

BGH, Urt. v. 14. Januar 1999 - I ZR 2/97 - OLG Koblenz

LG Mainz

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 1999 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Prof. Dr. Mees, Starck, Dr. Bornkamm und Pokrant

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Schlußurteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Koblenz vom 28. November 1996 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Gebiet des Handels mit Wein, Sekt und Spirituosen. Sie setzen ihre Produkte über Handelsvertreter und angestellte Außendienstmitarbeiter direkt bei den Endverbrauchern ab.

Die Klägerin stellt ihren Handelsvertretern bei deren Einstellung eine Kundenkartei zur Verfügung. In den mit ihren Handelsvertretern abgeschlossenen vorformulierten Verträgen ist in Ziffer 8 unter der Überschrift "Geschäftsgeheimnisse" folgende Regelung enthalten:

Die Namen, Anschriften, Telefonnummern ... von Kunden ... sind Geschäftsgeheimnisse ... im Sinne von § 90 HGB, § 17 UWG. Der Handelsvertreter anerkennt, daß ihm diese Anschriften und Daten nur als Geschäftsgeheimnisse anvertraut werden und daß die Verwertung dieser Geschäftsgeheimnisse außerhalb dieses Vertrages oder die Mitteilung an Dritte vertrags- und sittenwidrig ist und der Berufsauffassung eines ordentlichen Kaufmannes widerspricht.

Die Daten von Kunden, die erst während der Vertragsdauer aufgrund von Werberückantwortkarten der Firma oder als sogenannte Empfehlungskunden gewonnen wurden, sind ebenfalls Geschäftsgeheimnisse der Firma, die der Handelsvertreter außerhalb dieses Vertragsverhältnisses nicht verwerten darf.

Aufgrund eines derartigen Vertrages war der Weinberater W. vom 1. Oktober 1986 bis 1. Oktober 1988 für die Klägerin tätig, die ihm zu Beginn seiner Tätigkeit eine Kartei mit mindestens 1.500 Kundenadressen zur Verfügung stellte. Nach Auflösung des mit der Klägerin geschlossenen Vertrages wechselte Herr W. zur Beklagten, die ihn auf der Verbraucherausstellung "C." in N. vom 29. Oktober bis 6. November 1988 in ihrem Weinstand einsetzte. Zur Vorbereitung dieser Ausstellung druckte die Beklagte Einladungsbriefe, die neben ihrem Briefkopf ein Bild und den Namen des Weinberaters W. enthielten. Dieser versandte die Briefe mit der Anrede "Lieber Weinfreund, sehr ge-



ehrter Kunde" an mindestens 200 bis 220 Kunden der Klägerin, die bis dahin noch nicht zur Kundschaft der Beklagten zählten.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch.

Sie hat behauptet, W. habe in Zusammenarbeit mit der Beklagten etwa 1.000 ihrer Stammkunden angeschrieben und zu Weinproben am Probierstand der Beklagten eingeladen. Deren Adressen habe er sich vor Rückgabe der ihm überlassenen Kundenkartei notiert. Das Vertriebssystem der Beklagten sei darauf angelegt, Handelsvertreter von anderen Unternehmen abzuwerben und diese zum Mitbringen von Kundenkarteien zu veranlassen. Durch gezielte Abwerbungsaktionen versuche die Beklagte anschließend, die ihr von den Handelsvertretern benannten Fremdkunden für sich zu gewinnen. Für diese "Empfehlungskunden" gewähre sie ihren Handelsvertretern eine Zusatzprovision von 15 % als finanziellen Anreiz. Die Beklagte ziehe aus dem Geheimnisverrat der von ihr abgeworbenen Handelsvertreter bewußt Vorteile.

Die Klägerin ist der Auffassung, das gezielte Ansprechen ihrer Kundschaft sei unzulässig, weil ihre Kundenlisten als Geschäftsgeheimnisse auch nach Beendigung des jeweiligen Handelsvertretervertrages Schutz genössen und die Anschreiben durch die darin enthaltene Anrede "Sehr geehrter Kunde" bei einem nicht unerheblichen Teil ihrer Kundschaft zudem die irrige Vorstellung hervorriefen, sie, die Klägerin, habe in die Beklagte umfirmiert.

Die Beklagte ist dem entgegengetreten und hat behauptet, W. habe nach Rückgabe sämtlicher von der Klägerin erhaltener Unterlagen unter Zuhilfenahme des Telefonbuchs aus dem Gedächtnis heraus die Adressen der Kunden der Klägerin aufgezeichnet und an diese die blanko gedruckten Einla-

dungsschreiben versandt. Sie habe von W. keine Anschriften der Kunden der Klägerin erhalten. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Aufzeichnung von Kundenadressen aus dem Gedächtnis und das Umwerben der früheren Kunden für einen neuen Unternehmer sei dem Handelsvertreter nach Beendigung eines Handelsvertretervertrages erlaubt, da es sich insoweit um Kunden des Handelsvertreters und nicht um solche seines früheren Vertragspartners handele. Eine Beschränkung dieser Werbemaßnahmen des Handelsvertreters stelle ein entschädigungsloses und damit unwirksames Wettbewerbsverbot dar.

Das Landgericht hat - soweit für die Revisionsinstanz noch von Bedeutung - die Beklagte unter Klageabweisung im übrigen verurteilt, es zu unterlassen,

1. ...

2. zum Zweck der Vermittlung oder des Abschlusses von Geschäften betreffend Weine, Schaumweine und Spirituosen selbst oder über Beauftragte (Handelsvertreter, Außendienstmitarbeiter) gezielt in Verbindung zu Stammkunden der Klägerin zu treten, von denen sie oder ihre Beauftragten nur Kenntnis aufgrund von Mitteilungen übergewechselter, früherer Außendienstmitarbeiter der Klägerin oder früherer Tätigkeit bei ihr haben.

Nicht von dem Verbot betroffen sind:

- a) Stammkunden der Klägerin, die von den übergewechselten Außendienstmitarbeitern der Klägerin für sie geworben wurden;
- b) Kunden, die vor dem Wechsel des jeweiligen Außendienstmitarbeiters gleichzeitig Kunden der Beklagten waren;

- c) Kunden, die es vor dem Wechsel des jeweiligen Außendienstmitarbeiters abgelehnt haben, weiterhin Weine, Schaumweine oder Spirituosen von der Klägerin zu beziehen. Als Stammkunden gelten Kunden, die in den letzten beiden Jahren vor dem Wechsel des jeweiligen Außendienstmitarbeiters mindestens zwei Bestellungen bei der Klägerin aufgegeben haben.

Das Berufungsgericht hat die Klage auf die Berufung der Beklagten insgesamt abgewiesen und die Anschlußberufung der Klägerin, mit der sie eine Aufhebung der Beschränkung des Verbots gemäß Ziffer 2 a des landgerichtlichen Tenors begehrt hat, zurückgewiesen.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin Wiederherstellung des vom Landgericht unter Ziffer 2 des Tenors ausgesprochenen Verbots mit der Maßgabe, daß die in Ziffer 2 a enthaltene Verbotsbeschränkung aufgehoben wird.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat in der Versendung der Einladungsschreiben an Kunden der Klägerin durch den zu der Beklagten übergewechselten Handelsvertreter W. kein gegen § 1 UWG verstoßendes Verhalten gesehen. Es hat dazu ausgeführt:

Der Handelsvertreter W. habe mit der Verwertung der Anschriften der Kunden der Klägerin weder gegen vertragliche noch gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen, so daß sich die Beklagte auch keine vertrags- oder gesetzwidrigen Handlungen des Handelsvertreters zunutze gemacht habe.

Eine Zuwiderhandlung gegen Ziffer 8 des Handelsvertretervertrages liege nicht vor, weil die darin enthaltenen Regelungen wegen Verstoßes gegen § 9 AGBG nichtig seien. Ebensowenig verstoße das beanstandete Verhalten W. gegen § 90 HGB. Die Kundennamen und -anschriften, die dem Handelsvertreter während seiner Tätigkeit für die Klägerin bekannt geworden seien, gehörten zwar zu den Geschäftsgeheimnissen der Klägerin im Sinne der genannten Bestimmung. Die vorgenommene Verwertung widerspreche unter den im Streitfall gegebenen Umständen jedoch nicht der Berufsauffassung eines ordentlichen Kaufmanns. Es gehe nicht darum, ob die Verwertung von Namen und Kundenanschriften durch einen Handelsvertreter unter Verletzung des § 17 Abs. 2 UWG der Berufsauffassung eines ordentlichen Kaufmanns entspreche; das Landgericht habe eine derartige Zuwiderhandlung W. nicht festgestellt. Vielmehr sei darüber zu entscheiden, ob die Verwertung der Kundenanschriften des bisherigen Unternehmens, die ein ausgeschiedener Handelsvertreter im Gedächtnis behalten habe, der Berufsauffassung eines ordentlichen Kaufmanns widerspreche. Das sei unter Berücksichtigung der gegensätzlichen Interessenlagen zwischen bisherigem Unternehmen und ausgeschiedenem Handelsvertreter zu verneinen.

Bei der Feststellung der Berufsauffassung eines ordentlichen Kaufmanns handele es sich um eine der Beweisaufnahme zugängliche Tatsachenfeststellung. Nach den Ergebnissen des eingeholten Meinungsforschungsgutachtens könne - wie das Berufungsgericht näher ausgeführt hat - nicht festgestellt werden, daß die Verwertung der Namen und Anschriften von Kunden des früheren Unternehmens durch einen ausgeschiedenen Handelsvertreter gegen die Berufsauffassung eines ordentlichen Kaufmanns verstoße.

II. Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Allerdings hält die Annahme des Berufungsgerichts, die Verwertung der Kundenanschriften, die der bei der Klägerin ausgeschiedene Handelsvertreter W. im Gedächtnis behalten habe, verstoße nicht gegen § 1 UWG i.V. mit § 90 HGB, der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend angenommen, daß es mit dem Leitbild des § 90 HGB grundsätzlich nicht vereinbar ist, wenn einem Handelsvertreter nach Beendigung des Handelsvertretervertrages jegliche Verwertung von Kundenanschriften untersagt wird, die ihm während seiner Tätigkeit für das früher vertretene Unternehmen bekannt geworden sind. Nach der Rechtsprechung des Senats entspricht es vielmehr den Grundsätzen des Leistungswettbewerbs und widerspricht nicht der Berufsauffassung eines ordentlichen Kaufmanns, wenn ein ausgeschiedener Handelsvertreter in Konkurrenz zu seinem früheren Geschäftsherrn auch bezüglich dessen Kunden tritt. Einem Handelsvertreter steht es nach Beendigung des Vertreterverhältnisses grundsätzlich frei, dem Unternehmen, für das er bis dahin tätig gewesen ist, auch in dem Bereich Konkurrenz zu machen, in dem er es vorher vertreten hat. Einen generellen Anspruch auf Erhaltung seines Kundenkreises hat der Unternehmer nicht. Er kann das Vorgehen seines früheren Handelsvertreters wettbewerbsrechtlich nur dann beanstanden, wenn sich dieser bei dem Wettbewerb um die Kundschaft unlauterer Mittel bedient. Ein vertrags- oder wettbewerbswidriges Verhalten liegt daher dann nicht vor, wenn ein ausgeschiedener Vertreter Kundenadressen verwertet, die in seinem Gedächtnis geblieben sind, oder sich solche Anschriften von Kunden nutzbar macht, die keinen dauerhaften geschäftlichen

Kontakt zu dem bisher vertretenen Unternehmen aufgenommen haben (BGH, Urt. v. 28.1.1993 - I ZR 294/90, NJW 1993, 1786, 1787 m.w.N.; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 21. Aufl., § 1 UWG Rdn. 601 f.). Die Revision zeigt keine neuen Gesichtspunkte auf, die Anlaß geben könnten, von diesem Rechtsstandpunkt abzuweichen.

Auf die vom Berufungsgericht insoweit zur Berufsauffassung eines ordentlichen Kaufmanns getroffenen Feststellungen und die dagegen gerichteten Angriffe der Revision kommt es danach nicht an.

2. Die Revision hat jedoch Erfolg, soweit sie sich dagegen wendet, daß das Berufungsgericht ungeprüft gelassen hat, ob der Handelsvertreter W. gegen § 17 Abs. 2 UWG verstoßen hat. Die Frage ist entscheidungserheblich. Eine Verletzung der Strafvorschrift verstieße immer gegen die guten Sitten, so daß ein Anspruch unmittelbar aus § 1 UWG, aber auch aus §§ 823, 826 BGB in Betracht käme. Im übrigen würde es auch - wie das Landgericht zutreffend angenommen hat - ohne weiteres der Berufsauffassung eines ordentlichen Kaufmanns i.S. von § 90 HGB widersprechen, wenn sich der Handelsvertreter W. unter Verstoß gegen § 17 Abs. 2 UWG Aufzeichnungen aus der ihm von der Klägerin überlassenen Kundenkartei zum Zwecke der Verwertung im Wettbewerb für ein Konkurrenzunternehmen der Klägerin gemacht hätte (vgl. Schlegelberger/Schröder, HGB, 5. Aufl., § 90 Rdn. 12).

Die Annahme des Berufungsgerichts, das Landgericht habe einen Verstoß gegen § 17 Abs. 2 UWG nicht festgestellt und die Klägerin habe das Urteil in diesem Punkt nicht angegriffen, ist nicht frei von Rechtsfehlern. Das Landgericht hat den Unterlassungsanspruch gemäß § 1 UWG i.V. mit § 90 HGB für begründet erachtet, weil es bereits die Verwertung von lediglich im Gedächtnis

gebliebener Kundenadressen durch den Handelsvertreter als mit der Berufsauffassung eines ordentlichen Kaufmanns unvereinbar angesehen hat. Bei dieser Beurteilung stellte sich die Frage, ob der Handelsvertreter W. unter Verstoß gegen § 17 Abs. 2 UWG auch Aufzeichnungen aus der Kundenkartei zum Zwecke der Verwertung im Wettbewerb gemacht hatte, nicht; sie ist deshalb vom Landgericht auch ausdrücklich offengelassen worden (vgl. LGU 13 Abs. 2 und 15 unten/16 oben). Die Revision verweist zu Recht darauf, daß die Klägerin danach mangels Beschwer keine Möglichkeit hatte, das Urteil insoweit selbständig anzugreifen. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung läßt sich eine Beschwer auch nicht daraus herleiten, daß das Landgericht die Klage teilweise abgewiesen hat; denn die Abweisung ist nicht auf das Fehlen eines Verstoßes gegen § 17 Abs. 2 UWG gestützt worden. Dementsprechend hat die Klägerin mit ihrer Anschlußberufung auch nur die im Tenor unter 2 a enthaltene Beschränkung angegriffen.

Auf der Grundlage seiner vom Landgericht abweichenden Rechtsauffassung hätte das Berufungsgericht danach Feststellungen dazu treffen müssen, ob der Handelsvertreter W. Aufzeichnungen aus der ihm anvertrauten Kundenkartei der Klägerin gefertigt hatte und diese von ihm bei der Versendung der hier in Rede stehenden Einladungsschreiben an Kunden der Klägerin verwendet wurden. Diese von ihr in erster Instanz aufgestellte Behauptung hat die Klägerin in ihrer Anschlußberufung und Berufungserwiderung zwar nicht ausdrücklich wiederholt; sie hat aber auf ihr gesamtes erstinstanzliches Vorbringen einschließlich der unerledigt gebliebenen Beweisanträge Bezug genommen. Zwar ist eine pauschale Bezugnahme auf erstinstanzlichen Vortrag im allgemeinen nicht ausreichend. Im Streitfall liegen jedoch Umstände vor, die eine Ausnahme rechtfertigen. Die Klägerin hatte in erster Instanz im wesentlichen obsiegt. Als Berufungsbeklagte oblag es ihr gemäß § 520 Abs. 2 i.V. mit § 277

Abs. 1 ZPO nur, ihre Verteidigungsmittel insoweit vorzubringen, als es nach der Prozeßlage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozeßführung entspricht. Danach durfte die Klägerin ihr Ziel in erster Linie darin sehen, die zu ihren Gunsten ergangene Entscheidung zu verteidigen und neue Angriffsmittel der Berufungsklägerin abzuwehren. Im Interesse einer ökonomischen Förderung des Verfahrens erscheint es dagegen nicht geboten, auch die vom Erstrichter als unerheblich unberücksichtigt gelassenen Angriffsmittel erneut bereits dann in aller Breite und Ausführlichkeit vorzutragen, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine abweichende Beurteilung durch das Berufungsgericht noch nicht gegeben sind. Insoweit muß es vielmehr in der Regel genügen, wenn der Berufungsbeklagte zunächst nur pauschal auf sein vom Erstrichter als unerheblich erachtetes erstinstanzliches Vorbringen verweist und die Bereitschaft erkennen läßt, bei abweichender Beurteilung der Erheblichkeit durch das Berufungsgericht erneut und substantiiert darauf zurückzugreifen (BGH, Urt. v. 13.3.1981 - I ZR 65/79, GRUR 1981, 676, 677 - Architektenwerbung). So liegt der Fall auch hier. Nach dem vom Landgericht eingenommenen Rechtsstandpunkt kam es nicht darauf an, ob der Handelsvertreter W. aus der Kundenkartei der Klägerin Namen und Anschriften ihrer Kunden abgeschrieben und im Rahmen seiner Tätigkeit für die Beklagte verwendet hat. Unter diesen Umständen ist eine pauschale Bezugnahme auf das entsprechende erstinstanzliche Vorbringen ausnahmsweise als zulässig und ausreichend anzusehen (vgl. auch BGH, Urt. v. 18.9.1985 - VIII ZR 244/84, WM 1985, 1361, 1364; Zöller/Gummer, ZPO, 21. Aufl., § 519 Rdn. 40 a.E.).

Im übrigen hat die Klägerin in ihrer Berufungserwiderung bestritten, daß W. sich Hunderte von Adressen habe merken können. Damit hat sie auch zum Ausdruck gebracht, daß sie ihren erstinstanzlichen Vortrag zum Abschreiben

von Adressen aus ihrer Kundenkartei in der Berufungsinstanz aufrechterhalten wollte.

Der von der Klägerin behauptete Verstoß gegen § 17 Abs. 2 UWG ist mithin durch die zulässige Bezugnahme auf das erstinstanzliche Vorbringen einschließlich der unerledigt gebliebenen Beweisanträge Gegenstand des Berufungsverfahrens gewesen. Das Berufungsgericht hätte das tatsächliche Vorbringen der Klägerin hierzu als entscheidungserheblich berücksichtigen und - da die Beklagte den Behauptungen der Klägerin insoweit entgegengetreten ist - den von der Klägerin angebotenen Zeugenbeweis erheben müssen.

III. Danach war das angefochtene Urteil auf die Revision der Klägerin aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

In dem wiedereröffneten Berufungsrechtszug wird sich das Berufungsgericht gegebenenfalls auch im einzelnen mit der Anschlußberufung der Klägerin zu befassen haben. Von seinem bislang eingenommenen Rechtsstandpunkt aus war dies nicht geboten.

Erdmann

Mees

Starck

Bornkamm

Pokrant