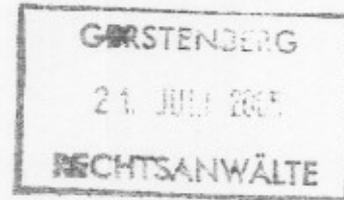




OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Aktenzeichen: 23 U 5142/03
1 HKO1497/03 LG Landshut

Verkündet am 24.06.2004
Die Urkundsbeamtin:



[REDACTED]
Justizangestellte

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]
[REDACTED], gesetzlich vertreten durch die Vorsitzenden [REDACTED]
[REDACTED]

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED]
[REDACTED]

gegen

[REDACTED], gesetzlich vertreten durch die [REDACTED]
[REDACTED], die vertreten durch den Geschäftsführer [REDACTED]
[REDACTED]

- Beklagte und Berufungsklägerin -

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

wegen Verstoß gegen das Buchpreisbindungsgesetz

erlässt der 23. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht [REDACTED], die Richterin am Oberlandesgericht [REDACTED] und den Richter am Oberlandesgericht [REDACTED] aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13.05.2004 folgendes

ENDURTEIL:

- I. Die Berufung der Beklagten gegen das Endurteil des Landgerichts Landshut vom 17.09.2003 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass es in Ziffer I. statt „ersatzweise am Geschäftsführer der Beklagten“ heißen muss „ersatzweise am Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beklagten“.
- II. Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
- III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 35.000,-- Euro abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

- IV. Die Revision zum Bundesgerichtshof wird zugelassen.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Kläger macht Unterlassungsansprüche wegen Verstößen gegen das Buchpreisbindungsgesetz (BuchPrG) geltend.

Der Kläger ist Fachverband der Verlage und Buchhandlungen in Baden Württemberg, zu dessen satzungsmäßigen Aufgaben es u.a. gehört, für die Einhaltung der Preisbindung von Verlagszeugnissen aktiv einzutreten.

Die Beklagte verlegt u.a. Bücher mit Lernhilfen für Schüler. Die Beklagte hat auf Bestellkarten mit der Gewährung von Gratis-Exemplaren bei Sammelbestellungen, gestaffelt nach der Anzahl der bestellten Bücher, beginnend mit einem Gratis-Exemplar bei einer Sammelbestellung ab 20 Büchern (Anlage K 1) geworben. Desweiteren hat sie in ähnlicher Weise im Internet auf ihrer Homepage geworben, mit der Einschränkung, dass Bände, die bereits in der Sammelbestellung enthalten sind, nicht gratis ausgewählt werden können, Fremdlektüren grundsätzlich nur zum regulären Preis zu erwerben sind und CD-ROMs ausgenommen sind (Anlage K 2).

Mit Schreiben vom 07.05.2003 hat der anwaltliche Vertreter des Klägers die Beklagte aufgefordert, künftig nicht mit der Gewährung von Gratis-Exemplaren bei Sammelbestellungen mehr zu werben und eine entsprechende Verpflichtungserklärung abzugeben (Anlage K 3).

Im Verlauf des anhängigen Rechtsstreits hat der Prozessbevollmächtigte der Beklagten durch Schriftsatz vom 27.08.2003 (Blatt 19/18 d.A.), richtig gestellt durch Schriftsatz vom 15.09.2003 (Blatt 42 d.A.), folgende Erklärung abgegeben:

„Vorsorglich erklärt die Beklagte hiermit verbindlich, dass sie sich bei Meidung einer an die Klägerin zu zahlenden Vertragsstrafe, die die Klägerin nach billigem Ermessen festsetzen mag und deren Angemessenheit gerichtlich überprüft werden kann, dazu verpflichtet, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für den Verkauf von preisgebundenen Verlagserzeugnissen im Zusammenhang von Sammelbestellungen mit Gratis-Exemplaren zu werben, wenn hierbei nicht ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass die Gratis-Exemplare nicht aus dem Bestellsortiment stammen dürfen.“

Eine weitergehende Unterlassungserklärung hat die Beklagte nicht abgegeben.

Der Kläger hat auch die Werbung der Beklagten im Internet mit dem einschränkenden Zusatz für unvereinbar mit dem BuchPrG gehalten.

Er hat daher beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für den Verkauf von Verlagserzeugnissen, für die ein festgesetzter Endpreis für den Verkauf an Letztabnehmer besteht, mit der Gewährung von Gratis-Exemplaren bei Sammelbestellungen zu werben und/oder bei Sammelbestellungen solcher Verlagserzeugnisse Gratis-Exemplare zu gewähren.

Die Beklagte hat

Klageabweisung

beantragt.

Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass es an einer Wiederholungsgefahr fehle, soweit sie eine Unterlassungserklärung abgegeben habe. Ihre Werbung im

Internet verstoße nicht gegen das BuchPrG, da durch den Zusatz, dass nur solche Gratis-Exemplare ausgesucht werden können, die nicht Gegenstand der Sammelbestellung seien, eine Verfälschung des Endpreises nicht zu befürchten sei. Zudem gehöre der Sammelbesteller nicht notwendig zum Kreis der Besteller.

Im übrigen wird hinsichtlich des erstinstanzlichen Vorbringens auf die Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat die Beklagte mit Endurteil vom 17.09.2003 antragsgemäß verurteilt.

Das Landgericht hat ausgeführt, dass die Abgabe von Gratisexemplaren gegen § 3 und § 5 BuchPrG verstoße. Eine Ausnahme nach § 7 BuchPrG liege nicht vor.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der sie den Klageabweisungsantrag weiter verfolgt.

Die Beklagte hat klargestellt, dass sich ihre Berufung nur gegen die Untersagung der von ihr im Internet gemäß Anlage K 2 verwendeten Werbung richtet.

Die Beklagte macht geltend, dass das Landgericht § 7 Abs. 4 BuchPrG falsch ausgelegt habe. Das Landgericht habe nicht erkannt, dass § 7 Abs. 4 BuchPrG nur die Leistungen regle, die ein Letztverkäufer demjenigen gewähre, der ihm gegenüber als Käufer auftrete. Im vorliegenden Fall hätten aber gerade nicht die Letztabnehmer in den Genuss irgendwelcher Vorteile kommen sollen. Diese seien vielmehr ausschließlich für solche Personen gedacht, die Leistungen für den Verlag der Beklagten erbringen. Der Beklagten komme es mit ihrer Gratis-Exemplarwerbung nicht darauf an, Käufer, sondern Hilfspersonal zu gewinnen, das bereit sei, potentielle Käufer zu bündeln und deren Bestellung zu sammeln. Es sei zwar richtig, dass die Werbung so allgemein gehalten sei, dass als Hilfskraft für das Organisieren von Sammelbestellungen praktisch jeder in Betracht komme, dies

liege aber daran, dass die Beklagte bei ständig wechselnden Schulklassen vielfach nicht wisse, wer die Organisationsarbeit machen könne. Habe die Beklagte einmal eine derartige Hilfskraft gewonnen, werde sie versuchen, mit dieser Person auch künftig Sammelbestellungen organisieren zu lassen. Bei der vorgesehenen beliebigen Auswahl von Gratisbüchern durch den Verlag zur Entlohnung des Hilfspersonals sei eine Verfälschung des Endpreises nicht zu befürchten.

Bei einer Gewerbsmäßigkeit der Sammelbestellungen seien diese Hilfspersonen ihrerseits nach § 3 BuchPrG zur Einhaltung des Endpreises verpflichtet. Eine Gewährung von Prämien sei zulässig, wenn diese nicht dem Letztabnehmer, sondern einer Hilfskraft zukommen.

Der Kläger vertritt die Auffassung, dass die Werbung der Beklagten mit der Gewährung von Gratis-Exemplaren bei Sammelbestellungen eindeutig sei. Einer solchen Gewährung von Gratis-Exemplaren stehe das Buchpreisbindungsgesetz aber generell entgegen.

Die Beklagte sei nach § 3 BuchPrG verpflichtet, bei gewerbs- oder geschäftsmäßigem Verkauf von Büchern an Letztabnehmer den nach § 5 BuchPrG festgesetzten Preis einzuhalten. Durch die Werbung mit der Abgabe von Gratis-Exemplaren verstoße die Beklagte gegen diese Verpflichtung. Zwar sei es generell richtig, dass Bücher verschenkt werden dürften. Hier würden jedoch entgeltliche Sammelbestellungen mit Gratis-Exemplaren zu einem einheitlichen Kaufgeschäft verkoppelt. Aus der Gestaltung und dem Inhalt der Werbung der Beklagten ergebe sich entgegen deren Einlassung gerade nicht, dass es ihr um die Gewinnung von Hilfskräften gehe; es würden vielmehr Sammelbestellungen mit der Gewährung von Gratis-Exemplaren beworben. Der Sammelbesteller gebe die Bestellung in eigenem Namen auf und sei damit auch Käufer der Bücher, der zugleich die versprochenen Gratis-Exemplare erhalte.

Ein Ausnahmefall gemäß § 7 Abs. 4 BuchPrG liege nicht vor. Auch die von der Beklagten in ihrer Internetwerbung enthaltene Einschränkung, dass es sich bei den Gratisexemplaren nur um solche Werke handeln dürfe, die nicht gleichzeitig Gegenstand der Sammelbestellung sind, ändere an dem Verstoß gegen das BuchPrG nichts.

Ergänzend wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Sitzungsprotokoll vom 13.05.2004 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung ist unbegründet.

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, steht dem Kläger gegen die Beklagte ein Unterlassungsanspruch gemäß § 9 Abs. 1 BuchPrG zu.

1. Als materiell-rechtliche Voraussetzung des Unterlassungsanspruchs muß eine Wiederholungsgefahr vorliegen. Eine solche ist hier gegeben. Die Beklagte hat in der Vergangenheit auf ihrer Homepage im Internet mit der streitgegenständlichen Aussage geworben. Bei einer bereits begangenen Zuwiderhandlung besteht eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen der Wiederholungsgefahr (Franzen/Wallenfels/Russ, PrG, 4. Aufl., § 9 Rn. 4). Die Beklagte hat die Vermutung der Wiederholungsgefahr nicht durch die Abgabe einer bedingungslosen und unwiderruflichen Unterlassungserklärung ausgeräumt. Die von ihr im Verlauf des Rechtsstreits abgegebene Unterlassungserklärung bezog sich gerade nicht auch auf ihre Werbung im Internet.
2. Die Werbung der Beklagten, mit der sie bei Sammelbestellungen Gratis-Exemplare von Büchern mit einem Wert von bis zu 30 EUR je Band, gestaffelt

nach der Anzahl der bestellten Bücher, verspricht, verstößt gegen § 3 BuchPrG.

Der Verstoß wird auch nicht dadurch beseitigt, dass die Beklagte in ihrer Werbung darauf hinweist, dass bereits in der Sammelbestellung enthaltene Werke nicht gratis ausgewählt werden können.

- a) Nach § 3 Satz 1 BuchPrG muss derjenige, der gewerbs- oder geschäftsmäßig Bücher an Letztabnehmer verkauft, den nach § 5 BuchPrG festgesetzten Preis einhalten. Letztabnehmer im Sinne des Gesetzes ist dabei gemäß § 2 Abs. 3 BuchPrG, wer Bücher zu anderen Zwecken als dem Weiterverkauf erwirbt. Soweit die Beklagte in ihrer Werbung generell Sammelbesteller anspricht, richtet sich diese (zumindest auch) an Letztabnehmer und verspricht diesen in Form von Gratis-Exemplaren Zugaben, die nicht ausnahmsweise nach § 7 Abs. 4 BuchPrG zulässig sind.

Die Werbung der Beklagten ist nicht darauf gerichtet, allgemein Sammelbesteller als Hilfskräfte zu gewinnen. Es kann daher offen bleiben, ob die Bereitschaft, Sammelbestellungen durchzuführen, mit der Gewährung von Gratis-Exemplaren entlohnt werden kann. Die Werbung der Beklagten richtet sich vielmehr allgemein an Personen, die Sammelbestellungen durchführen. Der Begriff des Sammelbestellers ist weder nach allgemeinem Sprachgebrauch noch in der Werbung der Beklagten eindeutig festgelegt. Als Sammelbesteller kommen daher sowohl Personen in Betracht, die Bestellungen Dritter - ggf. mit eigenen Bestellungen - bündeln und im eigenen Namen als Käufer auftreten, als auch Personen, die erkennbar unter fremden Namen im Auftrag der bestellenden Dritten handeln. Ein Handeln erkennbar in fremdem Namen kann bei Sammelbestellern auch dann in Betracht kommen, wenn die Personen, für die bestellt wird, erst dann namhaft gemacht werden sollen, wenn dies erforderlich wird, um den Kaufpreis einzuziehen (OLG Köln, NJW-RR 1991, 918 f.;

OLG Köln, NJW-RR 1996, 42, 43; Schramm in Mueko BGB, 4. Aufl., 2001, § 164 Rn. 18). Ein Auftreten in fremdem Namen kommt insbesondere im Versandhandel in Betracht, wenn sich feste Bestellergruppen gebildet haben (vgl. BGH NJW 1963, 2021, 2023). Wie die Beklagte in ihrer Berufungsbegründung vom 10.12.2003, Seite 8 (Blatt 75 d.A.) selbst ausführt, richtet sich ihre Werbung allerdings nicht an derartige Sammelbesteller, die lediglich als Vertreter der Mitbesteller auftreten. Die Werbung der Beklagten richtet sich vielmehr nach deren eigenen Angaben an solche Personen, die bereit sind, die Organisation von Sammelbestellungen auf eigenes Risiko zu übernehmen. Diese sollen die Sammelbestellung unter eigenem Namen aufgeben und den Kaufpreis selbst einsammeln und an die Beklagte abführen. Bei Sammelbestellungen dieser Art tritt der Sammelbesteller nicht als bloßer Vertreter der Endkunden auf, sondern selbst als Käufer.

Von einer Sammelbestellung im Sinne der Werbung der Beklagten wäre selbst dann auszugehen, wenn der Sammelbesteller nicht (auch) Bestellungen Dritter im eigenen Namen an die Beklagte weitergibt, sondern ausschließlich für sich selbst Bücher der Beklagten erwirbt. In der mündlichen Verhandlung vom 13.05.2004 hat der Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten auf Nachfrage bestätigt, dass Gratis-Exemplare auch dann gewährt würden, wenn ein Besteller die vorgesehene Anzahl von Exemplaren, also mindestens 20 Exemplare (auch wenn es sich um verschiedene Buchtitel handelt), für sich selbst bestelle, wenngleich ein solcher Fall wohl eher selten auftrete.

Der Sammelbesteller, der für fremde Rechnung Bücher im eigenen Namen erwirbt, ist als Letztabnehmer im Sinne von § 2 Abs. 3 BuchPrG anzusehen. Die Preisbindung gilt stets nur im Verhältnis des veräußernden Händlers zum Letztabnehmer, nicht jedoch im Verhältnis des Verlages zum Buchhändler oder Zwischenbuchhändler (Franzen/Wallenfels/Russ, a.a.O., § 2 Rn. 17). Der Sammelbesteller gibt zwar, wenn er selbst als

Käufer auftritt, alle oder einen Teil der erworbenen Bücher an die einzelnen Besteller weiter. Eine solche Weitergabe ist allerdings nicht als Weiterverkauf im Sinne des § 2 Abs. 3 BuchPrG anzusehen, da er keine eigenen wirtschaftlichen Zwecke verfolgt, sondern lediglich aus Vereinfachungszwecken selbst als Käufer der gesamten Bestellung auftritt. Derjenige Besteller, der eine Sammelbestellung nur ausführt, um den Eigenbedarf zu decken, ist ohnehin als Letztabnehmer anzusehen.

- b) Beim Verkauf an Letztabnehmer ist gemäß § 3 BuchPrG der festgesetzte Preis einzuhalten. Dieser Preis wird nicht eingehalten, wenn der Verkäufer dem Letztabnehmer Nachlässe einräumt, die nicht unter die Ausnahmetatbestände des § 7 BuchPrG fallen. § 7 BuchPrG regelt abschließend die Fälle, in denen beim Verkauf von Büchern keine Bindung an den festgesetzten Preis an Letztabnehmer besteht (vgl. Begründung zu § 7, S. 12 BT-Drs 14/9196). In allen anderen Fällen liegt ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur Einhaltung des gebundenen Endpreises vor, insbesondere bei der Gewährung von indirekten Nachlässen beim Verkauf an Letztabnehmer z.B. in Form von Freiexemplaren (Begründung zu § 7 Abs. 4, S. 13 BT-Drs 14/9196). Überschreitet der Händler die ihm in § 7 Abs. 4 BuchPrG gesetzten Grenzen, so verstößt er gegen die Preisbindung (Franzen/Wallenfels/Russ, a.a.O., § 3 Rn. 14).

Ein Ausnahmefall nach § 7 Abs. 3 BuchPrG liegt schon deshalb nicht vor, weil von dieser Regelung nur der Erwerb von Schulbüchern durch die öffentliche Hand selbst geregelt wird.

Es liegt auch kein anderer Ausnahmefall nach § 7 BuchPrG vor, insbesondere handelt es sich bei den versprochenen Gratis-Exemplaren weder um Waren von geringem Wert oder Waren, die im Hinblick auf den Wert des gekauften Buches wirtschaftlich nicht ins Gewicht fallen im Sinne von § 7 Abs. 4 Nr. 1 BuchPrG noch handelt es sich hierbei um andere handelsübliche Nebenleistungen im Sinne von § 7 Abs. 4 Nr. 4 BuchPrG.

§ 7 Abs. 4 Nr. 1 BuchPrG erfasst lediglich geringwertige Reklamegegenstände (vgl. Begründung zu § 7 Abs. 4 Nr. 1, S. 13 BT-Drs 14/9196). Hier soll dem Sammelbesteller bei der Bestellung von mindestens 20 Exemplaren ein Buch im Wert von bis zu 30,-- EUR zugewendet werden. Es ist daher bereits eine Geringwertigkeit der versprochenen Prämie zu verneinen.

- c) Soweit sich die Beklagte darauf beruft, Bücher auch verschenken zu dürfen, hat dies keinen Einfluss auf die Unzulässigkeit ihrer Werbung. Die Beklagte bietet in ihrer Werbung Vorteile in Form von Gratis-Exemplaren bei der Abgabe von Sammelbestellungen an. Das Angebot steht daher eindeutig im Kontext mit der Veräußerung von Büchern. Auf die Frage, ob die Beklagte als Werbemaßnahme unabhängig von einer Bestellung Bücher verschenken dürfte, kommt es daher nicht an.

- d) Zwar ist die Gewährung von Vermittlungsprovisionen grundsätzlich zulässig, wenn sichergestellt ist, dass diese nicht, auch nicht teilweise, an den Letztabnehmer weitergegeben werden (vgl. Begründung zu § 7 Abs. 4, S. 13 BT-Drs 14/9196). Nach Auffassung des Senats ist daher auch der Ersatz echter Aufwendungen, die ein Sammelbesteller, den ein Verlag in seinem eigenen Rationalisierungsinteresse als Hilfskraft eingeschaltet hat, durch die Bündelung der Bestellung, die Weiterreichung an den Verkäufer und die Übernahme des Inkassos auf sich genommen hat, zulässig. Hierfür spricht u.a., dass auch die Vergütungen, die Pfarrämtern und Kindergärten bei dem traditionellen Vertrieb von Büchern über Schrifitentische in Kirchen und in Kindergärten gewährt werden und einen Ausgleich für die hierdurch entstehenden Aufwendungen darstellen, zulässig sein sollen (vgl. Franzen/Wallenfels/Russ, a.a.O., § 7 Rn. 14).

Hier kann letztlich offen bleiben, ob eine solche Entlohnung auch in Form der Gewährung von Gratis-Exemplaren erfolgen kann. Hierfür könnte sprechen, dass grundsätzlich auch Sachleistungen als Entlohnung in Frage kommen dürften.

Offen bleiben kann auch, ob eine solche Entlohnung nur solchen Sammelbestellern gewährt werden kann, die lediglich als Vertreter in fremdem Namen auftreten und damit keine Letztabnehmer sind, oder auch solchen, die die Sammelbestellung in eigenem Namen durchführen.

Hierauf kommt es nicht entscheidend an, weil die Werbung der Beklagten nicht allgemein auf die Gewinnung von Hilfskräften, die Sammelbestellungen organisieren sollen, gerichtet ist, sondern vielmehr für jede Art von Sammelbestellung Vorteile in Form von Zugaben verspricht. Die Zahl der Gratis-Exemplare ist mit der Zahl der bestellten Bücher unmittelbar verknüpft, es liegt daher eine Form des Mengenrabatts vor. Es ist auch keineswegs gewährleistet, dass die Freiexemplare nicht dem Letztabnehmer zu Gute kommen. Auch bei einer Sammelbestellung, insbesondere durch Mitschüler oder Eltern, auf die die Werbung ebenfalls abzielt, ist es keinesfalls selten, dass der Sammelbesteller einen Teil der Bücher für sich selbst bestellt. Nicht ausgeschlossen, wenngleich wohl selten, sind auch Fälle, in denen ein Kunde die erforderliche Anzahl von mindestens 20 Büchern ausschließlich in eigenem Interesse bestellt und schon aus diesem Grund Aufwendungen, für die ein Ersatz in Betracht kommen könnte, nicht vorliegen.

Auch die von der Beklagte in der Internetwerbung vorgenommene Einschränkung, dass nur Gratis-Exemplare ausgewählt werden können, die nicht Gegenstand der Sammelbestellung sind, hat nicht zur Folge, dass ausgeschlossen ist, dass einem Letztabnehmer von Büchern im Zusammenhang mit einer Bücherbestellung Vorteile gewährt werden, die letztlich zu einer Preisverfälschung führen.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97, 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO liegen vor. Die für den vorliegenden Rechtsstreit entscheidungserhebliche Rechtsfrage, ob bei Sammelbestellungen von Büchern, die dem Buchpreisbindungsgesetz unterliegen, Vorteile in Form von Gratis-Exemplaren versprochen werden dürfen, ist bisher höchstrichterlich nicht entschieden. Diese Rechtsfrage ist über den vorliegenden Einzelfall hinaus für eine Vielzahl von Verlagen von Bedeutung.

[REDACTED]

Vorsitzender Richter

[REDACTED]

Richterin

am Oberlandesgericht

[REDACTED]

Richter

deg-CB