpreisbindungsG abschließend diejenigen Fälle regeln soll, in denen beim Verkauf von Büchern keine Bindung an den festgesetzten Preis besteht, andererseits mit dem Gesetz ein leistungsfähiger Markt für verlagsneue Bücher gesichert werden soll, so kann der Begriff „sonstiger Mangel“ nicht in einer Weise verstanden werden, der die Möglichkeit eines attraktiven Sekundärmarktes eröffnet und so den Zweck des Gesetzes gefährdet. Die Parteien stimmen insoweit aber gerade darin überein, dass Bücher mit Mängeln, wie sie in § 7 Abs. 1 Nr. 4 BuchpreisbindungsG beschrieben sind, kaum nachgefragt werden, während es für Bücher, die trotz der Kennzeichnung als „Mängel Exemplar“ keinen anderen Mangel als diese Kennzeichnung aufweisen, einen Markt gibt.

Auch der Hinweis auf den Fehlerbegriff des BGB und die Notwendigkeit einer einheitlichen Begriffsbildung rechtfertigt keine andere Bewertung. Abgesehen davon dass schon der Sachmangelbegriff des BGB nicht einheitlich ist, weil er 7 verschie-

11 U 8/2005 (Kart)

- 7 -

dene Arten von Sachmängeln umfasst (vgl. Palandt-Putzo, BGB, 64. Auflage, § 434, Rn. 2), hat der Sachmangelbegriff dort eine andere Bedeutung und einen anderen Regelungszweck als in § 7 Abs. 1 Nr. 4 BuchpreisbindungsG. Hier geht es schon vom Wortlaut her darum, den Umfang der von der Buchpreisbindung ausgenommenen Bücher zu beschreiben. Die Terminologie „sonstiger Mangel“ ist daher nicht im Sinne bürgerlich-rechtlicher Dogmatik als Abweichung zwischen geschuldetem und tatsächlichem Zustand des Buchs zu verstehen, sondern in dem Sinne, dass ein „sonstiger“ Mangel ähnlich einer Verschmutzung oder einer Beschädigung vorliegen muss und das Buch deshalb zum regulären Preis nicht verkäuflich ist. Aus diesem Grund kann die Kennzeichnung als Mängel exemplar (sog. „Mängelung“) allein nicht aus der Preisbindung herausführen.

1.2

Zu Recht verweist der Kläger darauf, dass unabhängig davon, wo die „Mängelung“ der Bücher erfolgt, der Beklagte jedenfalls als gewerbs- oder geschäftsmäßiger Bücherverkäufer an Letztabnehmer (vgl. dazu Senat, NJW 2004, 2098) Normadressat des Buchpreisbindungsgesetzes ist und dementsprechend passivlegitimiert ist, wenn er gebundene Bücher unterhalb des gebundenen Preises verkauft, obwohl keiner der Ausnahmetatbestände erfüllt ist. Preisbindungsrechtlich ist es nicht relevant, ob der Beklagte selbst die Mängelung vorgenommen hat oder ob er die Bücher mit der bereits vorhandenen Mängelungskennzeichnung eingekauft hat. Insoweit ist es ebenso unerheblich, ob nach den deliktsrechtlichen Teilnahmeregelungen (§ 830 Abs. 2 BGB) auch derjenige als Anstifter auf Unterlassung in Anspruch genommen werden kann, der Buchhändler oder Verleger vorsätzlich zu einem Verstoß gegen das Buchpreisbindungsgesetz zu bewegen versucht (dazu BGH GRUR 2003, 807 – *Buchpreisbindung*). Vorliegend ist allein entscheidend, dass sich der Unterlassungsanspruch gegen den Beklagten als denjenigen richtet, der gewerbs- oder geschäftsmäßig preisgebundene Bücher an Letztabnehmer zu einem Preis unterhalb der Preisbindung verkauft, ohne dass eine der Ausnahmeregelungen des Buchpreisbindungsgesetzes eingreift.

11 U 8/2005 (Kart)

- 8 -

1.3.

Sollte die vom Kläger dargestellte Remittierpraxis der Verlage zutreffend sein, handelten die Verlage bei einer entsprechenden „Mängelung“ ohne sachlichen Anknüpfungspunkt wettbewerbswidrig im Sinne von § 4 Nr. 4 UWG (Köhler in: Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 23. Auflage, UWG, § 4 Rn. 1.100). Auch wer nicht Normadressat der Buchpreisbindung ist, kann entsprechend den deliktsrechtlichen Teilnahmeregelungen insoweit als Anstifter in Anspruch genommen werden, wenn er Buchhändler oder Verleger vorsätzlich zu einem Verstoß gegen das BuchpreisbindungsG bewegt (BGH GRUR 2003, 807- *Buchpreisbindung*; Köhler a.a.O.). Für die Passivlegitimation des Beklagten wäre indes auch dies im Ergebnis ohne Bedeutung. Denn das für die Vollstreckung des Unterlassungsanspruchs erforderliche Wissen von der rechtswidrigen Remittierpraxis ist dem Beklagten jedenfalls durch dieses Urteil vermittelt. Kauft er solche wettbewerbswidrig bemängelten Bücher auf und bietet sie geschäfts- oder gewerbsmäßig an bzw. verkauft sie weiter, verstößt er ebenso gegen die von ihm zu beachtende Buchpreisbindung. Insoweit kommt es auf die Möglichkeit und Zumutbarkeit von stichprobenweise durchzuführenden Prüfungen nicht an.

1.4.

Der Vorwurf des Beklagten, der Kläger verstoße gegen das Willkürverbot des GWB, weil er als Verlagstreuhänder die Preisbindung einklage, während andere Verlage selbst an der angeprangerten Remittierpraxis beteiligt seien, ist ohne Relevanz. Der in Bezug genommene § 20 GWB ist ersichtlich nicht einschlägig.

2.

Gleichwohl steht dem Kläger der Unterlassungsanspruch nicht im geltend gemachten Umfang zu.

Zwar ist zwischen den Parteien der von dem Kläger angebotene Unterlassungsvertrag nicht zustande gekommen; umgekehrt hat der Kläger die Unterlassungserklärung des Beklagten als nicht ausreichend zurückgewiesen. Die an den Klagantrag anknüpfende Tenorierung des erstinstanzlichen Urteils berücksichtigt indes nicht ausreichend, dass durch die vom Beklagten abgegebene (Teil-)Unterwerfungserklärung die für die Zubilligung eines Unterlassungsanspruchs erforderliche Wieder-

11 U 8/2005 (Kart)

- 9 -

holungsgefahr jedenfalls teilweise entfallen ist. Allerdings ist lange Zeit davon ausgegangen worden, dass nur eine bedingungslose Unterwerfung die Wiederholungsgefahr entfallen lassen könne, weil es ansonsten an einem ernstlichen Unterlassungswillen fehle (BGH GRUR 1993, 677, 679 – *Bedingte Unterwerfung*). Nach inzwischen gefestigter herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur können indes Unterlassungserklärungen auch bei vorbehaltenen Beschränkungen unter Umständen die Wiederholungsgefahr entfallen lassen (BGH GRUR 2002, 824 – *Teilunterwerfung*; BGH GRUR 2002, 180 – *Weit-Vor- Winter- Schluss-Verkauf*; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 8. Aufl., Kapitel 8 Rn. 8 ff.; Köhler in: Baumbach/Hefermehl, a.a.O., § 12 UWG Rn. 1.129). Mit einer solchen Unterwerfungserklärung kann zwar nicht ein vollständiger Wegfall der Wiederholungsgefahr und damit des Unterlassungsanspruchs als Ganzes erreicht werden; solange der Vorbehalt jedoch keine Zweifel an der Ernsthaftigkeit des Unterlassungsversprechens im Übrigen begründet, kann die abgegebene Unterlassungserklärung entsprechend ihrer Reichweite insoweit zu einem Wegfall der Wiederholungsgefahr führen. Gerade wenn nachvollziehbare Gründe auf Seiten des Schuldners für eine sachliche Beschränkung der Unterwerfung ausschlaggebend sind, die andererseits keine berechtigten Interessen des Gläubigers beeinträchtigen, kann der Schuldner durch eine solche, den Streitstoff eingrenzende Erklärung den Gläubiger hinsichtlich einzelner Streitpunkte klaglos stellen. Es ist dann kein Grund ersichtlich, weshalb nicht auf diese Weise ein Streit begrenzt werden können sollte. Dem Gläubiger bleibt es unbenommen, einen fortbestehenden Unterlassungsanspruch zu verfolgen, soweit dieser von der Unterwerfungserklärung nicht berührt wird (vgl. Bornkamm a.a.O. Rn. 1.132). Vorliegend beschränkt sich nach Abgabe der Unterlassungserklärung des Beklagten der eigentliche Streitgegenstand auf die Frage der preisbindungsrechtlichen Zulässigkeit des Verkaufs von mangelfreien, jedoch mit einer entsprechenden Kennzeichnung versehenen Büchern. Hinsichtlich der übrigen vom Beklagten eingestandenen Preisbindungsverstöße hat er nicht nur eine Unterwerfungserklärung abgegeben, sondern auch die Höhe des Vertragsstrafenversprechens macht die Ernsthaftigkeit seiner Erklärung deutlich. Insoweit ist die Wiederholungsgefahr entfallen, so dass dem Kläger der geltend gemachte Anspruch nur im Umfange des Hilfsantrags zusteht. Dies war durch die Teilabweisung deutlich zu machen.

+4961148451

11 U 8/2005 (Kart)

- 10 -

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 ZPO).

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]