

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 184/88

URTEIL

Verkündet am:
30. November 1989
Kalus
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels e.V., vertreten durch den Präsidenten Wolfgang H[REDACTED], S[REDACTED]ring [REDACTED], K[REDACTED],

Kläger, Revisionskläger und
Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Kommanditgesellschaft Ha[REDACTED]-Ost M[REDACTED] SB-Großmärkte GmbH
& Co., vertreten durch die M[REDACTED] SB-Großmärkte GmbH,
Kr[REDACTED], diese vertreten durch den Geschäftsführer Hans
Dieter C[REDACTED], B[REDACTED]weg [REDACTED], Ha[REDACTED],

Beklagte, Revisionsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
[REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. November 1989 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Piper, Dr. Erdmann, Dr. Teplitzky und Dr. Ullmann

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Parteien wird unter Zurückweisung ihrer Rechtsmittel im übrigen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 9. Juni 1988 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin hinsichtlich des Klageantrags 1 a und b zum Nachteil des Klägers und hinsichtlich des Klageantrags 4 dem Hauptantrag entsprechend zum Nachteil der Beklagten (I. g des Urteilstenors) entschieden worden ist.

- Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Kammer 16 für Handelssachen, vom 29. Juli 1986 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß im Urteilstenor A 4. der Zusatz "sofern bei Wiederverkäufern oder gewerblichen Verbrauchern ein solcher Warenbezug mehr als zehn vom Hundert des konkreten jeweiligen gesamten Warenbezugs wertmäßig ausmachen sollte" in Wegfall gerät.

Im Umfang der Aufhebung auf Grund der Revision des Klägers wird die Sache an das Berufungsgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen, das auch über die Kosten der Revisionen zu entscheiden hat.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der klagende Verein hat ausweislich seiner Satzung als Spitzenorganisation des Einzelhandels in der Bundesrepublik Deutschland die wirtschaftlichen, beruflichen und sozialen Interessen des gesamten Einzelhandels zu vertreten.

Die Beklagte gehört zur sogenannten M-Gruppe. Sie betreibt in Ha einen den Food- und Non-Food-Bereich umfassenden Selbstbedienungsmarkt. Sie bezeichnet ihren Geschäftsbetrieb als "SB-Großmarkt" und verwendet die Bezeichnung "M SB-Großmärkte" in ihrer Firma. Den Zugang zu ihrer Verkaufsstätte regelt sie mit Einkaufsausweisen, die sie an gewerbliche Abnehmer und Großverbraucher vergibt. Die Einkaufsberechtigung erstreckt sich nach den auf der Rückseite des Ausweises aufgedruckten Lieferungs- und Zahlungsbedingungen allein auf den Erwerb von Waren für den geschäftlichen Bedarf des Kunden. Über ihre Angebote informiert sie durch die "M-Post", die sie an ihre Kunden verschickt. Für die darin beworbenen Waren werden die Preise ohne und mit Mehrwertsteuer angegeben, wobei die Nettopreise voll ausgedruckt sind, während die Bruttopreisangaben (einschließlich Mehrwertsteuer) in Umrissen in gleich großen oder kleineren Ziffern ausgedruckt sind. Auf Preisschildern in den Verkaufsräumen sind die Nettopreise etwa doppelt so groß wie die Bruttopreise gestaltet. Die Beklagte hält ihre Verkaufsstätte auch während gesetzlicher Ladenschlußzeiten offen.

Der Kläger beanstandet, die Beklagte halte sich nicht an die für den Einzelhandel geltenden gesetzlichen Regeln. Die Beklagte betreibe keinen funktionsechten Großhandel,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

sondern zum großen Teil Einzelhandel. Er hat hierzu vorge-
tragen, die Beklagte verkaufe auch an private Endabnehmer,
die einen geliehenen Ausweis vorwiesen. Zahlreiche Testkäufe
hätten dies ergeben. Identitätskontrollen am Eingang fänden
nur im geringen Maße statt; auch werde nicht überprüft, ob
der Kunde, welcher eine Vollmacht des Berechtigten vorweise,
für seinen privaten Bedarf einkaufe. Da am Ausgang keinerlei
Kontrolle stattfinde, ob die erworbenen Waren im Geschäfts-
betrieb des Einkaufsberechtigten verwendbar seien, und auch
im Beisein einer Begleitperson auf Verlangen mehrere Rech-
nungen ausgestellt würden, sei offensichtlich, daß die Kun-
den ohne jegliche Begrenzung ihren gesamten Privatbedarf bei
der Beklagten decken könnten. Abgesehen von den unzulängli-
chen Kontrollen ermutige die Beklagte aber auch dadurch zum
Erwerb von Waren zum persönlichen Bedarf, daß sie die Ein-
kaufsberechtigung nicht nach der Branche des Kunden begren-
ze, sondern für das gesamte ca. 35.000 Artikel umfassende
Sortiment erteile, das warenhausartig und vielfach für den
Einzelverbrauch portioniert dargeboten werde.

Die Beklagte hat die Klagebefugnis des klagenden Ver-
eins in Zweifel gezogen, da dieser nur Verbände des Einzel-
handels, aber keine Gewerbetreibenden zu seinen Mitgliedern
zähle. Sie hat eine Einzelhandelstätigkeit in Abrede ge-
stellt; als Großhandelsunternehmen kämen ihr die gesetzli-
chen Privilegien zu. Ihre stichprobenweise Identitätskon-
trolle verhindere in ausreichendem Maße, daß nichtberechtig-
te Personen einkaufen könnten. Sie habe am 10. April sowie
am 13. und 14. August 1986 den ganzen Tag über Eingangskon-
trollen durchgeführt und dabei ca. 88 % der ausgewiesenen
Kunden auf Identität überprüft. In dieser Dichte habe die

Identitätskontrolle schon immer stattgefunden und finde sie weiterhin statt. Als Folge der Kontrollen seien wegen Mißbrauchs im Jahre 1986 weitere 129 Ausweise gesperrt worden, wobei allerdings der Mißbrauch des Ausleihens nicht der einzige Grund gewesen sei. Im Hinblick darauf sei es nicht erforderlich und nicht zumutbar, die Identität des Ausweisinhabers mit dem Einkaufsberechtigten generell zu überprüfen. Auch durch sorgfältige Eingangskontrollen sei nicht zu verhindern, daß einzelne ihre Ausweise an nichtberechtigte Personen ausliehen. Unvermeidbare Mißbrauchsfälle dürften nicht dazu führen, daß ein Großhändler seine Großhändlereigenschaft verliere. Die Gewerbetreibenden selbst kauften ganz überwiegend für ihren gewerblichen Bedarf ein. Befragungen hätten ergeben, daß ihre Kunden nur in geringstem Umfang bei ihr den betriebsfremden Eigenbedarf zu decken pflegten. Jeder Gewerbetreibende oder Großverbraucher könne nahezu jeden Artikel aus ihrem Sortiment, und sei es jeweils nur für den Einzelfall, für den geschäftlichen Bedarf verwenden. Eine Abgrenzung des betriebsfremden Privatbedarfs vom betriebsidentischen Bedarf sei nicht möglich. Es erübrige sich deshalb eine Verwendungskontrolle.

Der Kläger hat beantragt, der Beklagten unter Androhung der näher bezeichneten Ordnungsmittel zu verbieten,

1. a) im geschäftlichen Verkehr mit privaten
Letztverbrauchern im Zusammenhang mit dem
Verkauf von Waren auf ihre Eigenschaft als
Großhändlerin hinzuweisen, insbesondere
ihren Geschäftsbetrieb als "SB-Großmärkte"
und/oder "SB-Großmarkt" zu bezeichnen,

und/oder

- b) im geschäftlichen Verkehr mit Personen, die Wiederverkäufer oder gewerbliche Verbraucher sind, im Zusammenhang mit dem Verkauf von Waren auf ihre Eigenschaft als Großhändlerin hinzuweisen, insbesondere ihren Geschäftsbetrieb als "SB-Großmärkte" und/oder "SB-Großmarkt" zu bezeichnen, soweit diese Personen Waren erwerben, die nicht für den Wiederverkauf, die gewerbliche Verarbeitung, den gewerblichen Eigenverbrauch oder eine sonstige gewerbliche Verwertung bestimmt und die nicht in der jeweiligen gewerblichen Tätigkeit dieser Personen verwendbar sind,

hilfsweise

im geschäftlichen Verkehr mit den unter a) und b) genannten Personen ihren Geschäftsbetrieb als "SB-Großmärkte" und /oder "SB-Großmarkt" zu bezeichnen, wenn nicht gleichzeitig deutlich darauf hingewiesen wird, daß sie auch Einzelhandel betreibt,

und/oder

2. a) im geschäftlichen Verkehr an private Letztverbraucher Einkaufsausweise zum Bezug von Waren auszugeben, die zu einem mehr als einmaligen Einkauf berechtigen, und/oder an sie

gegen Vorlage eines von ihr oder einem anderen M[REDACTED]-Unternehmen ausgestellten Einkaufsausweises, der zu einem mehr als einmaligen Einkauf berechtigt, Waren zu verkaufen,

und/oder

- b) an Wiederverkäufer oder gewerbliche Verbraucher gegen Vorlage eines von ihr oder einem anderen M[REDACTED]-Unternehmen ausgestellten Einkaufsausweises, der zu einem mehr als einmaligen Einkauf berechtigt, Waren zu verkaufen, die nicht für den Wiederverkauf, die gewerbliche Weiterverarbeitung, den gewerblichen Eigenverbrauch oder eine sonstige gewerbliche Verwertung bestimmt und die nicht in der jeweiligen gewerblichen Tätigkeit dieser Personen verwendbar sind,

und/oder

3. a) im geschäftlichen Verkehr gegenüber privaten Letztverbrauchern in Prospekten für ihr Angebot an Waren und/oder Dienstleistungen in der Weise zu werben, daß den für die Waren und/oder Dienstleistungen geforderten Nettopreisen, bei denen die Ziffern der Preise voll ausgedruckt sind, Preise einschließlich der gesetzlichen Mehrwertsteuer gegenübergestellt werden, deren Ziffern in gleich gro-

ßem oder kleinerem Druck wie bei den Nettopreisen und im Gegensatz zu diesen nur in ihren Umrissen wiedergegeben werden,

und/oder

- b) im geschäftlichen Verkehr gegenüber Wiederverkäufern oder gewerblichen Verbrauchern, die Waren erwerben und/oder Dienstleistungen in Anspruch nehmen, die nicht für den Wiederverkauf, die gewerbliche Weiterverarbeitung, den gewerblichen Eigenverbrauch oder eine sonstige gewerbliche Verwertung bestimmt sind und die nicht in der jeweiligen gewerblichen Tätigkeit dieser Personen verwendbar sind, in Prospekten für ihr Angebot an Waren und/oder Dienstleistungen in der Weise zu werben, daß den für die Waren und/oder Dienstleistungen geforderten Nettopreisen, bei denen die Ziffern der Preise voll ausgedruckt sind, Preise einschließlich der gesetzlichen Mehrwertsteuer gegenübergestellt werden, deren Ziffern in gleich großem oder kleinerem Druck wie bei den Nettopreisen und im Gegensatz zu diesen nur in ihren Umrissen wiedergegeben werden,

und/oder

- c) im geschäftlichen Verkehr gegenüber privaten Letztverbrauchern in ihrer Verkaufsstelle für ihr Angebot an Waren unter Angabe von

Preisen in der Weise zu werben, daß die Ziffern für die Nettopreise etwa doppelt so groß wiedergegeben werden wie die Ziffern für die Bruttopreise, insbesondere wenn die Ziffern für die Nettopreise rot, die für die Bruttopreise dunkelbraun gedruckt sind,

und/oder

- d) im geschäftlichen Verkehr gegenüber Wiederverkäufern oder gewerblichen Verbrauchern, die Waren erwerben und/oder Dienstleistungen in Anspruch nehmen, die nicht für den Wiederverkauf, die gewerbliche Weiterverarbeitung, den gewerblichen Eigenverbrauch oder eine sonstige gewerbliche Verwertung bestimmt und die nicht in der jeweiligen gewerblichen Tätigkeit dieser Personen verwendbar sind, in ihrer Verkaufsstelle für ihr Angebot an Waren unter Angabe von Preisen in der Weise zu werben, daß die Ziffern für die Nettopreise etwa doppelt so groß sind wie die Ziffern für die Bruttopreise, insbesondere wenn die Ziffern für die Nettopreise rot, die für die Bruttopreise dunkelbraun gedruckt sind,

und/oder

4. die Verkaufsräume ihres Geschäftsbetriebes für den geschäftlichen Verkehr außerhalb der gesetzlich zulässigen Ladenöffnungszeiten offen

zu halten,

hilfsweise,

die Verkaufsräume ihres Geschäftsbetriebs für den geschäftlichen Verkehr mit privaten Letztverbrauchern außerhalb der gesetzlich zulässigen Ladenöffnungszeiten offen zu halten und/oder für private Letztverbraucher und/oder Personen, die Wiederverkäufer oder gewerbliche Verbraucher sind, soweit diese Waren erwerben, die nicht für den Wiederverkauf, die gewerbliche Weiterverarbeitung, den gewerblichen Eigenverbrauch oder eine sonstige gewerbliche Verwertung bestimmt und die nicht in der jeweiligen gewerblichen Tätigkeit der Wiederverkäufer und/oder gewerblichen Verbraucher verwendbar sind, über eine halbe Stunde nach Ablauf der gesetzlich zulässigen Ladenöffnungszeiten die Kassen für die Bezahlung von Waren in Betrieb zu halten.

Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen stattgegeben. Klageantrag 4 hat es nur entsprechend dem Hilfsbegehren für begründet erachtet und dabei die Verurteilung wie auch die nach Klageanträgen 1 b und 2 b dahin eingeschränkt, "sofern ein solcher Warenbezug mehr als zehn vom Hundert des konkreten jeweiligen gesamten Warenbezuges wertmäßig ausmachen sollte". Die Klage nach Antrag 2 a hat es abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat auf die Berufung des Klägers die vorgenannte Einschränkung beseitigt, Klageantrag 2 a insoweit stattgegeben, als er sich auf den Verkauf von Waren an Letztverbraucher gegen Vorlage des Einkaufsausweises bezieht, und das Unterlassungsverlangen, die Verkaufsräume außerhalb der gesetzlich zulässigen Ladenöffnungszeiten offenzuhalten, nach dem Hauptbegehren des Klageantrags 4 für begründet erachtet. Das erstmals in der Berufungsinstanz eingebrachte, auf die Anträge 1 bis 4 bezogene Begehren (Klageantrag 5), der Beklagten zu verbieten, den Kunden den Zugang zu ihren Verkaufsräumen mittels maschinenlesbarer Kundenkarten freizugeben, hat es zurückgewiesen. Die Verurteilung nach Klageantrag 1 a und b (Unterlassung der Großhändlerwerbung) hat es auf die Berufung der Beklagten aufgehoben und die Klage auch hinsichtlich des hierzu hilfsweise verfolgten Begehrens zurückgewiesen.

Beide Parteien haben Revision eingelegt. Der Kläger verfolgt die Verurteilung der Beklagten nach Klageantrag 1 a und b sowie nach Berufungsantrag 5 weiter. Die Beklagte verfolgt ihr Begehren, die Klage in vollem Umfange abzuweisen, weiter. Beide Parteien beantragen, das Rechtsmittel der Gegenseite zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision des Klägers hat im wesentlichen Erfolg; die Revision der Beklagten bleibt überwiegend erfolglos.

I. Das Berufungsgericht hat die in der Rechtsform des eingetragenen Vereins zusammengeschlossene Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels zu Recht gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG für befugt angesehen, Wettbewerbsverstöße der Beklagten im Klagewege zu verfolgen. Der klagende Verein ist ein rechtsfähiger Verband zur Förderung der gewerblichen Interessen im Sinne der genannten Vorschrift.

Der Kläger verfolgt entsprechend § 2 Abs. 1 seiner Satzung den Zweck, die wirtschaftlichen, beruflichen und sozialen Interessen des gesamten Einzelhandels zu vertreten. Mit der Wahrnehmung des Vereinszwecks fördert er die gewerblichen Interessen der in seinen Mitgliederverbänden zusammengeschlossenen Gewerbetreibenden. Die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen des Einzelhandels durch den Kläger als Spitzenverband der ihm angehörenden Landesverbände kommt den darin vereinigten Gewerbetreibenden unmittelbar zugute. Die Verknüpfung des Satzungszwecks mit den gewerblichen Interessen der den Mitgliederverbänden angehörenden Unternehmen des Einzelhandels begründet die Befugnis der Hauptgemeinschaft des deutschen Einzelhandels, Wettbewerbsverstöße der gerügten Art im Klageweg gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu verfolgen (vgl. BGH, Urt. v. 19.2.1965 - Ib ZR 45/63, GRUR 1965, 485, 486 - Versehrten-Betrieb; Urt. v. 2.11.1973 - I ZR 111/72, GRUR 1974, 729, 730 - Sweepstake mit Anm. Hoth [731, 732]; Urt. v. 25.11.1982 - I ZR 145/80, GRUR 1983, 245 - naturrot; Urt. v. 30.11.1989 - I ZR 55/87 - Metro III, Umdr. S. 11 ff., auch zu den weiteren Einwänden der Beklagten gegen die Prozeßführungsbefugnis des klagenden Vereins).

II. Die Revision des Klägers, mit welcher er das Begehren weiterverfolgt, der Beklagten im geschäftlichen Verkehr mit dem Letztverbraucher den Hinweis auf eine Großhändlereigenschaft gemäß § 6 a Abs. 2 UWG zu untersagen, führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, die Beklagte dürfe sich gemäß § 6 a Abs. 2 UWG der in der Geschäftsbezeichnung "Großmarkt" zum Ausdruck kommenden Großhändlereigenschaft auch im Verkehr mit dem Letztverbraucher berühen, da sie überwiegend Wiederverkäufer und gewerbliche Verbraucher beliefere und unstreitig beim Verkauf an Letztverbraucher keine anderen Preise verlange. Auch wenn man davon ausgehe, daß die Beklagte geschäftlichen Verkehr mit dem letzten Verbraucher in relevantem Umfange pflege, stehe jedenfalls fest, daß sie überwiegend an Wiederverkäufer und gewerbliche Abnehmer liefere. Hierfür spreche schon der erste Anschein. Es sei nicht festzustellen, daß die Beklagte ihre Einkaufsausweise an Letztverbraucher ausbe. Sie vermeide zwar nicht eine Einzelhandelstätigkeit, doch baue sie Hindernisse auf, die diesen Namen verdienten. Sehe man einmal von den Begleitpersonen ab, so erlaube sie grundsätzlich nur Wiederverkäufern und gewerblichen Verbrauchern den Zutritt zu ihren Verkaufsräumen. Mit diesen Stammkunden erziele sie 60 % bis 70 % ihres Umsatzes. Schon hieraus, wie auch aus den Feststellungen des Oberlandesgerichts Köln in einem parallelen Rechtsstreit, folge, daß die Beklagte überwiegend Wiederverkäufer und gewerbliche Abnehmer beliefere. Die Beklagte sei deshalb berechtigt, mit der Bezeichnung "SB-Großmarkt" auf ihre Großhändlereigenschaft hinzuweisen.

2. Die Revision des Klägers rügt mit Erfolg als verfahrensfehlerhaft die Feststellung des Berufungsgerichts, der von der Beklagten aus dem Handel mit den gewerblichen Abnehmern erzielte Umsatz überwiege den aus dem geschäftlichen Verkehr mit dem letzten Verbraucher. Der von der Beklagten vertretene Standpunkt, sie trete mit dem letzten Verbraucher nicht in geschäftlichen Verkehr, da alle Umsatzgeschäfte mit ihren gewerblichen Abnehmern - Wiederverkäufern oder gewerblichen Verbrauchern -, auch soweit sie zur Deckung des Privatbedarfs mit betriebsfremden Waren dienten, der Großhandelsstätigkeit zuzurechnen seien und private Endabnehmer bei ihr nicht einkaufsberechtigt seien, kann nicht gebilligt werden.

a) Ein Handelsunternehmen darf im geschäftlichen Verkehr mit dem letzten Verbraucher im Zusammenhang mit dem Verkauf von Waren auf seine Großhändlereigenschaft hinweisen, wenn es überwiegend Wiederverkäufer oder gewerbliche Verbraucher beliefert und an den letzten Verbraucher zu den seinen gewerblichen Abnehmern eingeräumten Preisen verkauft (§ 6 a Abs. 2, Abs. 1 Nr. 2 UWG). Die Regelung des § 6 a UWG begegnet der durch die Werbung mit der Großhändlereigenschaft typischerweise begründeten Gefahr der Irreführung des Verbrauchers über Preisgestaltung und Preiswürdigkeit des Angebots. Die Gefahr einer solchen Irreführung des Letztverbrauchers durch den Großhändlerhinweis ist nach § 6 a Abs. 2 Halbs. 2 UWG ausnahmsweise nicht gegeben, wenn das Handelsunternehmen bei gleichen Preisen überwiegend gewerbliche Abnehmer beliefert. Diese Voraussetzung des Ausnahmetatbestandes ist - wie die Revision des Klägers mit Erfolg rügt - vom Berufungsgericht nicht verfahrensfehlerfrei festgestellt.

b) Für die revisionsrechtliche Beurteilung, ob das geschäftliche Verhalten der Beklagten mit § 6 a Abs. 2 UWG in Einklang steht, ist von der Feststellung des Berufungsgerichts auszugehen, daß die beanstandeten Bezeichnungen "Großmärkte" und "Großmarkt" von nicht unmaßgeblichen Teilen des Verkehrs als ein Hinweis auf die Tätigkeit der Beklagten als Großhandelsunternehmen verstanden werden. Diese Beurteilung wird vom Kläger als ihm günstig nicht angegriffen; sie wird auch von der Beklagten nicht in Frage gestellt.

c) Nach den weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts erfolgt der Hinweis im geschäftlichen Verkehr mit dem letzten Verbraucher. Dieser dem Kläger günstigen Beurteilung ist die Beklagte - auch im Rahmen ihrer Revision - entgegengetreten. Ihre Auffassung, geschäftlicher Verkehr mit dem letzten Verbraucher finde bei ihr nicht statt oder sei jedenfalls nicht hinreichend festgestellt, erweist sich als unzutreffend.

aa) Das Berufungsgericht ist bei seiner Beurteilung von dem Verständnis des geschäftlichen Verkehrs mit dem letzten Verbraucher ausgegangen, das nach der Rechtsprechung des Senats überall dort gleichermaßen von Bedeutung ist, wo in Abgrenzung hierzu der Handel mit dem gewerblichen Abnehmer in der Wirtschaftsrechtsordnung eine besondere Behandlung erfährt (vgl. BGH, Urt. v. 22.12.1965 - Ib ZR 119/63, BGHZ 45, 1, 4 = GRUR 1966, 323, 324 - Ratio, betr. LadenschlußG; Urt. v. 16.11.1973 - I ZR 98/72, GRUR 1974, 474, 475 - Großhandelshaus, betr. Großhändlerwerbung; Urt. v. 11.10.1974 - I ZR 72/73, GRUR 1975, 375, 376 - Kaufausweis II, betr.

Kaufscheinhandel; Urt. v. 11.11.1977 - I ZR 179/75, BGHZ 70, 18, 26 = GRUR 1978, 173, 176 ff. - Metro I, betr. Großhändlerwerbung, PreisangabenVO, LadenschlußG; Urt. v. 2.6.1978 - I ZR 137/76, GRUR 1979, 61, 62 - Schäfer-Shop, betr. PreisangabenVO; Urt. v. 26.1.1979 - I ZR 18/77, GRUR 1979, 411, 412 - Metro II, betr. Kaufscheinhandel; vgl. auch BGH, Urt. v. 15.1.1969 - I ZR 8/68, GRUR 1969, 362 - Rabatt für branchenfremde Wiederverkäufer, betr. Rabattgewährung; BGH, Urt. v. 15.5.1968 - I ZR 63/66, BGHZ 50, 169 = GRUR 1968, 595, 597 - Wiederverkäufer, betr. Rabattgewährung).

Zum geschäftlichen Verkehr mit dem letzten Verbraucher rechnet nicht nur der Handel mit dem privaten Endabnehmer, hierzu zählt vielmehr entgegen der Ansicht der Beklagten auch der Absatz betriebsfremder Waren an gewerbliche Abnehmer zur Deckung von deren Privatbedarf. Als betriebsfremd sind solche Waren anzusehen, die im Betrieb des gewerblichen Abnehmers nicht verwendbar sind (vgl. BGHZ 70, 19, 29 = GRUR 1978, 173, 177 - Metro I; Urt. v. 2.6.1978 - I ZR 137/76, GRUR 1979, 61, 62 - Schäfer-Shop). Zur Beurteilung der betrieblichen Verwendbarkeit ist ein objektivierender Maßstab anzulegen, der auch der im Handel üblichen Sortimentsdiversifikation Rechnung trägt (BGH, Urt. v. 26.1.1979 - I ZR 18/77, GRUR 1979, 411, 412, 413 - Metro II).

Auf die Feststellung, ob der gewerbliche Abnehmer die betrieblich verwendbare Ware im geschäftlichen Bereich oder zur Deckung seines Privatbedarfs verwertet, kommt es nicht an. Dem liegt die Erwägung zugrunde, daß gewerbliche Abnehmer erfahrungsgemäß betriebsbezogene Waren, soweit geeignet, auch zur privaten Lebensführung einsetzen und eine Kontrolle

der jeweiligen Verwendung unerträglich wäre (vgl. BGHZ 45, 1, 7 = GRUR 1966, 323, 325 - Ratio; Urt. v. 26.1.1979 - I ZR 18/77, GRUR 1979, 411, 412 - Metro II). Auch eine branchen- oder betriebsfremde Ware ist dann dem gewerblichen Bedarf zuzurechnen und fällt nicht unter den Handel mit dem Letztverbraucher, wenn sie tatsächlich zu Betriebszwecken benötigt wird (BGHZ 70, 18, 29 = GRUR 1978, 173, 176 - Metro I). Dies gilt auch für die Feststellung überwiegender Umsatztätigkeit im Sinne des § 6 a Abs. 2 Halbs. 2 UWG. Eine unterschiedliche Bestimmung des geschäftlichen Verkehrs mit dem Wiederverkäufer und gewerblichen Verbraucher innerhalb derselben Norm ist nicht veranlaßt. Inwieweit solche Verkäufe bei der Ermittlung der Umsatzanteile berücksichtigt werden können, ist nicht eine Frage rechtlicher Zuordnung, sondern eine solche tatsächlicher Feststellung.

Eine Umsatztätigkeit im Großhandel ist sonach dann anzunehmen, wenn an einen Gewerbetreibenden (Wiederverkäufer, gewerblichen Verbraucher/Freiberufler oder Großverbraucher/Behörde, Kantine) betrieblich verwendbare oder (betriebsfremde, aber) betrieblich verwertete Waren abgesetzt werden, während eine Einzelhandelstätigkeit im Geschäft mit dem Letztverbraucher zu sehen ist, zu welchem neben dem privaten Endabnehmer auch der Gewerbetreibende rechnet, der betriebsfremde Waren zur privaten Lebensführung verwendet.

Soweit die Rechtsordnung dem Großhandelsunternehmen eine auf seine Funktion zugeschnittene besondere rechtliche Behandlung zuteil werden läßt, vermag dieses sie nur in Anspruch zu nehmen, wenn es durch geeignete Kontrollmaßnahmen sicherstellt, daß der im privilegierten Bereich jeweils miß-

billigte Handel mit dem Letztverbraucher unterbunden wird (vgl. BGHZ 45, 1, 8 = GRUR 1966, 323, 325 - Ratio; Urt. v. 16.11.1973 - I ZR 98/72, GRUR 1974, 474, 476 - Großhandels-
haus; BGHZ 70, 18, 30 = GRUR 1978, 173, 176 - Metro I; Urt. v. 26.1.1979, I ZR 18/77, GRUR 1979, 411, 413 - Metro II).

bb) Die Beklagte vertritt die Ansicht, der geschäftliche Verkehr eines Großhandelsunternehmens mit gewerblichen Abnehmern sei ausnahmslos der Großhandelstätigkeit zuzurechnen; es sei deshalb sowohl bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Großhändlerwerbung, der Vergabe von Kaufscheinen als auch bei der Freistellung von der Verpflichtung zur Angabe des Endpreises nach der Preisangabenverordnung wie auch von den gesetzlichen Ladenschlußzeiten nach dem Ladenschlußgesetz allein danach zu fragen, ob ein Verkauf an private Endabnehmer ausgeschlossen sei, was - wie im Streitfall - schon dann der Fall sei, wenn der Verkauf von der Vorlage eines auf gewerbliche Abnehmer beschränkten Einkaufsberechtigungsausweises abhängig gemacht werde. Die Ansicht der Beklagten kann, wie im Urteil vom gleichen Tage in der Sache I ZR 55/87 - Metro III näher ausgeführt wird (Umdr. S. 18 ff.), nicht gebilligt werden. Geschäfte mit dem gewerblichen Abnehmer als Letztverbraucher bleiben - wie Geschäfte mit dem privaten Endabnehmer - dem Großhändler unbenommen, können aber zur Qualifizierung eines funktionsgerechten Großhandels nicht herangezogen werden.

Die von der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang erwähnte Toleranzgrenze von 10 % des Umsatzes des Großhandelsunternehmens zur Deckung des privaten Lebensbedarfs mit betriebsfremden Mitteln ist nicht - wie die Beklagte es ver-

stehen will - Element eines funktionsgerechten Großhandels, sondern soll umgekehrt vielmehr verdeutlichen, welche Nebenumsätze eines durch ausreichende Kontrollmaßnahmen gesicherten Selbstbedienungsgroßhandels nach Art der Beklagten die Funktionsechtheit als Großhandelsunternehmen unberührt lassen und dessen Privilegierung gegenüber dem Einzelhandel nicht in Frage stellen (vgl. BGHZ 45, 1, 8 = GRUR 1966, 323, 325 - Ratio; BGHZ 70, 18, 30 = GRUR 1978, 173, 176 - Metro I; Urt. v. 7.6.1978 - I ZR 137/76, GRUR 1979, 61, 62 - Schäfer-Shop). Von einem hinnehmbaren Toleranzbereich läßt sich nur sprechen, wenn das Großhandelsunternehmen, welches ein weit gestreutes Warensortiment zum Selbstbedienungseinkauf anbietet, geeignete Maßnahmen ergreift und durchführt, die den Einkauf betriebsfremder Waren verhindern (vgl. BGHZ - Ratio aaO; BGHZ - Metro I aaO; Urt. v. 26.1.1979 - I ZR 18/77, GRUR 1979, 411, 413 - Metro II). Auf eine Toleranzgrenze für Umsatzgeschäfte zur Deckung betriebsfremden Eigenbedarfs vermag sich derjenige nicht zu berufen, der durch ein warenhausartiges Sortimentsangebot eine dahingehende Bedarfsdeckung ermöglicht und nicht durch geeignete Kontrollmaßnahmen eine solche zu verhindern sucht (vgl. BGH, Urt. v. 11.10.1974 - I ZR 72/73, GRUR 1975, 375, 376 - Kaufausweis II, betr. die Werbung für Kaufausweise an Branchenfremde).

Wird nicht durch die auf die Branche des Kunden bezogene Struktur des Handelsunternehmens, beispielsweise eines Belieferungsgroßhandels für handwerkliche Fachbetriebe, der geschäftliche Verkehr mit dem Letztverbraucher ausgeschlossen, kann von einer reinen Großhandelstätigkeit, wie sie die Beklagte für sich in Anspruch nimmt, nur gesprochen werden,

wenn geeignete Kontrollmaßnahmen ergriffen werden, die einen geschäftlichen Verkehr mit dem letzten Verbraucher im genannten Sinne weitestgehend ausschließen. Umsatzzahlen mit Waren zur Deckung betriebsfremden Eigenbedarfs haben dabei nur eine indizielle Bedeutung für die Feststellung, ob die gebotenen Kontrollmaßnahmen eingehalten sind.

d) Das Berufungsgericht hat verfahrensfehlerfrei das Kontrollsystem der Beklagten, wie sie es selbst darstellt, als unzureichend angesehen, um den geschäftlichen Verkehr mit dem letzten Verbraucher zu verhindern.

aa) Die Gestaltung des Warensortiments und des Verkaufssystems der Beklagten ermöglichen nach den verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts den Absatz betriebsfremder Waren zur privaten Bedarfsdeckung der gewerblichen Abnehmer in nicht unerheblichem Maße.

Dem Großhandelsunternehmen obliegt es nicht nur, sein Warensortiment derart zu strukturieren, daß es im wesentlichen der betrieblichen Bedarfsdeckung der angesprochenen Gewerbetreibenden und Großverbraucher dient, es hat vielmehr auch beim Warenabsatz durch geeignete Kontrollmaßnahmen dafür zu sorgen, daß der Kunde Waren erwirbt, die betrieblich verwendbar sind, und der Einkauf von betriebsfremden Waren für den Privatbedarf weitestgehend ausgeschlossen wird (BGHZ 70, 19, 30 - Metro I = GRUR 1978, 173, 177) - sogenannte Ausgangskontrolle -.

Das Berufungsgericht hat hierzu festgestellt, daß die Beklagte in einem deutlich über die genannte Toleranzgrenze hinausgehendem Umfange Geschäfte mit gewerblichen Abnehmern

zur Deckung deren betriebsfremden Privatbedarfs tätige, da sie keine Maßnahmen zur Kontrolle der betrieblichen Verwendbarkeit der eingekauften Ware ergreife. Die Rüge der Beklagten, das Berufungsgericht habe hierbei verfahrensfehlerhaft nicht berücksichtigt, daß sie sogenannte Griffigkeitsprüfungen durchführe, ist unbegründet. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei das stichprobenweise Befragen der Kunden, ob sie die Ware für ihren geschäftlichen Betrieb verwendeten, als unzulänglich angesehen, um einen unzulässigen Verkauf betriebsfremder Waren zur Deckung des Privatbedarfs zu unterbinden. Eine wirkungsvolle Kontrolle erfordert jedenfalls, daß auf dem Einkaufsberechtigungsschein die jeweilige Branche des Bezugsberechtigten genau erfaßt und gegenüber diesem Berechtigten auf den Verkauf von Artikeln, die ihrer Art nach betriebsfremd oder - als Anhalt für die Betriebsfremdheit - branchenunüblich sind, verzichtet wird (BGHZ, 70, 18, 38 = GRUR 1978, 173, 178 - Metro I). Dem Großhandelsunternehmen stehen hierfür geeignete Zuordnungskriterien zur Verfügung. Die Kontrolle ist im Ausgangsbereich vorzunehmen; sie ist auch zumutbar.

Die Beklagte vertritt demgegenüber die Ansicht, eine Ausgangskontrolle erübrige sich, weil das Warensortiment¹ des gewerblichen Abnehmers nicht branchentypisch sein müsse; da es genüge, daß die Ware theoretisch im Betrieb der Branche des Kunden verwendbar sei, und Mißbräuche nicht ausgeschlossen werden könnten, müsse es ausreichen, eine entsprechende Absicht stichprobenweise zu erfragen. Weitergehende Maßnahmen seien als inquisitorisch nicht zumutbar. Dem kann, wie der Senat in seiner Entscheidung vom gleichen Tage in der Sache I ZR 55/87 - M. III, Umdruck S. 24 ff. im einzelnen ausgeführt hat, nicht beigetreten werden.

Die Ausgangskontrolle hat sich also zur Begrenzung des geschäftlichen Verkehrs des Großhandelsunternehmens mit dem gewerblichen Abnehmer unter Berücksichtigung der Zumutbarkeit darauf zu erstrecken, ob der Kunde betriebsbezogene Waren erwirbt; die Branchenunüblichkeit kann hierbei ein Anhalt für die Betriebsfremdheit sein. Der Bereich betriebsbezogener Waren schließt Sortimentserweiterungen aber ein, die erfahrungsgemäß in bestimmten Handelsbetrieben auftreten. Nicht betriebsbezogene Waren sind vom Verkauf auszuschließen. Der Verkauf kann im Einzelfall zugelassen werden, wenn der Kunde auf Anfrage die betriebliche Verwendbarkeit nachvollziehbar dartut.

Da die Beklagte nach den verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts den Erwerb betriebsfremder Waren durch gewerbliche Abnehmer zur Deckung des Privatbedarfs nicht durch geeignete Kontrollen im Ausgangsbereich unterbindet, erweist sich die Folgerung des Berufungsgerichts, die Beklagte trete insoweit mit dem gewerblichen Abnehmer als letztem Verbraucher in geschäftlichen Verkehr im Sinne des § 6 a Abs. 2 UWG, schon aus diesem Grund als rechtsfehlerfrei. Auf die Rüge der Revision der Beklagten, das Berufungsgericht habe nicht verfahrensfehlerfrei festgestellt, ob und in welchem Umfange dieses Absatzgeschäft den Anteil von 10 % ihres Gesamtumsatzes überschreite, kommt es nach dem oben Gesagten (II 2 c bb) nicht an.

bb) Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist auch die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte den geschäftlichen Verkehr mit dem Letztverbraucher

auch durch unzulängliche Kontrollen im Eingangsbereich eröffnet. Das Berufungsgericht hat aus Verkäufen an mit geliehenen Berechtigungsscheinen Dritter ausgewiesene Testkäufer geschlossen, daß die Beklagte in nicht unerheblichem Maße geschäftlichen Verkehr mit privaten Letztverbrauchern pflege. Die hiergegen von der Beklagten erhobenen Rügen sind nicht begründet.

Eine wirksame Eingangskontrolle erfordert die ausnahmslose Überprüfung der Identität des Ausweisbenutzers mit dem Berechtigten. Diese ist ohne weiteres zumutbar. Das Berufungsgericht hat nach Beweisaufnahme verfahrensfehlerfrei festgestellt, daß keiner der von dem Kläger eingesetzten elf Testkäufern in den über 30 verschiedenen Testkäufen auf seine Einkaufsberechtigung oder die seiner Begleitpersonen überprüft worden ist. Der von der Beklagten in ihrer Revision vertretenen Ansicht, es handele sich bei der Testkaufaktion um "Momentaufnahmen", welche nicht die Verallgemeinerung zuließen, private Endabnehmer könnten bei ihr in erheblichem Umfang einkaufen, kann nicht beigetreten werden. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht aus der durch die Testkäufe festgestellten Lückenhaftigkeit der Kontrollmaßnahmen der Beklagten darauf schließt, daß eine "ganz erhebliche Anzahl von privaten Letztverbrauchern" bei der Beklagten einzukaufen pflegt. Das Berufungsgericht hat hierzu desweiteren festgestellt, daß dem Letztverbraucher der Zugang zu den Geschäftsräumen der Beklagten auch dadurch erleichtert wird, daß er als Begleitperson weder einer Ausweis- noch einer Identitätskontrolle unterzogen wird und ihm auf Wunsch auch eine gesonderte Rechnung erstellt wird. Entgegen der Ansicht der Beklagten

vermag die vom Zeugen Speth für einen späteren Zeitpunkt festgestellte dichte Identitätskontrolle die Feststellung unzureichender Kontrollmaßnahmen nicht in Frage zu stellen. Als rechtsfehlerfrei erweist sich vielmehr die Beurteilung durch das Berufungsgericht, daß es hierzu einer fest verankerten und durchgehend zuverlässigen Kontrollpraxis bedarf. Die vom Berufungsgericht festgestellten internen Anweisungen der Beklagten legen es hingegen nicht nahe, daß diese eine durchgängige Berechtigungskontrolle durchführe. Danach werden die Kundenkarten ohne Lichtbild ausgegeben, eine Identitätskontrolle erfolgt nur stichprobenweise, wobei die Häufigkeit von der Kundenfrequenz abhängig gemacht wird, dem Kunden selbst, der unberechtigterweise einkaufen will, drohen nach den unbeanstandet gebliebenen Feststellungen des Berufungsgerichts keine Nachteile.

Die Ansicht der Beklagten, es handele sich auch im Falle des Verkaufs an einen Kunden mit geliehenem Ausweis um ein Umsatzgeschäft mit dem gewerblichen Abnehmer, da dieser durch die Vorlage der Ausweiskarte ihre Vertragspartei werde, ist nicht haltbar. Der private Letztverbraucher verliert seine wettbewerbsrechtlich maßgebliche Qualifikation nicht dadurch, daß er seinen Bedarf unter Vorlage der Einkaufsberechtigung eines Dritten deckt. Auf entsprechender, rechtlich fehlsamer Beurteilung beruht der Standpunkt der Beklagten, eine getrennte Rechnung für die Waren der Begleitperson des Ausweisinhabers ausstellen zu dürfen, ohne gegen die - zur Wahrung der Großhandelseigenschaft gegebene - Verpflichtung zu verstoßen, die Identität des Berechtigten und die Betriebsbezogenheit der Ware feststellen zu müssen.

Die Beurteilung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte auch bei der Kontrolle der Einkaufsberechtigung des Kunden die erforderlichen Maßnahmen unterläßt, erweist sich somit als rechtsfehlerfrei. Die Beklagte begibt sich mit dem festgestellten Verhalten der Möglichkeit, dem Mißbrauch von Einkaufsausweisen durch nicht einkaufsberechtigte Letztverbraucher entgegenzuwirken, die sich durch die tatsächlich oder vermeintlich gebotenen Preisvorteile eines Selbstbedienungsgroßhandels erfahrungsgemäß verleitet sehen, sich Zutritt zu einem solchen Geschäftslokal zu verschaffen (vgl. BGH, Urt. v. 29.4.1982 - I ZR 70/80, GRUR 1982, 613, 615 - Buchgemeinschafts-Mitgliedsausweis).

e) Ist sonach von der Feststellung des Berufungsgerichts auszugehen, daß die Beklagte aus Verkäufen von betriebsfremden Gütern für den Privatbedarf der gewerblichen Kunden die "Toleranzgrenze" von 10 % ihres Gesamtumsatzes "in deutlichem Maße" überschreitet und eine "ganz erhebliche Anzahl" von privaten Letztverbrauchern bei ihr einzukaufen pflegt, ließe sich der Hinweis der Beklagten auf ihre Großhandelseigenschaft gemäß § 6 a Abs. 2 UWG nur dann nicht beanstanden, wenn festgestellt wäre, daß ihre Großhandelsumsätze mit den gewerblichen Abnehmern im oben genannten Sinne die Umsätze aus dem Verkehr mit dem Letztverbraucher überstiegen (§ 6 a Abs. 2, Abs. 1 Nr. 2 UWG).

Das Berufungsgericht ist der Auffassung, schon der erste Anschein spreche dafür, daß die Beklagte überwiegend Wiederverkäufer und gewerbliche Verbraucher beliefere; der Handelsform des Selbstbedienungsgroßhandels komme innerhalb der Volkswirtschaft eine wichtige und nützliche Funktion zu.

Hiervon ausgehend sei es ausgeschlossen, daß die Beklagte nicht einmal 50,1 % ihres Umsatzes mit gewerblichen Abnehmern betreibe. Mögen die Kontrollmaßnahmen auch unzureichend sein, so seien sie doch nicht ohne Wirkung. Auch weil die Beklagte 60 % bis 70 % ihres Umsatzes mit Stammkunden erziele, bei denen man gewiß annehmen könne, daß sie jedenfalls weit überwiegend für ihren gewerblichen Bedarf einkauften, sei der Freistellungstatbestand des § 6 a Abs. 2 Halbs. 2 UWG gegeben, was auch mit den Feststellungen des Oberlandesgerichts Köln im dortigen Verfahren übereinstimme.

Die Revision des Klägers wendet sich mit Erfolg gegen diese Beurteilung. Der Freistellungstatbestand des § 6 a Abs. 2 UWG kommt nur dem Handelsunternehmen zu, das darlegt und beweist, daß es seine überwiegende Umsatztätigkeit im geschäftlichen Verkehr mit den gewerblichen Abnehmern im oben genannten Sinne (II 2 c aa) erzielt (BGH, Urt. v. 16.11.1973 - I ZR 98/72, GRUR 1974, 474, 476 - Großhandels-
haus). Für eine dahingehende Feststellung zugunsten der Beklagten streitet nicht der erste Anschein. Ihre Selbsteinschätzung als funktionsgerechtes Großhandelsunternehmen ist entgegen der Beurteilung durch das Berufungsgericht schon deshalb als Entscheidungsgrundlage ungeeignet, weil ihr Rechtsverständnis, auch die Geschäfte zur Deckung des betriebsfremden Privatbedarfs des gewerblichen Kunden rechnen zur Großhandelstätigkeit, nicht zu billigen ist. Auch die unzulänglichen Kontrollmaßnahmen im Eingangs- und Ausgangsbereich lassen nicht die Feststellung zu, die Beklagte betreibe in typischer Weise die Geschäfte eines Großhandels, bei welchem eine überwiegende Einzelhandelstätigkeit ausgeschlossen sei.

Verwertbare Feststellungen zur überwiegenden Umsatztätigkeit im Großhandelsgeschäft liegen der angefochtenen Entscheidung, wie die Revision zu Recht rügt, nicht zugrunde. Die Bezugnahme auf entsprechende Feststellungen des Oberlandesgerichts Köln zur überwiegenden Belieferung von gewerblichen Abnehmern erweist sich schon deshalb als nicht tragfähig, weil diese Feststellungen einen juristisch selbständigen Handelsbetrieb mit eigenem Markt betreffen. Die Vergleichbarkeit der Handelsstrukturen der beiden, derselben M-Gruppe zugehörigen Beklagten allein rechtfertigt es nicht, auf identische Umsatzgeschäfte zu schließen, weil diese von den Besonderheiten der Geschäftstätigkeit im Einzelfall und den Verhältnissen des jeweiligen Marktes bestimmt werden. Darüber hinaus erweisen sich auch die Feststellungen des Oberlandesgerichts Köln nicht als eine den Freistellungstatbestand des § 6 a Abs. 2 Halbs. 2 UWG rechtfertigende Grundlage (Urt. des Senats in Sachen I ZR 55/87 - Metro III, Umdr. S. 29 f.). Als verfahrensfehlerhaft erweist es sich auch, die Feststellungen des überwiegenden Umsatzanteils auf die Aussage des Zeugen G. zu stützen, wonach die Beklagte 60 % bis 70 % ihres Umsatzes mit Stammkunden erziele. Ein Anhaltspunkt dafür, daß diese, wie das Berufungsgericht meint, bei ihren Einkäufen "weit überwiegend" ihren gewerblichen Bedarf deckten, fehlt. Selbst wenn diese Annahme zuträfe, könnte nicht ausgeschlossen werden, daß der Umsatz aus den Geschäften mit privaten Endabnehmern und aus den Geschäften zur Deckung des betriebsfremden Privatbedarfs gewerblicher Abnehmer nicht geringer ist als derjenige aus der Großhandelstätigkeit.

Der Standpunkt der Beklagten eine konkrete Feststellung der überwiegenden Belieferung gewerblicher Abnehmer gemäß § 6 a Abs. 2 Halbs. 2 UWG erübrige sich schon deshalb, weil die ausschließliche Vergabe der Einkaufsausweise an gewerbliche Abnehmer prima facie dafür spreche, daß sie ihre Umsätze im wesentlichen mit den Berechtigten tätige, der Kläger aber keinen widerlegenden Beweis erbracht habe, kann nicht gebilligt werden. Wer mit seiner Eigenschaft als Großhändler wirbt, hat darzulegen und zu beweisen, daß er seinen überwiegenden Umsatz mit Wiederverkäufern oder gewerblichen Verbrauchern tätigt (BGH, Urt. v. 16.11.1973 - I ZR 98/72, GRUR 1974, 474, 475 - Großhandelshaus; BGHZ 70, 19, 32 = GRUR 1978, 173, 176 - Metro I). Diese Behauptens- und Beweislast entfällt nicht durch die Vergabe von Einkaufsberechtigungsscheinen an gewerbliche Abnehmer, da ohne die Wahrung der gebotenen Kontrolle der berechtigten Benutzung es nach Grundsätzen der Lebenserfahrung nicht ausgeschlossen werden kann, daß Umsatzgeschäfte überwiegend mit den Letztverbrauchern erzielt werden.

Das Berufungsgericht wird bei der erneuten Verhandlung und Entscheidung über den Klageantrag 1 a und b von einem Verbot des Hinweises auf die Großhändlereigenschaft der Beklagten nur absehen dürfen, wenn diese den Nachweis dafür erbringt, ihren Umsatz überwiegend aus dem Handel mit Wiederverkäufern und gewerblichen Verbrauchern, d.h. über den Absatz von im Betrieb der gewerblichen Abnehmer verwendbaren Waren erzielt. Ein Toleranzbereich für die Verwendung betriebsfremder Waren im gewerblichen Bereich ist dabei nicht zuzubilligen, da und solange die Beklagte es unterläßt, durch Kontrollmaßnahmen deren naheliegende Verwendung zur privaten Bedarfsdeckung zu verhindern.

Die von der Beklagten gegen die Fassung des Klageantrags als zu unbestimmt erhobenen Bedenken hat das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht nicht durchgreifen lassen. Aus dem Vortrag zur Klagebegründung wird hinreichend deutlich, daß der Kläger nur die im "insbesondere"-Zusatz des Klageantrags genannten Bezeichnungen der Beklagten als Großhandelshinweis im Geschäftsverkehr verboten wissen möchte.

III. Unbegründet ist die Revision des Klägers, soweit er das Verbot der Verwendung maschinenlesbarer Kundenkarten durch die Beklagte weiterverfolgt (Klageantrag 5). Das Berufungsgericht hat hierzu verfahrensfehlerfrei festgestellt, daß Anhaltspunkte für ein dahingehendes Verhalten der Beklagten nicht gegeben seien. Der Ansicht der Revision, aus der Ausgabe maschinenlesbarer Kundenkarten in anderen Metro-Häusern müsse geschlossen werden, daß auch die Beklagte entsprechend verfahren werde, kann nicht beigetreten werden. Das Geschäftsgebaren anderer wirtschaftlich und rechtlich selbständiger Unternehmen vermag eine wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit der Beklagten, auch bei gegebener Konzernverbundenheit, nicht zu begründen (§ 13 Abs. 4 UWG).

IV. Die Revision der Beklagten wendet sich ohne Erfolg gegen die - vom Berufungsgericht zu Klageantrag 2 a, 2. Alternative ausgesprochene und 2 b erweiternd bestätigte - Verurteilung gemäß § 6 b UWG, es zu unterlassen, Waren an private Letztverbraucher gegen Vorlage eines fremden Einkaufsausweises und/oder an einkaufsberechtigte gewerbliche Abnehmer betrieblich nicht verwendbare Waren zur Deckung des Privatbedarfs zu verkaufen. Diese verfahrensfehlerfrei auf das geschäftliche Verhalten der Beklagten gestützte Beurteilung, ist rechtlich zutreffend.

Neben der - im Streitfall von der Revision des Klägers nicht weiter verfolgten - Ausgabe von Kaufscheinen stellt auch der Verkauf von Waren an letzte Verbraucher gegen Vorlage solcher Bescheinigungen, die nicht nur zu einem einzelnen Einkauf berechtigen, einen gemäß § 6 b UWG verbotenen Kaufscheinhandel dar. Dabei erfährt der Begriff des letzten Verbrauchers in § 6 b UWG keine von § 6 a UWG abweichende rechtliche Beurteilung (BGH, Urt. v. 26.1.1979 - I ZR 18/77, GRUR 1979, 411, 412 - Metro II).

1. Nach § 6 b UWG soll der mit dem Kaufscheinhandel typischerweise verbundenen, im Einzelfall aber nur schwer nachweisbaren Irreführung der Verbraucher begegnet werden, über eine vermeintliche Vorzugsstellung als Inhaber von Kaufausweisen zum Einkauf zu angeblich besonders günstigen Konditionen berechtigt zu sein (vgl. BGHZ 57, 216, 218 - Kunden-Einkaufsdienst; Urt. v. 26.1.1979 - I ZR 18/77, GRUR 1979, 411, 412 - Metro II; BGHZ 99, 314, 316 - Einrichtungs-Paß). Denn mit solchen Kaufausweisen verbindet der Verbraucher, wozu auch gewerbliche Abnehmer gehören (vgl. o.), im allgemeinen die Erwartung, er gehöre zu einem Kreis von Berechtigten, denen eine günstige Einkaufsquelle eröffnet werde, wobei die Vergünstigung in der Regel hauptsächlich im Preis gesehen wird.

2. § 6 b UWG ist nach seinem Sinn und Zweck auch dann anwendbar, wenn der Kaufschein nicht von einem sogenannten Kaufschein Händler, sondern vom Verkäufer selbst ausgegeben wird (BGH, Urt. v. 12.1.1972 - I ZR 84/70, GRUR 1972, 555, 557 - Kaufausweis I; Urt. v. 11.10.1974 - I ZR 72/73, GRUR 1975, 375 - Kaufausweis II; Urt. v. 29.4.1982 - I ZR 70/80,

GRUR 1982, 613, 614 - Buchgemeinschafts-Mitgliedsausweis). Der von der Beklagten mit der Vergabe der Einkaufsausweise verfolgte Zweck, die Einkaufsberechtigung auf den Erwerb von Waren durch gewerbliche Abnehmer zur betrieblichen Verwendung zu beschränken, stünde der Anwendung des § 6 b UWG nur dann entgegen, wenn sie durch geeignete Kontrollen gewährleistet, daß die in solchem Maße begrenzte Einkaufsberechtigung nicht mißbraucht wird (vgl. BGH, Urt. v. 26.1.1979 - I ZR 18/77, GRUR 1979, 411, 412 - Metro II). Nur dann deckten sich die ausgewiesene und die eingeräumte Einkaufsberechtigung. Der Tatbestand der mit dem Kaufscheinhandel typischerweise verbundenen Gefahr der Irreführung des letzten Verbrauchers, zu Sonderpreisen, wie sie nur einem Kreis exklusiver Einkaufsberechtigter eingeräumt werden, einkaufen zu können, ist aber gegeben, wenn - wie im Streitfall mangels hinreichender Kontrollen - ein Einkauf durch Nichtberechtigte zugelassen ist, wozu auch gewerbliche Abnehmer gehören, die als Letztverbraucher ihren betriebsfremden Privatbedarf decken. Auf eine tatsächlich bestehende Irreführung im konkreten Fall kommt es für die Anwendung von § 6 b UWG nicht an (vgl. BGH, Urt. v. 26.1.1979 - I ZR 18/77, GRUR 1979, 411, 412 - Metro II; Urt. v. 11.10.1984 - I ZR 137/82, GRUR 1985, 292, 293 - Code-Karte). Es besteht deshalb keine sachliche Rechtfertigung dafür, den Erwerb betriebsfremder Waren durch einen Kaufausweisberechtigten vom Verbot des Kaufscheinhandels mit dem letzten Verbraucher auszunehmen.

Nicht beigetreten werden kann der Auffassung der Beklagten, der Direktverkauf des Großhändlers an den Letztverbraucher, der gemäß § 6 a Abs. 2 UWG zulässig sei, dürfe nicht über das Verbot des Kaufscheinhandels gemäß § 6 b UWG

unterbunden werden; es sei auf eine konkrete Irreführung abzustellen, die jedenfalls in der Regel nicht beim Gewerbetreibenden gegeben sei, der seinen Einkaufsausweis auch zur Deckung des Privatbedarfs mit betriebsfremder Ware nutze.

Die Vorschrift des § 6 a Abs. 2 UWG, welche sich mit der Zulässigkeit des Hinweises auf die Großhändlerereignschaft im geschäftlichen Verkehr mit dem letzten Verbraucher befaßt, steht insoweit in keinem sachlichen Regelungszusammenhang mit dem in § 6 b UWG vorgesehenen Verbot des Handels mit Berechtigungsscheinen. Die in § 6 a Abs. 2 UWG vorausgesetzte Möglichkeit eines Direktgeschäftes zwischen dem Großhändler und dem Letztverbraucher ist unabhängig von einem System des Kaufscheinhandels, während nach § 6 b UWG allein der geschäftliche Verkehr mit letzten Verbrauchern unterbunden werden soll, der auf der Vergabe und/oder Vorlage von zu einem mehr als einmaligen Einkauf berechtigenden Kaufscheinen beruht. Wer sich der Vergabe von Einkaufsberechtigungsausweisen in zulässiger Weise bedient, um einen reinen Großhandel, also einen Handel mit gewerblichen Abnehmern zur Deckung des Betriebsbedarfs, zu gewährleisten, ist der Beurteilung, ob die Berechtigungsscheine gesetzeswidrig als Kaufscheine im Handel mit dem letzten Verbraucher gemäß § 6 b UWG eingesetzt werden, nicht entzogen (vgl. desweiteren hierzu Urteil des Senats vom gleichen Tage in der Sache I ZR 55/87 - Metro III, Umdr. S. 34 f.).

Das zur Gewährleistung eines funktionsgerechten Großhandels und wegen der abstrakten Gefahr der Irreführung des letzten Verbrauchers gemäß § 6 b UWG begründete Verbot des Kaufscheinhandels des Selbstbedienungsgroßhandels mit dem

letzten Verbraucher begegnet entgegen der Ansicht der Beklagten keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Vom Selbstbedienungsgroßhandel wird im geschäftlichen Verkehr ein Verhalten verlangt, das einzuhalten er sich selbst gebietet.

V. Ohne Erfolg wendet sich die Revision auch gegen die - entsprechend Klageantrag 3 a und b betreffend die Preiswerbung in der "M■■■■-Post" sowie 3 c und d betreffend die Preiswerbung in den Geschäftsräumen - wegen Verstoßes gegen die Preisangabenverordnung bestätigte Verurteilung der Beklagten.

Der Beurteilung des Berufungsgerichts liegt die unter Bezugnahme auf das LG-Urteil getroffene Feststellung zugrunde, daß der Werbeprospekt "M■■■■-Post" in den Verkaufsräumen der Beklagten ausliegt und für jedermann, der Zutritt hat, also auch für Letztverbraucher zugänglich ist. Jedenfalls in einzelnen Prospekten, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, seien nicht die Endpreise, sondern die Preise ohne Mehrwertsteuer im Druck deutlich hervorgehoben; die Preise einschließlich Mehrwertsteuer seien indessen nur in Umrissen wiedergegeben. Nicht anders verhalte es sich bei der Preisauszeichnung in den Geschäftsräumen.

Die Revision meint, die Preisangabenverordnung gelte für sie nicht, da sie sich ausschließlich an Wiederverkäufer und gewerbliche Verbraucher wende, worauf sie auch im Werbeprospekt selbst deutlich hinweise. Sie treffe keine Verpflichtung, bei ihren Preisangaben auf Letztverbraucher Rücksicht zu nehmen, die sich bei ihr einschmuggelten. Außerdem sei die Preisgestaltung so deutlich, daß eine Fehl-

vorstellung ausgeschlossen sei, welche Preisangabe den Endpreis oder den Preis ohne Mehrwertsteuer, den sie zudem durch Sternchen extra kennzeichne, betreffe. Der Ansicht der Revision kann nicht beigetreten werden.

1. Da die Beklagte, wie vom Berufungsgericht verfahrensfehlerfrei festgestellt ist, weder durch geeignete Kontrollmaßnahmen im Eingangsbereich zur Einkaufsberechtigung noch bei der Ausgabe der Ware deren betriebsbezogene Verwendbarkeit erfaßt, eröffnet sie mit ihrer Handelstätigkeit auch den geschäftlichen Verkehr mit dem letzten Verbraucher. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagte treffe somit die Verpflichtung, bei Preisangaben den Endpreis (Preis einschließlich Umsatzsteuer) gemäß § 1 Abs. 6 Satz 3, § 1 Abs. 1, § 7 Abs. 1 Nr. 1 PAngV hervorzuheben, ist rechtsfehlerfrei. Für die rechtliche Beurteilung, ob die Beklagte als Anbieterin von Waren in der Prospektwerbung gegenüber Letztverbrauchern wirbt, kommt es nicht entscheidend darauf an, an welchen Abnehmerkreis nach ihrer Vorstellung die Werbung gerichtet sein soll; maßgebend für diese Beurteilung ist vielmehr die Sicht der Verkehrskreise, welchen die Beklagte im geschäftlichen Verkehr begegnet (vgl. BGH, Urt. v. 16.12.1982 - I ZR 155/80, GRUR 1983, 443, 445 - Kfz-Endpreis; auch BGHZ 27, 369, 372 - Elektrogeräte). Dazu gehören auch, wie den verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts zu entnehmen ist, Letztverbraucher im oben genannten Sinne.

Richtet sich die Preiswerbung sowohl an gewerbliche Abnehmer wie an Letztverbraucher, so ist die Preisangabe nach den für den geschäftlichen Verkehr mit dem Letztverbraucher

maßgeblichen Vorschriften der Preisangabenverordnung zu gestalten. Das gilt, wie sich aus § 7 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 2 PAngV vom 14. März 1985 ergibt, auch, wenn der geschäftliche Verkehr mit dem Letztverbraucher in der Weise stattfindet, daß gewerbliche Abnehmer betriebsfremde Waren zur Deckung ihres Privatbedarfs erwerben. Auf die Frage eines tolerablen Anteils des Handels mit betriebsfremden Waren zur Deckung des Privatbedarfs kommt es entgegen der Meinung der Revision nicht an, wenn und solange die Beklagte als Selbstbedienungsgroßhandelsbetrieb mit breit gestreutem Warensortiment nicht sicherstellt, daß ausschließlich gewerbliche Abnehmer zu ihrem Handelsbetrieb Zutritt haben und nur die in ihrer jeweiligen Tätigkeit verwendbaren Waren erwerben können (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 Halbs. 2 PAngV). Die Kontrollvorkehrungen müssen darauf angelegt sein, die Deckung betriebsfremden Eigenbedarfs nach Möglichkeit auszuschließen. Nur allenfalls dann noch vorkommende Eigenbedarfskäufe könnten keine Veranlassung geben, das Großhandelsunternehmen zur großhandelsfremden Auszeichnung von Bruttopreisen zu zwingen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts beschränkt sich der geschäftliche Verkehr der Beklagten mit dem Letztverbraucher indessen nicht auf dieses unvermeidbare Restrisiko.

2. Entgegen der Meinung der Revision bedarf es für die Feststellung des Verstoßes gegen § 1 Abs. 6 Satz 3 PAngV wonach bei der Aufgliederung von Preisen die Endpreise hervorzuheben sind, nicht der Prüfung, ob und in welchem Umfang die Gestaltung der Preisangaben den Werbeadressaten über den Endpreis im Unklaren läßt. Der Gesetzesverstoß ist schon dann gegeben, wenn, wie von der Revision unbeanstandet durch das Berufungsgericht festgestellt, die graphische Gestaltung

der Angabe des Endpreises diesen nicht gegenüber dem vorweg genannten Nettopreis hervortreten läßt. Die Revision beachtet nicht hinreichend, daß die Preisangabenverordnung insoweit unterschiedslos generelle Ordnungsvorschriften trifft, die auch dann einzuhalten sind, wenn im Einzelfall aus dem Inhalt der Preiswerbung der angegebene Endpreis zu erkennen ist (vgl. BGH, Urt. v. 7.7.1983 - I ZR 113/81, GRUR 1983, 665, 666 - qm-Preisangaben I). Der Rechtsgrund des Wettbewerbsverstosses ist denn auch nicht in § 3 UWG, sondern in § 1 UWG zu sehen. Das Berufungsgericht hat hierzu verfahrensfehlerfrei festgestellt, daß die Beklagte sich bewußt und planmäßig über die Ordnungsvorschriften der Preisangabenverordnung hinwegsetzt, obwohl für sie erkennbar ist, daß sie dadurch einen wettbewerblichen Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern erlangen kann (vgl. BGH, Urt. v. 16.12.1982 - I ZR 155/80, GRUR 1983, 443, 445 - Kfz-Endpreis; Urt. v. 30.3.1988 - I ZR 209/86, GRUR 1988, 699, 700 - qm-Preisangaben II).

VI. Erfolg hat die Revision der Beklagten, soweit sie sich wegen des Verstoßes gegen die Vorschriften des Ladenschlußgesetzes gegen die Verurteilung nach dem unter I. 4. der Klage gestellten Hauptantrag richtet. Der festgestellte Verstoß trägt allein die Verurteilung nach dem hierzu gestellten Hilfsbegehren des Klägers (vgl. nachfolgend 2.).

1. Nach Auffassung des Berufungsgerichts verstößt die Beklagte gegen das Ladenschlußgesetz und zugleich gegen § 1 UWG deshalb, weil sie in ihren Geschäftsräumen an jedermann verkaufe und daher nicht berechtigt sei, ihre Verkaufsstätte außerhalb der gesetzlich zulässigen Ladenöffnungszeiten

offen zu halten. Dieser Beurteilung legt es die verfahrensfehlerfrei getroffene Feststellung zugrunde, daß mangels hinreichender Kontrollen private Endabnehmer Zutritt zu den Geschäftsräumen haben und mühelos auch außerhalb der allgemeinen Ladenöffnungszeiten bei der Beklagten einkaufen können.

a) Die Würdigung des Berufungsgerichts, der von der Beklagten außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Ladenöffnungszeiten eröffnete Geschäftsverkehr sei wettbewerbswidrig, läßt einen Rechtsfehler nicht erkennen. Ein Verstoß gegen das Ladenschlußgesetz ist geeignet, einen wettbewerblichen Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen, die sich an die Ladenschlußzeiten halten; ein den Regeln des Ladenschlußgesetzes bewußt und planmäßig zuwiderlaufendes Verhalten stellt deshalb zugleich einen Verstoß gegen § 1 UWG dar (BGHZ 45, 1, 2 f. = GRUR 1966, 323 - Ratio; BGHZ 70, 18, 36 = GRUR 1978, 173, 177 - Metro I; BGHZ 79, 99, 103 = GRUR 1981, 424, 425 - Tag der offenen Tür II; Urt. v. 19.5.1982 - I ZR 122/80, BGHZ 84, 130, 135 = GRUR 1982, 615, 617 f. - Flughafen-Verkaufsstellen).

b) Die Ansicht der Revision, von einem planmäßigen Verstoß gegen die Regeln des Ladenschlußgesetzes könne nicht gesprochen werden, weil ihr System des Einkaufsausweises zum Nachweis der Einkaufsberechtigung ein wirksames Mittel sei, Verkäufe an private Endverbraucher zu verhindern, verkennt, daß es entscheidend auf die lückenlose Überprüfung der Einkaufsberechtigung ankommt, um einen verbotswidrigen Verkauf an jedermann außerhalb der gesetzlich zulässigen Ladenöffnungszeiten zu verhindern. Die Regeln des Ladenschlußgesetz-

zes finden auf den Geschäftsbetrieb eines Großhandelsunternehmens nur dann keine Anwendung, wenn sich dieses auf den Handel mit Wiederverkäufern oder gewerblichen Verbrauchern als einem Kundenstamm beschränkt, der eben durch seine selbständige geschäftliche Tätigkeit eine Qualifikation aufweist, die nicht jedermann im Sinne des § 1 Abs. 1 LSchG hat. Unterbleiben aber Kontrollmaßnahmen, die den Verkauf an jedermann unterbinden sollen, so greift das Verbot des § 3 Abs. 1 LSchlG ein, die Verkaufsstellen während der gesetzlichen Ladenschlußzeiten offen zu halten (BGHZ 45, 1, 8 = GRUR 1966, 323, 325 - Ratio; Urt. v. 7.7.1972 - I ZR 136/70, GRUR 1973, 144, 145 - Mischbetrieb; BGHZ 70, 18, 36 = GRUR 1978, 173, 177 - Metro I; Urt. v. 19.5.1982 - I ZR 122/80, GRUR 1982, 615, 617 - Flughafen-Verkaufsstellen). Ein Verkauf an jedermann im Sinne des § 1 Abs. 1 LSchlG liegt auch dann vor, wenn der gewerbliche Abnehmer zur Deckung seines betriebsfremden Privatbedarfs erwirbt (vgl. BGH - Metro I aaO). Auch in einem solchen Fall mangelt es an der durch die gewerbliche Tätigkeit begründeten besonderen Qualifikation des Kunden, die eine Befreiung des Handelsunternehmens von den Vorschriften des Ladenschlußgesetzes bewirken könnte. Da der gewerbliche Abnehmer wie jedermann im Sinne des § 1 Abs. 1 LSchlG auf den Erwerb zur privaten Lebensführung angewiesen ist, kann die Einstufung des Handels mit ihm als Großhandel, der den Ladenschlußregelungen nicht unterfällt, nur über die betriebliche Verwendbarkeit der Ware begründet werden. Die Begrenzung des Käuferkreises durch die Vergabe von Einkaufsberechtigungsausweisen durch den Verkäufer ist hierfür unzureichend (vgl. BGH, Urt. v. 7.7.1972 - I ZR 136/70, GRUR 1973, 144, 145 - Mischbetrieb). Es gelten vielmehr die Grundsätze zur Abgrenzung des Letztverbrau-

chers gegenüber dem gewerblichen Abnehmer (vgl. o. II 2 c aa) auch für die Anwendung des Ladenschlußgesetzes (BGHZ 70, 18, 36 f. - Metro I = GRUR 1978, 173, 177; vgl. auch Urt. v. 19.5.1982 - I ZR 122/80, GRUR 1982, 615, 617 - Flughafen-Verkaufsstellen zum Verkauf von Reisebedarf an Reisende; a.A. wohl Leisner, BB 1988, 1757, 1760 f.).

2. Das Berufungsgericht hat ausgehend von seiner Feststellung, daß die Beklagte während der gesetzlichen Ladenschlußzeiten Waren an private Endverbraucher und an gewerbliche Abnehmer zur Deckung von deren privaten Lebensbedarf verkauft, der Beklagten - abweichend vom Landgericht - uneingeschränkt verboten, die Verkaufsräume für den geschäftlichen Verkehr außerhalb der gesetzlich zulässigen Ladenöffnungszeiten offen zu halten. Der Beklagten wird damit generell ein geschäftlicher Verkehr außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Ladenöffnungszeiten verwehrt, also auch ihre Großhandelstätigkeit, die den Regeln des Ladenschlußgesetzes nicht unterliegt. Dieser Verbotsausspruch erweist sich als zu weitgehend. Er ist deshalb entsprechend dem Hilfsantrag zu Klageantrag 4 einzuschränken auf den Verkauf von Waren an private Endverbraucher und von betriebsfremden Waren an gewerbliche Abnehmer zur Deckung deren privaten Bedarfs, wie es auch schon das Landgericht getan hat.

Der festgestellte Verstoß gegen das Ladenschlußgesetz macht die Verkaufstätigkeit der Beklagten außerhalb der allgemeinen Ladenöffnungszeiten nicht schlechthin unzulässig. Die reine Großhandelstätigkeit bleibt davon unberührt. Das Recht zur freien gewerblichen Betätigung, gestattet es auch, einen Geschäftsbetrieb als Einzel- und Großhandel zu gestal-

ten (vgl. BGH, Urt. v. 7.7.1972 - I ZR 136/70, GRUR 1973, 144, 145 - Mischbetrieb; Urt. v. 10.3.1978 - I ZR 127/76, GRUR 1978, 477, 478 - Groß- und Einzelhandel). Demgemäß ist ein Mischbetrieb zulässig, bei welchem dem für den Einzelhandel geltenden Ladenschlußgebot dadurch ausgewichen werden kann, daß von dem vorbeschriebenen Schließungszeitpunkt an nur noch an Großhandelskunden verkauft wird (dahingestellt in BGH, Urt. v. 7.7.1972 - I ZR 136/70, GRUR 1973, 144, 145 - Mischbetrieb). Da diese Gestaltungsmöglichkeit der Beklagten nicht verwehrt werden darf, ist das vom Landgericht ausgesprochene Unterlassungsgebot wiederherzustellen, soweit es dem Hilfsantrag des Klägers zu Klageantrag 4 entspricht.

Der hierbei in die Entscheidung des Landgerichts aufgenommene, vom Kläger als Einschränkung seines Hilfsbegehrens verstandene Zusatz, "sofern bei Wiederverkäufern oder gewerblichen Verbrauchern ein solcher Warenbezug mehr als zehn vom Hundert des konkreten jeweiligen gesamten Warenbezuges wertmäßig ausmachen sollte", kann keinen Bestand haben. Die Feststellung, daß die Beklagte in ihrem Selbstbedienungshandel mit breit gestreutem Warensortiment keine hinreichenden Kontrollmaßnahmen ergreift, welche geeignet sind, Geschäfte mit dem privaten Endabnehmer und den Handel betriebsfremder Waren zur Deckung des Privatbedarfs des gewerblichen Abnehmers zu unterbinden, begründet den Verbotsausspruch. Eine Feststellung dahingehend, daß die Einzelhandelstätigkeit der Beklagten mit dem gewerblichen Abnehmer einen Anteil von 10 % ihres Gesamtumsatzes nicht überschreite, kann nur individuelle Bedeutung dafür haben, keinen funktionsechten Großhandel zu betreiben (vgl. o. II 2 c bb), und ist nicht Voraussetzung des Verbots gesetzwidrigen Handelns mit dem

Letztverbraucher. Es ist deshalb nicht gerechtfertigt - entgegen der Rüge der Revision der Beklagten auch nicht bei der Fassung des Verbotsausspruchs nach Klageantrag 2 b -, das Überschreiten der sogenannten Toleranzgrenze als Voraussetzung des Verbots in den Unterlassungstenor aufzunehmen.

VII. Nach alledem führt die Revision des Klägers zur Aufhebung des angefochtenen Urteils, soweit hinsichtlich des Klageantrags 1 a und b zu seinem Nachteil erkannt worden ist; hinsichtlich der Abweisung des Antrags 5 bleibt sie erfolglos. Die Revision der Beklagten ist im wesentlichen zurückzuweisen; sie führt lediglich zur Wiederherstellung der eingeschränkten Verurteilung nach dem Hilfsantrag zu Klageantrag 4, wobei der im landgerichtlichen Urteilstenor enthaltene Zusatz beginnend mit "sofern bei ..." in Wegfall gerät. Im Umfange der Aufhebung nach der Revision des Klägers

ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das auch abschließend über die Kosten einschließlich der Kosten der Revisionen zu befinden hat.

v. Gamm

Piper

Erdmann

Teplitzky

Ullmann