

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

UWG § 6 a Abs. 2

METRO

- a) Gewerbliche Verbraucher und ihnen gleichstehende Großverbraucher, die Waren zur Verwendung in ihrem Betrieb - ohne den Willen zur Weiterveräußerung - erwerben, sind keine letzten Verbraucher im Sinne von § 6 a Abs. 2 UWG. Das gilt auch dann, wenn es sich um betriebs- oder branchenfremde Ware handelt. Geschäftlicher Verkehr mit dem letzten Verbraucher im Sinne der genannten Vorschrift liegt aber vor, wenn Gewerbetreibende und Großverbraucher betriebsfremde Ware für den Eigenbedarf (Privatbedarf) beim Großhandel erwerben. Doch ist dem Großhändler beim Bezug solcher Waren für private Zwecke eine Toleranzgrenze zuzubilligen; sie liegt für den Selbstbedienungsgroßhändler bei etwa 10 % seines Umsatzes.
- b) Der die Verwendung von Großhandelsbezeichnungen beanstchtende Kläger muß darlegen und beweisen, daß die dem Großhandel zuzubilligende Toleranzgrenze überschritten ist. Dabei ist auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen. Die Tatsache, daß ein Selbstbedienungsgroßhandelsunternehmen den von ihm zum Einkauf zugelassenen Gewerbetreibenden und Großverbrauchern ein breites Sortiment fast aller Waren des täglichen Bedarfs anbietet, kann zwar Beweisanzeichen sein, reicht aber nicht in jedem Falle für den Nachweis aus, daß die Toleranzgrenze überschritten wird.
- c) Unterhält der Selbstbedienungsgroßhändler streng voneinander getrennte Food- und Non-Food-Abteilungen, dann ist für die Non-Food-Abteilungen gesondert zu prüfen, ob die Toleranzgrenze überschritten wird. Entsprechendes gilt für den Einwand des Großhändlers aus § 6 a Abs. 2 Satz 2 UWG, er verkaufe überwiegend an Widerverkäufer und gewerbliche Verbraucher.

PreisangabenVO §§ 1 Abs. 1, 7 Abs. 1 Nr. 1

Den Vorschriften der PreisangabenVO unterliegt der Selbstbedienungsgroßhändler im geschäftlichen Verkehr mit Gewerbetreibenden und ihnen gleichstehenden Großverbrauchern nur insoweit, als diese bei ihm über eine ihm zuzubilligende Toleranzgrenze (10 %) hinaus Waren für den betriebsfremden Privatbedarf einkaufen.

LadenschlußG § 1 Abs. 1 Nr. 2

Ein Verkauf an jedermann liegt nicht vor, wenn der Selbstbedienungsgroßhändler durch geeignete Kontrollen dafür sorgt, daß bei ihm nur Gewerbetreibende und ihnen gleichstehende Großverbraucher einkaufen können und Verkäufe zur Deckung des betriebsfremden Privatbedarfs an diese Abnehmer eine dem Großhändler zuzubilligende Toleranzgrenze (10 %) nicht übersteigen.

BGH, Urt. v. 11. November 1977 - I ZR 179/75 - OLG Hamburg
LG Hamburg

22

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 179/75

URTEIL

Verkündet am
11. November 1977
Schnurr,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Oktober 1977 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Alff, Dr. Schönberg, Dr. Frhr. v. Gamm und Schwerdtfeger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 11. Dezember 1975 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist ein rechtsfähiger Verein zur Förderung gewerblicher Interessen. Die Beklagte betreibt Selbstbedienungs-Verkaufsstätten in Hamburg-Eppendorf und Hamburg-Harburg nach dem sogenannten Cash-an-Carry-System. Sie führt die Bezeichnungen "S.B.-Großmärkte" und "Einkaufszentren für Wiederverkäufer und gewerbliche Großverbraucher". Ihre Verkaufsstätten mit je 10.000 qm Verkaufsfläche sind in zwei streng voneinander getrennte Bereiche aufgeteilt, den Food-Bereich (Lebensmittel) und den etwa gleich großen Non-Food-Bereich (andere Waren). Im Non-Food-Bereich mit

einem umfangreichen Sortiment werden die Waren in Regalen angeboten; Fotogeräte, Uhren und Schmuckstücke werden an besonderen Tresen verkauft; von Möbeln werden nur Musterstücke ausgestellt; Kleidungsstücke hängen in Regalen; es sind auch Umkleideräume vorhanden.

Die Waren werden bei der Beklagten mit Preisen ausgezeichnet, in denen die Mehrwertsteuer nicht enthalten ist. Die Verkaufsstätten sind montags bis freitags von 6.00 Uhr bis 21.30 Uhr geöffnet.

Um die Verkaufsräume der Beklagten zum Zwecke eines Einkaufs betreten zu können, muß der Besucher eine Sperre mit Gittertüren passieren, die ständig vom Personal der Beklagten besetzt ist. Beim Betreten der Sperre muß der Besucher einen von der Beklagten ausgestellten Ausweis vorzeigen. Diese Ausweise sind unterschiedlich gestaltet; sie gelten entweder für den Food-Bereich oder für den Non-Food-Bereich; die Inhaber eines für den Food-Bereich ausgestellten Ausweises haben Zugang zum Non-Food-Bereich, nicht dagegen die Inhaber eines für den Non-Food-Bereich ausgestellten Ausweises zum Food-Bereich. Neben den normalen Einkaufsausweisen gibt die Beklagte befristete Einkaufsausweise und Tageseinkaufsausweise aus.

Auf der Rückseite der Einkaufsausweise sind die Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Beklagten abgedruckt. In ihnen heißt es unter anderem:

- "1. Die Metro S.B.-Großmärkte sind Einkaufszentren für Wiederverkäufer und gewerbliche Großverbraucher. Die in der Metro angebotenen Waren sind ausschließlich für den Wiederverkauf oder zur gewerblichen Verwendung bestimmt.

Der Zutritt zu der Metro ist nur mit einem gültigen Metro-Einkaufsausweis zulässig. Vor Ausgabe des Einkaufsausweises müssen die Art und das Bestehen des Gewerbebetriebes nachgewiesen werden. Dies kann geschehen durch die Vorlage der amtlich bestätigten Gewerbeanmeldung mit einer Originalquittung des Finanzamtes über die Zahlung von Mehrwertsteuer, die nicht älter als 3 Monate sein darf, oder durch eine formlose Bescheinigung des Finanzamtes, der Gemeindeverwaltung, der Industrie- und Handelskammer, des Berufsfachverbandes, der Innung, des Wirtschaftsprüfers oder Steuerberaters.

Der Metro-Einkaufsausweis ist nicht übertragbar und nur in Verbindung mit einem Personalausweis des Einkaufsberechtigten gültig. Für den Fall der Verhinderung des Einkaufsberechtigten kann in Ausnahmefällen der Inhaber des Gewerbebetriebes eine andere Person zum einmaligen gewerblichen Einkauf schriftlich beauftragen. Die erlaubte Begleitperson des Einkaufsberechtigten darf die Metro nur zum Zwecke der Hilfeleistung betreten Der Inhaber des Gewerbebetriebes haftet für einen etwaigen Mißbrauch des Metro-Einkaufsausweises durch die Begleitperson.

Der Verlust des Einkaufsausweises durch die Begleitperson muß der Metro unverzüglich schriftlich angezeigt werden. Bei Aufgabe des Gewerbes ist der Einkaufsausweis der Metro sofort und unaufgefordert zurückzugeben.

2. Der Inhaber des Gewerbebetriebes verpflichtet sich zur Zahlung einer Konventionalstrafe von 3.000,-- DM für den Fall, daß eine unberechtigte Person mit seinem Einkaufsausweis in der Metro einkauft oder einzukaufen versucht. Er verpflichtet sich zur Zahlung der gleichen Konventionalstrafe auch für jeden Fall, in dem sein Ausweis direkt oder indirekt zum Zwecke eines Testkaufes benutzt wird oder wenn Waren nicht zum Wiederverkauf bzw. gewerblichen Verbrauch (ausgenommen zur Deckung des branchenidentischen Eigenbedarfs) erworben werden.

....."

Auf der Vorderseite der normalen Ausweise befindet sich der Vermerk, daß der Ausweis nicht übertragbar und nur in Verbindung mit einem Personalausweis gültig ist. Ferner werden auf der Vorderseite die Kundennummer und anhand eines Branchenschlüssels die Branche des Kunden angegeben. Nach dem Branchenschlüssel der Beklagten werden auf dem Non-Food-Bereich ca. 85 Branchen von ihr anerkannt. Nach einer internen Kontroll-Liste für den Non-Food-Bereich werden die verschiedenen Branchen miteinander kombiniert; danach können die Angehörigen einer Branche auch aus Gebieten verschiedener anderer Branchen einkaufen. Die Beklagte gibt ihre Ausweise nur für Gewerbebetriebe aus, außerdem für Kantinen, Heime, Stiftungen, Kirchengemeinden usw.

Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte verstoße dadurch, daß sie die Bezeichnungen "S.B.-Großmärkte" und "Einkaufszentren für Wiederverkäufer und gewerbliche Großverbraucher" im Zusammenhang mit dem Verkauf von Waren in ihren Non-Food-Abteilungen verwende, gegen § 6 a Abs. 2 und § 3 UWG. Außerdem verstoße die Beklagte hinsichtlich des Geschäftsbetriebs in den Non-Food-Abteilungen gegen die Verordnung über Preisangaben und gegen das Ladenschlußgesetz. Die Beklagte täusche ihren Kunden vor, daß sie Großhandel betreibe; in Wahrheit übe sie im Non-Food-Bereich eine Einzelhandelstätigkeit aus. Als solche sei grundsätzlich auch der Verkauf von Waren zum gewerblichen Verbrauch anzusehen. Zudem sei es den Kunden der Beklagten ohne weiteres möglich, in den Non-Food-Abteilungen ihren Privatbedarf zu decken. Die Beklagte lege es hierauf auch bewußt an. Sie biete ihren Kunden ein warenhausartiges Sortiment von über 50.000 Artikeln. Die angebotenen Waren könnten überwiegend in Einzelstücken gekauft werden. Ausgesprochene Großgebilde führe die Beklagte nicht. Kleidungsstücke und Schuhe könnten anprobiert werden. Auf Extratischen

und in Verkaufsgondeln würden Sonderangebote präsentiert. Hierauf werde durch Plakate und Lautsprecherdurchsagen besonders hingewiesen. In den meisten Abteilungen seien auch Mitarbeiter der Beklagten zum Zwecke der Beratung anwesend. In Werbeschriften biete die Beklagte ihren Kunden unterschiedslos bestimmte Waren aus ihrem breitgestreuten Sortiment an. Die Preise der Beklagten für Non-Food-Waren seien für Wiederverkäufer uninteressant. Sie lägen in der Regel über den üblichen Einkaufspreisen des Einzelhandels und in einigen Fällen sogar noch höher als im Einzelhandel. Das Kontrollsystem der Beklagten sei nicht geeignet, Käufe zur Deckung des privaten Bedarfs zu verhindern. Wie zahlreiche Testkäufe ergeben hätten, sei schon die Eingangskontrolle unzureichend. Die Beklagte sehe regelmäßig von einer Identitätskontrolle ab und überprüfe keine Vollmachten. Auf eine Ausgangskontrolle sei die Beklagte nicht eingestellt. Sie führe allenfalls Stichproben durch, bei denen in der Regel nur geprüft werde, ob die eingekauften Waren bezahlt seien. Die von der Beklagten verwendeten Branchenschlüssel seien viel zu unbestimmt, um die spezielle Branche des Kunden überprüfen zu können. Die in den Geschäftsbedingungen der Beklagten vorgesehene Vertragsstrafe habe keine praktische Bedeutung. Die Beklagte sei erst während des Prozesses dazu übergegangen, Vertragsstrafen einzuklagen. Noch dazu habe sie damit kaum Erfolg gehabt.

Die Klägerin hat nach Abweisung der Klage durch das Landgericht im zweiten Rechtszug beantragt, die Beklagte unter Androhung von Ordnungsgeld und Ordnungshaft zu verurteilen, es zu unterlassen,

1. im geschäftlichen Verkehr mit dem letzten Verbraucher, wie z. B. mit Einzelhändlern und Gewerbetreibenden aller Art, soweit diese bei ihr zur Deckung ihres privaten und/oder gewerblichen Bedarfs einkaufen, im Zusammenhang mit dem Verkauf von Waren in ihren sogenannten "Non-Food"-Abteilungen auf ihre Eigenschaft als Großhändlerin hinzuweisen, indem sie ihren Geschäftsbetrieb als

"S.B.-Großmärkte" und/oder
"Einkaufszentren für Wiederverkäufer
und gewerbliche Großverbraucher"

bezeichnet,

hilfsweise,

im geschäftlichen Verkehr mit den genannten
Letztverbrauchern in bezug auf ihre "Non-Food"-
Abteilung die Angaben

"Großmärkte" und/oder
"Einkaufszentren für Wiederverkäufer
und gewerbliche Großverbraucher"

zu verwenden, wenn sie nicht gleichzeitig darauf
hinweist, daß sie auch Einzelhandel betreibt,

2. in den Verkaufsräumen des "Non-Food"-Bereichs ihres Geschäftsbetriebes Letztverbrauchern, insbesondere auch Einzelhändlern und Gewerbetreibenden, soweit diese bei ihr zur Deckung ihres privaten Bedarfs einkaufen, Waren zu Preisen anzubieten, in denen die gesetzliche Mehrwertsteuer nicht enthalten ist,

3. die Verkaufsräume des "Non-Food"-Bereichs ihres Geschäftsbetriebes für den geschäftlichen Verkehr mit den eingangs genannten Letztverbrauchern außerhalb der gesetzlich zulässigen Ladenöffnungszeiten offenzuhalten.

Die Beklagte hält die Klage für unschlüssig, da Einzelhändler, die Waren zur Deckung ihres gewerblichen Bedarfs einkauften, nicht als letzte Verbraucher bezeichnet werden könnten. In den Klageanträgen werde außerdem auf Gewerbetreibende aller Art abgestellt, obwohl sie geschäftlichen Verkehr lediglich mit Gewerbetreibenden gemäß ihrem Branchenverzeichnis, nicht aber mit Maklern, Ärzten, Rechtsanwälten und sonstigen freiberuflich Tätigen unterhalte. Die Beklagte hat auch verneint, daß sie gegen § 6 a Abs. 2 oder § 3 UWG, die Preisangabenverordnung oder das Ladenschlußgesetz verstoße. Es gebe keine Norm, die ihr verbiete, im geschäftlichen Verkehr mit Einzelhändlern, sonstigen Gewerbetreibenden und Großverbrauchern auf ihre Großhändlereigenschaft hinzuweisen. Ein geschäftlicher Verkehr mit dem privaten Verbraucher liege nicht in ihrem Interesse, weil hierdurch die Einzelhändler verärgert werden könnten. Der Selbstbedienungsgroßhandel biete kleinen Gewerbetreibenden den Vorteil einer günstigen Preisgestaltung und auch die Möglichkeit, bei einem verhältnismäßig niedrigen Lagerrisiko das Sortiment zu erweitern. Hierauf wirke die Beklagte hin. Es treffe nicht zu, daß sie ihren Kunden ein warenhausartiges Sortiment anbiete. Sie führe im Non-Food-Bereich lediglich 10 - 11.000 verschiedene Artikel. Die Waren seien nach Bedarfsgruppen geordnet. Eine Verkaufsberatung finde nicht statt. Teilweise würden nur größere Gebinde angeboten. Auf die Preisgestaltung könne für die Frage ihrer Großhandelseigenschaft nicht abgestellt werden. Zudem seien ihre Preise so günstig, daß sie dem bei

ihr kaufenden Einzelhandel Gewinnspannen von mehr als 20 % erlaubten. Einkaufsausweise stelle sie endgültig erst nach Prüfung der Angaben der Bewerber durch Außendienstmitarbeiter am Ort und Sitz des Gewerbes aus. Nach der Ausweiserteilung würden die Kontrollen intensiv fortgesetzt. Gegebenenfalls würden Kunden in den von ihr geführten Listen gelöscht und die an sie ausgegebenen Ausweise eingezogen. Die Eingangskontrolle werde streng gehandhabt und durch leitende Angestellte überwacht. Sie weise auch deutlich darauf hin, daß nur die Deckung des gewerblichen Bedarfs gestattet sei, und überprüfe dies stichprobenartig. Vertragsstrafen würden von ihr auch eingefordert; es seien 15 Klagen anhängig gewesen bzw. noch anhängig. Gelegentliche Privateinkäufe der Gewerbetreibenden seien unschädlich, da hierdurch an der Betriebsstruktur nichts geändert werde. Die Waren mit Nettopreisen auszuzeichnen, sei notwendig, da die Mehrwertsteuer bei ihren Kunden lediglich einen durchlaufenden Posten darstelle. Desgleichen sei es im Interesse ihrer Kunden erforderlich, die Verkaufsstätten vor und nach den gesetzlichen Ladenöffnungszeiten offenzuhalten.

Das Oberlandesgericht hat die Beklagte nach den Klageanträgen zu 1 (Hauptantrag), 2 und 3 verurteilt (WRP 1976, 109). Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision. Hilfsweise beantragt die Beklagte, ihr eine angemessene Umstellungsfrist zu gewähren.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Klageantrag zu 1 (Verbot des Hinweises auf die Großhändlereigenschaft im Zusammenhang mit dem Verkauf von Waren in den Non-Food-Abteilungen) sei nach § 6 a Abs. 2 UWG begründet. Die Beklagte weise mit den angegriffenen Bezeichnungen "S.B.-Großmärkte" und "Einkaufszentren für Wiederverkäufer und gewerbliche Verbraucher" auf ihre Eigenschaft als Großhändler hin. Dies tue sie auch gegenüber letzten Verbrauchern. Beweis dafür, daß sie überwiegend an Wiederverkäufer oder gewerbliche Verbraucher verkaufe, habe sie nicht angetreten. Letzte Verbraucher seien nicht nur Privatpersonen, sondern auch Gewerbetreibende, soweit sie die Ware nicht mehr weiterveräußerten, sondern ihrer natürlichen Bestimmung gemäß verwendeten, auch wenn das im eigenen Betrieb beruflich oder gewerblich geschehe. Es möge zwar zutreffen, daß Gewerbetreibende auf dem Gebiet ihrer eigenen Branche nicht schutzbedürftig seien, bei betriebsfremden Artikeln fehle ihnen jedoch sowohl qualitäts- wie preismäßig der Überblick und sie seien werblichen Anlockeffekten genauso ausgesetzt wie Privatleute. Deshalb seien Gewerbetreibende, die Waren für ihren Privatbedarf oder für ihre geschäftliche Tätigkeit kauften, soweit es sich nicht um brancheneigene Artikel handele, die weiter umgesetzt werden sollten, letzte Verbraucher im Sinne des § 6 a UWG. Die Beklagte verkaufe Gewerbetreibenden unstreitig in großem Umfang branchenfremde Artikel zur gewerblichen Verwendung. Streitig sei nur, in welchem Umfang Gewerbetreibende ihren privaten Bedarf an betriebsfremden Waren bei der Beklagten - in den Non-Food-Abteilungen - deckten. Eine Toleranzgrenze könne der Beklagten nicht zugebilligt werden. Das sei im Rahmen des § 6 a Abs. 2 UWG nicht angebracht, weil das grundsätzliche

Verbot der Verwendung von Großhandelshinweisen im geschäftlichen Verkehr mit dem letzten Verbraucher dann entfalle, wenn der Großhändler darlege und beweise, daß er überwiegend Wiederverkäufer und gewerbliche Verbraucher beliefe. Der Sinn und Zweck dieser Regelung würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn man vom Unterlassungskläger verlange, die Überschreitung einer Toleranzgrenze darzulegen und zu beweisen. Billige man der Beklagten eine Toleranzgrenze gleichwohl zu, dann sei diese überschritten, ohne daß Prozentzahlen ermittelt zu werden brauchten.

Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg.

1. Der Rechtsprechung des erkennenden Senats kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht entnommen werden, daß Gewerbetreibende hinsichtlich der Waren, die sie in ihrem eigenen Betrieb verwenden, letzte Verbraucher im Sinne von § 6 a Abs. 2 UWG seien. Zwar ist in der Entscheidung "Großhandelshaus" (GRUR 1974, 474, 475) unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung zum Rabattgesetz (vgl. BGH GRUR 1968, 595, 597 - Wiederverkäufer - insoweit in BGHZ 50, 169 nicht abgedruckt; GRUR 1969, 362, 363 - Rabatt für branchenfremde Wiederverkäufer) zum Ausdruck gebracht worden, Gewerbetreibende seien letzte Verbraucher, soweit sie Ware kauften, die sie nicht weiter umsetzen wollten. Doch ging es in dieser Entscheidung, durch die einem Versandgroßhandelsunternehmen nach § 6 a Abs. 2 UWG untersagt wurde, auf die Eigenschaft als Großhändler hinzuweisen, um die Deckung des privaten Bedarfs der von der Werbung angesprochenen Gewerbetreibenden, wie sich daraus ergibt, daß die Beklagte dieses Rechtsstreits mit einem warenhausartigen Sortiment wahllos Gewerbetreibende jed-

weder Branche ansprach, obwohl diese nicht ernsthaft als Wiederverkäufer oder gewerbliche Verbraucher in Betracht kamen. Auf die Frage einzugehen, ob und unter welchen Voraussetzungen Gewerbetreibende, die Waren für den gewerblichen Gebrauch oder Verbrauch einkaufen, als letzte Verbraucher anzusehen sind, bestand kein Anlaß.

In der Entscheidung "Kaufausweis II" (GRUR 1975, 375, 376), auf die sich das Berufungsgericht ebenfalls bezieht, ist einem Uhren- und Schmuckwarenhändler, der sich in Zeitungsinseraten an Gewerbetreibende aller Branchen wandte, die Ausgabe von Kaufausweisen nach § 6 b UWG untersagt worden, weil er insoweit Geschäftsverkehr mit dem letzten Verbraucher unterhalte. Hier kam, wie der Zusammenhang ergibt, eine Verwendung der angebotenen Waren (Uhren, Schmuck, Gold, Brillanten) zur gewerblichen Bedarfsdeckung ebenfalls nicht oder doch nur ausnahmsweise in Betracht. Deshalb kommt dem in dieser Entscheidung enthaltenen Satz, daß Gewerbetreibende auch dann letzte Verbraucher seien, wenn sie die gekaufte branchenfremde Ware in ihrer gewerblichen Tätigkeit verwerteten, keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu. Keinesfalls kann daraus entnommen werden, daß gewerbliche Verbraucher letzte Verbraucher seien, wenn es sich, wie das Berufungsgericht annimmt, um den Erwerb branchen- oder betriebsfremder Waren für den g e w e r b l i c h e n Bedarf handele.

2. Allgemein läßt sich sagen, daß der Selbstbedienungs-großhandel den für den Einzelhandel geltenden Vorschriften und damit auch dem Verbot des § 6 a Abs. 2 UWG nicht unterliegt, soweit er eine funktionsechte Großhandelstätigkeit ausübt. Zu den typischen Großhandelskunden gehören aber seit

jeher Wiederverkäufer, gewerbliche Verbraucher und diesen gleichstehende Großverbraucher (vgl. BGH GRUR 1966, 323, 324 - Ratio; GRUR 1973, 144, 145 - Mischbetrieb; BGH - Großhandelshaus aaO Seite 476; Katalog E des Arbeitsausschusses für Begriffsdefinitionen der Kommission zur Förderung der handels- und absatzwirtschaftlichen Forschung, 2. Ausgabe Oktober 1975, Abschnitt IV Ziffer 2; Art. 2 Abs. 1 Satz 1 EWG-Richtlinien Nr. 223/64 vom 25. Februar 1964, ABl 1964, 863, 864).

Danach wird die Beklagte als Großhandelsunternehmen tätig und sie verkauft nicht an letzte Verbraucher, soweit Wiederverkäufer bei ihr Ware zur Weiterveräußerung erwerben. Wie die Revision zu Recht geltend macht, gilt das unabhängig davon, ob es sich um brancheneigene (branchentypische) oder branchenfremde Ware handelt. Denn abgesehen davon, daß eine Abgrenzung nach dem Begriff der typischen Branchenware auf Schwierigkeiten stößt, weil gerade der Einzelhandel sein Sortiment heute zunehmend dem Bedarf der Kunden anpaßt und vielfach Waren in sein Angebot aufnimmt, die nicht mehr als brancheneigen oder branchentypisch angesehen werden können (Sortimentsdiversifikation), muß den Ausschlag geben, daß die Ware zur Weiterveräußerung im Betrieb des Kunden erworben wird. Es ist also auf den Betrieb des jeweiligen Wiederverkäufers und dessen Sortiment abzustellen. Erwirbt er die Ware zur Weiterveräußerung in seinem Geschäft, ist er nicht letzter Verbraucher, sondern echter Großhandelskunde. Dabei muß außer Betracht bleiben, ob und in welchem Umfang er die für seinen eigenen, privaten Bedarf benötigten Erzeugnisse von den Vorräten seines Betriebes abzweigt, da dies selbstverständlich und nach der Lebenserfahrung allgemein üblich sowie für den Großhändler

regelmäßig nicht überprüfbar ist (vgl. BGH - Ratio aaO S. 325; Großhandelshaus aaO S. 475; Kaufausweis II aaO S. 376).

Gewerbliche Verbraucher und diesen gleichstehende Großverbraucher sind weiter keine Letztverbraucher im Sinne des § 6 a Abs. 2 UWG, soweit sie Waren zur Ver- oder Bearbeitung in ihrem Geschäftsbetrieb beziehen. Dies folgt schon daraus, daß mit dem Erwerb der Ware durch sie die Reihe der Umsatzgeschäfte noch nicht beendet ist, die Ware vielmehr nach der Ver- oder Bearbeitung bzw. durch die Verarbeitung weiter umgesetzt werden soll. Insoweit besteht kein Unterschied zum Letztverbraucherbegriff des § 1 Abs. 1 RabattG; denn unter diesen fallen ebenfalls nicht Gewerbetreibende, die Ware zur Ver- oder Bearbeitung in ihrem Gewerbebetrieb beziehen (vgl. Baumbach/Hefermehl, 11. Aufl., RabattG § 1 Anm. 12; Hoth/Gloy, RabattG § 1 Anm. 15).

Letztverbraucher im Sinne des § 6 a Abs. 2 UWG sind Gewerbetreibende (Wiederverkäufer, gewerbliche Verbraucher und Großverbraucher) aber auch dann nicht, wenn sie die Ware nur zur **V e r w e n d u n g** in ihrem Gewerbebetrieb - ohne den Willen zur Weiterveräußerung - erwerben. Hierfür sprechen bereits Wortlaut und Aufbau des § 6 a Abs. 2 UWG. Danach ist die Großhandelswerbung im geschäftlichen Verkehr mit dem letzten Verbraucher grundsätzlich verboten, eine Ausnahme aber für den Fall zugelassen, daß derjenige, der auf seine Eigenschaft als Großhändler hinweist, überwiegend Wiederverkäufer oder gewerbliche Verbraucher beliefert und er entweder an den letzten Verbraucher zu den den Wiederverkäufern oder gewerblichen Verbrauchern eingeräumten Preisen verkauft (Abs. 1 Nr. 2) oder er unmißverständlich darauf hinweist, daß die Preise beim Verkauf an den letzten Verbraucher höher liegen als beim Verkauf an Wiederverkäufer oder ge-

werbliche Verbraucher oder dies sonst für den letzten Verbraucher offenkundig ist (Abs. 1 Nr. 3). Damit werden die gewerblichen Verbraucher nicht nur den Wiederverkäufern gleichgestellt, sie werden auch - zusammen mit den Wiederverkäufern - den letzten Verbrauchern **a l l g e m e i n** gegenübergestellt, also ohne Unterscheidung zwischen gewerblichen Verbrauchern, die die Ware zur Ver- oder Bearbeitung erwerben, und solchen, die sie in ihrem Betrieb nur verwenden. Das läßt den Schluß zu, daß der Gesetzgeber gewerbliche Verbraucher allgemein als typische Großhandelskunden angesehen hat und den geschäftlichen Verkehr mit ihnen nicht unter § 6 a Abs. 2 Satz 1 UWG fallen lassen wollte.

Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift, eingefügt in das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb durch Gesetz vom 26. Juni 1969 (BGBl I Seite 633), bestätigt das. Ein Initiativentwurf aus dem Kreis der Abgeordneten (BTDrucks. V/2324) sprach allgemein nur von "Mitteilungen, die für Letztverbraucher bestimmt sind". Er stieß auf Kritik (vgl. Krieger, GRUR 1968, 511, 512). In einem Alternativentwurf der Spitzenverbände der Wirtschaft vom 9. Februar 1968 (Schricker/Lehmann, Der Selbstbedienungs-großhandel, S. 88) hieß es demgegenüber sinngemäß, daß das Verbot der Großhändlerwerbung für den geschäftlichen Verkehr mit dem "nichtgewerblichen letzten Verbraucher" gelten solle. Zwar fand dieser Entwurf keinen Eingang in das Gesetzgebungsverfahren. Es wurden dann aber, von dem Initiativentwurf ausgehend, dem Begriff letzter Verbraucher die Begriffe Wiederverkäufer und gewerbliche Verbraucher in der erwähnten Weise gegenübergestellt. Bemerkenswert ist außerdem, daß eine vorgeschlagene Konkretisierung des

Begriffs gewerblicher Verbraucher durch einen aus den Worten "Be- oder Verarbeiter" bestehenden Klammerzusatz in den zuständigen Ausschüssen als zu eng abgelehnt wurde, weil es eine Reihe von gewerblichen Verbrauchern gebe, die Waren zwar nicht be- oder verarbeiten, sie aber dennoch für ihren Gewerbebetrieb verwendeten (Kurzprotokoll der 91. Sitzung des Ausschusses für Wirtschafts- und Mittelstandsfragen vom 27. Juni 1968 - BTDrucks. V/2324/neu).

Die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung, gewerbliche Verbraucher könnten im Rahmen des § 6 a Abs. 2 UWG gleichwohl auch letzte Verbraucher sein, es handele sich um zwei einander überschneidende Kreise (so auch Weyhenmeyer WRP 1975, 484, 487), erscheint damit nicht vereinbar, insbesondere wenn noch die Regelungen in § 6 a Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3, auf die § 6 a Abs. 2 Satz 2 UWG verweist, bedacht werden (vgl. Fischötter in Anm. zu "Kaufausweis II" aaO S. 376; Schulze zur Wiesche WRP 1975, 636, 639; Schricker/Lehmann aaO S. 136).

Die Auslegung, daß gewerbliche Verbraucher keine Letztverbraucher im Sinne von § 6 a Abs. 2 UWG sind, entspricht im Ergebnis dem materiellen Anwendungsbereich des Rabattgesetzes. Zwar reicht der Letztverbraucherbegriff in § 1 Abs. 1 RabattG erheblich weiter. Er umfaßt alle privaten und gewerblichen Verbraucher und nimmt von den gewerblichen Verbrauchern nur diejenigen aus, die die Ware im Wege der Be- oder Verarbeitung weiter umsetzen wollen. Doch ergibt sich die wirkliche Bedeutung dieses - aus gesetzestechnischen Gründen - weit gefaßten Begriffs erst aus der Ausnahmegvorschrift des § 9 RabattG. Nach dessen Nr. 1 dürfen Personen, die die Ware in ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit verwerten, Son-

der Nachlaß seiner Art und Höhe nach orts- oder handelsüblich ist. Hierunter fallen - im Rahmen des § 1 RabattG - alle Arten der gewerblichen Verwertung von Gegenständen, die nicht weiter umgesetzt werden, sondern innerhalb eines Gewerbebetriebes verwendet werden und dort verbleiben, wie z. B. Arbeitsgeräte (vgl. BGH GRUR 1975, 320, 321 - Werbegeschenke). Diese Abgrenzung entspricht zudem der Preisangabenverordnung vom 10. Mai 1973, nach deren § 7 Abs. 1 Nr. 1 Angebote und Werbeangaben nicht unter die Preisangabepflicht des § 1 Abs. 1 fallen, wenn sie gegenüber "Letztverbrauchern" erfolgen, die die Ware oder Leistung in einer selbständigen beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit "verwenden". Dabei soll "verwenden" weitergehen als "verwerten", wie es in § 10 Abs. 1 der Preisauszeichnungsverordnung hieß (vgl. aml. Begründung zu § 7 PreisangabenVO, Bundesanzeiger 1973 Nr. 97 S. 3 ff).

Anders verhält es sich indessen mit Einkäufen Gewerbetreibender zur Deckung des privaten, nichtgewerblichen Bedarfs. Denn die Deckung dieses Bedarfs ist für den Großhandel allgemein funktionswidrig und dem Einzelhandel zuzuordnen. Daher sind auch Gewerbetreibende insoweit letzte Verbraucher im Sinne des § 6 a Abs. 2 UWG. Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, daß Gewerbetreibende aufgrund ihrer Stellung im Wirtschaftsleben und ihrer geschäftlichen Erfahrung des Schutzes des § 6 a Abs. 2 UWG überhaupt nicht bedürften. Es mag zwar zutreffen, daß Gewerbetreibende der typischen, in dem abstrakten Gefährdungstatbestand des § 6 a Abs. 2 UWG erfaßten Irreführungsfahr, durch Hinweise auf die Großhandelseigenschaft zu unrichtigen Vorstellungen über die Preiswürdigkeit des Angebots veranlaßt zu werden, im allge-

meinen weniger stark ausgesetzt sind als andere Käufer. Doch trifft das schon nicht für alle Gewerbetreibenden zu und erst recht nicht für Einkäufe dieser zur Deckung des sogenannten betriebsfremden Eigenbedarfs (Privatbedarf). Insoweit sind Gewerbetreibende regelmäßig nicht weniger schutzwürdig als Personen, die kein Gewerbe betreiben (vgl. BGH Großhandelshaus aaO S. 476; Kaufausweis II aaO S. 375/376; Schulze zur Wiesche aaO S. 640; a.A. Schricker/Lehmann aaO S. 104 ff; Pfaff BB 1977, 456, 457).

Andererseits besteht aber auch kein Grund, Gewerbetreibende als schutzbedürftig im Sinne von § 6 a Abs. 2 UWG dann anzusehen, wenn sie, wie das Berufungsgericht meint, branchen- oder betriebsfremde Ware für den gewerblichen Bedarf einkaufen. Abgesehen davon, daß eine Ware, die im Betrieb benötigt wird, kaum als betriebsfremd bezeichnet werden kann, bieten Wortlaut und Aufbau der Vorschrift dafür keinen Anhalt. Gewerbliche Verbraucher werden in § 6 a Abs. 2 Satz 2 UWG - zusammen mit den Wiederverkäufern - den Letztverbrauchern allgemein gegenübergestellt. Daher muß den Ausschlag geben, ob es sich um Gegenstände des gewerblichen Bedarfs handelt, bei deren Erwerb der Gewerbetreibende seine geschäftliche Erfahrung regelmäßig in gleicher Weise einsetzen wird wie bei der Deckung des sonstigen Gewerbebedarfs im Rahmen bestehender Großhandelsbeziehungen. Er ist daher insoweit der Gefahr einer Irreführung durch die Werbung des Verkäufers mit Großhandelsbezeichnungen regelmäßig weit weniger ausgesetzt als Personen, die kein Gewerbe betreiben, oder Gewerbetreibende beim Einkauf von Waren für den rein privaten Bedarf (vgl. Fezer BB 1976, 705, 714).

3. Dem Berufungsgericht kann auch insoweit nicht zugestimmt werden, als es die Auffassung vertritt, der Beklagten sei eine Toleranzgrenze nicht zuzubilligen. Wie der Bundesgerichtshof bereits in den Entscheidungen "Ratio" (GRUR 1966, 323, 325) und "Wiederverkäufer" (GRUR 1968, 595, 598) zum Ausdruck gebracht hat, liegt es noch im Rahmen eines funktionsechten Großhandels, daß dieser an seine Großhandelskunden in gewissem Umfang auch Waren für den betriebsfremden Eigenbedarf (Privatbedarf) abgibt. Dies war seit jeher üblich und muß entsprechend auch für den Selbstbedienungsgroßhandel gelten. Voraussetzung ist hierfür allerdings, daß der Selbstbedienungsgroßhändler überhaupt ein Sortiment anbietet, das es den zum Einkauf zugelassenen Gewerbetreibenden gestattet, im wesentlichen auch den gewerblichen Bedarf zu decken. Außerdem muß vom Selbstbedienungsgroßhandel verlangt werden, daß er durch geeignete Kontrollmaßnahmen dafür sorgt, daß sich der Einkauf von betriebsfremden Waren für den Privatbedarf in den in der Ratio-Entscheidung (aaO) aufgezeigten Grenzen hält. Trifft dies aber zu, dann liegt in dem Verkauf solcher Waren an zum Einkauf zugelassene Gewerbetreibende und Großverbraucher noch kein geschäftlicher Verkehr mit dem Letztverbraucher im Sinne von § 6 a Abs. 2 UWG (vgl. Bauer in Anmerkung zur Entscheidung "Großhandelshaus" aaO Seite 477; Schulze zur Wiesche aaO Seite 640; Fezer aaO Seite 715, Baumbach/Hefermehl aaO Schlußanhang II zu § 6 a UWG; a.A. Weyhenmeyer aaO Seite 488).

Die Erwägung des Berufungsgerichts, es widerspreche dem Sinn und Zweck des § 6 a Abs. 2 Satz 2 UWG, dem Großhändler eine Toleranzgrenze zuzubilligen, greift demgegenüber nicht durch. Denn auf diesen vom Großhändler zu be-

weisenden Ausnahmetatbestand kommt es erst an, wenn die Voraussetzungen des grundsätzlichen Verbots in § 6 a Abs. 2 Satz 1 UWG - einschließlich der Überschreitung der Toleranzgrenze - erfüllt sind (vgl. BGH GRUR 1974, 225, 226 - Lagerhinweiswerbung). Der die Großhandelsbezeichnung beanstandende Unterlassungskläger steht insoweit auch nicht vor unüberwindbaren Beweisschwierigkeiten. Das gilt auch dann, wenn sich die Klage gegen ein Unternehmen des Selbstbedienungsgroßhandels richtet. Hier wird sich regelmäßig aus der Struktur des betreffenden Unternehmens, seiner Sortimentsgestaltung, seiner Werbung und seinen Kontrollmaßnahmen ergeben, in welchem Umfang bei ihm Gewerbetreibende ihren betriebsfremden Privatbedarf decken.

Wie die Toleranzgrenze beim Selbstbedienungsgroßhandel zu bemessen ist, hängt von einer Interessenabwägung ab. Dem Selbstbedienungsgroßhandel, der ein breites Sortiment anbietet, wird es erfahrungsgemäß nur mit erheblichem Aufwand möglich sein, Einkäufe zur Deckung des rein privaten Bedarfs in engen Grenzen zu halten. Andererseits muß dem Umstand Rechnung getragen werden, daß es für den Großhandel grundsätzlich funktionswidrig ist, an seine Kunden auch zur Deckung dieses Bedarfs zu verkaufen, und sich aus der Gestattung solcher Einkäufe die typische Irreführungsgefahr ergibt, der § 6 a Abs. 2 UWG zum Schutze der Verbraucher begegnen will. Die Obergrenze, bis zu welcher ein geschäftlicher Verkehr mit dem letzten Verbraucher im Sinne von § 6 a Abs. 2 UWG noch nicht anzunehmen ist, wird daher bei etwa 10 % des Umsatzes liegen müssen. Dabei haben Waren, die von den für den Betrieb des Käufers benötigten Erzeugnissen für den Privatbedarf abgezweigt werden, außer Betracht zu bleiben. Andererseits muß der Selbstbedienungsgroßhandel dafür sorgen, daß Verkäufe an Personen, die weder Gewerbetreibende noch Großverbraucher sind, völlig unterbleiben; insoweit kann ihm eine Toleranzgrenze nicht zugebilligt werden.

Die Beklagte erfüllt nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Voraussetzungen, unter denen einem Unternehmen des Selbstbedienungsgroßhandels eine Toleranzgrenze zuzubilligen ist. Sie bietet ihren Großhandelskunden ein zur Deckung des gewerblichen Bedarfs geeignetes Sortiment und trifft, wie sie behauptet, auch Vorkehrungen, die geeignet sind, Einkäufe der Großhandelskunden zur Deckung des betriebsfremden Privatbedarfs in vertretbaren Grenzen zu halten. Daß sie in ihren Non-Food-Abteilungen auch an Personen verkaufe, die weder Wiederverkäufer noch gewerbliche Verbraucher oder Großverbraucher sind, ist nicht festgestellt.

4. Das Berufungsgericht hat in einer Hilfsbegründung ausgeführt, eine der Beklagten möglicherweise zuzubilligende Toleranzgrenze sei überschritten. Die Beklagte wende sich im Non-Food-Bereich mit ihrem umfassenden Warensortiment an sämtliche Kunden ihrer Verkaufsstätten, desgleichen durch Prospekte und Angebotsblätter, die den Kunden zugeschickt würden, sowie durch Lautsprecherdurchsagen und andere werbliche Hinweise. Es entspreche der Lebenserfahrung, daß durch solche Angebote auch Gewerbetreibende veranlaßt würden, in größerem Umfang Ware für den Eigenbedarf einzukaufen, zumal ihnen Großhandelspreise geboten würden und sie außerhalb der für den Einzelhandel maßgebenden Öffnungszeiten einkaufen könnten. Die von der Beklagten behaupteten Kontrollen seien nicht ausreichend, ebenso nicht ihre Hinweise, daß Einkäufe für den privaten Bedarf unzulässig seien und Ansprüche auf Zahlung einer Vertragsstrafe begründeten.

Diese Ausführungen werden von der Revision mit Recht angegriffen. Nicht zu beanstanden ist allerdings, daß das Berufungsgericht seiner Beurteilung ersichtlich nur die Umsätze der Beklagten in den Non-Food-Abteilungen zugrundegelegt hat. Dies entspricht den Klageanträgen und ist auch deshalb gerechtfertigt, weil die beiden Einkaufsbereiche (Food und Non-Food) nach den Feststellungen des Berufungsgerichts streng voneinander getrennt sind und als weitgehend verselbständigte Einkaufsabteilungen angesehen werden müssen. Daß Kunden mit einem Ausweis für die Food-Abteilung auch Zutritt zur Non-Food-Abteilung haben, betrifft nur die Frage der Ausweisausstellung und ist insoweit von untergeordneter Bedeutung. Es würde auch dem Schutzzweck des § 6 a Abs. 2 UWG zuwiderlaufen, wenn einem Selbstbedienungsgroßhändler gestattet würde, in einer von mehreren selbständigen Abteilungen eine über die Toleranzgrenze hinausgehende Einzelhandelstätigkeit unter einer für die gesamte Verkaufsstätte verwendeten Großhandelsbezeichnung auszuüben, nur weil er in anderen Abteilungen einen reinen oder fast reinen Großhandel betreibt und er auf diese Weise erreicht, daß eine auf den Gesamtumsatz bezogene Toleranzgrenze für Verkäufe zur Deckung des reinen Privatbedarfs nicht überschritten wird.

Das Berufungsgericht hat aber nicht rechtsfehlerfrei festgestellt, daß die der Beklagten zuzubilligende Toleranzgrenze in den Non-Food-Abteilungen, die allein Gegenstand der Klage sind, überschritten werde. Seine Ausführungen leiden insoweit schon an dem Mangel, daß nicht ersichtlich ist, von welcher Toleranzgrenze es ausgeht. Es ist auch nicht auszuschließen, daß das Ergebnis, zu dem das Berufungsgericht insoweit gelangt ist, von der, wie aus-

geführt, unrichtigen Vorstellung beeinflusst ist, geschäftlicher Verkehr mit dem letzten Verbraucher im Sinne von § 6 a Abs. 2 UWG seien auch Verkäufe an Gewerbetreibende zur Deckung des branchen- oder betriebsfremden gewerblichen Bedarfs. Hierfür spricht immerhin, daß das Berufungsgericht die Überschreitung der Toleranzgrenze - wie den Verkauf von betriebsfremden Waren für den gewerblichen Bedarf - als unstreitig bezeichnet. Darüber hinaus fehlt es an einer erschöpfenden Auseinandersetzung mit den von der Beklagten behaupteten zahlreichen Vorkehrungen zur Verhinderung von Einkäufen zur Deckung des betriebsfremden Privatbedarfs. Mit dem Hinweis, die Beklagte sei selbstverständlich daran interessiert, ihre Umsätze zu steigern und Kunden nicht abzuschrecken, läßt sich dem nicht begegnen. Denn die Beklagte hat ersichtlich auch ein Interesse daran, daß sich der Umsatz in den Non-Food-Abteilungen im Rahmen eines noch funktions-echten Großhandels hält und sie die von ihr verwendeten Großhandelsbezeichnungen auch insoweit weiterführen darf. Angebotsblätter und Prospekte hat sie nach ihrem Vortrag, den das Berufungsgericht beachten mußte, nur an bei ihr zum Einkauf zugelassenen Kunden und mit dem Hinweis versandt, daß Einkäufe zur Deckung des betriebsfremden Privatbedarfs nicht zulässig seien. Der Unterschied zum Fall "Großhandelshaus" (aaO) ist so erheblich, daß sich aus diesem für den vorliegenden Fall kaum etwas herleiten läßt. Zudem muß bezweifelt werden, ob das Berufungsgericht die erforderliche Sachkunde besitzt, um beurteilen zu können, in welchem Umfang in den Non-Food-Abteilungen der Beklagten angesichts der von dieser getroffenen Vorkehrungen Einkäufe zur Deckung des Privatbedarfs möglich sind. Die Mitglieder des Berufungsgerichts gehören ersichtlich nicht zu den zum Einkauf zugelassenen Personen und können daher aus eigener Anschauung kaum beurteilen,

wie sich die von der Beklagten behaupteten Kontrollen, Hinweise und Androhungen von Vertragsstrafen, die, wie sie behauptet, auch durchgesetzt und in der Öffentlichkeit erörtert werden, auswirken.

5. Zu Unrecht beanstandet die Revision indessen, daß das Berufungsgericht den der Beklagten obliegenden Beweis, sie verkaufe überwiegend an Wiederverkäufer und gewerbliche Verbraucher (§ 6 a Abs. 2 Satz 2 UWG), nicht als erbracht angesehen hat. Die Rüge der Revision läuft darauf hinaus, daß sie geltend macht, die Umsätze in den Food-Abteilungen machten mehr als 50 % des Gesamtumsatzes aus, woraus sich bereits ergebe, daß die Beklagte überwiegend an Wiederverkäufer und gewerbliche Verbraucher verkaufe. Es kann jedoch, wie zur Frage der Einhaltung der Toleranzgrenze dargelegt, nicht als rechtsfehlerhaft angesehen werden, daß das Berufungsgericht die Umsätze in den von den Non-Food-Abteilungen streng getrennten Food-Abteilungen außer Betracht gelassen hat.

Die Verurteilung der Beklagten nach dem Klageantrag zu 1 kann aber deshalb keinen Bestand haben, weil das Berufungsgericht, wie ausgeführt, nicht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, daß die der Beklagten zuzubilligende Toleranzgrenze in den Non-Food-Abteilungen überschritten werde.

II. Zum Klageantrag zu 2 (Verstoß gegen die Preisangabenverordnung) führt das Berufungsgericht aus, die Beklagte verstoße gegen § 1 Abs. 1 PreisangabenVO und zugleich gegen § 1 UWG, weil sie in den Verkaufsräumen ihres Non-Food-Bereichs Gewerbetreibenden Waren des branchen- oder betriebsfremden Privatbedarfs zu Preisen

anbiete, in denen die gesetzliche Mehrwertsteuer nicht enthalten sei. Auf die Ausnahmegvorschrift des § 7 Abs. 1 Nr. 1 PreisangabenVO könne sich die Beklagte insoweit nicht mit Erfolg berufen. Daß die Mehrwertsteuer bei den meisten Käufen ihrer Kunden ein durchlaufender Posten sei, rechtfertige keine andere Beurteilung. Kaufe ein Kunde für den gewerblichen Bedarf ein, sei es ohne weiteres möglich, die Mehrwertsteuer gesondert auszuweisen. Eine Toleranzgrenze könne der Beklagten nicht zugebilligt werden, soweit die Kunden zur Deckung des betriebsfremden Eigenbedarfs einkauften.

Auch insoweit hält das Berufungsurteil der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Die PreisangabenVO erfaßt den Geschäftsverkehr mit dem Letztverbraucher; ihm gegenüber müssen die Preise nach Maßgabe des § 1 Abs. 1 PreisangabenVO (einschließlich Mehrwertsteuer) angegeben werden. Zu den Letztverbrauchern gehören nicht Gewerbetreibende, die die Ware zum Weiterverkauf oder zur Weiterveräußerung im Wege der Be- oder Verarbeitung erwerben, da sich hieran ein weiterer Umsatz anschließt. Soweit sie die Ware in ihrem Geschäftsbetrieb nur verwenden, wie etwa Arbeitsgeräte, sind sie nach der Terminologie der PreisangabenVO zwar ebenfalls Letztverbraucher; doch wird der Geschäftsverkehr mit ihnen insoweit von der Preisangabepflicht freigestellt, wie sich aus § 7 Abs. 1 Nr. 1 PreisangabenVO ergibt. Dies entspricht dem Grundsatz, daß der Großhandel den für den Einzelhandel geltenden Vorschriften nicht unterliegen soll, soweit er sich auf die für den Großhandel typische Funktion beschränkt. Dabei kommt es, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, nicht auf die Stellung des Abnehmers im

Wirtschaftsleben, sondern auf den Zweck des einzelnen Einkaufs an (vgl. OLG Stuttgart mit Anmerkung Hefermehl BB 1974, 1409, 1410). Danach ist die PreisangabenVO zwar grundsätzlich auf Einkäufe anwendbar, die Wiederverkäufer und andere Gewerbetreibende zur Deckung ihres privaten Bedarfs tätigen. Dies gilt jedoch nicht insoweit, als es sich um Waren handelt, die ihrer Gattung nach im Gewerbebetrieb Verwendung finden können und nur für den privaten Bedarf des Kunden abgezweigt werden; denn das ist als üblich anzuerkennen und für den Verkäufer nicht nachprüfbar; seine Großhandelsfunktion wird dadurch nicht in Frage gestellt (vgl. Hefermehl aaO Seite 1410; Schricker/Lehmann aaO Seite 228; v. Gamm, Wettbewerbsrechtliche Nebengesetze, 1977, PreisangabenVO § 7 Anm. 2). Das verkennt das Berufungsgericht, wenn es allgemein auf die Deckung des privaten - auch des brancheneigenen - Bedarf abstellt. Unter die Preisangabepflicht fallen - von einem Verkauf an Nichtgewerbetreibende abgesehen - nur Angebote zur Deckung des betriebsfremden Privatbedarfs.

Das Berufungsgericht nimmt aber auch zu Unrecht an, daß der Beklagten hinsichtlich der Deckung des betriebsfremden Privatbedarfs keine Toleranzgrenze zuzubilligen sei. Damit wird - wie erwähnt - verkannt, daß auch der funktionstreue Großhandel Einkäufe dieser Art nicht gänzlich verhindern kann. Die Beachtung einer Toleranzgrenze ist daher auch bei der Anwendung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 PreisangabenVO unumgänglich (vgl. Hefermehl aaO S. 1410; Brose WRP 1975, 88, 92; Schulze zur Wiesche aaO Seite 641; a.A. Weyhenmeyer aaO Seite 491). Sie liegt, wie zu § 6 a Abs. 2 UWG ausgeführt, bei etwa 10 % des Umsatzes in den Non-Food-Abteilungen. Daß sie von der Beklagten überschritten werde, hat das Berufungsgericht nicht rechtsfehlerfrei festgestellt. Insoweit kann auf die Ausführungen

zu § 6 a Abs. 2 UWG Bezug genommen werden. Das Berufungsgericht kann daher auch hinsichtlich der Verurteilung wegen eines Verstoßes gegen die PreisangabenVO keinen Bestand haben.

III. Gegen das Ladenschlußgesetz (Klageantrag zu 3) und zugleich gegen § 1 UWG verstößt die Beklagte nach Auffassung des Berufungsgerichts, weil sie in ihren Non-Food-Abteilungen auch an jedermann verkaufe und daher nicht berechtigt sei, diese Verkaufsstätten außerhalb der gesetzlich zulässigen Ladenöffnungszeiten offenzuhalten. Zwar begrenze die Beklagte durch ihre Einkaufsberechtigungen den Kundenkreis auf Wiederverkäufer und gewerbliche Großabnehmer. Wenn diese Personen aber in der Lage seien, auch ihren betriebsfremden Eigenbedarf und Privatbedarf bei der Beklagten zu decken, so müsse insoweit ein Verkauf an jedermann angenommen werden. Dieser Begriff könne nicht anders ausgelegt werden als der Begriff des letzten Verbrauchers in § 6 a UWG und in § 1 Abs. 1 PreisangabenVO. Eine Toleranzgrenze könne der Beklagten zwar insoweit zugebilligt werden, als ihre Kunden brancheneigene Ware zur Deckung des Privatbedarfs einkauften, nicht aber für betriebsfremde Waren und insbesondere nicht für Waren, die von den Kunden nicht weiterverkauft, sondern im Gewerbebetrieb verwendet würden. Zumindest müsse der Beklagten die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung der Toleranzgrenze auferlegt werden.

Dem kann nicht zugestimmt werden.

In der Ratio-Entscheidung (aaO), auf die sich das Berufungsgericht bezieht, ist als Indiz für das Fehlen einer echten Großhandelstätigkeit nur der Verkauf von Waren zur

Deckung des betriebsfremden Eigenbedarfs in Betracht gezogen und ausgeführt worden, hieraus könne sich ergeben, daß der Käuferkreis in Wirklichkeit nicht oder nur willkürlich begrenzt sei, also - wie beim Einzelhandel - ein Verkauf an jedermann im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 LadenschlußG vorliege. Damit war der betriebsfremde Privatbedarf gemeint, wie der Zusammenhang ergibt. Die Deckung des betriebs- oder brancheneigenen Privatbedarfs spielt insoweit keine Rolle, weil sie, wie ausgeführt, Zweifel an dem Vorliegen einer typischen Großhandelstätigkeit mit sachbezogener Begrenzung des Käuferkreises nicht begründen kann. Es ist aber auch unerheblich, ob der Großhandelskunde die gekauften Waren weiterveräußert oder nur in seinem Gewerbebetrieb verwendet. Insoweit, als er sie nur in seinem Betrieb verwendet, ist er im übrigen wie ausgeführt, weder letzter Verbraucher im Sinne des § 6 a Abs. 2 UWG noch fällt der Verkauf an ihn unter die Vorschrift des § 1 Abs. 1 PreisangabenVO, wie sich aus deren § 7 Abs. 1 Nr. 1 ergibt. Somit kommt es auch in diesem Zusammenhang nur darauf an, ob die Beklagte in ihren Non-Food-Abteilungen Waren für den betriebsfremden Privatbedarf an die zum Einkauf zugelassenen Kunden verkauft und ob sie hierbei die ihr zuzubilligende Toleranzgrenze von etwa 10 % des Gesamtumsatzes in diesen Abteilungen überschreitet. Zu letzterem fehlt es aber, wie ausgeführt, an ausreichenden Feststellungen, so daß die Verurteilung der Beklagten auch insoweit keinen Bestand haben kann.

IV. Der Gefährdungstatbestand des § 6 a Abs. 2 UWG unterliegt keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn er, wie erforderlich, dahin ausgelegt wird, daß unter geschäftlichem Verkehr mit dem letzten Verbraucher - außer Verkäufen an Nichtgewerbetreibende, die völlig verhindert

werden müssen - Verkäufe an zum Einkauf zugelassene Gewerbetreibende und Großverbraucher nur verstanden werden, wenn sie der Deckung des betriebsfremden Privatbedarfs dienen. Der Senat verkennt nicht, daß es für die Beklagte schwierig sein dürfte, erfolgreich zu kontrollieren, ob betriebsfremde Waren für eine gewerbliche oder private Verwendung erworben werden sollen. Entscheidet sich die Beklagte, im Non-Food-Bereich von einem Verkauf an jedermann (nach Art der Verbrauchermärkte) abzusehen, sieht sie andererseits aber auch keine Möglichkeit, die gewerbliche oder betriebliche Zweckbestimmung von Einkäufen ihrer gewerblichen Abnehmer und der Großverbraucher effektiv zu kontrollieren, so wird sie die ihr zuzubilligende Toleranzgrenze insoweit nur einhalten können, wenn sie einerseits auf den Einkaufsberechtigungsschein die jeweilige Branche des Bezugsberechtigten genau erfaßt, dann aber gegenüber diesen Berechtigten auf den Verkauf von Artikeln, die ihrer Art nach betriebsfremd bzw. branchenunüblich (als Anhalt für die Betriebsfremdheit) sind, verzichtet. Hierdurch würde die Weiterführung ihres Selbstbedienungsgroßhandelsunternehmens - bei Abwägung der Verbraucherinteressen, die durch den Gefährdungstatbestand des § 6 a UWG geschützt werden sollen, gegenüber den Interessen an einem funktionsgerechten Selbstbedienungsgroßhandel - nicht in unzumutbarer Weise beeinträchtigt.

Nicht anders zu beurteilen sind in dieser Hinsicht die hier einschlägigen Vorschriften der PreisangabenVO und des Ladenschlußgesetzes. Die PreisangabenVO dient in erster Linie jedenfalls dem Schutz der Verbraucher. Es sollen die Preisvergleichsmöglichkeiten verbessert und die Verbraucher so in die Lage versetzt werden, den

ihnen günstigsten Angeboten den Vorzug zu geben. Dieses Schutzes bedürfen im allgemeinen auch Gewerbetreibende, soweit sie Waren des betriebsfremden Privatbedarfs einkaufen. Von der Beklagten muß erwartet werden, daß sie hierauf im Rahmen der ihr zuzubilligenden Toleranzgrenze Rücksicht nimmt und die Organisation ihres Betriebes entsprechend gestaltet.

Das Ladenschlußgesetz dient dem Arbeitsschutz, aber auch dem Schutz der Mitbewerber, zu denen hier nicht nur andere Selbstbedienungsgroßhändler gehören, sondern auch der Einzelhandel. Der Beklagten kann nicht gestattet werden, daß sie sich den Vorteil längerer Öffnungszeiten verschafft, aber nicht verhindert, daß bei ihr in einem die Toleranzgrenze überschreitenden Umfang Einzelhandelsgeschäfte im Sinne einer Deckung des betriebsfremden Privatbedarfs getätigt werden.

V. Die Auslegung des § 6 a Abs. 2 UWG, daß die Beklagte gegenüber Gewerbetreibenden, die bei ihr zur Deckung ihres betriebsfremden Privatbedarfs einkaufen, nicht mit Großhandelsbezeichnungen werben darf, verstößt nicht gegen Bestimmungen des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Insbesondere verletzt sie weder den Grundsatz der Niederlassungsfreiheit (Art. 52) noch führt sie zu einer Diskriminierung. Auch steht sie im Einklang mit dem Großhandelsbegriff der Richtlinien über die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs für Tätigkeiten im Großhandel Nr. 223/64 (ABl 1964, 863). Die Sache dem Europäischen Gerichtshof nach Art. 177 a EWG-Vertrag vorzulegen, besteht kein Anlaß.

VI. Das Revisionsgericht kann nicht abschließend entscheiden, weil weitere Feststellungen zur Frage der Überschreitung der Toleranzgrenze erforderlich sind. Das Berufungsgericht wird diese Feststellungen nach weiterer Prüfung der von der Beklagten behaupteten Vorkehrungen zur Verhinderung von Einkäufen zur Deckung des betriebsfremden Privatbedarfs und erforderlichenfalls unter Zuziehung eines Wirtschaftssachverständigen zu treffen haben.

Das angefochtene Urteil war daher aufzuheben und die Sache, auch zur Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Krüger-Nieland

Alff

Schönberg

v. Gamm

Schwerdtfeger