

8

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: ja

UWG § 1

" W a r n s c h i l d "

- a) Probekäufe zur Überwachung vertikaler Preisbindungen sind grundsätzlich auch dann nicht zu beanstanden, wenn sie bei vertraglich nicht gebundenen Einzelhändlern vorgenommen werden. Sie sind nur unter besonderen Umständen als sittenwidrig anzusehen, so z. B., wenn mit ihnen, ohne daß hinreichende Anhaltspunkte für eine bereits begangene oder bevorstehende Rechtsverletzung gegeben sind, lediglich die Absicht verfolgt wird, den Mitbewerber "hineinzulegen", oder wenn besondere Mittel angewandt werden, um den Einzelhändler zur Abgabe der Ware unter dem gebundenen Preis zu verleiten.
- b) Die Aufstellung von Warnschildern durch Einzelhändler, auf denen diese sogenannten "Testkäufern" das Betreten der Geschäftsräume unter Androhung der Strafverfolgung wegen Hausfriedensbruchs verbieten, verstößt wegen der damit verbundenen, das Käuferpublikum anlockenden Wirkung gegen § 1 UWG.
- c) Ein Preisbindungssystem ist nicht schon deshalb lückenhaft, weil der Preisbinder mit den Großhändlern nicht vereinbart, daß sie ihm zur Überwachung der Weitergabe der Preisbindung an die Einzelhändler jederzeit Einsicht in ihre Geschäftsbücher gewähren.

BGH, Urt. v. 14. April 1965 - Ib ZR 72/63

OLG Hamm/Westf.

LG Essen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 72/63

URTEIL

Verkündet am

14. April 1965

Zug,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma H [REDACTED] & C [REDACTED] GmbH., D [REDACTED]-H [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsführer,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Werner L [REDACTED] GmbH.,
vertreten durch ihre Geschäftsführer, G [REDACTED],
W [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. April 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Jungbluth, Pehle, Dr. Sprenkmann, Dr. Mösl und Alff

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm/Westf. vom 30. April 1963 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen vom 14. Dezember 1962 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß unter a) der Urteilsformel die Worte "Perla, die Seife Fa, Ladon" entfallen.

Die Beklagte hat auch die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin befaßt sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von Seifen und Waschmitteln. Sie nimmt für sich in Anspruch, für ihre Markenartikel - mindestens für verschiedene Verpackungsgrößen und -formen dieser Erzeugnisse - eine vertikale Bindung der Letztverbraucherpreise beim Bundeskartellamt angemeldet, diese Preisbindung glückenlos durchgeführt zu haben und ihre Einhaltung ständig zu überwachen.

Die Beklagte verkauft in ihren Geschäftsräumen u.a. Markenartikel der Klägerin an Letztverbraucher. In



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

diesen Geschäftsräumen hat sie ein Schild mit der Aufschrift ausgehängt:

"Testkäufern ist das Betreten unserer Verkaufsräume strengstens untersagt. Zuwiderhandlungen werden wegen Hausfriedensbruchs strafrechtlich verfolgt. Testkäufer werden für den Schaden haftbar gemacht."

Eine Aufforderung der Klägerin, dieses Schild zu entfernen, hat die Beklagte zurückgewiesen. Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin daraufhin beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

1. es zu unterlassen, durch Warnschilder oder andere Bekanntmachungen Testkäufern das Betreten der Geschäftsräume der Beklagten zu verbieten, soweit von dieser Mitteilung Personen betroffen sind, die zur Überwachung der Preiseinhaltung hinsichtlich der Markenartikel:
Persil 59, Wipp perfekt, Dixan, Perwoll, Sil, Henko, Dor, Imi, Ata, Perla, die Seife Fa, Ladon der Klägerin tätig werden;
2. das schon angebrachte Schild, mit dem auch den Testkäufern der Klägerin das Betreten der Geschäftsräume der Beklagten verboten wird, zu entfernen.

Die Klägerin hat geltend gemacht, in der Aufstellung des Schildes sei ein widerrechtlicher Eingriff in ihren Gewerbebetrieb, zu dessen geschützten Erscheinungsformen ihr Preisbindungssystem gehöre, ferner aber auch ein Verstoß gegen § 1 UWG zu erblicken, da die Beklagte durch das Schild nach außen zu erkennen gebe, daß sie die Preisbindung der Klägerin nicht beachten wolle.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und im wesentlichen vorgebracht, sie sei nicht durch vertragliche Abmachungen mit der Klägerin an die von dieser vorgeschriebenen Preise gebunden; im übrigen übe sie nur ihr Hausrecht aus; sie brauche sich in ihren Geschäftsräumen nicht bespitzeln zu lassen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision beantragt die Klägerin, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts unter Fortlassen der Produkte Perla, Seife Fa und Ladon zurückzuweisen. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Ansprüche der Klägerin aus dem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (§§ 823 Abs. 1, 1004 BGB) verneint das Berufungsgericht. Es bezweifelt schon, ob das dem § 16 GWB entsprechende Preisbindungssystem überhaupt als eine nach § 823 Abs. 1 BGB schutzfähige Erscheinungsform des den Preis bindenden Unternehmens angesehen werden könnte; dazu verweist das Berufungsgericht besonders auf die sich bei Anwendung dieser Gesetzesbestimmung ergebende Folge einer Haftung des ein solches Preisbindungssystem beeinträchtigenden Dritten (Händlers oder Käufers) aus bloß fahrlässigem Verhalten, die es für untragbar hält. Mindestens aber, so führt das Berufungsgericht weiter aus, fehle es im vorliegenden Falle an der Widerrechtlichkeit des behaupteten störenden Eingriffs.

Zu den hierauf sich beziehenden Ausführungen des Berufungsgerichts braucht im einzelnen nicht Stellung

genommen zu werden. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb hat nämlich, soweit es sich um Handlungen im Bereich des geschäftlichen Wettbewerbs handelt, nur lückenausfüllenden Charakter (BGHZ 36, 252, 256 - Gründerbildnis; BGH GRUR 1964, 154, 156 - Trockenrasierer, insoweit in BGHZ 40, 136 ff nicht abgedruckt). Dann aber bedarf es im Streitfalle gegenüber dem hier angegriffenen wettbewerblichen Verhalten einer Heranziehung des § 823 Abs. 1 BGB nicht; denn die Klägerin kann sich, wie noch auszuführen ist, gegen dieses Verhalten auf Grund des § 1 UWG zur Wehr setzen. Als Anspruchsgrundlage kommen danach lediglich die Vorschriften der §§ 1, 13 Abs. 1 UWG, gegebenenfalls noch der §§ 826, 1004 BGB in Betracht.

2. Im Rahmen des § 1 UWG hat das Berufungsgericht die Klageansprüche zunächst unter dem rechtlichen Gesichtspunkt geprüft, ob die Aufstellung des beanstandeten Werbeschildes die Gefahr einer sittenwidrigen Beeinträchtigung des `P r e i s b i n d u n g s s y s t e m s` der Klägerin in Gestalt von unzulässigen Preisunterbietungen besorgen läßt. Hierbei ist es zu dem Ergebnis gelangt, daß zwar schon durch die Aufstellung des beanstandeten Schildes sowie durch Bekanntmachungen entsprechenden Inhalts die Gefahr künftiger Preisunterbietungen begründet werde, daß aber solche Preisunterbietungen der Beklagten nicht sittenwidrig sein würden; die Beklagte sei nach ihrem nicht widerlegten Vorbringen zur Einhaltung der von der Klägerin vorgeschriebenen Preise nicht durch Vertrag gebunden; als Außenseiterin aber könne sie nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die von der Klägerin eingeführte Preisbindung lückenlos sei; nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin sei diese Voraussetzung jedoch "im Zeitpunkt der Klageerhebung" nicht erfüllt gewesen. Im einzelnen bezieht sich das Berufungsgericht hierzu auf Feststellungen und

je

Ausführungen in seinem Urteil vom 8. März 1963 (abgedruckt BB 1963, 450 ff).

Gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Preisbindung der Klägerin sei theoretisch und praktisch nicht lückenlos, erhebt die Revision eine Reihe verfahrensrechtlicher und sachlichrechtlicher Angriffe. Auf sie braucht aus noch zu erörternden Gründen nicht umfassend eingegangen zu werden. Mit Recht bemängelt die Revision insoweit aber jedenfalls, daß das Berufungsgericht seine Entscheidung auf den Zeitpunkt der Klageerhebung statt auf den der letzten mündlichen Verhandlung abgestellt hat. Ebenfalls zu Recht wendet die Revision sich ferner gegen die Rechtsauffassung des Berufungsgerichts, der Schutz des Preisbindungssystems im Rahmen des § 1 UWG hänge davon ab, daß der Preisbinder den unmittelbar von ihm beziehenden Großhandel durch Einsicht in dessen Bücher und Geschäftsunterlagen darauf überwache, daß dieser die Preisbindung ordnungsgemäß und lückenlos an seine wiederverkaufenden Abnehmer weitergebe (vgl. BB 1963, 450, 451 unter 3). Allerdings hat der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs als ein Erfordernis der gedanklichen Lückenlosigkeit des Preisbindungssystems bezeichnet, daß der Preisbinder die Einhaltung der Verpflichtung zur Weitergabe der Bindung "von Stufe zu Stufe überwache" (BGHZ 40, 135, 141 - Trockenrasierer); er hat aber dazu allgemein weiter ausgeführt, daß von dem bindenden Unternehmen nichts Unzumutbares und nach der Sachlage Unnötiges verlangt werden dürfe, das Ausmaß der Überwachungstätigkeit sich vielmehr nach dem der Gefahr von Verstößen richten müsse (aaO S. 147). Dementsprechend ist es auch nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats für die Schutzfähigkeit eines auf rechtswirksamen Verträgen beruhenden Bindungssystems nicht erforderlich, daß von vornherein und allgemein einzelne

bestimmte Kontrollmaßnahmen wie die Überwachung des Großhandels vorgesehen werden, die vielmehr, wie der Senat in der Entscheidung GRUR 1964, 320, 321 f - Maggi - ausgeführt hat, regelmäßig nicht notwendig erscheint (vgl. auch Urt. vom 20. November 1964 - Ib ZR 116/62 - Speick). Daher kann dem Berufungsgericht keinesfalls in der Ansicht gefolgt werden, der Preisbinder sei - was die Klägerin unterlassen hat - allgemein verpflichtet, sich von den von ihm belieferten Großhändlern das Recht auf Bucheinsicht einräumen zu lassen. Die Auffassung des Berufungsgerichts überspannt die an die Überwachungspflichten des Preisbinders zu stellenden Anforderungen selbst dann, wenn die Büchereinsicht in der Weise vereinbart würde, daß sie durch einen zur Verschwiegenheit verpflichteten Treuhänder ausgeübt werden müßte (zutreffend OLG Koblenz WRP 1964, 94, 97). Eine Überwachung durch Bucheinsicht wäre zudem in aller Regel nicht einmal g e e i g n e t , Verletzungen der Preisbindungsvereinbarung mit der für die Aufrechterhaltung der praktischen Lückenlosigkeit der Preisbindung erforderlichen Schnelligkeit festzustellen, da im Streitfall meistens mit der Verweigerung der Bucheinsicht gerechnet werden müßte. Das Verlangen nach Bucheinsicht ist aber vor allem, zumal im Hinblick auf das begründete Interesse des Großhandels an der Wahrung des Geheimnisses seiner sonstigen Geschäftsbeziehungen, namentlich zu anderen Lieferanten, auch unzumutbar, wenn man berücksichtigt, daß ausreichende andere Mittel für die Überwachung der Preisbindung zur Verfügung stehen. Unter diesen kommt in erster Linie der sog. Testkauf auf der Einzelhandelsstufe in Betracht.

II. Das Berufungsurteil beruht hiernach, soweit es eine wirksame Preisbindung der Klägerin verneint, min-

destens zum Teil auf rechtsirrigen Erwägungen. Es kann aber dahingestellt bleiben, ob das Urteil trotz dieser Bedenken im Ergebnis insoweit zu billigen ist, als es Ansprüche verneint, die von dem Bestehen einer l ü c k e n - l o s e n Preisbindung der Klägerin abhängen. Denn die Klage ist nach § 1 UWG jedenfalls deshalb begründet, weil die Aufstellung des beanstandeten Schildes oder eine Bekanntmachung entsprechenden Inhalts einen Verstoß gegen die Grundsätze des lauterer Wettbewerbs auch dann darstellt, wenn die Preisbindung der Klägerin nicht lückenlos sein sollte.

Das Berufungsgericht bezeichnet es als naheliegend, daß das angegriffene Schild eine allgemein wettbewerbswidrige Ankündigung deshalb enthält, weil die Beklagte sich damit zum Zwecke der Werbung den Nimbus des Preisbrechers gibt. Dazu führt es näher aus, die Ankündigung sei geeignet, bei den Käufern den Eindruck zu erwecken, man habe es mit einem Geschäftsmann zu tun, der sich über die Kontrollen der preisbindenden Unternehmen hinwegsetze und - wenigstens vielleicht - auch tatsächlich die Preisbindung mißachte und billiger verkaufe. Eine solche Werbung sei unlauter.

Das Berufungsgericht meint dann allerdings, ein daraus herzuleitender Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG stehe jedenfalls nicht der K l ä g e r i n zu, da von der gekennzeichneten Wettbewerbswirkung "in erster Linie" lediglich die örtlichen Mitbewerber des Einzelhandels betroffen würden, deren Rechte die Klägerin nicht wahrnehmen könne und, wie die Auslegung ihres Klageantrages ergebe, auch nicht wahrnehmen wolle. Zwar komme an sich in Betracht, daß die Beklagte mit der beanstandeten Wer-

bung auch solche Kunden anlocke, die Erzeugnisse von Konkurrenzfirmen der Klägerin kaufen wollen und bei der Beklagten auch kaufen könnten, so daß auch die Klägerin selbst durch den Wettbewerb der Beklagten mindestens mittelbar berührt werde; gegen derartige Auswirkungen des beanstandeten Schildes wende die Klägerin sich aber gar nicht; nach der ausdrücklichen Fassung des Klageantrages bekämpfe sie das Schild vielmehr nur insoweit, als ihre eigenen Testkäufer dadurch behindert seien. Dagegen wolle sie ersichtlich nicht geltend machen, daß das Schild allgemein geeignet sei, die bereits erörterte nachteilige Wirkung im Wettbewerb auszulösen. Aus diesem Grunde hat das Berufungsgericht sich gehindert gesehen, den von ihm aufgezeigten wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkt bei der Entscheidung zu berücksichtigen.

1. Der Ausgangspunkt des Berufungsurteils wird von der Revision als der Klägerin günstig nicht angegriffen. Ihm ist auch beizutreten. Es verstößt in der Tat gegen das Anstandsgefühl des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden und der Allgemeinheit, wenn ein Einzelhändler durch ein in seinen Geschäftsräumen angebrachtes Schild oder eine andere entsprechende Bekanntmachung Testkäufern das Betreten dieser Räume bei Strafandrohung verbietet; das gilt jedenfalls, wenn für die in Betracht kommenden Kunden Anlaß zu der Annahme besteht, daß der Einzelhändler preisgebundene Waren führt; dies ist bei der Beklagten nach dem unstreitigen Sachverhalt ohne weiteres zu bejahen. Wie das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß annimmt, erweckt eine derartige Bekanntgabe des an Testkäufer gerichteten Verbots den Anschein, daß in dem Geschäft preisgebundene Waren unter den gebundenen Preisen verkauft werden. Mit Recht erachtet das Berufungsgericht

eine solche Werbung als unlauter, wobei es dahingestellt bleiben läßt, ob die Beklagte gebundene Preise für Markenware unterbietet oder ob dies nicht der Fall ist. In beiden Fällen liegt eine unlautere Werbung vor; denn - wie das Berufungsgericht weiter ausführt - entweder ist der beim Publikum hervorgerufene Eindruck eines Preisbrechers falsch, weil die Beklagte in Wahrheit keine preisgebundenen Artikel führt oder keine gebundenen Preise unterbietet - dann lockt die Beklagte in einer auch § 3 UWG verletzenden Weise Kunden durch eine irreführende Ankündigung an -, oder die Ankündigung ist insofern richtig, als die Beklagte tatsächlich preisgebundene Waren unter dem gebundenen Endverbraucherpreis abgibt - dann wirbt sie mit der Inaussichtstellung eines Verhaltens, das in aller Regel, jedenfalls aber dann eine Verletzung des § 1 UWG darstellt, wenn es, wie dies aus der Ankündigung der Beklagten zu entnehmen ist, planmäßig und unterschiedslos gegenüber jeder, auch einer rechtlich nicht angreifbaren Preisbindung betrieben wird. Auch in dem zuletzt genannten Falle verstößt die Beklagte gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs. Eine Werbung nämlich, mit welcher der Werbende seinen Willen zu einer planmäßigen Verletzung anerkannter wettbewerbsrechtlicher Grundsätze kundgibt, ist ihrerseits sittenwidrig. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Beklagte, sofern sie tatsächlich unter den gebundenen Preisen verkauft, mit der Aufstellung des Warnschildes im Grunde vor allem gerade diese Werbewirkung erzielen will - was das Berufungsgericht zwar als naheliegend ansieht, aber nicht feststellt -, oder ob es ihr in erster Linie darauf ankommt, Kontrollkäufer von ihren Geschäftsräumen fernzuhalten; denn der letztere Beweggrund schließt die Absicht ein, die Unterpreisverkäufe ungestört durchführen zu können und dadurch - was auch das Berufungsgericht für diesen Fall an-

nimmt - einen Vorsprung vor den Mitbewerbern zu erlangen, die sich an die gebundenen Preise halten.

Die Beklagte vertritt demgegenüber die Ansicht, die Aufstellung der fraglichen Warnschilder könne bei der im Rahmen des § 1 UWG gebotenen Gesamtwürdigung aller Umstände deshalb nicht als wettbewerbswidrig angesehen werden, weil damit das verfassungsrechtlich geschützte Hausrecht vor widerrechtlichen Eingriffen geschützt werde, zu denen nicht einmal die Polizei befugt sei; die Bespitzelung durch Testkäufer ("agents provocateurs") sei ein grundsätzlich zu mißbilligendes Mittel der Preisbindungskontrolle; es sei unehrlich, hinterlistig, strafbar und sittenwidrig; moralisch sei der Spitzel mit dem Betrüger auf eine Stufe zu stellen; praktisch lege der Preisbinder sich als eine Art Privatpolizei eine private Hausdurchsuchungsbefugnis bei.

Im Grunde betreffen diese Ausführungen der Beklagten indessen nur die Frage, ob Testkäufe überhaupt zulässig sind, sowie - wenn dies zu verneinen wäre -, ob das Hausrecht des Einzelhändlers diesem jedenfalls das Recht gibt, Testkäufern im Einzelfall oder darüber hinaus auch allgemein das Betreten der Geschäftsräume mit der rechtlichen Wirkung zu untersagen, daß der dem Verbot zuwiderhandelnde Testkäufer sich des Hausfriedensbruchs auch dann schuldig macht, wenn er wie jeder sonstige Käufer auftritt. Um diese Fragen geht es im Streitfall nicht; hier ist vielmehr nur darüber zu befinden, ob der Einzelhändler Warnschilder der beanstandeten Art aufstellen darf. Diese Frage aber ist, selbst wenn aus dem Hausrecht an sich die Befugnis zu dem besagten Verbot gegenüber Kontrollkäufern abzuleiten wäre, zu verneinen, wenn das Warnschild die bereits hervorgehobenen wettbewerbswidrigen Wirkungen äußert.

Dies erhellt ohne weiteres, wenn der Einzelhändler - was das Berufungsgericht als eine der in Betracht kommenden Möglichkeiten unterstellt - die Preise in Wahrheit gar nicht unterbietet; denn er lockt dann, wie dargelegt, Kunden durch eine täuschende Angabe an und greift damit in schutzwürdige Belange dritter Personen ein, die an der Auseinandersetzung über die Rechtmäßigkeit der Ausübung des Hausrechts gegenüber Kontrollkäufern nicht beteiligt sind.

Anderer Erwägungen bedarf es dagegen, wenn die Beklagte, was das Berufungsgericht als möglich gleichfalls unterstellt und was deshalb auch für das Revisionsverfahren zugunsten der Beklagten zugrunde zu legen ist, tatsächlich unter den gebundenen Preisen verkauft, das Publikum also nicht durch Täuschung, sondern durch Inaussichtstellen einer Rechtsverletzung anlockt. In diesem Falle ist ein Interessenkonflikt gegeben, an dem neben dem Einzelhändler mindestens in erster Linie die durch die Rechtsverletzung betroffenen preisbindenden Unternehmen und die sich an die gebundenen Preise haltenden übrigen Händler beteiligt sind. Bei der rechtlichen Beurteilung dieses Konflikts könnte für die Frage, ob die Aufstellung eines zur Abwehr von Kontrollkäufern bestimmten Warnschildes als sittenwidrig zu erachten ist, möglicherweise von Bedeutung sein, ob der Kontrollkauf durch Testkäufer, die sich als solche nicht zu erkennen geben, seinerseits eine rechtlich zu mißbilligende Maßnahme darstellt. Ob diesem Gesichtspunkt innerhalb des § 1 UWG überhaupt Bedeutung beigemessen werden kann, braucht jedoch nicht abschließend entschieden zu werden; denn der oben wiedergegebenen Auffassung der Beklagten kann jedenfalls in ihrer Allgemeinheit nicht beigetreten werden.

Kontroll- und Probekäufe werden von den verschiedensten Personenkreisen und zu mannigfachen Zwecken vor-

genommen. Sie entsprechen verschiedenartigen Bedürfnissen, wie z. B. dem nach der Kontrolle der Beschaffenheit der Ware, ihrer Preiswürdigkeit, ihrem Vergleich mit Waren anderer Art oder Sorte, der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften in bezug auf Preis, Bezeichnung, Eigenschaften, Verpackung, Aufbewahrung, Preisnachlässe oder Gewährung von Zugaben. In vielen dieser Fälle soll der Kontrollkauf dem Beweise von Rechtsverletzungen, auch von strafbaren Handlungen dienen. Keineswegs sind solche Probe- oder Kontrollkäufe etwa allgemein rechtlich zu mißbilligen; daß sie ohne Angabe ihres Zweckes vorgenommen werden, entspricht einer unausweichlichen, 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 Waren ohne Rücksicht darauf bereit ist, welche Zwecke der Käufer mit dem Erwerb der Ware verfolgt; einer Heranziehung - hier nicht festgestellter - vertraglicher Pflichten des Einzelhändlers gegenüber dem Preisbinder bedarf es dafür nicht (Helle, NJW 1963, 1022; OLG Hamm WRP 1964, 311; a.M. OLG München vom 25.6.1964 = WuW/E OLG 690 im Anschluß an das Berufungsurteil in der vorliegenden Sache). Dementsprechend hat schon der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in dem nicht veröffentlichten, eine Zuwiderhandlung gegen das Rabattgesetz betreffenden Urteil vom 29. März 1960 (I ZR 21/59) ausgeführt, das im Geschäftsleben nicht selten angewandte Mittel des Kontrollkaufs sei nur dann als sittenwidrig anzusehen, wenn die Umstände des Falles hierzu besonderen Anlaß gäben, etwa, wenn der Wettbewerber, ohne hinreichende Anhaltspunkte für eine bereits begangene oder bevorstehende Rechtsverletzung zu haben, lediglich die Absicht verfolge, den Mitbewerber "hineinzulegen"; dasselbe kann der Fall sein, wenn der Kontrollkäufer den Mitbewerber

ju

durch Anwendung besonderer Mittel dazu bringt, ihm die Ware unter dem gebundenen Preise zu verkaufen. Verhält der Kontrollkäufer sich aber - wovon im vorliegenden Falle auszugehen ist - wie der Durchschnittskäufer, dann verstößt der Kontrollkauf nicht gegen die guten Sitten; insbesondere kann darin in diesem Falle auch nicht etwa eine widerrechtliche Teilnahme an dem vom Einzelhändler begangenen Rechtsverstoß gesehen werden, so daß es nicht gerechtfertigt ist, ihn als "agent provocateur" zu bezeichnen (ebenso BGH vom 29. März 1960, I ZR 21/59; ÖstOGH MuW 1929, 401).

Liegen besondere Umstände - wie hier - nicht vor, so ist der Kontrollkauf insbesondere auch dann nicht zu mißbilligen, wenn er der Kontrolle oder Sicherung eines P r e i s b i n d u n g s s y s t e m s dient. Zwar geht es hierbei nur um den Schutz der Interessen Einzelner, aber doch solcher Interessen, denen das Gesetz unter den von ihm aufgestellten Voraussetzungen (§ 16 GWB) vollen Schutz angedeihen läßt. Rechtsprechung und Lehre haben deshalb den Kontrollkauf seit langem als das zur Aufrechterhaltung und Durchführung der Preisbindung in erster Linie geeignete und notwendige Überwachungsmittel bezeichnet, das nicht nur gegenüber vertraglich gebundenen Händlern, sondern auch gegenüber sog. Außenseitern anzuwenden sei (siehe zuletzt BGHZ 40, 135, 141 - Trockenrasierer II).

Demgegenüber könnte zwar an sich darauf hingewiesen werden, der Preisbinder b e d ü r f e der Vornahme von Kontrollkäufen dann nicht, wenn der Einzelhändler wie hier durch die Aufstellung eines Warnschildes zu erkennen gebe, daß er preisgebundene Ware unter Ausnutzung fremden Vertragsbruchs erworben habe und sie unter dem gebundenen

Preise verkaufe; dieses Schild begründe mindestens den Beweis des ersten Anscheins dieses Verstoßes; da dem Preisbinder der Nachweis der tatsächlichen Lückenlosigkeit aber ohnehin lediglich zum Zwecke der Erleichterung dieses Anscheinsbeweises auferlegt sei (vgl. BGHZ aaO), sei gegenüber den so werbenden Einzelhändlern die Vor- nahme von Kontrollkäufen überflüssig. Dieser Gesichtspunkt kann dem Klagebegehren, das sich gegen die Auf- stellung des Warnschildes richtet, jedoch nicht mit Er- folg entgegengesetzt werden. Abgesehen davon, daß es fraglich sein kann, ob die Aufstellung derartiger Warn- schilder den Anscheinsbeweis für das Schleudern auch mit der Ware der jeweils im Einzelfall klagenden Partei begründen würde, dient die Beseitigung bzw. Unterlassung der Aufstellung solcher Warnschilder nicht nur dem Zweck, ein dem Einsatz von Kontrollkäufern und damit der Aufrecht- erhaltung oder Einführung der P r e i s b i n d u n g entgegenstehendes Hemmnis auszuräumen; sie verhindert vielmehr auch das Anlocken des Publikums durch ein wett- bewerbswidriges Mittel. Die letztgenannte Wirkung aber hat nichts mit dem Tatbestand des unzulässigen Preis- schleuderns und mit dessen Nachweis zu tun. Diese aus ganz anderen Gründen gegen § 1 UWG verstoßende Werbewir- kung rechtfertigt bereits für sich allein das Verbot der Anbringung solcher Schilder.

Die als wettbewerbswidrig zu erachtende Werbemaß- nahme der Beklagten kann nach alledem nicht mit der Begrün- dung gerechtfertigt werden, der Einzelhändler setze sich damit lediglich gegen eine zu mißbilligende Maßnahme der preisbindenden Unternehmen zur Wehr (im Ergebnis ebenso: OLG Düsseldorf MA 1963, 71, 72 - zu § 826 BGB -; Gutachten Nr. 2/1962 des Gutachterausschusses für Wettbewerbsfragen, gebildet von den Spitzenorganisationen der gewerblichen

je

Wirtschaft, MA 1964, 794; LG Köln MA 1962, 617; LG Bochum MA 1962, 759).

2. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht hinsichtlich dieser Anspruchsbegründung die Sachbefugnis der Klägerin verneint. Es meint, die Klägerin zähle nicht zu den Mitbewerbern der Beklagten. Diese Auffassung beruht auf einer Verkennung des § 13 Abs. 1 UWG. Den gegen die Aufstellung von Warnschildern der hier fraglichen Art gerichteten, nach § 1 UWG gegebenen Unterlassungsanspruch (und den nach der einhelligen Rechtsprechung in Verbindung damit gegebenen Anspruch auf Beseitigung, vgl. BGH GRUR 1954, 163) kann sowohl der unmittelbar beeinträchtigte Mitbewerber als auch - auf Grund des § 13 Abs. 1 UWG - jeder Gewerbetreibende geltend machen, der Waren gleicher oder verwandter Art herstellt oder in den geschäftlichen Verkehr bringt. Mindestens die letztere Voraussetzung ist im Streitfall gegeben; beide Parteien bringen Seife und Waschmittel in den Verkehr. Allerdings kann, wie auch sonst, so in Fällen des § 13 Abs. 1 UWG, das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ausnahmsweise zu verneinen sein, so z. B., wenn die Parteien sich um den Absatz ihrer Waren nicht innerhalb der gleichen Abnehmerkreise bemühen und aus diesem Grunde jegliche Möglichkeit der Berührung der geschäftlichen Interessen der klagenden Partei ersichtlich ausscheidet. An dieser Möglichkeit fehlt es jedoch nicht schon etwa deshalb, weil die Klägerin ihre Waren mindestens in der Regel über Großhändler vertreibt, während die Beklagte sie unmittelbar an Endverbraucher verkauft; es genügt vielmehr, daß beide Beteiligten ihre gleichartigen Waren innerhalb derselben Endverbraucherkreise abzusetzen suchen und hierbei in Wettbewerb treten; der Umstand, daß sie das auf verschiedenen Stufen des Vertriebsablaufes tun, steht dem Rechts-

schutzbedürfnis für eine Wettbewerbsklage aus §§ 1, 13 Abs. 1 UWG nicht entgegen (BGHZ 18, 175, 182 - Werbeidee; GRUR 1957, 342, 347 unter C II a - Underberg; BGHZ 33, 20 = GRUR 1960, 617, 617 b - Figaros Hochzeit; GRUR 1963, 536, 537 - Iris).

3. Aus der eingeschränkten Fassung des Klageantrags (Bekämpfung des Warnschildes nur, soweit die eigenen Testkäufer der Klägerin dadurch behindert werden) kann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht hergeleitet werden, die Klägerin wolle ersichtlich nicht geltend machen, daß das Schild allgemein geeignet sei, den übrigen Einzelhandelskonkurrenten der Beklagten Kunden zu entziehen, und deshalb sei dieser wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkt nicht zu berücksichtigen.

Die dem Revisionsgericht unbeschränkt offenstehende Auslegung des Klageantrages ergibt nicht, daß darin eine Beschränkung in bezug auf die rechtliche Begründung der Klage zum Ausdruck gelangt sei; ist schon im Zweifel anzunehmen, daß die Klagepartei den erhobenen prozessualen Anspruch unter allen auf den festgestellten Sachverhalt zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkten geltend macht - zumal, wenn es sich um konkurrierende Gesichtspunkte innerhalb einer und derselben Gesetzesnorm (§ 1 UWG) handelt -, so spricht im vorliegenden Falle überdies die eingeschränkte Fassung nur dafür, daß die Klägerin damit dem Grundsatz der Anpassung des Klageantrages an die konkrete Verletzung ihrer eigenen wettbewerbslichen Stellung hat Rechnung tragen wollen. Wenn sie damit eine Einschränkung des Begehrens vorgenommen hat, das ihr an sich zustände, so liegt darin eben doch nicht mehr als eine Beschränkung des prozessualen Begehrens, aber nicht seiner rechtlichen Begründung.

8

III. Aus denselben Gründen ist auch der Anspruch auf Entfernung des Schildes auf Grund des § 1004 Abs. 1 BGB in Verbindung mit § 1 UWG gegeben.

Auf die weitere Frage, ob der Klageanspruch auch aus §§ 826, 249 BGB herzuleiten wäre und ob die Beklagte, was sie bestreitet, mit dem Vorsatz gehandelt hat, der Klägerin Vermögensschaden zuzufügen, braucht hiernach nicht mehr eingegangen zu werden. Vielmehr war auf die Revision der Klägerin das angefochtene Urteil aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts zurückzuweisen.

Die Streichung der drei im Klageantrag zuletzt genannten Waren hat keine entscheidungserhebliche Bedeutung und ist auch für die Bemessung des Streitwerts ohne Belang. Die Kosten auch des zweiten und dritten Rechtszuges waren daher nach § 91 ZPO der Beklagten aufzuerlegen.

Jungbluth Pehle Sprenkman Mösl Alff