

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

12
2019 050

UWG § 1

H a u s v e r b o t

Das von einem Einzelhändler gegen den Hersteller einer
Markenware ausgesprochene Hausverbot ist wettbewerbs-
widrig, wenn es den Hersteller daran hindern soll,
durch Testkäufe festzustellen, ob den Kunden des Ein-
zelhändlers - wie bereits früher geschehen - statt der
verlangten Markenware andere Waren unterschoben werden
(Ergänzung zu BGHZ 43, 359).

BGH, Urt. v. 18. Mai 1966 - Ib ZR 60/64 - OLG Köln

LG Aachen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 60/64

URTEIL

Verkündet am

18. Mai 1966

Zug,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Drogisten Peter K [REDACTED], Inhaber der P [REDACTED]-D [REDACTED],
A [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma V [REDACTED] P [REDACTED] S [REDACTED] & Co.,
N [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren
persönlich haftenden Gesellschafter Dr. Gustav S [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Mai 1966 unter Mitwirkung der Bundesrichter Jungbluth, Dr. Sprenkmann, Dr. Mösl, Alff und Dr. Simon .

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 25. März 1964 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte betreibt in A [REDACTED] eine Drogerie mit mehreren Filialen; darin verkaufte er auch Tempo-Taschentücher und Camelia-Damenbinden, die von der Klägerin hergestellt werden. Nachdem in den Geschäften des Beklagten verschiedentlich Kunden, die diese Waren verlangten, Erzeugnisse anderer Firmen ausgehändigt erhalten hatten, erwirkte die Klägerin am 15. Oktober 1957 eine einstweilige Verfügung, durch die dem Beklagten untersagt wurde,

"beim Verkauf von Damenbinden und Papiertaschentüchern oder von Papiertaschentüchern solchen Kunden, die "Camelia"-Binden bzw. "Tempo"-Taschentücher verlangen, Damenbinden bzw. Papiertaschentücher anderer Herkunft auszuhandigen, ohne die Kunden darauf hinzuweisen, daß es sich nicht um die verlangten "Camelia"-Binden bzw. "Tempo"-Taschentücher handelt."



In der Folgezeit hat das Landgericht auf Antrag der Klägerin wegen behaupteter Verstöße gegen die einstweilige Verfügung zwei Strafbeschlüsse gegen den Beklagten erlassen, die in der Beschwerdeinstanz aufgehoben wurden; in einem weiteren Fall hat das Landgericht auf^{den} Antrag der Klägerin vom 13. August 1963 durch Beschluß vom 8. November 1963 gegen den Beklagten eine Geldstrafe von 50,-- DM festgesetzt, die auf die Beschwerde der Klägerin vom Oberlandesgericht mit Beschluß vom 6. Januar 1964 auf 300,-- DM erhöht wurde.

Unter dem Datum vom 17. August 1963 hat der Beklagte an die Klägerin folgendes Schreiben gerichtet:

"Hausverbot

Hiermit erteile ich Ihnen, sowie Ihren Angestellten, Vertretern und Beauftragten oder durch andere an Dritte, durch direkte oder indirekte Bewirkung, meine Geschäfte zu betreten.

Insbesondere gilt dieses Hausverbot auch für den Fall, Demaskopischer-Ermittlungen, Markterforschungen etc. wie Testkäufe usw.."

Gegen dieses Hausverbot richtet sich die Klage.

Die Klägerin ist der Ansicht, sie dürfe durch Testkäufe überwachen, ob sich der Beklagte nach den Regeln des lauterer Verkehrs verhalte und die einstweilige Verfügung beachte; das gelte besonders, weil der Beklagte - wie die Bestrafungsverfahren

zeigten - die gerichtliche Anordnung nicht befolge und sich nicht belehren lasse. Der Überwachung, die nur durch Testkäufe möglich sei, dürfe sich der Beklagte nicht durch ein Hausverbot entziehen; sein Hausrecht habe insoweit zurückzutreten.

Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, das gegenüber der Klägerin, ihren Angestellten, Vertretern und Beauftragten erklärte Hausverbot vom 17. August 1963 zurückzunehmen,

hilfsweise,

festzustellen, daß das Hausverbot des Beklagten vom 17. August 1963 unwirksam und die Klägerin berechtigt ist, selbst oder durch Dritte durch Testkäufe festzustellen, ob der Beklagte sich nicht wettbewerbswidrig verhält, insbesondere die einstweilige Verfügung vom 15. Oktober 1957 beachtet.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat sich auf sein Hausrecht berufen und geltend gemacht, das Hausverbot sei weder im geschäftlichen Verkehr noch zu Zwecken des Wettbewerbs erlassen worden, sondern nur um ihn selbst und sein Personal vor Verfolgung durch die Klägerin zu schützen. Den Verkauf von Tempo-Taschentüchern und Camelia-Binden habe er in-

zwischen eingestellt; sein Personal habe er darüber belehrt, daß Kunden, die solche Waren verlangten, darauf hinzuweisen seien, daß diese Erzeugnisse nicht mehr geführt würden.

Das Landgericht hat dem Hauptantrag stattgegeben; das Oberlandesgericht hat mit Urteil vom 25. März 1964 (die Jahreszahl 1963 im Verkündungsvermerk beruht auf einem offensichtlichen Schreibversehen) die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte den Antrag auf Klagabweisung weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat festgestellt, Anlaß zu der einstweiligen Verfügung vom 15. Oktober 1957 sei gewesen, daß in den Geschäften des Beklagten Käufern, die Waren der Klägerin ("Tempo"-Taschentücher, "Camelia"-Damenbinden) verlangt hatten, Erzeugnisse anderer Hersteller ausgehändigt wurden, ohne daß sie darauf hingewiesen wurden, daß es sich nicht um die gewünschten Waren handelte. An die einstweilige Verfügung habe der Beklagte sich nicht gehalten; am 18. Juli 1963 sei bei einem Testkauf in einer Drogerie des Beklagten der Käuferin statt der verlangten Camelia-Damenbinden ohne aufklärenden Hinweis ein Paket Wähli-Binden ausgehändigt worden; aufgrund dieses Vorfalls sei gegen den Beklagten eine Geldstrafe von 300,-- DM festgesetzt worden.

Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht dieses Verhalten - das sich der Beklagte, soweit die Verstöße von seinen Angestellten begangen wurden, gemäß § 13 Abs. 3 UWG zurechnen lassen muß - als unlauter im Sinne des § 1 UWG angesehen. Denn es widerspricht dem Anstandsgefühl des redlichen, verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden und der Allgemeinheit, daß einem Besteller eine nicht verlangte Ware oder Leistung an Stelle der verlangten Ware oder Leistung stillschweigend in der Hoffnung aufgedrängt wird, der Besteller werde den Unterschied nicht bemerken oder, um sich Unannehmlichkeiten zu ersparen, es bei der ihm aufgedrängten Lage bewenden lassen (BGH GRUR 1965, 361, 362 - Taxibestellung; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9. Aufl. Bd. I UWG § 1 Rdn. 16). Die Revision macht insoweit auch keine Bedenken geltend.

II. 1. Unter diesen Umständen, so führt das Berufungsgericht weiter aus, verstoße das vom Beklagten gegen die Klägerin und deren Beauftragte ausgesprochene Hausverbot gegen § 1 UWG. Zwar könne nicht jedem Hersteller von Markenwaren ein allgemeines Überwachungsrecht gegenüber den seine Waren vertreibenden Händlern in der Weise eingeräumt werden, daß der Hersteller beim Händler jederzeit nachprüfen dürfe, ob dieser sich wettbewerbsgemäß verhalte, insbesondere nicht Waren anderer Hersteller unterschiebe; denn damit würde man dem Hersteller von Markenwaren weitergehende Befugnisse zubilligen, als sie den Polizeibehörden bei der Verfolgung strafbarer Handlung zustehen. Im vorliegenden Falle aber ergebe das Verhalten des Beklagten, daß

er nicht gewillt sei, die einstweilige Verfügung zu beachten, und daß auch künftig mit gleichartigen Verstößen zu rechnen sei. Daher würde die Beachtung des Hausverbots die einstweilige Verfügung illusorisch machen, deren Einhaltung weder von Amts wegen noch von dritter Seite überwacht werde; ein Hausverbot sei aber unzulässig und sittenwidrig, wenn es nach der Sachlage dazu dienen solle, ein gesetzwidriges Treiben in einem der Öffentlichkeit zugänglichen Geschäftsraum zu ermöglichen und vor anderen zu verheimlichen. Unter diesen Umständen müsse bei Abwägung aller Interessen, darunter dem der Öffentlichkeit an der Lauterkeit des Wettbewerbs, das Hausrecht des Beklagten zurücktreten; unerheblich sei dabei, ob der Beklagte die Waren der Klägerin noch führe, da davon die Möglichkeit des Unterschiebens anderer Waren nicht berührt werde.

2. Diese Darlegungen halten den Angriffen der Revision im Ergebnis stand.

a) Der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, wonach die Überwachung eines Einzelhändlers durch den Hersteller von Markenwaren mittels sogenannter Testkäufe nur unter besonderen Umständen zulässig sei, ist an sich zu eng; dadurch ist der Beklagte jedoch nicht beschwert. Der erkennende Senat hat inzwischen im Urteil vom 14. April 1965 (BGHZ 43, 359 = GRUR 1965, 612 - Warnschild) ausgesprochen, daß Kontroll- und Probekäufe grundsätzlich zulässig sind (vgl. auch BGH GRUR 1965, 607, 609 - Funkmietwagen). Sie entsprechen,

wie in dem zuerst genannten Urteil (BGHZ 43, 359, 367) ausgeführt ist, verschiedenartigen Bedürfnissen, wie z.B. dem nach der Kontrolle der Beschaffenheit der Ware, ihrer Preiswürdigkeit, ihrem Vergleich mit Waren anderer Art oder Sorte und dgl.. In vielen Fällen sollen die Kontrollkäufe dem Beweis von Rechtsverletzungen dienen; daß sie ohne Angabe ihres Zweckes vorgenommen werden, entspricht der allgemein anerkannten Notwendigkeit; der Einzelhändler muß sie hinnehmen, weil er durch die Eröffnung der Geschäftsräume für den allgemeinen Verkehr zu erkennen gegeben hat, daß er zum Verkauf der darin ausgelegten Ware ohne Rücksicht darauf bereit ist, welche Zwecke der Käufer mit dem Erwerb der Ware verfolgt; einer Heranziehung vertraglicher Pflichten bedarf es insoweit nicht.

Diese Grundsätze gelten - wie auch dem angeführten Urteil zu entnehmen ist - für Kontrollkäufe ganz allgemein, nicht nur für den in jenem Urteil entschiedenen Fall der Überwachung vertikaler Preisbindungen gegenüber einem vertraglich nicht gebundenen Einzelhändler. Danach ist der Hersteller von Markenwaren grundsätzlich auch berechtigt, durch Testkäufe zu prüfen, ob dem seine Waren verlangenden Kunden nicht stillschweigend andere Waren unterschoben werden; es kann keine Rede davon sein, daß dem Hersteller damit Befugnisse verliehen würden, die weiter gingen als solche der Polizei bei der Verfolgung strafbarer Handlungen, denn der Kontroll- oder Testkäufer tut nichts anderes als jeder andere Käufer, der den Laden entsprechend dem mit der Eröffnung des Geschäftes allgemein geäußerten Willen des Einzelhändlers betritt, um darin bereitgehaltene Ware

zu erwerben. Daß die hier in Rede stehenden Kontrollkäufe der Klägerin unter Umständen stattgefunden hätten, die ausnahmsweise ihre Sittenwidrigkeit begründen würden - z.B. Kauf in der bloßen Absicht, den Mitbewerber "hineinzulegen", Hinwirken des Testkäufers auf einen Verstoß mit verwerflichen Mitteln (BGH aaO S. 367) -, ist weder dargetan noch festgestellt.

Danach ergibt sich, daß erst recht unter den besonderen vom Berufungsgericht festgestellten Umständen die von der Klägerin veranlaßten Testkäufe nicht zu beanstanden waren, namentlich nicht etwa gegen die guten Sitten verstießen. Dann aber handelte der Beklagte - bei Unterstellung des noch zu erörternden Wettbewerbszwecks seines Verhaltens - seinerseits wettbewerbswidrig, wenn er der Klägerin das ihr zustehende Recht auf Überwachung seines Geschäftsgebarens dadurch beschneiden wollte, daß er allein ihr gegenüber sich auf ein Hausrecht berief, dessen er sich durch die Eröffnung des Ladens zum allgemeinen Verkehr insoweit begeben hatte.

b) Mit diesen Darlegungen erledigt sich die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe verkannt, daß ein Hausverbot erst dann zur unlauteren Wettbewerbsbehandlung werden könne, wenn der Hersteller ein berechtigtes Interesse an der Aufklärung bereits gegebener oder der Vereitelung weiterer unmittelbar drohender ernstlicher Wettbewerbsverstöße nachweisen könne, die schon vor Einleitung der an sich die Rechte des Händlers verletzenden Überwachungsmaßnahmen die

vollen Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 1 UWG ergäben. Denn die Revision sieht zu Unrecht den Testkauf an sich als eine die Rechte des Händlers verletzende Maßnahme an; wollte man ihn - mit der Revision - erst zulassen, wenn der Nachweis eines Verstoßes gegen § 1 UWG schon auf andere Weise geführt werden kann, dann bedürfte es dieses Überwachungsmittels in der Regel überhaupt nicht mehr.

c) Zu Unrecht bezweifelt die Revision auch, daß der Beklagte das Hausverbot "zu Zwecken des Wettbewerbs" ausgesprochen habe. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, daß das Verhalten des Beklagten objektiv geeignet sei, den Absatz der Klägerin zugunsten von Konkurrenzunternehmen zu verringern, und daß auch die darauf gerichtete Absicht nicht völlig hinter dem vom Beklagten behaupteten Beweggrund zurücktrete, sich und seine Angestellten vor den Nachstellungen der Klägerin zu schützen. Von "Nachstellungen" könne keine Rede sein, wenn es sich - wie hier - um rechtlich zulässige Testkäufe handle; zum andern könne zwar unterstellt werden, daß die von der Klägerin eingeleiteten, in Verbindung mit der einstweiligen Verfügung und den Bestrafungsanträgen notwendigen gerichtlichen Schritte für den Beklagten selbst und seine Angestellten lästig seien; doch habe der Beklagte sich diese Schritte nach seinen Wettbewerbsverstößen selbst zuzuschreiben, so daß schon deshalb nicht angenommen werden könne, die Wettbewerbsabsicht trete hinter der Absicht der Abwehr völlig zurück. Diese Darlegungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

Demgegenüber kann sich die Revision nicht darauf berufen, der Beklagte habe nach seinem Vortrag schon seit Jahren versucht, durch Unterrichtung und Überwachung seiner Angestellten die ihm angelasteten Wettbewerbsverstöße zu verhindern. Daß ihm dies nicht völlig gelungen ist, ergibt sich aus dem Strafbeschuß; im übrigen aber könnte ein solches Bemühen keinesfalls als Anzeichen dafür gewertet werden, daß bei der Verhängung des Hausverbots keine rechtlich ins Gewicht fallende Wettbewerbsabsicht vorgelegen habe; das Berufungsgericht hätte mit gleicher Berechtigung den umgekehrten Schluß ziehen können, daß das Hausverbot den Zweck habe, Wettbewerbsverstöße, die trotz dieses Bemühens auch weiterhin geschehen könnten, vor Entdeckung zu bewahren.

d) Auch die vom Berufungsgericht vorgenommene Interessenabwägung kann nicht als rechtsfehlerhaft angesehen werden. Dabei kann dahingestellt bleiben, mit welchem Gewicht hier, wo es sich um ein nur der Klägerin gegenüber ausgesprochenes und nicht öffentlich bekanntgemachtes Hausverbot handelt, das Interesse der Öffentlichkeit an der Lauterkeit geschäftlichen Handelns zu bewerten ist. Jedenfalls hat das Berufungsgericht das Interesse der Klägerin nicht rechtsirrig überbewertet, wenn es die ihr durch Verstöße gegen die einstweilige Verfügung neben der wettbewerblichen Benachteiligung drohende Gefahr einer Umwandlung ihrer Warenkennzeichnung zur bloßen Gattungsbezeichnung höher eingeschätzt hat als die dem Beklagten aus Überwachungsmaßnahmen der Klägerin etwa erwachsenden Schwierigkeiten mit seinen Angestellten. Auf den von der Revision als

übergangen gerügten Vortrag (§ 286 ZPO), Angestellte des Beklagten hätten ihm wegen der Schwierigkeiten mit der Klägerin mit Kündigung gedroht, kommt es in diesem Zusammenhang schon deshalb nicht an, weil nicht ersichtlich ist, daß mit diesen "Schwierigkeiten" andere als die auf erwiesene Wettbewerbsverstöße zurückgehenden gerichtlichen Maßnahmen (Zeugenvernehmungen u. dgl.) gemeint sind. Diese aber könnten keinesfalls ein berechtigtes Interesse des Beklagten am Unterbleiben weiterer Testkäufe begründen; dazu hätte vielmehr unter Beweis gestellt werden müssen, daß auch aus Testkäufen, die nicht zur Aufdeckung von Wettbewerbsverstößen führen, für den Beklagten unzumutbare Schwierigkeiten mit seinen Angestellten zu besorgen seien; in dieser Richtung ist aber weder etwas dargetan, noch ist ersichtlich, wie solche Schwierigkeiten entstehen sollten.

e) Die Revision versucht schließlich die rechtliche Würdigung des Berufungsgerichts dadurch zu erschüttern, daß sie das Bestehen einer Wiederholungsgefahr im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in Abrede stellt; dazu erhebt sie verschiedene Rügen nach §§ 139, 286 ZPO.

Auf diese Rügen kommt es jedoch im Ergebnis nicht an. Denn die Klägerin macht nicht einen Unterlassungsanspruch geltend, für den allerdings das Bestehen der Wiederholungsgefahr als Voraussetzung zu fordern wäre; sie verlangt vielmehr die Beseitigung einer Störung, die in der Fortdauer des Hausverbots zu erblicken ist und die erst mit der Zurücknahme dieses Verbotes ihr Ende findet. Für diesen Beseitigungsanspruch, der sich,

wie das Oberlandesgericht zutreffend erkannt hat, unmittelbar aus § 1 UWG herleiten läßt, ist aber die Wiederholungsgefahr bezüglich der wettbewerbswidrigen Handlungen, die ihrerseits nur Anlaß für die hier streitigen Testkäufe waren, nicht erforderlich; es geht gerade nicht darum, daß diese Handlungen für die Zukunft untersagt werden sollen, sondern darum, ob die Klägerin weiterhin daran gehindert werden darf, durch Testkäufe zu überwachen, ob solche Verstöße - hier: Unterschieben von nicht verlangten Waren-fortgesetzt werden. Diese Behinderung besteht aber, solange der Beklagte das Hausverbot aufrecht erhalten will.

III. Da das angefochtene Urteil auch im übrigen keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beklagten ersehen läßt, war dessen Revision als unbegründet mit der Kostenfolge gemäß § 97 ZPO zurückzuweisen.

Jungbluth

Sprenkmann

Mösl

Bundesrichter Alff ist
wegen Urlaubs an der Ab-
gabe der Unterschrift
verhindert.

Jungbluth

Simon