

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

AGBG §§ 1, 9 Ba, Cl

a) Die auf den im Eingangsbereich eines Einzelhandelsmarktes angebrachten Hinweis

"Information und Taschenannahme

Sehr geehrte Kunden!

Wir bitten Sie höflich, Ihre Taschen hier an der Information vor dem Betreten des Marktes abzugeben, "

folgende Erklärung

"anderenfalls weisen wir Sie höflichst darauf hin, daß wir an den Kassen gegebenenfalls Taschenkontrollen durchführen müssen",

stellt eine Allgemeine Geschäftsbedingung dar (teilweise Abweichung von BGHZ 124, 39).

b) Die vorgenannte Klausel benachteiligt den Kunden unangemessen, weil sie von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweicht, nach der Taschenkontrollen nur bei konkretem Diebstahlsverdacht zulässig sind.

# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

VIII ZR 221/95

Verkündet am:  
3. Juli 1996  
Mayer  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juli 1996 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Deppert und die Richter Dr. Zülch, Dr. Hübsch, Ball und Wiechers

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 6. Juli 1995 wird auf Kosten der Beklagten mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Urteilsformel dahin berichtigt wird, daß es statt "sich ... auf die ... folgende ... Geschäftsbedingung zu berufen" heißen muß "... die ... folgende ... Geschäftsbedingung zu verwenden".

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Beklagte betreibt Einzelhandelsmärkte, in deren Eingangsbereich eine Hinweistafel mit folgendem Text angebracht ist:

**"Information und Taschenannahme**

**Sehr geehrte Kunden!**

**Wir bitten Sie höflich, Ihre Taschen hier an der Information vor dem Betreten des Marktes abzugeben, anderenfalls weisen wir Sie höflichst darauf hin, daß wir an den Kassen gegebenenfalls Taschenkontrollen durchführen müssen."**

Der Kläger, ein rechtsfähiger Verein, der nach seiner Satzung die Interessen der Verbraucher wahrzunehmen hat und dem in diesem Aufgabenbereich tätige Verbände als Mitglieder angehören, verlangt von der Beklagten gemäß § 13 AGBG nach erfolgloser Abmahnung die Unterlassung der Verwendung dieses Hinweises.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Beklagte verurteilt wird, zu unterlassen, sich in bezug auf Verträge über den Verkauf von Waren in ihren Filialbetrieben auf die dem Hinweis

**"Information und Taschenannahme**

**Sehr geehrte Kunden, wir bitten Sie höflich, Ihre Taschen hier an der Information vor dem Betreten des Marktes abzugeben"**

**folgende und nachfolgend zitierte oder inhaltsgleiche Geschäftsbedingung zu berufen, ausgenommen gegenüber einem Kaufmann im Rahmen seines Handelsgeschäftes:**

**"anderenfalls weisen wir Sie höflichst darauf hin, daß wir an den Kassen gegebenenfalls Taschenkontrollen durchführen müssen".**

**Mit ihrer zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, begehrt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.**

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht, dessen Urteil in NJW-RR 1995, 1330 veröffentlicht ist, hat ausgeführt:

Der von der Beklagten verwendete Hinweis sei nach § 9 AGBG unwirksam, soweit er gegebenenfalls durchzuführende Taschenkontrollen betreffe.

Während der erste Teil ("Wir bitten Sie höflich, Ihre Taschen hier an der Information vor dem Betreten des Marktes abzugeben") lediglich eine unverbindliche Empfehlung oder Bitte darstelle, handele es sich bei dem zweiten Teil ("andernfalls weisen wir Sie höflichst darauf hin, daß wir an den Kassen gegebenenfalls Taschenkontrollen durchführen müssen") um eine den Vertragsinhalt gestaltende Regelung, so daß dieser als Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne von § 1 AGBG zu werten sei. Aus der maßgeblichen Sicht eines durchschnittlichen Kunden ergebe sich daraus wegen der Verwendung des Wortes "müssen" trotz der sprachlichen Fassung ("höflichst" gegebener Hinweis) eine Berechtigung der Beklagten zur Vornahme von Taschenkontrollen, der auf seiten des Kunden eine entsprechende Duldungspflicht gegenüberstehe. Der Zusammenhang mit der zuvor gestellten Bitte um Abgabe der Taschen lege für diesen die Auslegung nahe, eine Taschenkontrolle allein durch eigenes Verhalten - Nichtbefolgung der Bitte um Abgabe der Taschen - zu verursachen und damit auch einverstanden zu sein. Daß die Voraussetzungen einer Taschenkontrolle nicht eindeutig bestimmt seien ("gegebenenfalls"), stehe dem Regelungscharak-

ter der Ankündigung nicht entgegen, weil nach § 5 AGBG durch Unklarheiten einer Klausel deren Rechtsnatur als Allgemeine Geschäftsbedingung nicht aufgehoben werde. Im übrigen enthalte der Hinweis selbst dann eine rechtliche Ausgestaltung des (vor-) vertraglichen Schuldverhältnisses, wenn man ihn nicht im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Einwilligung des Kunden verstehe, weil er jedenfalls als konkludente Erklärung des Verwenders über die Rechtmäßigkeit von Taschenkontrollen und deshalb als eine die bestehende Rechtslage wiedergebende deklaratorische Klausel zu werten sei. Auch als solche unterliege er der Inhaltskontrolle nach §§ 9 ff AGBG, weil die Rechtslage unzutreffend wiedergegeben werde.

Die für die Prüfung der Wirksamkeit maßgebliche kundenfeindlichste Auslegung ergebe, daß nach der Klausel Taschenkontrollen auch ohne konkreten Diebstahlsverdacht gestattet seien. Mit diesem Inhalt weiche sie von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG), nach der die Befugnis zu Durchsuchungsmaßnahmen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren und deshalb auch die mit einer Durchsuchung verbundene polizeiliche Kontrolle stets den Verdacht einer strafbaren Handlung voraussetzten und für die Sicherung oder Durchsetzung eines Anspruchs mittels privater Gewalt (§§ 229, 859 Abs. 2 BGB) nichts anderes gelte. Die Abweichung von der gesetzlichen Regelung benachteilige die Kunden der Beklagten entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen, weil die in einer Taschenkontrolle liegende erhebliche Verletzung des Persönlichkeitsrechts nicht durch ein überwiegendes Inter-

esse der Beklagten an einem Schutz vor Ladendiebstählen gerechtfertigt werde.

II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

1. Das Berufungsgericht hat den zweiten Teil der beanstandeten Klausel ("andernfalls weisen wir Sie höflichst darauf hin, daß wir an den Kassen gegebenenfalls Taschenkontrollen durchführen müssen") zutreffend als Allgemeine Geschäftsbedingung ausgelegt. Dabei kann zugunsten der Revision unterstellt werden, daß die Klausel über den Bezirk des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main hinaus Verwendung findet und das Revisionsgericht deshalb nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 112, 204, 210; 126, 326, 328; Urteil vom 17. Februar 1993 - VIII ZR 37/92 = WM 1993, 955 unter I 2 a; Urteil vom 10. Mai 1995 - VIII ZR 144/94 = WM 1995, 1415 unter II A 3 b) nicht nur zu einer eingeschränkten Überprüfung der Auslegung des Berufungsgerichts auf Rechtsfehler befugt ist, sondern die Klausel selbst auslegen darf. Denn die eigene Auslegung durch den erkennenden Senat führt zu demselben Ergebnis wie diejenige des Berufungsgerichts. Soweit der Senat in seiner Entscheidung vom 3. November 1993 (BGHZ 124, 39, 44 f) die Auffassung vertreten hat, ein Hinweis der hier vorliegenden Art sei regelmäßig insgesamt nicht als Allgemeine Geschäftsbedingung zu werten (zustimmend Graf von Westphalen, NJW 1994, 367; Kohl, LM BGB § 229 Anm. zu Nr. 3 unter 2 a; a.A. Schröder, VuR 1994, 100, 101 f), hält er hieran nicht fest.

a) Der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingung setzt gemäß § 1 AGBG eine Vertragsbedingung, d.h. eine Erklärung des Verwenders voraus, die den Vertragsinhalt regeln soll (BGHZ 99, 374, 376). Vertragsbedingungen im Sinne von § 1 AGBG gelten ebenso wie individuelle vertragliche Vereinbarungen kraft rechtsgeschäftlicher empfangsbedürftiger Erklärungen (§ 2 AGBG). Für die Unterscheidung von allgemeinen (verbindlichen) Vertragsbedingungen und (unverbindlichen) Bitten, Empfehlungen oder tatsächlichen Hinweisen ist deshalb ebenso wie für die Abgrenzung zwischen einer auf die Herbeiführung individueller Rechtsfolgen gerichteten Willenserklärung von einem rein gesellschaftlichen oder tatsächlichen Verhalten (BGHZ 91, 324, 328 ff; 109, 171, 177) auf den Empfängerhorizont abzustellen (BGHZ 101, 271, 273; Erman/Hefermehl, 9. Aufl., AGBG § 1 Rdnr. 7). Eine Vertragsbedingung im Sinne von § 1 AGBG liegt vor, wenn ein allgemeiner Hinweis nach seinem objektiven Wortlaut bei den Empfängern den Eindruck hervorruft, es solle damit der Inhalt eines (vor-) vertraglichen Rechtsverhältnisses bestimmt werden.

b) Danach enthält zwar der erste Teil der beanstandeten Klausel isoliert betrachtet nur eine unverbindliche Bitte um Abgabe der Taschen. Die Formulierung "wir bitten Sie höflich, Ihre Taschen hier an der Information vor dem Betreten des Marktes abzugeben" läßt selbst für einen flüchtigen Betrachter keinen Zweifel darüber aufkommen, daß damit der Wunsch nach Abgabe der Taschen geäußert, diese aber nicht verbindlich angeordnet wird.

Anders verhält es sich jedoch mit dem zweiten Teil ("andernfalls weisen wir Sie höflichst darauf hin, daß wir an den Kassen gegebenenfalls Taschenkontrollen durchführen müssen"), auf den es in der Revisionsinstanz allein noch ankommt. Dieser Teil beinhaltet schon seinem Wortlaut nach nicht nur eine unverbindliche Bitte um Öffnung der Taschen an den Kassen, sondern stellt - mit der Einschränkung "gegebenenfalls" - die Durchführung einer Taschenkontrolle als zwingende Folge der Mitnahme von Taschen in den Einkaufsmarkt dar. Auch wenn auf diese Folge in "höflichster" Form hingewiesen wird und der Hinweis mit "Information" überschrieben ist, entsteht für den Durchschnittskunden der Beklagten dadurch der Eindruck, diese wolle sich für den Fall, daß er seine Tasche in den Markt mitnimmt, grundsätzlich das Recht einer Taschenkontrolle vorbehalten. Der Kunde sieht sich vor die Wahl gestellt, entweder seine Tasche freiwillig abzugeben oder ("anderenfalls") deren Kontrolle an der Kasse dulden zu müssen. Damit geht der Hinweis entgegen der Ansicht der Revision über die bloße Ankündigung eines möglicherweise zu erwartenden tatsächlichen Verhaltens der Beklagten hinaus.

Daran ändert sich nichts dadurch, daß Kontrollen nur "gegebenenfalls" erfolgen sollen. Diese Einschränkung läßt offen, ob und welche konkreten Voraussetzungen für eine Kontrolle erfüllt sein müssen. Die Auffassung der Revision, damit werde unmißverständlich umschrieben, daß die Beklagte Taschenkontrollen nur bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, d.h. bei einem konkreten Diebstahlsverdacht (siehe unter 3), durchführen wolle, trifft deshalb nicht zu. Der rechtlich nicht vorgebildete Durchschnittskunde der

Beklagten, dessen Wahrnehmungsfähigkeit und Urteilsbereitschaft zudem durch die äußeren Umstände bei Betreten eines Einkaufsmarktes verringert ist, wird sich typischerweise über einschränkende gesetzliche Voraussetzungen für eine Kontrollbefugnis keine Gedanken machen. Er wird vielmehr die Formulierung "gegebenenfalls" dahin verstehen, daß die Beklagte zwar einerseits nicht in jedem Einzelfall kontrollieren, andererseits aber für eine Kontrolle auch nicht an bestimmte Voraussetzungen gebunden sein will, sondern sich dazu nach ihrem Ermessen, d.h., wenn sie einen "Kontrollfall für gegeben" hält, berechtigt erklären will.

2. Der zweite Teil des Hinweises wird als Allgemeine Geschäftsbedingung der Inhaltskontrolle nicht dadurch entzogen (§ 8 AGBG), daß er wegen der Verwendung des Wortes "gegebenenfalls" auch (vgl. BGHZ 124, 39, 45) dahin verstanden werden kann, daß die Beklagte nur bei einem konkreten Diebstahlsverdacht kontrollieren will, und die Beklagte selbst ihn im vorliegenden Rechtsstreit in diesem Sinne einschränkend als rein deklaratorische Klausel auslegt (BGHZ 95, 362, 365 f). Im Rahmen von § 13 AGBG ist für den Inhalt einer Klausel nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 91, 55, 61; 95, 362, 365 f; 104, 82, 88; 108, 52, 56; 114, 238, 241; 124, 254, 257) die kundenfeindlichste Auslegung maßgeblich. Das Berufungsgericht ist deshalb auch für die Wirksamkeitsprüfung zutreffend davon ausgegangen, daß die Klausel eine Taschenkontrolle unabhängig von einem konkreten Diebstahlsverdacht gestattet (s. oben unter 1 b).

3. Mit diesem Inhalt hält die Klausel einer Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG nicht stand.

a) Sie weicht von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ab (§ 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG), nach der die Beklagte Taschenkontrollen nur fordern darf, wenn ein konkreter Verdacht vorliegt (BGHZ 124, 39, 43 f). Durchsuchungsmaßnahmen im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens setzen stets den Verdacht einer strafbaren Handlung voraus; ohne einen solchen ist die mit einer Durchsuchung verbundene polizeiliche Kontrolle unzulässig. Die Anwendung privater Gewalt ist lediglich zur Sicherung oder Durchsetzung eines bestehenden Anspruchs und unter der Voraussetzung rechtmäßig, daß die konkrete Gefahr einer Erschwerung oder Vereitelung der Durchsetzung des Anspruchs droht (§ 229 BGB) oder verbotene Eigenmacht vorliegt (§ 859 BGB).

b) Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht angenommen, daß die Kunden der Beklagten durch die Abweichung von der gesetzlichen Regelung entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werden. Körperliche und sonstige Durchsuchungen wie die Kontrolle mitgeführter Taschen stellen in aller Regel erhebliche Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht dar (BGHZ 124, 39, 43). Solche Eingriffe sind nicht durch überwiegende Interessen der Beklagten gerechtfertigt (Graf von Westphalen aaO; Kohl, aaO unter 4 a).

Zwar hat die Beklagte grundsätzlich ein berechtigtes Interesse daran, sich vor Ladendiebstählen zu schützen. Ein

wirksamer und preiswerter Schutz vor Ladendiebstählen mag auch im Hinblick auf die Entwicklung der Warenpreise im Interesse der Allgemeinheit der Kunden sein (OLG Schleswig bei Bunte, AGBE IV § 1 Nr. 8). Selbst wenn jedoch - wie die Beklagte geltend gemacht hat - ohne Taschenkontrollen ein Schutz vor Ladendiebstahl durch einen wirtschaftlich vertretbaren Personalaufwand oder mit technischen Hilfsmitteln nicht sichergestellt werden kann, wiegt das Interesse des einzelnen Kunden an dem Schutz seines Persönlichkeitsrechts auch bei Berücksichtigung eines eventuellen Interesses aller Kunden an einer günstigen Preisgestaltung stärker als das Interesse der Beklagten an einem Schutz ihres Eigentums.

III. Die Revision war daher zurückzuweisen.

Soweit der Beklagten nach dem Tenor des landgerichtlichen Urteils in der vom Berufungsgericht geänderten Fassung untersagt worden ist, sich auf die unwirksame Geschäftsbedingung zu "berufen", liegt eine offenbare Unrichtigkeit vor, die gemäß § 319 Abs. 1 ZPO jederzeit von Amts wegen - auch vom Rechtsmittelgericht (BGHZ 106, 370, 373; Senatsurteil vom 3. April 1996 - VIII ZR 54/95, zur Veröffentli-

chung bestimmt, unter II 1) - berichtigt werden kann. Nach den Gründen des landgerichtlichen Urteils und der angefochtenen Entscheidung sollte der Beklagten nicht nur die Berufung auf den zweiten Teil des beanstandeten Hinweises, sondern uneingeschränkt - wie vom Kläger beantragt - dessen Verwendung untersagt werden. Der Tenor war deshalb wie geschehen zu berichtigen.

Dr. Deppert

Dr. Zülch

Dr. Hübsch

Ball

Wiechers