

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

UWG § 1

"Vertragswidriger Testkauf"

Zur Frage der Rechtmäßigkeit eines Testkaufs, wenn dem Testkäufer, wie jedem Besucher, beim Zutritt zu dem Geschäftslokal die vertragliche Verpflichtung abverlangt worden ist, Testkäufe zu unterlassen.

BGH, Urt. v. 26. Juni 1981 - I ZR 71/79 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 71/79

URTEIL

Verkündet am
26. Juni 1981
Schwarz,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1.

2.

3.

4.

5.

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

g e g e n

17

- 2 -

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.
- 11.
- 12.
- 13.
- 14.
- 15.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

26.

27.

28.

- 4 -

29.

30.

31.

32.

33.

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juni 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Merkel, Dr. Zülch, Dr. Piper und Dr. Erdmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29. März 1979 aufgehoben. Die Berufung der Klägerinnen gegen das Urteil der 2. Kammer für Handels-sachen des Landgerichts Düsseldorf vom 10. Mai 1978 wird zurückgewiesen.

Den Klägerinnen fallen auch die Kosten der Berufung und der Revision zur Last.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerinnen betreiben Selbstbedienungs(SB)-Großmärkte unter der Bezeichnung "Metro". Sie stehen in Wettbewerb u.a. mit dem Fachhandel. Die Beklagte zu 1 ist Verlegerin von Branchen-Informationsbriefen unter dem Titel "markt intern" (abgekürzt "mi"). Sie unterstützt publizistisch die Interessen des Fachhandels und hat dabei die Ansicht vertreten, daß von den Klägerinnen unter der Bezeichnung als

Großhandel in Wahrheit Einzelhandel betrieben werde durch angeblich umfangreiche Verkäufe von betriebsfremdem Privatbedarf an Gewerbetreibende, und zwar unter Umgehung der für den Einzelhandel bestehenden Schranken hinsichtlich der Ladenschlußzeit, der Preisauszeichnung und der Benutzung von Kaufausweisen. Die Beklagten zu 2 und 3 sind die Geschäftsführer der Beklagten zu 1, der Beklagte zu 3 ist zugleich ihr Chefredakteur. Die Beklagten zu 4 und 5 sind die Redakteure der Ausgabe "Textil Bekleidung".

Die Klägerinnen gewähren zu ihren Geschäftsräumen nur unter Vorlage von Kundenausweisen Zutritt. Auf der Rückseite der Ausweisformulare sind die vom Kunden zu unterschreibenden Lieferungs- und Geschäftsbedingungen abgedruckt, die u.a. wie folgt lauten:

Die in der METRO angebotenen Waren sind nur für den Wiederverkauf oder zur gewerblichen Verwendung bestimmt.

...

Der Kunde verpflichtet sich eine V e r t r a g s -
s t r a f e von DM 3.000,- zu zahlen, wenn

a) mit seinem Kundenausweis andere als die einkaufsberechtigten Personen in einem METRO SB-Großmarkt einkaufen oder einzukaufen versuchen oder b) der Kundenausweis zu einem Testkauf verwendet wird oder c) mit Hilfe seines Kundenausweises in einem der METRO SB-Großmärkte Waren nicht zum Wiederverkauf oder gewerblichen Verbrauch (ausgenommen zur Deckung nicht betriebsfremden Eigenbedarfs) erworben werden oder man zu erwerben versucht oder d) der Kundenausweis bei

Aufgabe des Gewerbes, bei Tagesausweisen bei Verlassen des Marktes nicht sofort und unaufgefordert an METRO zurückgegeben wird.

In der Ausgabe "Textil Bekleidung" T 15/I vom 5.10.1977 (Anl. Ax 1) veröffentlichten die Beklagten:

Letzte Meldung: Achtung C+C/Metro-"Freunde"!. Am Freitag verhandeln in Karlsruhe die Bundesrichter über das Schicksal der Metro. Darf der 7-Mrd-Gigant weiter sein fachhandels-diskriminierendes Vertriebs-System praktizieren oder muß er in der Non-Food-Abteilung um halb sieben schließen, auf den Titel 'Großhandel' sowie Kaufausweise verzichten, die Preise mit MWSt auszeichnen und sich den Händler-Garantie-Bedingungen unterwerfen. 'mi' ist sicher, daß der BGH Ihnen und uns zum Recht verhelfen wird. Wenn schon am Freitag ein Urteil fällt, muß sofort eine Kette von EV's auf Deutschlands C+C-Gewerbe niederprasseln. Die Vorbereitungen sind bereits getroffen. Nur: jetzt kommt es ganz auf Ihre Mitarbeit an!. Bitte unbedingt ab sofort alle Ihnen zugehenden C+C-Prospekte im Original-Umschlag an 'mi' senden, mit einer kurzen Erklärung, welche Artikel-Sortimente Sie weiterverkaufen oder für den Weiterverkauf verarbeiten. Und vor allem: Wenn Sie nach dem 7.10. in die Metro oder einen anderen C+C-Markt fahren: Bitte unbedingt erst 'markt intern' anrufen und sich Direktiven geben lassen.

Die Klägerinnen haben behauptet, bei einem diesbezüglichen Anruf habe der Beklagte zu 5 erklärt, daß es darauf

ankomme, betriebsfremde Gegenstände für den Privatbedarf zu kaufen, für einen Textilhändler also auf den Einkauf von Schnaps, Porzellan oder einem Radio. Die Klägerinnen sind der Ansicht, die Beklagten forderten dadurch in sittenwidriger Weise zum Einkauf unter Vertragsbruch in ihren Großmärkten auf, um den Wettbewerb des Facheinzelhandels zu fördern.

Die Klägerinnen haben beantragt,

I. die Beklagten zu verurteilen,

1. es bei Vermeidung eines für den Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,-- DM, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu unterlassen,

Dritte aufzufordern, bei einem Metro SB-Großmarkt betriebsfremde Gegenstände für den privaten Bedarf zu kaufen;

2. den Klägerinnen über den Umfang der unter Nr. I 1 beschriebenen Handlungen Auskunft zu erteilen, und zwar unter Angabe der Zahl der Empfänger derartiger Aufforderungen;

II. festzustellen, daß die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, den Klägerinnen

allen Schaden zu ersetzen, der ihnen durch die unter Nr. I 1 beschriebenen Handlungen entstanden ist und noch entstehen wird.

Die Beklagten haben demgegenüber geltend gemacht, daß nach dem wiedergegebenen Text lediglich habe getestet werden sollen, ob nach dem von ihnen erwarteten für die Klägerinnen negativen Ausgang des Prozesses die Klägerinnen ihr Verkaufssystem nach den dann vorliegenden Richtlinien des Bundesgerichtshofs ändern würden. Das sei zulässig gewesen. Da der angenommene Fall nicht eingetreten sei, fehle schon die Wiederholungsgefahr. Doch selbst wenn der Aufruf nicht auf dieser Voraussetzung beruht haben sollte, sei die Beurteilung nicht anders: Die Abonnenten der Beklagten zu 1) sollten sich Direktiven geben lassen für eine Prüfung, ob das Verkaufssystem der Großmärkte der Klägerinnen wettbewerbsgerecht sei oder nicht. Das Telefongespräch mit dem Beklagten zu 5 habe sich anders abgespielt, als die Klägerinnen es darstellten. Die Beklagten haben aber eingeräumt, daß der Beklagte zu 5 die Anregung gegeben hat, einen Testkauf durchzuführen mit einem Artikel, der als gewerblicher Bedarf oder als brancheneigener Privatbedarf nicht in Frage kommen könnte. Sie haben ausgeführt, der Beklagte zu 5 sei berechtigt gewesen, Anrufer zu einem derartigen Testkauf anzuregen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die dagegen gerichtete Berufung der Klägerinnen hat das Oberlandesgericht das Urteil des Landgerichts abändert und die Beklagten antragsgemäß verurteilt. Mit

der dagegen gerichteten Revision verfolgen die Beklagten ihren Klagabweisungsantrag weiter. Die Klägerinnen beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht bejaht ein Handeln der Beklagten zu Zwecken des Wettbewerbs im Sinne des § 1 UWG und weist den Einwand der Beklagten zurück, ihr Handeln habe sich im Rahmen des ihr als Presseerzeugnis zustehenden Grundrechts zur Informationsbeschaffung, -vermittlung und Meinungsbildung gehalten. Es meint, die Beklagte greife durch das beanstandete Verhalten gezielt und schwerwiegend zur Förderung der Interessen des Facheinzelhandels in das zwischen diesem und den Klägerinnen bestehende Wettbewerbsverhältnis ein.

Die dagegen gerichteten Revisionsangriffe sind unbegründet. Wenn die Revision geltend macht, es bestehe zwischen der Beklagten als Presseorgan und den Klägerinnen kein Wettbewerbsverhältnis, so vernachlässigt sie, daß es für die Annahme eines solchen Verhältnisses genügt, wenn ein Verhalten die Absicht erkennen läßt, einen fremden Wettbewerber zum Nachteil seines Mitbewerbers zu fördern und wenn es objektiv dazu geeignet ist, sofern nur die Wettbewerbsförderungabsicht nicht völlig hinter die eigentlichen Beweggründe zurücktritt (vgl. RG MuW 1927, 53, 55; BGHZ

3, 270, 277 - Constanze I; BGHZ 19, 299, 303 - Kurverwaltung). Bei einem Presseorgan ist allerdings im Hinblick auf dessen spezifische Aufgaben und Rechte, wie sie durch Art. 5 GG verbürgt sind, bei der Annahme einer Wettbewerbsförderungsabsicht Zurückhaltung geboten, so daß eine bloße publizistische Parteinahme in der Regel nicht als ausreichend zur Anwendung des § 1 UWG anzusehen sein wird. Es ist aber kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht die von den Klägerinnen angegriffene gezielte Aufforderung zu Testkäufen als hinreichend angesehen hat, um die Wettbewerbsförderungsabsicht der Beklagten zugunsten des Fachhandels und zu Lasten der Klägerinnen zu bejahen. Als bloßes Mittel der Informationsbeschaffung zu publizistischen Zwecken läßt sich die Anregung zu Testkäufen hier nicht rechtfertigen, da sie erklärtermaßen auch der Vorbereitung von Wettbewerbsprozessen dienen sollte (vgl. auch BGH GRUR 1980, 242 - Denkmäler-Aktion).

II. 1. In der Sache selbst führt das Berufungsgericht aus, die unstreitige Anregung des Beklagten zu 5, der Zeuge N. möge bei einer der Klägerinnen einen Testkauf durchführen mit einem Artikel, der nicht als gewerblicher Bedarf oder brancheneigener Privatbedarf in Frage komme, stelle eine sittenwidrige Verleitung zum Vertragsbruch dar, weil ein solcher Kauf gegen die vertraglich übernommene Unterlassungspflicht verstoße.

Dem kann nicht beigetreten werden. Gegenstand des Streits ist die Frage, ob die Beklagten Dritte zu Testkäufen in den Märkten der Klägerin auffordern bzw. anregen durften.

Der Wortlaut des Klageantrags und der gleichlautenden Urteilsformel untersagt zwar ganz allgemein die Aufforderung an Dritte, bei einem Metro SB-Großmarkt betriebsfremde Gegenstände für den privaten Bedarf zu kaufen. Der Sinn des Klageantrages und die Tragweite des Urteilstenors ist jedoch enger. Die abzuwehrende Zuwiderhandlung soll nach dem Klagevortrag darin bestehen, solche Käufe zu T e s t - z w e c k e n anzuregen. Dementsprechend haben die Klägerinnen nicht behauptet, daß die Beklagten auch für den Fall zu solchen Einkäufen aufgefordert haben, daß diese nicht zu Testzwecken erfolgten. Nur mit dieser Einschränkung haben auch die Beklagten derartige Anregungen oder Aufforderungen als rechtmäßig verteidigt.

2. Demnach kann im Streitfall eine sittenwidrige Verleitung zum Vertragsbruch nur dann in Betracht kommen, wenn die in Ziff. b) des Kundenausweises der Klägerinnen aufgeführte Verpflichtung, wonach eine Vertragsstrafe zu zahlen ist, wenn der Kundenausweis zu einem Testkauf verwendet wird, rechtswirksam ist. Dagegen kommt eine Verleitung zum Verstoß gegen Ziff. c) der Vertragsbedingungen (allgemeines Verbot von Einkäufen von gewerbefremden Privatbedarfsgegenständen), deren Rechtmäßigkeit hier nicht in Frage steht, bei dieser Sachlage nicht in Betracht.

3. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, daß insbesondere im Rahmen der Verteidigung von Preisbindungen die Vornahme von Testkäufen durch die betroffenen Hersteller bzw. Mitbewerber ein zulässiges Mittel ist, um Wettbewerbsverstöße durch Unterpreisverkäufe aufzudecken, die die Lückenlosigkeit und damit die Rechtmäßigkeit des Bindungssystems gefährden können (BGHZ 43,

359 = GRUR 1965, 612 - Warnschild). Diese Grundsätze gelten, wie der Bundesgerichtshof weiter ausgesprochen hat (GRUR 1966, 564, 565 - Hausverbot I und GRUR 1979, 859, 860 - Hausverbot II), für Kontrollkäufe ganz allgemein, nicht nur für den Fall der Überwachung vertikaler Preisbindungen. Sie gelten auch unter den Umständen des Streitfalles, in denen die Klägerinnen das Recht in Anspruch nehmen, sich als Großhändler zu bezeichnen und dementsprechend von den Beschränkungen des Ladenschlußgesetzes befreit zu sein und Waren zu Preisen anbieten zu dürfen, in denen die gesetzliche Mehrwertsteuer nicht enthalten ist (vgl. BGHZ 70, 18 = GRUR 1978, 173, 174 - Metro I). Die Großhandelseigenschaft der Klägerinnen wird u.a. durch deren wettbewerbliches und daher in gleicher Weise überprüfbares Verhalten bestimmt, insbesondere dadurch, ob sie hinreichende Vorkehrungen treffen, um Einkäufe branchenfremder Waren für den Privatbedarf zu verhindern bzw. um solche Einkäufe in dem vorgegebenen Rahmen zu halten (vgl. dazu BGH GRUR aaO S. 176 ff - Metro I), was die Beklagten in Abrede stellen.

Der Zulässigkeit von Kontrollkäufen steht im Streitfall nicht der Einwand entgegen, solche seien von vornherein ungeeignet, weil selbst "erfolgreiche" Testkäufe angesichts der Umsatzstärke der Klägerinnen und der diesen zugebilligten Toleranzgrenze von 10 % des Umsatzes keinen Sachverhalt beweisen könnten, der die Großhändler-Eigenschaft der Klägerinnen in Frage stellen könne. Es mag zweifelhaft sein, welcher Beweiswert Kontrollkäufen im Streitfall für sich allein zukommen kann. Es kann aber jedenfalls nicht ausgeschlossen werden,

daß "erfolgreiche" Kontrollkäufe im Zusammenhang mit weiteren Umständen, wie etwa dem Aufbau und der Qualität der erforderlichen Kontrollorganisation der Klägerinnen, als weitere Indizien von Bedeutung sein können.

Der Zulässigkeit von Kontrollkäufen steht hier auch nicht entgegen, daß Testkäufer, um überhaupt Kontrollkäufe tätigen zu können, zunächst einen Kundenausweis erwerben und damit auch die vertragsstrafebewehrte Verpflichtung übernehmen müssen, den Ausweis nicht zu einem Testkauf zu verwenden. Denn wenn Kontrollkäufe zulässig und zur Überwachung des lautereren Wettbewerbs geboten und geeignet sind, darf sich ein Wettbewerber nicht durch eine solche Klausel der Überwachung seines Geschäftsgebahrens entziehen. So hat der Bundesgerichtshof ein von einem Einzelhändler ausgesprochenes Hausverbot für wettbewerbswidrig erklärt, wenn dieses den Hersteller daran hindern soll, durch Testkäufe festzustellen, ob den Kunden des Einzelhändlers statt der verlangten Markenware andere Ware untergeschoben wird (GRUR 1966, 564 - Hausverbot I). Unbeschadet gewisser Abweichungen im Sachverhalt beider Fälle gilt auch im Streitfall der Grundsatz, daß sich ein Wettbewerber, der seine Geschäftsräume dem allgemeinen Verkehr eröffnet hat, sich legitimen Überwachungsmaßnahmen weder durch die Berufung auf sein Hausrecht noch durch die Berufung auf eine vertragliche Unterlassungspflicht entziehen kann. Dies gilt in besonderem Maße, wenn es sich dabei um eine im Wege allgemeiner Geschäftsbedingungen jedem Besucher auferlegte Unterlassungspflicht handelt, die die Kontrolle durch Testkäufe überhaupt unmöglich machen würde.

Soweit das Berufungsgericht annimmt, es habe sich bei den von der Beklagten angeregten Testkäufen nicht um solche im Sinne der genannten Rechtsprechung gehandelt, kann ihm nicht beigetreten werden. Es meint, die Beklagten unternähmen es, nicht die Klägerinnen als Wettbewerber, sondern deren Kunden auf die Einhaltung von deren Verpflichtungen gegenüber den Klägerinnen zu testen und dies unter ausdrücklicher Aufforderung zu vertragswidrigem Verhalten. Das ist eine Verkenntung des Sachverhalts. Denn das entsprechende Verhalten der Kunden könnte nur beweiskräftig getestet werden, wenn diese in Unkenntnis gehalten würden. Das Berufungsgericht geht aber selbst davon aus, daß die Angesprochenen vom Zweck des Tests unterrichtet werden sollten, also nur Tester, nicht Getestete sein konnten. Soweit das Berufungsgericht damit meint, die Tester seien angewiesen, sich vertragswidrig zu verhalten, liegt zwar ein Unterschied zu den Fällen vor, die Gegenstand der genannten Rechtsprechung waren. Denn dort mußten sich die Testkäufer wie normale Käufer verhalten, um das Verhalten der Verkäufer z.B. bei der Einhaltung der Markenpreise sachgerecht zu prüfen. Als sittenwidrig und deshalb unbeachtlich wurde der Nachweis eines Preisbindungsverstoßes dann beurteilt, wenn der Verkäufer durch unfaire Mittel zum Preisnachlaß bewegt worden war (vgl. z.B. BGH GRUR 1966, 564, 565 unter 2 a - Hausverbot). Daraus durfte das Berufungsgericht aber nicht herleiten, daß auch die hier angeregten Testkäufe sittenwidrig seien. Denn die Testkäufe sollten in jenen Fällen dazu dienen, das Verhalten des Verkäufers bei der Verkaufshandlung zu prüfen.

Im Streitfall dagegen sollte das Ziel die Überprüfung der Wirksamkeit der Kontrollmaßnahmen zur Verhütung eines Mißbrauchs durch Käufer sein. Ein dazu bestellter Testkäufer mußte sich demnach verbotswidrig verhalten, weil andernfalls der Kontrollmechanismus nicht in Tätigkeit treten und damit auch nicht getestet werden konnte (vgl. dazu für den Fall der Aufforderung zur Gewährung eines unzulässigen Rabatts BGH GRUR 1964, 88 f - Verona-Gerät).

Die Zulässigkeit der Aufforderung zum Testkauf kann entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht mit der Begründung verneint werden, daß durch vermehrte Testkäufe die Klägerinnen in Gefahr gerieten, die 10 %-ige Toleranzgrenze (vgl. BGHZ aaO S. 29 f Metro I) zu überschreiten. Diese Grenze ist vom Bundesgerichtshof als Ergebnis einer Interessenabwägung zu dem Zweck zugebilligt worden, die Anforderungen an den internen Überwachungsapparat in vertretbaren Grenzen zu halten. Auf diese Erleichterung können sich die Klägerinnen aber nicht mit dem Ziel berufen, sich einer Kontrolle der Wirksamkeit ihrer Überwachungsmaßnahmen durch die Mitbewerber zu entziehen.

Soweit das Berufungsgericht ein sittenwidriges Handeln darin sehen will, daß die Aufforderung für die Einzelhändler mit der Behauptung verbunden gewesen sei, diese vertragswidrigen Einkäufe seien ohne Risiko möglich, fehlt es an einer tatsächlichen Feststellung. Der beanstandete Zeitungsartikel enthält dafür keine Grundlage, die Beklagte hat das nicht zugestanden und der Zeuge N. ist zu dieser bestrittenen Behauptung nicht vernommen worden. Im übrigen

besteht bei einem zulässigen Testkauf, wie dargelegt, ein solches Risiko nicht.

Sind danach die von den Beklagten angeregten Testkäufe nicht mit dem Makel des Vertragsbruchs behaftet, so ist auch das Verhalten des Beklagten zu 5 bei dem in seinen Einzelheiten streitig gebliebenen Telefongespräch mit dem Zeugen Noack nicht als Verleitung zum Vertragsbruch anzusehen. Sittenwidrig könnte das Verhalten der Beklagten dann allenfalls noch, wie die Klägerinnen im Prozeß geltend gemacht haben, unter dem Gesichtspunkt sein, daß die Beklagten, obwohl sie, anders als die Hersteller und Wettbewerber in den oben genannten Testkauffällen, durch das wettbewerbliche Verhalten der Klägerinnen nicht unmittelbar betroffen waren, sich als "selbsternannter Vorkämpfer des Fachhandels" in die wettbewerbsrechtliche Auseinandersetzung eingeschaltet haben. Eine solche Handlungsweise ist aber aus wettbewerbsrechtlichen Gründen solange nicht zu beanstanden, als dabei die für die Wettbewerber selbst geltenden Regeln eingehalten werden.

Das angefochtene Urteil war danach aufzuheben und
das Urteil des Landgerichts wieder herzustellen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

v. Gamm

Merkel

RiBGH Dr. Zülch befindet
sich in Urlaub und ist
deshalb an der Unterschrift
verhindert.

v. Gamm

RiBGH Dr. Erdmann befindet
sich in Urlaub und ist
deshalb an der Unterschrift
verhindert.

Piper

v. Gamm