

36

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: ja (teilw.)

LadenschlußG. §§ 1, 3; UWG § 1

R a t i o

Eine Selbstbedienungs-Großhandlung, die nur an Wiederverkäufer und Großverbraucher verkauft und die Beschränkung des Verkaufs auf diesen Kundenkreis durch ein ausreichendes Ausweis- und Kontrollsystem überwacht, ist auch dann nicht an die Ladenschlußzeiten gebunden, wenn die zu dem begrenzten Kundenkreis gehörenden Abnehmer bei ihr in gewissem Umfange (10 %) zugleich Waren für ihren Eigenbedarf, und zwar auch Waren solcher Gattungen einkaufen können, die sie gewerblich nicht verwerten.

BGH, Urt. v. 22. Dezember 1965 - Ib ZR 119/63 - OLG Hamm

LG Bochum,
Kammer
für Handels-
sachen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib_ZR_119/63

URTEIL

Verkündet am

22. Dezember 1965
Wüst, Justizhaupt-
sekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Vereins zur Wahrung des lautereren Wettbewerbs e.V.,
in D [REDACTED], vertreten durch seinen 1. Vorsitzenden,
Kaufmann Josef C [REDACTED], D [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED]
2. des Einzelhandelsverbandes B [REDACTED] e.V., vertreten durch
seinen Vorstand, B [REDACTED], O [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma "R [REDACTED]-G [REDACTED]" T [REDACTED] & S [REDACTED] GmbH & Co.,
vertreten durch die Firma T [REDACTED] & S [REDACTED] GmbH, diese
vertreten durch ihre Geschäftsführer Kaufmann Fritz
T [REDACTED], M [REDACTED], T [REDACTED]straße [REDACTED], und Egbert S [REDACTED],
M [REDACTED], G [REDACTED]weg [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Dezember 1965 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Jungbluth, Dr. Mösl, Alff und Dr. Simon

für Recht erkannt:

Die Revision der Kläger gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm/Westf. vom 24. September 1963 wird auf Kosten der Kläger zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte betreibt in B [REDACTED] eine Selbstbedienungs-Großhandlung für Lebens- und Genußmittel. Sie hat in ihr Verkaufssortiment aber auch Textilien, Möbel und Elektrogeräte aufgenommen. Ihre Verkaufshallen sind werktäglich montags bis freitags von 6.00 Uhr bis 21.30 Uhr geöffnet. Nach ihren wiederholten Erklärungen, die sie auch in Werbedrucksachen und in den für ihre Geschäftsfreunde bestimmten "Ratio-Nachrichten" bekannt gibt, dürfen bei ihr nur Wiederverkäufer und Großverbraucher wie Krankenhäuser, Großküchen, Hotels usw. einkaufen. Um diese Beschränkung des Käuferkreises sicherzustellen, hat sie ein besonderes Kontrollsystem eingeführt, das während des Rechtsstreits verschärft worden ist. Das Betreten der Verkaufshallen und die



Kaufberechtigung sind davon abhängig, daß der Kaufinteressent sich im Büro einen Ausweis ausstellen läßt. Der Ausweis wird erteilt, wenn der Bewerber seinen Personalausweis und eine Bescheinigung über seine Gewerbeanmeldung vorlegt, ferner - etwa durch das Umsatzsteuerbuch - nachweist, daß er sein Gewerbe tatsächlich ausübt, und sich verpflichtet, im Falle der mißbräuchlichen Benutzung des Ausweises eine Vertragsstrafe von 1 000 DM zu zahlen. Mit dem Ausweis erhält der Kunde Zutritt zu den Verkaufshallen. Dort sucht er sich die gewünschten Waren im Wege der Selbstbedienung aus, verläßt sie auf bereitstehende Lagerwagen und bezahlt sie an den Ausgängen oder in den einzelnen Abteilungen. Jeder Kunde darf nur eine Hilfskraft mitbringen; diese Hilfskraft soll seinem Betriebe angehören. Wenn der Kunde nicht persönlich einkauft, muß die von ihm beauftragte Person, die ebenfalls seinem Betriebe angehören soll, eine schriftliche, mit dem Firmenstempel versehene Vollmacht und ihren Personalausweis vorzeigen. Bei der Bezahlung muß der Kunde angeben, ob die gekauften Waren für seinen Gewerbebetrieb oder für betriebsfremden Eigenbedarf bestimmt sind; im letzten Falle werden zu dem Großhandelspreis für die betreffende Ware 4 % zugeschlagen. Die Beklagte hat bestimmt, daß Waren für den betriebsfremden Eigenbedarf nur durch den Betriebsinhaber selbst eingekauft werden sollen.

Im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung hatte die Beklagte rund 30 000 Einkaufsausweise ausgestellt. Auf einem Werbeblatt der Beklagten wird die Zahl der eingetragenen Kunden mit 50 000 angegeben. In den Verkaufshallen befinden sich 11 Abteilungen für Le-

36

bens- und Genußmittel sowie 2 Abteilungen für die sonstigen Waren. Der Jahresumsatz belief sich auf über 300 Millionen DM; davon entfallen etwa 10 v.H. auf den sogenannten betriebsfremden Eigenbedarf. In den "Ratio-Nachrichten" veröffentlicht die Beklagte für ihre Kunden laufend Hinweise, die unter anderem die Handhabung ihres Kontrollsystems betreffen; sie teilt darin auch Fälle mit, in denen sie wegen Ausweismißbrauchs die Zahlung der Vertragsstrafe gefordert hat.

Die Kläger haben die Auffassung vertreten, die Beklagte unterhalte nach der Art ihres Verkaufssystems, dessen Kontrolleinrichtungen zur Fernhaltung von Letztverbrauchern nicht ausreichend seien, und im Hinblick auf die tatsächliche Abwicklung der Verkäufe, namentlich angesichts der Zahl der Kunden und des Umfangs der Umsätze für den betriebsfremden Eigenbedarf eine Verkaufsstelle, von der sie ständig Waren zum Verkauf an jedermann feilhalte; daher sei die Beklagte an die Verkaufszeiten des Ladenschlußgesetzes gebunden. Durch die Überschreitung dieser Zeiten verstoße die Beklagte gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs; zugleich verletze sie schuldhaft ein den Schutz der Einzelhändler bezweckendes Gesetz.

Die Kläger haben beantragt:

die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geld- oder Haftstrafe zu unterlassen,

in ihren Geschäftsräumen außerhalb der durch das Gesetz über den Ladenschluß zugelassenen Verkaufszeiten Waren zum Verkauf feilzuhalten,

hilfsweise,

in ihren Geschäftsräumen außerhalb der durch das Gesetz über den Ladenschluß zugelassenen Verkaufszeiten Waren zum Verkauf an Letztverbraucher feilzuhalten,

weiterhin hilfsweise,

in ihren Geschäftsräumen außerhalb der durch das Gesetz über den Ladenschluß zugelassenen Verkaufszeiten Waren zum Verkauf feilzuhalten, die nur zum Verkauf an Letztverbraucher angeboten werden.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten.

Sie hat in Abrede gestellt, Waren zum Verkauf an jedermann feilzuhalten, und geltend gemacht, als Großhändlerin verkaufe sie nur an einen beschränkten Personenkreis. An einem Verkauf an Letztverbraucher habe sie zudem kein Interesse. Ihre Kontrollen seien ausreichend; daß nicht jeder Mißbrauch der Ausweise verhindert werden könne, liege auf der Hand; jedenfalls habe sie aber von ihrer Seite alle ihr zumutbaren Maßnahmen ergriffen, um ihn auszuschließen. Abgesehen hiervon handele es sich bei den Vorschriften des Ladenschlußgesetzes um wertneutrale Ordnungsnormen, deren Überschreitung nicht den Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens rechtfertige; als Schutzgesetz zugunsten des Einzelhandels könnten diese Vorschriften nicht angesehen werden.

Das Landgericht, Kammer für Handelssachen, hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kläger wurde zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgen die Kläger ihre Anträge weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Kläger vertreten in erster Linie die Ansicht, daß der Betrieb der Beklagten als ganzer an die Ladenschlußzeiten des Gesetzes über den Ladenschluß (LSchG) vom 28. November 1956 (BGBl I 875) in der Fassung der beiden Änderungsgesetze vom 17. Juli 1957 (BGBl I 722) und vom 14. November 1960 (BGBl I 845) gebunden sei.

1. In § 3 Abs. 1 Nr. 2 LSchG ist unter anderem bestimmt, daß Verkaufsstellen montags bis freitags bis sieben Uhr und ab achtzehn Uhr dreißig Minuten für den geschäftlichen Verkehr mit den Kunden geschlossen sein müssen. Verkaufsstellen im Sinne des Gesetzes sind namentlich Ladengeschäfte aller Art (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 LSchG), ferner sonstige Verkaufsstände und -buden, Kioske, Bazare und ähnliche Einrichtungen, falls in ihnen ebenfalls von einer festen Stelle aus ständig Waren zum Verkauf an jedermann feilgehalten werden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 LSchG). Wie sich aus dem Worte "ebenfalls" ergibt, ist allen hier aufgeführten Verkaufsstellen, auch den Ladengeschäften, das Merkmal des ständigen Feilhaltens von Waren zum Verkauf an jedermann gemeinsam.

2. § 3 Abs. 1 Nr. 2 LSchG enthält eine Ordnungsvorschrift. Wenn die Beklagte zu den Unternehmen gehören würde, die zur Einhaltung der Ladenschlußzeiten verpflichtet sind, beginge sie nach § 25 LSchG durch die Offenhaltung ihrer Verkaufshallen während der Schließungszeiten eine Ordnungswidrigkeit im Sinne des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten vom 25. März 1952 (BGBl I 177). Sie verstieße aber zugleich gegen § 1 UWG; denn durch die dauernde und planmäßige Zuwiderhandlung

gegen die Ordnungsvorschrift würde sie sich bewußt einen wettbewerblichen Vorsprung vor andern, ebenfalls von dem Ladenschlußgesetz betroffenen Gewerbetreibenden verschaffen, welche die Vorschrift befolgen (vgl. RGZ 117, 16, 22; BGH GRUR 1957, 558, 559, - Bayern-Express; GRUR 1960, 193, 195, - Frachtenrückvergütung). Dies gilt um so mehr, als die Ordnungsvorschrift hier gerade dem Zweck dient, einen solchen Vorsprung zu verhindern; denn durch das Schließungsgebot nach §§ 1, 3 LSchG, das unterschiedslos für sämtliche, auch für die ohne Personal arbeitenden Ladeninhaber gilt, soll für alle unter das Gesetz fallenden Verkaufsstellen der geschäftliche Verkehr mit den Kunden in gleicher Weise zeitlich begrenzt und in dieser Hinsicht eine gleiche wettbewerbliche Ausgangslage hergestellt werden, wie dies im früheren Recht schon mit den Vorschriften der §§ 22 AZO, 41 a GewO bezweckt worden war (BVerfG 1, 283, 297; BVerfG v. 29. November 1961 - NJW 1962, 99; BGH v. 23. Oktober 1962 - 5 StR 291/62 = NJW 1963, 117, 118; Denecke, Kommentar zur Arbeitszeitordnung, 3. Aufl. § 22 AZO, Anm. 1; vgl. ferner RGZ 138, 219, 221).

Die Entscheidung des Streitfalles hängt hiernach davon ab, ob der Betrieb der Beklagten zu den in § 1 Abs. 1 LSchG aufgeführten Unternehmen gehört. Da es sich bei den Verkaufshallen der Beklagten zweifelsfrei um eine feste Stelle handelt, von der die Beklagte ständig Waren verkauft, kommt es ausschlaggebend darauf an, ob diese Waren dort zum "Verkauf an jedermann" feilgehalten werden.

II. Das Berufungsgericht hat dies in Übereinstimmung mit dem Landgericht verneint. Es hat dargelegt, die Be-

36
klagte verkaufe als Großhändlerin an einen aus sachlichen Gründen begrenzten Käuferkreis. Dies gelte auch für die Waren des sogenannten betriebsfremden Eigenbedarfs der Käufer; das Verhältnis des Umsatzes dieser Waren zu anderen Waren sei zudem nicht so hoch, daß der Betrieb der Beklagten nicht mehr als Großhandlung anzusehen wäre. Aus der großen Zahl der Kunden könne ebenfalls nichts für einen Verkauf an jedermann hergeleitet werden.

Aufbau und Ausmaß der Kontrolle des Käuferkreises seien sachgerecht und ausreichend; die Kläger hätten nicht angeben können, wo die Beklagte noch eine weitere zumutbare Kontrolle einlegen müßte und daß diese Kontrolle jeden Mißbrauch ausschlosse. Gegen den Mißbrauch, den ein Ausweisinhaber selbst treibe, könne sich kein Großhändler schützen; dieser Mißbrauch habe im übrigen nichts mit der verlängerten Verkaufszeit zu tun und gestatte nicht den Schluß, daß in der Großhandlung der Beklagten Ware zum Verkauf an jedermann feilgehalten werde. Auch in Zukunft könnten ferner Fälle vorkommen, in denen eine vom Ausweisinhaber beauftragte Person ohne dessen Wissen für sich oder Dritte einkaufe; das lasse sich nur durch das Verlangen nach Vorlage eines schriftlichen Bestellscheins verhindern, die indessen dem Wesen des Selbstbedienungsbetriebs widersprechen würde. Solche Fälle dürften zudem nach Zahl und Umfang unbedeutend sein. Selbst wenn die Beklagte früher bei der Ausgabe der Ausweise großzügig verfahren sei, so genüge dies nach der jetzigen Sachlage nicht, an der Ernstlichkeit und Dauer der Kontrollmaßnahmen zu zweifeln.

III. Entgegen der Ansicht der Revision lassen diese Ausführungen keinen entscheidungserheblichen Rechtsirrtum

erkennen; auch liegen ihnen nicht, wie die Revision annimmt, unter Prozeßverstoß getroffene Feststellungen zugrunde.

1. Die Revision macht zunächst geltend, die Beschränkung des Kundenkreises müsse sich, wenn das Merkmal des Verkaufs an jedermann ausgeschlossen werden solle, begriffsnotwendig aus dem Geschäftscharakter ergeben; sie dürfe dagegen nicht, wie im Streitfalle, allein vom Willen des Geschäftsinhabers abhängen. An dieser Auffassung ist richtig, daß ein Geschäftsinhaber den Vorschriften über den Ladenschluß nicht durch jede w i l l k ü r l i c h e Begrenzung des Abnehmerkreises, beispielsweise eine solche nach dem Beruf, dem Personenstand, dem religiösen Bekenntnis oder dem Wohnbezirk der Kunden würde ausweichen können. Andererseits kann es für die Frage, ob ein Betrieb diesen Vorschriften unterliegt, nicht entscheidend sein, ob der einzelne Abnehmer die jeweils gekaufte Ware für seinen eigenen persönlichen Bedarf verwendet oder ob er sie gewerblich verwertet; denn das Ladenschlußgesetz stellt es nicht auf die spätere Verwendung der gekauften Ware, sondern darauf ab, ob die Verkaufsstelle für jedermann zugänglich ist; dies richtet sich danach, welchem Personenkreis der Zugang zu der Verkaufsstelle offensteht.

Dafür, wann von einem Verkauf an jedermann gesprochen werden kann oder nicht, wird sich über die Fassung der gesetzlichen Vorschrift hinaus eine feste Regel nicht aufstellen lassen. Hiervon ist auch das Gesetz selbst ersichtlich ausgegangen; deshalb hat es in § 1 Abs. 2 LSchG vorgesehen, daß zur Herbeiführung einer

einheitlichen Handhabung die beteiligten Bundesminister durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrats bestimmen können, welche Einrichtungen Verkaufsstellen im Sinne des vorausgehenden Absatzes sind. Wenn, wie hier, eine solche Bestimmung fehlt, muß die Entscheidung sich nach der Lebensanschauung richten und im Rechtsstreit weitgehend der tatrichterlichen Würdigung vorbehalten bleiben.

Der Streitfall nötigt auch nicht dazu, in allgemein gültiger Form begrifflich festzulegen, was unter einem Verkauf an jedermann zu verstehen ist. Denn das Berufungsgericht hat mit Recht keine Bedenken getragen, bei einer Begrenzung des Käuferkreises auf Wiederverkäufer und Großverbraucher, wie die Beklagte sie ihrem noch zu erörternden Vortrag zufolge durchgeführt, einen Verkauf an jedermann zu verneinen. Diese Begrenzung ist charakteristisch für den Großhandel. Die Regelung des Ladenschlußgesetzes ist jedoch für den Einzelhandel geschaffen. Dies tritt unter anderem darin zutage, daß das Merkmal des Verkaufs an jedermann in § 1 LSchG auch in der Begriffsbestimmung des Einzelhandels in § 1 Abs. 1, 2 des Gesetzes über die Berufsausübung im Einzelhandel (EHG) vom 5. August 1957 (BGBl I 1121) wiederkehrt, wonach Einzelhandel betreibt, wer gewerbsmäßig Waren anschafft und sie in einer oder mehreren offenen Verkaufsstellen "zum Verkauf an jedermann feilhält". Dementsprechend wird auch im einschlägigen Schrifttum übereinstimmend die Meinung vertreten, daß der Großhandel nicht an das Schließungsgebot des Ladenschlußgesetzes gebunden sei, weil bei ihm kein Verkauf an jedermann stattfinde (u.a. Rother, Gewerbearchiv 1957, 49 ff; Kohlhaas bei Erbs, Strafrechtliche Nebengesetze, § 1 LSchG Anm. 1 c; Dipper, BB 1956,

1144; Britsch/Rosenberger/Hauss, Die Berufsausübung im Einzelhandel, § 1 EHG, Anm. 6 d, 5, S. 168, Anm. 7, S. 171; Schulte-Langforth/Böhm, Ladenschlußgesetz § 1 Anm. 3 d; Sigl, Ladenschlußgesetz § 1 Anm. 5 b; ders., Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel § 1 EHG Abs. 1 Erl. 4).

2. Das Berufungsgericht hat in rechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt, daß die Verkaufstätigkeit der Beklagten der eines Großhandelsunternehmens entspricht, welches nicht an jedermann verkauft.

a) Die Revision kann dem nicht mit Erfolg entgegenhalten, ein Verkauf an jedermann liege im Falle der Beklagten nach dem Sinn und Zweck des Ladenschlußgesetzes schon deshalb vor, weil die Beklagte nach ihren eigenen Angaben 50 000 Kunden habe und täglich mehr als 1 000 000 DM, davon 100 000 DM für den sogenannten betriebsfremden Eigenbedarf der Kunden umsetze.

Ein auf Wiederverkäufer und Großverbraucher beschränkter Verkauf wird nicht dadurch zum Verkauf an jedermann, daß die Zahl der diesem Kreise angehörenden Kunden groß ist und die mit ihnen erzielten Umsätze hoch sind. Kundenzahl und Umsatzhöhe sind vielmehr für die Frage, ob ein Betrieb als Verkaufsstelle im Sinne des Ladenschlußgesetzes zu betrachten ist, rechtlich nicht entscheidend. Zu Unrecht glaubt die Revision, das Gegenteil aus dem Zweck des Gesetzes entnehmen zu können, der Wahrung gleicher Wettbewerbsbedingungen zu dienen. Diesen Zweck verfolgt das Gesetz nur hinsichtlich derjenigen Verkaufsstellen, in denen Waren zum Verkauf an jedermann feilgehalten werden. Bei den Betrieben, die wegen der Gemeinsamkeit dieses Merkmals

eine vergleichbare Stellung im Wettbewerb einnehmen, wurde es für angezeigt gehalten, auch hinsichtlich der Schließungszeiten eine gleiche Wettbewerbslage zu schaffen. Dagegen rechtfertigt der Zweck des Ladenschlußgesetzes es nicht, denselben Wettbewerbsbedingungen auch solche Betriebe zu unterwerfen, die gerade nicht an jedermann verkaufen. Die Meinung der Revision könnte zur Folge haben, daß ein Unternehmen, welches nur Wiederverkäufer und Großverbraucher beliefert, von der Einhaltung der Ladenschlußzeiten befreit wäre, solange Kundenzahl und Umsatz sich bei ihm in bescheidenerem Rahmen halten, daß es aber die Schließungszeiten beachten müßte, sobald beide Ziffern eine gewisse, übrigens kaum näher bestimmbare Höhe erreicht hätten. Für eine solche Auslegung läßt das Gesetz keinen Raum.

b) Ein Verkauf an jedermann liegt auch nicht schon deshalb vor, weil in den Umsätzen solche für den Eigenbedarf der Kunden enthalten sind.

aa) Der Kundenkreis selbst wird hierdurch nicht erweitert; vielmehr sind die Verkaufshallen auch insoweit nur dem auf Wiederverkäufer und Großverbraucher begrenzten Personenkreis und mithin nicht jedermann zugänglich. Der Sachverhalt unterscheidet sich hierdurch von dem im Schrifttum (Rother aaO) erörterten Fall der sogenannten Mischbetriebe, bei denen dieselbe Verkaufsstelle sowohl für Wiederverkäufer und gewerbliche Verbraucher als auch für einen unbegrenzten Käuferkreis beliebiger Letztverbraucher, die sogenannten "Jedermann-Kunden" geöffnet ist, so daß die im Streitfalle nicht zu entscheidende Frage entsteht, ob der Verkauf an den erstgenannten begrenzten Kundenkreis über die La-

denschlußzeiten hinaus fortgesetzt werden darf und wie alsdann während der Ladenschlußzeiten die "Jedermann-Kunden" fernzuhalten wären. Die Auffassung der Revision, daß der Verkauf an Wiederverkäufer und Großverbraucher, soweit er dem Eigenbedarf der Käufer dient, zumindest im Wege der Analogie dem Verkauf an jedermann gleichgestellt werden müsse, findet im Ladenschlußgesetz keine Stütze, das vielmehr, wie schon dargelegt, der Verwendung der eingekauften Ware durch den Käufer kein entscheidendes Gewicht beimißt. Gegen eine erweiternde Auslegung im Wege der Analogie spricht ferner, daß die Vorschriften des Ladenschlußgesetzes Straftatbestände im Sinne des Gesetzes gegen Ordnungswidrigkeiten darstellen, die als solche nicht durch analoge Anwendung ausgedehnt werden dürfen. In diesem Zusammenhang ist sodann zu beachten, daß das Gesetz selbst beispielsweise bei der für Warenautomaten getroffenen Regelung (§ 7) in gewissem Umfange sogar für den Verkauf an jedermann einen Wettbewerb außerhalb der Ladenschlußzeiten gestattet hat. Schließlich ist die schon erwähnte Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen in § 1 Abs. 2 LSchG unter anderem gerade erteilt worden, um die Möglichkeit zu schaffen, Verkaufsmethoden, die dem Schließungsgebot ohne weiteres nicht unterliegen würden, in das Gebot einzubeziehen, wenn dies für die Herstellung einer gleichen Wettbewerbslage erforderlich erscheint (vgl. Schulte-Langforth/Böhm, Ladenschlußgesetz § 1 Anm. 8). Angesichts dieser Regelung ist es nicht angängig, ohne eine entsprechende Rechtsverordnung die für den Einzelhandel erlassenen Vorschriften des Ladenschlußgesetzes allein schon deshalb auf Großhandelsunternehmen anzuwenden, weil der auf Wiederverkäufer und Großverbraucher beschränkte Kundenkreis eines solchen Unternehmens dort zugleich Waren für den eigenen persönlichen Bedarf entnimmt.

bb) Soweit diese Waren zu denjenigen Gattungen gehören, welche die Käufer in ihren eigenen Betrieben gewerblich verwerten, kann ihr Verkauf überdies aus dem weiteren Grunde nicht zur Anwendung des Ladenschlußgesetzes führen, weil es selbstverständlich und nach der Lebenserfahrung üblich ist, daß der gewerbliche Verbraucher die für seinen eigenen Bedarf benötigten Erzeugnisse von den Vorräten seines Betriebes abzweigt. Insoweit ist der Verwendungszweck der eingekauften Ware für den Großhändler regelmäßig auch nicht nachprüfbar.

cc) Eine andere Frage ist die, ob sich eine abweichende Beurteilung ergeben könnte, wenn an den begrenzten Kreis der Großhandelskunden Waren für den sogenannten betriebsfremden Eigenbedarf, also solche Waren verkauft werden, die auch der Gattung nach nicht im Gewerbebetriebe des jeweiligen Kunden verwertet, sondern von ihm nur persönlich ge- oder verbraucht werden. Unbeschadet der erörterten Rechtslage, die einer erweiternden Auslegung des Ladenschlußgesetzes entgegensteht, könnte der Anteil des betriebsfremden Eigenbedarfs der Kunden am Gesamtumsatz des Großhandelsunternehmens, gegebenenfalls in Verbindung mit der Zahl der Kunden, möglicherweise einen tatsächlichen Anhaltspunkt dafür bieten, daß der Käuferkreis entgegen den Erklärungen des Geschäftsinhabers nicht oder nur willkürlich begrenzt ist und die Verkaufsstelle in Wahrheit dem Zugang für jedermann offensteht. Um einen solchen Sachverhalt handelt es sich aber im Streitfalle nicht. Der Umfang, in dem die Beklagte Waren für den betriebsfremden Eigenbedarf ihres Kundenkreises abgibt, ist nämlich im Verhältnis zu dem Gesamtumsatz so unbedeutend, daß der Charakter des Geschäftsbetriebs der Beklagten als einer nicht unter das Ladenschlußgesetz fallenden Verkaufs-

stelle des Großhandels dadurch nicht berührt wird. Die Revision selbst geht davon aus, daß der Umsatz an Waren für den Eigenbedarf jedes Kunden bei der Beklagten zehn vom Hundert des Gesamtumsatzes ausmacht. In diesem Hundertsatz sind aber sowohl die Waren der von den Kunden zugleich gewerblich verwerteten Gattungen als auch diejenigen einbegriffen, die für die Kunden betriebsfremd sind. Bei den von der Revision weiterhin zugrunde gelegten Ziffern, nämlich einem montags bis freitags erzielten Tagesumsatz von insgesamt 1 000 000 DM und 50 000 Kunden, würde auf jeden Kunden ein Tagesumsatz von 20 DM und damit bei äußerstenfalls 260 Verkaufstagen im Jahr ein durchschnittlicher Jahresumsatz von 5 200 DM entfallen; als Umsatz an Waren des Eigenbedarfs ergäben sich alsdann für jeden Kunden im Durchschnitt 10 % von 5 200 DM = 520 DM im Jahr. Bei einer solchen Sachlage kann kein Rechtsfehler darin gefunden werden, wenn das Berufungsgericht aus dem Anteil des betriebsfremden Eigenbedarfs der Kunden, der nach dem Vorhergehenden noch unter diesem Betrage liegen muß, keine für die Beklagte nachteiligen Schlüsse gezogen hat. Dies gilt auch dann, wenn die Zahl der Kunden mitberücksichtigt wird.

c) Die Sondervorschrift des § 1 Abs. 1 Nr. 3 LSchG, wonach auch die Verkaufsstellen von Genossenschaften zu den Verkaufsstellen im Sinne des Gesetzes gehören, läßt sich entgegen der Ansicht der Revision nicht auf den Fall der Selbstbedienungsgroßhandlung übertragen, die zu ihren Verkaufsstellen nur Wiederverkäufer und Großverbraucher zuläßt. Abgesehen davon, daß es sich auch hier wieder um eine ausdehnende Auslegung des Gesetzes handeln würde, die den bereits erörterten Bedenken be-

6

gegnert, sind die Verkaufsstellen der Genossenschaften, in erster Linie die der Konsumgenossenschaften, die schon den früheren Ladenschlußvorschriften des § 41 a GewO und des § 22 AZO unterworfen waren, nach ihrer tatsächlichen Stellung im Wirtschaftsleben den Ladengeschäften des Einzelhandels so weitgehend angeglichen, daß ihre Gleichstellung mit diesen Geschäften hinsichtlich der Ladenschlußzeiten auch dann gerechtfertigt erscheint, wenn der Wegfall der für sie früher geltenden Beschränkung der Warenabgabe an Mitglieder (vgl. den früheren § 8 Abs. 4 GenG) außer Betracht bleibt, also der Fall unterstellt wird, daß sie auch noch heute nur an Mitglieder verkaufen würden. Dem entspricht die Regelung in § 1 Abs. 3 EHG, wonach die Tätigkeit von Genossenschaften auch dann als Einzelhandel im Sinne des § 1 Abs. 1 und 2 EHG gilt, wenn sie nicht gewerbsmäßig betrieben wird und ein Verkauf nur an Mitglieder zum eigenen nicht gewerblichen Verbrauch oder Gebrauch stattfindet. Die wirtschaftliche Funktion einer Selbstbedienungs-Großhandlung mit Verkauf nur an Wiederverkäufer und Großverbraucher ist demgegenüber eine so grundlegend andere, daß die gesetzgeberischen Erwägungen, die von jeher zur Gleichstellung der Genossenschaftsläden mit sonstigen Ladengeschäften geführt haben, auf sie in keinem Falle zutreffen können.

d) Die Revision rügt schließlich, die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Beklagte die Beschränkung ihres Käuferkreises auf Wiederverkäufer und Großabnehmer durch sachgerechte und ausreichende Kontrollen sicherstelle, sei unter Verletzung von Verfahrensregeln getroffen worden.

aa) Es ist grundsätzlich richtig, daß die Beklagte die Ladenschlußzeiten würde einhalten müssen, wenn infolge einer ungenügenden Kontrolle darüber, ob die Beschränkung des Verkaufs auf Wiederverkäufer und Großabnehmer beachtet wird, die Verkaufshallen tatsächlich einem unbegrenzten Personenkreis zugänglich wären. Es wurde bereits in anderem Zusammenhang dargelegt, daß die bloße Erklärung des Geschäftsinhabers, er wolle nur an einen beschränkten Kreis verkaufen, für sich allein die Anwendung des Ladenschlußgesetzes nicht ausschließt. Aber auch die Ausstellung von Kaufausweisen an die Personen, deren Zugehörigkeit zu dem beschränkten Kreise festgestellt ist, würde dazu nicht genügen, wenn die tatsächliche Handhabung, beispielsweise eine unzureichende Prüfung der Ausweise und der Verzicht auf ein Einschreiten gegen Mißbräuche, zur Folge hätte, daß im praktischen Ergebnis ein Verkauf an das Publikum schlechthin stattfände. Es ist auch nicht zu verkennen, daß die Eigenart des Selbstbedienungssystems, bei dem der sonst übliche und unvermeidliche Kontakt zwischen Verkäufer und Käufer, namentlich das Verkaufsgespräch entbehrlich ist und jedenfalls stark zurücktritt, ohne geeignete Kontrollen unbefugten Kaufinteressenten günstigere Gelegenheiten zur Teilnahme am Einkauf bieten kann, als dies etwa bei Verkäufen der Fall ist, die aufgrund von persönlichen Verhandlungen oder auf mündliche oder schriftliche Bestellung zustande kommen. Indessen ist dies kein Grund, eine Selbstbedienungs-Großhandlung schon wegen ihres Verkaufssystems den Vorschriften des Ladenschlußgesetzes zu unterwerfen; denn für die entscheidende Frage, ob Waren zum Verkauf an jedermann feilgehalten werden, ist es ohne Bedeutung, ob der Verkaufsvorgang als solcher sich in Form der Selbstbedienung, der

Bedienung durch Verkaufspersonal oder der Bestellung abspielt. Jedoch wird bei dem System der Selbstbedienung der Großhändler durch die Wahl seiner Kontrollmaßnahmen der erleichterten Möglichkeit des Zutritts Unbefugter Rechnung tragen müssen. Die Anforderungen dürfen aber auch hier nicht überspannt werden. Das Schließungsgebot des Ladenschlußgesetzes kann immer nur dann eingreifen, wenn die Kontrolle so weite Lücken aufweist, daß die Feststellung gerechtfertigt ist, in der Großhandlung werde praktisch an jedermann verkauft, d.h. im Streitfalle, die Beklagte mache durch die Unterlassung der gebotenen Kontrolle ihre Verkaufshallen nicht mehr nur dem begrenzten Kreise der Wiederverkäufer und Großabnehmer, sondern dem Publikum schlechthin zugänglich.

bb) Wenn das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der wirtschaftskundigen Kammer für Handelssachen des Landgerichts geglaubt hat, aufgrund des vorgetragenen Sachverhalts eine solche Feststellung nicht treffen zu können, so kann dieser Überzeugung des Tatrichters aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Nach dem Vorhergehenden ist dem Berufungsgericht beizupflichten, wenn es für die Anwendung des Ladenschlußgesetzes nicht schon die bloße Möglichkeit hat genügen lassen, daß ein Berechtigter den Ausweis mißbraucht, indem er ihn etwa nebst einer Vollmacht bestimmungswidrig einer nicht zu einem Betriebe gehörenden Person überläßt, oder daß eine ordnungsgemäß bevollmächtigte Person bestimmungswidrig Waren für ihren Eigenbedarf oder für den Bedarf dritter Personen einkauft. Zwar wird, wie die Revision zutreffend geltend macht, der Klagevortrag mißverstanden, wenn es in dem angefochtenen Urteil heißt, solche Mißbräuche hätten nichts mit der verlängerten Verkaufszeit zu tun;

denn die Kläger haben sich auf die Möglichkeit von Vorkommnissen der beschriebenen Art berufen, weil sie darin ein tatsächliches Anzeichen für die Richtigkeit ihrer Ansicht erblickten, daß der Käuferkreis der Beklagten nicht beschränkt, die Verkaufsstelle der Beklagten vielmehr jedermann zugänglich sei, und daß die Beklagte daher die Ladenschlußzeiten einhalten müsse. Indessen handelt es sich bei jener Bemerkung im Berufungsurteil nur um eine zusätzliche Erwägung, auf der das Urteil nicht beruht. Der die Entscheidung tragende Gedanke des Berufungsgerichts ist der, daß die Möglichkeit von Mißbräuchen nicht die von den Klägern daraus gezogenen tatsächlichen Folgerungen für das Vorliegen eines Verkaufs an jedermann gestatte. Dieser Gedanke enthält keinen Rechtsfehler.

cc) Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe hierbei entscheidungserhebliches Vorbringen der Kläger unbeachtet gelassen, kann keinen Erfolg haben. Die Behauptungen der Kläger über Mängel im System und in der Durchführung der von der Beklagten anfänglich vorgesehenen Kontrolle bezogen sich, wie die Kläger in der Berufungsbegründung selbst vorgetragen haben, auf die Zeit zu Beginn des Rechtsstreits. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts hat die Beklagte ihre Kontrollmaßnahmen aber danach wesentlich verschärft, indem sie vor allem die im Tatbestand des angefochtenen Urteils wiedergegebenen Beschränkungen für Begleitpersonal und Bevollmächtigte, ferner eine Kontrolle der Personalausweise und namentlich das Vertragsstrafensystem einführte. Hierzu haben die Kläger lediglich geäußert, diese Maßnahmen seien nur unter dem Druck des Rechtsstreits getroffen worden, und sie seien so umständlich und kostspielig, daß die Gefahr bestehe, die Beklagte werde

sie demnächst wieder fallen lassen. Dagegen fehlt es an einem substantiierten Klagevortrag nach der Richtung, daß auch die verschärften Maßnahmen erfolglos geblieben seien, während die Beklagte ihrerseits, zumal für die Handhabung des Vertragsstrafensystems, eine Reihe von "Ratio-Nachrichten" aus der Zeit von Dezember 1962 bis Februar 1963 vorgelegt hat. Die Kläger haben auch nicht dargelegt, inwiefern die neu eingeführten Kontrollmaßnahmen besonders umständlich und kostspielig sein sollen. Bei dieser Sachlage war es kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht für den maßgebenden Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zu der Auffassung gelangt ist, das nunmehr geltende, in der Tat wesentlich gründlichere und erfolgversprechendere Prüfungsverfahren sei ausreichend, und es liege auch kein Anhaltspunkt dafür vor, an dem ernstlichen Willen der Beklagten zur Beibehaltung des jetzigen Kontrollsystems zu zweifeln.

Gegen diese Auffassung läßt sich entgegen der Meinung der Revision unter verfahrensrechtlichen Gesichtspunkten (§ 286 ZPO) um so weniger etwas einwenden, als der Klagevortrag auch für die frühere Zeit weitgehend nur Eindrücke von Besuchen im Betrieb der Beklagten wiedergegeben hatte, über die den Klägern von Beobachtern berichtet worden war; die Personen, mit denen diese Beobachter Gespräche geführt und deren Äußerungen ihren damaligen Eindruck bestimmt haben, sind unbekannt geblieben, sodaß etwaige tatrichterliche Feststellungen nur auf mehr oder weniger allgemeine Angaben aus zweiter Hand hätten gestützt werden können; außerdem war die Zahl der Fälle, in denen die Beobachter eine mißbräuchliche Verwendung von Ausweisen erkannt haben wollen, bei einem

Kundenkreise, der auch zu jener Zeit mindestens 20 000 bis 30 000 Personen umfaßte, verschwindend gering. Die Ansicht des Tatrichters, die betreffenden Fälle dürften nach Zahl und Ausmaß unbedeutend sein, begegnet hiernach keinen rechtlichen Bedenken. Dies gilt umso mehr, als auch die zuständigen Ordnungsbehörden zu keinem Zeitpunkt einen Anlaß gefunden haben, gegen die Beklagte einzuschreiten. Zumal bei Berücksichtigung dieses Umstandes durfte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß auch schon vor der Verschärfung der Kontrolle Unbefugte sich jedenfalls nicht in dem Umfange Zugang zu den Verkaufsstellen der Beklagten verschaffen konnten, wie dies bei einer für jedermann zugänglichen Verkaufsstelle im Sinne des Ladenschlußgesetzes hätte möglich sein müssen. Erst recht muß das dann für die spätere Zeit gelten, in der die verschärften Kontrollmaßnahmen der Beklagten in Kraft getreten waren.

Auf die Umsätze an Waren für den sogenannten betriebsfremden Eigenbedarf beruft sich die Revision auch im vorliegenden Zusammenhang ohne Erfolg. Der von ihr gezogene Schluß, diese Umsätze müßten zu einem ganz erheblichen Teil auf unbefugte Käufer entfallen, ist angesichts des von den Klägern selbst zugrunde gelegten, schon an anderer Stelle wiedergegebenen ziffernmäßigen Verhältnisses der Gesamtzahl der Kunden zu den genannten Umsätzen nicht zwingend; der Tatrichter brauchte in jenen Umsätzen daher kein Anzeichen für einen Verkauf an jedermann zu sehen.

dd) Bei dieser Sachlage kann auch die Revisionsrüge keinen Erfolg haben, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß durch die Verschärfung des Kontrollsystems die durch die frühere Praxis der Beklagten

begründete Wiederholungsgefahr nicht ausgeräumt worden sei, die, wie die Revision meint, nur durch die Übernahme einer durch ein Strafversprechen gesicherten Unterlassungsverpflichtung der Beklagten hätte beseitigt werden können. Es handelt sich hier nämlich nicht um den Fall, daß ein in der Vergangenheit liegendes, eindeutig wettbewerbswidriges Verhalten lediglich eingestellt wird. Die Verkaufsmethode der Beklagten verstieß vielmehr als solche nicht gegen das Ladenschlußgesetz; es bestand nur die Gefahr, daß sie von Dritten mißbraucht wurde und ohne ausreichende Abwehr solcher Mißbräuche zu einem gesetzwidrigen Zustand führte. Um die Umgehungsversuche Unbefugter zu erkennen und die jeweils geeignete Abhilfe zu schaffen, waren Beobachtungen und Erfahrungen erforderlich, die sich zwangsläufig über eine gewisse Zeit hinziehen mußten. Die Beurteilung, ob die Wiederholung hierbei ermittelter Unzuträglichkeiten zu besorgen ist, hängt bei dieser besonderen Lage des Falles davon ab, ob die Beklagte sich ernstlich um den Ausbau ihres Kontrollsystems bemüht und inzwischen alle ihr zumutbaren Prüfungs- und Abwehrmaßnahmen getroffen hat. Dies muß nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bejaht werden. Danach aber bleibt kein Raum mehr für die Annahme, daß in Zukunft gleichwohl Rechtsverletzungen zu erwarten seien, wegen deren sich eine Unterlassungsklage rechtfertigen würde.

e) Inwiefern aus der Stellungnahme der Beklagten zu dem landgerichtlichen Vergleichsvorschlag etwas zu ungunsten der Beklagten herzuleiten sein soll, - was die Revision noch geltend gemacht hat, - ist nicht erfindlich.

3. Die Angriffe der Revision können nach alledem die Feststellung des Berufungsgerichts nicht erschüttern, daß in dem Betriebe der Beklagten Waren zum Verkauf an jedermann nicht feilgehalten werden. Die Offenhaltung der Verkaufshallen der Beklagten während der Schließungszeiten des Ladenschlußgesetzes ist daher zulässig und mithin nicht unter dem Gesichtspunkt eines durch Gesetzesverletzung erlangten Wettbewerbsvorsprungs unlauter.

IV. 1. Daß das Verhalten der Beklagten unter sonstigen Gesichtspunkten gegen § 1 UWG verstößt, ist aus dem vorgetragenen und festgestellten Sachverhalt nicht ersichtlich. Die Revision ist der Auffassung, auch unabhängig von der Anwendbarkeit des Ladenschlußgesetzes auf den Betrieb der Beklagten sei ein solcher Verstoß zumindest darin zu erblicken, daß die Beklagte innerhalb der Ladenschlußzeiten Waren für den Eigenbedarf der Kunden abgebe. Diese Auffassung liegt den Hilfsanträgen der Kläger zugrunde, soweit mit den darin genannten "Letztverbrauchern" die für ihren persönlichen Bedarf einkaufenden Großhandelsabnehmer der Beklagten gemeint sind, die hinsichtlich dieser Einkäufe allerdings als Letztverbraucher angesprochen werden können. Der Meinung der Revision kann jedoch nicht beigetreten werden. Dabei braucht hier nicht abschließend entschieden zu werden, unter welchen Voraussetzungen es wettbewerbsrechtlich zu beanstanden wäre, wenn ein Verkaufsunternehmen des Großhandels, das seinem Geschäftscharakter zufolge nicht dem Ladenschlußgesetz unterliegt, diesen Umstand dadurch ausnutzen würde, daß es innerhalb der Zeiten, während deren für die vom Schließungsgebot erfaßten Ladengeschäfte der geschäftliche Verkehr mit

den Kunden untersagt ist, an den begrenzten Kreis seiner Großhandelskunden in größerem Umfange Waren verkauft, die für den persönlichen Bedarf der Kunden bestimmt sind, und wenn es hierdurch zu dem an das Ladenschlußgesetz gebundenen Einzelhandel in ernstlichen Wettbewerb träte. Soweit hiergegen wettbewerbsrechtliche Bedenken beständen, könnte die Frage aufgeworfen werden, ob das Großhandelsunternehmen während der Schließungszeiten des Einzelhandels aus Gründen des kaufmännischen Anstandes nicht jedenfalls den Verkauf für den persönlichen Bedarf der Kunden unterlassen müßte. Für Waren, die ihrer Gattung nach auch im Gewerbebetriebe des Kunden verwertet werden, würde diese Frage indessen schon deshalb verneint werden müssen, weil, wie schon in anderem Zusammenhang dargelegt wurde, die einkaufenden Wiederverkäufer und Großverbraucher ihren persönlichen Bedarf an solchen Waren natürlicher Weise allgemein aus den eigenen gewerblichen Beständen decken und es praktisch nicht möglich ist, hier schon beim Einkauf den gewerblichen vom persönlichen Bedarf getrennt zu halten. Auch der Verkauf für den betriebsfremden Eigenbedarf der Großhandelskunden aber kann jedenfalls solange nicht als unlauter angesehen werden, als er in dem verhältnismäßig begrenzten Rahmen bleibt, in dem die Beklagte ihn nach dem festgestellten Sachverhalt betreibt. Insoweit handelt die Beklagte in dem sachlich nicht unberechtigten Bestreben, auf einer breiteren Grundlage zur Pedarfsdeckung der Kunden ihres eigentlichen Arbeitsgebietes beizutragen. Wenn wiehier für den Geschäftsbetrieb selbst die Ladenschlußzeiten nicht gelten, weil er seinen Schwerpunkt im Großhandel hat, wird danach einem auf die Kunden des Betriebs beschränkten Verkauf zu deren Eigenbedarf auch während dieser Zeiten aus wettbewerbs-

rechtlichen Gründen nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen entgegengetreten werden können.

2. Wenn das Ladenschlußgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB als Schutzgesetz zugunsten des Einzelhandels anzusehen wäre, was dahingestellt bleiben kann, würde das Verhalten der Beklagten aus den dargelegten Gründen auch keinen Verstoß gegen dieses Schutzgesetz darstellen, ohne daß die in diesem Zusammenhang noch rechtserhebliche Frage des Verschuldens erörtert zu werden braucht.

V. Der Hauptantrag der Klage ist hiernach mit Recht von den Vorinstanzen abgewiesen worden. Dasselbe ergibt sich aus dem Vorhergehenden für die den Verkauf an Letztverbraucher betreffenden Hilfsanträge, soweit sie sich auf Verkäufe für den Eigenbedarf der Großhandelskunden beziehen. Die Hilfsanträge sind aber auch insoweit unbegründet, als unter den "Letztverbrauchern" Unbefugte, d.h. Personen zu verstehen sein sollten, die nicht zu dem von der Beklagten zugelassenen begrenzten Kreise der Wiederverkäufer und Großverbraucher gehören. Nach dem festgestellten Sachverhalt würde es sich bei diesen Personen nur um Käufer handeln können, denen es gelingt, die Kontrollmaßnahmen der Beklagten irgendwie zu umgehen. Daß die bloße Möglichkeit solcher Umgehungsfälle für die Anwendung des Ladenschlußgesetzes auf den Betrieb der Beklagten nicht ausreicht, wurde schon dargelegt. Sie rechtfertigt es für sich allein aber auch nicht, der Beklagten den Verkauf an Letztverbraucher während der Ladenschlußzeiten unabhängig hiervon nach § 1 UWG zu untersagen. Ein solches Verbot würde vielmehr voraussetzen, daß die Beklagte die Möglichkeit von Um-

gehungen ihrerseits bewußt und planmäßig fördert, um sich vor dem Einzelhandel einen wettbewerblichen Vorsprung zu verschaffen. Für einen in dieser Richtung liegenden Wettbewerbsverstoß ist nichts vorgetragen und festgestellt; insbesondere bietet der Sachverhalt keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Beklagte etwa ihr jetzt maßgebendes verschärftes Kontroll- und Ausweissystem bewußt nachlässig handhabt, um andere als ihre Großhandelskunden während der Schließungszeiten der Einzelhandelsgeschäfte beliefern zu können.

VI. Die Revision der Kläger mußte mithin zurückgewiesen werden. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Krüger-Nieland

Alff

Jungbluth

Simon

Mösl