



Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht

Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

XXXXX

- Beklagte und Berufungsklägerin -

XXXXX

g e g e n

XXXXXX

- Kläger und Berufungsbeklagter -

XXXXXX

hat der 6. Zivilsenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig auf die mündliche Verhandlung vom 26. März 2012 durch die Präsidentin des Oberlandesgerichts Fölster, die Richterin am Oberlandesgericht Görtschen-Weller und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Hillenbrand für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Kiel vom 14. Januar 2011 geändert:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die gegen ihn gerichtete Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die Beklagte zuvor Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe

I.

Die Parteien streiten um die Unterlassung von Tätigkeiten im Goldankaufgewerbe.

Der Kläger betreibt einen Einzelhandel mit Edelmetallen, Edelsteinen, Perlen, Schmuck und dergleichen. Er kauft auch Gold an. Sitz der Einzelfirma des Klägers ist XXXXX. Die Goldankäufe nimmt der Kläger auch an anderen Orten vor. So führte er seit XXX Ankaufaktionen in zeitlichen Abständen in XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX und in einem Fahrradgeschäft in XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX durch, die er jeweils in Zeitungen und durch Plakate

ankündigte. An den genannten Orten hat er unselbständige Zweigstellen gemäß § 14 GewO angemeldet. Eine Reisegewerbekarte hat der Kläger nicht.

Die Beklagte betätigt sich ebenfalls im Goldankaufgewerbe. Wegen der Ankaufaktionen des Klägers in XXXXXX und in XXXX mahnte die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 13. Januar 2010 bzw. von 1. Februar 2010 ab. Der Kläger verweigerte die Abgabe der geforderten Unterlassungserklärungen.

Er begehrt mit seiner Klage die Feststellung, dass der Beklagten ein Unterlassungsanspruch nicht zustehe. Er handele nicht wettbewerbswidrig, da er an den Orten XXXX und XXXX kein Reisegewerbe betreibe. Vielmehr handele es sich wegen der Anmeldung des Gewerbes, der abgeschlossenen dauerhaften Mietverträge über die benötigten Teilflächen und der bestehenden Einrichtungen um ein zulässiges stehendes Gewerbe.

Die Beklagte widerspricht und weist darauf hin, dass der Kläger an den genannten Orten keine dauerhaften Einrichtungen vorhalte.

Nach Beweisaufnahme zu der Frage, ob der Kläger in XXXX eine dauerhafte Einrichtung vorhalte und wie oft er dort Ankaufaktionen durchgeführt habe, hat das Landgericht der Klage stattgegeben und festgestellt, dass die Beklagte keinen Anspruch darauf habe, dass der Kläger es unterlasse, in XXXX und XXXXXXXX Goldankäufe durchzuführen. Es hat zur Begründung ausgeführt, der Kläger kaufe das Gold in XXXX und XXXXXX nicht „ohne vorherige Bestellung“ an, weil die Initiative von den Kunden ausgehe. Zudem stehe nach der Beweisaufnahme fest, dass der Kläger die Räumlichkeiten in XXXX und XXXXXX nicht nur vorübergehend gemietet habe.

Dagegen wehrt sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie weiterhin Klagabweisung begehrt. Zur Begründung führt sie unter Bezugnahme auf die Entscheidung des OLG Frankfurt vom 26. November 2010 (Az.: 25 U 65/09) aus, die Goldankäufe erfolgten „ohne vorherige Bestellung“ im Sinne des § 55

GewO. Der Kläger werde auch nicht im Rahmen einer gewerblichen Niederlassung tätig. Die Gewerbeanmeldung allein begründe noch keine Niederlassung. Auch die räumliche Ausstattung entspreche nach den Angaben des Zeugen XXXXXX nicht der einer Niederlassung.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Kiel vom 14. Januar 2011 zu ändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das landgerichtliche Urteil. Entscheidendes Kriterium zur Abgrenzung des Reisegewerbes vom stehenden Gewerbe sei die regelmäßige Erreichbarkeit, die bei ihm gegeben sei. Zudem lägen die Voraussetzungen für eine Niederlassung an den streitgegenständlichen Orten vor. Der Kläger meint weiter, die Beklagte handele rechtsmissbräuchlich. Es gehe ihr in erster Linie um die Ausschaltung missliebiger Konkurrenten.

Wegen des weiteren Sachverhalts wird auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils und das Vorbringen der Parteien im Berufungsrechtszug verwiesen.

II.

Die Berufung ist zulässig und begründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf die begehrte Feststellung, dass die Beklagte vom ihm die Unterlassung des Goldankaufs in XXXXX und XXXXXX nicht verlangen könne. Eine weitergehende, örtlich nicht beschränkte Feststellung begehrt der Kläger im Berufungsrechtszug nach seiner ausdrücklichen Erklärung in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht mehr.

Ein Anspruch der Beklagten auf Unterlassung ergibt sich aus §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 55, 56 GewO. Der Kläger hat wettbewerbswidrig gehandelt, indem er entgegen §§ 55, 56 GewO durch den Goldankauf in den Räumlichkeiten in XXXXX im Reisegewerbe tätig geworden ist (1.). Dadurch hat er gegen eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG verstoßen (2.), ein Verhalten, das geeignet ist, die Interessen der Mitbewerber spürbar zu beeinträchtigen (3.). Zudem besteht Wiederholungsgefahr (4.). Durch die Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs gegenüber dem Kläger verhält sich die Beklagte auch nicht rechtsmissbräuchlich (5.).

1.

Der Beklagte hat durch die Goldankaufaktionen in XXXXX gegen § 56 Abs. 1 Nr. 2a GewO verstoßen. Danach ist der Ankauf von Edelmetallen im Reisegewerbe verboten. Eine Ausnahmeerlaubnis im Sinne des § 56 Abs. 2 S. 3 GewO liegt unstreitig nicht vor. Ein Reisegewerbe betreibt nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO, wer gewerbsmäßig ohne vorhergehende Bestellung außerhalb seiner gewöhnlichen Niederlassung oder ohne eine solche zu haben Waren ankauft. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

Der Senat hat sich bei seiner Prüfung auf die Tätigkeit des Klägers in XXXXX beschränkt, weil bereits die Feststellung der Ausübung des Reisegewerbes in XXXXXX einen Unterlassungsanspruch der Beklagten auch für die Tätigkeit in XXXXXXXXXXXX begründet, da insoweit ein kerngleicher Verstoß vorliegt.

a.

Es besteht kein Zweifel daran und bedarf keiner näheren Ausführungen, dass der Kläger bei seiner Tätigkeit gewerbsmäßig, nämlich selbstständig, erlaubt und mit Gewinnerzielungsabsicht, handelt.

b.

Der Goldankauf in XXXXXX erfolgte auch „ohne vorherige Bestellung“ durch die Kunden. Mit diesem Merkmal soll zum Ausdruck gebracht werden, dass beim Reisegewerbe die Initiative zum Ansprechen des Kunden von dem Gewerbetreibenden ausgeht (*Schönleiter* in Landmann-Rohmer, GewO, Bearb. Juli 2002, § 55 Rn. 30). Das Landgericht hat das verneint mit der Begründung, die Kunden würden die Ankaufsstelle des Klägers von sich aus aufsuchen, so dass die Initiative gerade nicht von dem Kläger ausgehe. Diese Argumentation greift zu kurz. Die vorherige Bestellung muss von der Aufnahme von Vertragsverhandlungen unterschieden werden, worauf das OLG Frankfurt in seiner Entscheidung vom 26.11.2010 (Az.: 25 U 65/09 – abgedruckt in juris) zu Recht hinweist. Zum Verständnis des Merkmals „ohne vorherige Bestellung“ kann auf die Überlegungen zu dem entsprechenden Merkmal in § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB zurückgegriffen werden (*Schönleiter* in Landmann-Rohmer, a.a.O.). Dort wird unter einer vorherigen Bestellung eine geschäftsähnliche Handlung des Kunden verstanden, mit der er den Unternehmer zu den Vertragsverhandlungen nach Hause einlädt. Die Bestellung muss den Vertragsverhandlungen vorangehen. Zu den Vertragsverhandlungen darf es nicht auf Initiative des Unternehmers gekommen sein (*Palandt-Grüneberg*, 71. Aufl., § 312 Rn. 24). Der typische Fall von Vertragsverhandlungen auf Initiative des Unternehmers liegt vor, wenn dieser an der Haustür klingelt, der Kunde ihm öffnet und sich auf Vertragsverhandlungen einlässt. Niemand käme auf die Idee, in dem Öffnen der Haustür eine Initiative des Kunden zu sehen und damit das Merkmal „ohne vorherige Bestellung“ zu verneinen. Vergleichbar liegt es hier. Das Aufsuchen des Ankaufstresens in dem Bäckereicafe in XXXXX durch die Kunden zu Verhandlungen entspricht hier dem Öffnen der Haustür. Es stellt damit bereits den Beginn von Vertragsverhandlungen dar, denen gerade keine Bestellung durch die Kunden vorausgegangen war. Die Initiative geht auch in diesem Fall von dem Unternehmer, d.h. hier dem Kläger, aus, der durch Ankündigungen in der Presse und durch Aushänge – wie durch ein Klingeln an der Haustür – auf sich aufmerksam gemacht hat.

Für dieses Ergebnis spricht auch der Umstand, dass Marktstände von je her und auch nach derzeitiger Gesetzeslage unbestritten als Reisegewerbe angesehen werden (*Schönleiter* in Landmann-Rohmer, § 55 Rn. 30; OLG Frankfurt, a.a.O., Tz. 26). Dort ist die Situation der hiesigen aber ohne weiteres vergleichbar. Auch dort wird der Anbieter an seinem Marktstand von dem Kunden aufgesucht, ohne dass jemand auf die Idee käme, die Initiative zu den Verkaufsverhandlungen dem Kunden zuzuschreiben. Angesichts dieser Situation wäre der Gesetzgeber gefordert gewesen, bei den letzten Änderungen der Norm regelnd einzugreifen, wenn er in dieser Situation eine „Bestellung des Kunden“ gesehen hätte und dennoch die Marktbesicker weiterhin als Reisegewerbetreibende hätte ansehen wollen. Dass eine besondere Regelung ausgeblieben ist, spricht dafür, in der gegebenen Situation auf dem Markt keine Bestellung des Kunden und in den Marktbesickern Reisegewerbetreibende zu sehen.

Zwar mag es Fälle geben, in denen Kunden auf Grund von Bekanntmachungen die Ankaufsstelle des Klägers in XXXX gezielt aufsuchen und daher eine konkrete „Überrumpelungsgefahr“ nicht entsteht. Selbst wenn man mit dem Landgericht und entgegen dem OLG Frankfurt (a.a.O., Rn. 26) für diese Kunden das Merkmal „ohne vorherige Bestellung“ wegen der Eigeninitiative des jeweiligen Kunden nicht als erfüllt ansähe, bliebe es dabei, dass jedenfalls die (anderen) Kunden, die zufällig in der Bäckerei auf die Ankaufsstelle des Klägers treffen und in Vertragsverhandlungen eintreten, dies „ohne vorherige Bestellung“ tun und Gefahr laufen, überrumpelt zu werden (s. auch OLG Frankfurt, a.a.O., Rn. 30).

c.

Der Kläger unternimmt die Goldankaufaktionen in XXXX entgegen der Annahme des Klägers auch „außerhalb seiner Niederlassung“.

Nach der Vorschrift des § 4 Abs. 3 GewO n.F., die zur Umsetzung der EG-Dienstleistungs-Richtlinie (RL 2006/123/EG) eingeführt wurde und § 42 Abs. 2

GewO a.F. abgelöst hat, besteht eine Niederlassung, wenn eine selbstständige gewerbsmäßige Tätigkeit auf unbestimmte Zeit und mittels einer festen Einrichtung von dieser aus tatsächlich ausgeübt wird. Zwar ist dem Kläger zuzustimmen, dass er seine Tätigkeit auf unbestimmte Zeit ausübt. Er hat insoweit einen unbefristeten Mietvertrag (Bl. 63 d.A.) vorgelegt, aus dem sich ergibt, dass er eine Teilfläche in dem Bäckereicafe jederzeit nach vorheriger Ankündigung zur Einrichtung eines Edelmetallankaufplatzes nutzen kann.

Problematisch ist allein, ob der Kläger für sein Gewerbe des Goldankaufs in XXXXX eine feste Einrichtung unterhält.

Der Annahme einer festen Einrichtung steht zwar nicht entgegen, dass der Kläger in XXXX nicht über ein eigenes Ladenlokal verfügt, sondern nur eine Teilfläche in dem Bäckereicafe angemietet hat. Einen umschlossenen Raum setzt der Begriff nämlich nicht voraus, es genügt ein fest mit einem Grundstück verbundener örtlicher Fixpunkt, gleich ob in einem Raum oder unter freiem Himmel (VG München, GewArchiv 2011, 312, Tz. 37 – abrufbar in juris). Allerdings erfordert der Begriff einer festen Einrichtung, dass diese dauerhaft einen regelmäßigen Geschäftsbetrieb ermöglicht. Bei einem Handel mit Edelmetallen müssen hierfür – auch außerhalb der Öffnungszeiten – insbesondere notwendige Gegenstände wie Waage, Prüfmaterialien und sonstige Werkzeuge vorgehalten werden (VG München a.a.O.; VG Meiningen, Ur. v. 14.07.2009, Tz. 31 – abrufbar in juris; noch zu § 42 Abs. 2 GewO a.F.).

Dies ist in XXXX nicht der Fall. Der Zeuge XXXXXXXX hat in seiner Vernehmung vor dem Landgericht insoweit bekundet, dass in XXXX nach dem Schluss der Ankaufaktion außer dem Tresen nichts im Laden zurückbleibe. Der Tresen stehe zudem nur während der Aktion im Verkaufsraum, in den übrigen Zeiten werde er in einen Nebenraum gestellt. Eine Waage o.ä. habe er nicht gesehen. Damit steht fest, dass die zum Goldankauf erforderliche Einrichtung bzw. Ausrüstung nicht dauerhaft und fest vorhanden ist. Der Kläger selbst stellt dies im Übrigen auch gar nicht in Abrede. Seine von der oben dargestellten

Auffassung des Senats abweichende rechtliche Meinung, dass der Tresen als feste Einrichtung ausreiche, überzeugt schon deshalb nicht, weil auch der Tresen nach der Aussage des Zeugen Windmüller nicht im Geschäftsraum verbleibt. Soweit sich der Kläger zudem auf die Auskunft der XXXXXX vom 15.03.2010 (Bl. 46 d.A.) beruft, ändert dies nichts. Diese Auskunft bindet den Senat nicht. Ein durch diese Auskunft ausgelöster Irrtum des Klägers mag das Verschulden entfallen lassen und deshalb eventuellen Schadenersatzansprüchen entgegenstehen. Für den Unterlassungsanspruch der Beklagten, der verschuldensunabhängig ist, ist die Auskunft der XXXXXX nicht relevant.

Eine feste Einrichtung fehlt und eine Niederlassung ist daher in XXXX nicht gegeben, so dass alle Voraussetzungen für ein Reisegewerbe erfüllt sind.

d.

Dieses Ergebnis entspricht auch den besonderen Schutzzwecken der verfassungsgemäßen Vorschriften des Reisegewerbes und verletzt den Kläger nicht in seiner Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 GG. Neben dem „Überrumpelungsschutz“, den – wie oben dargestellt - die Erfüllung des Merkmals „ohne vorherige Bestellung“ gewährleisten soll, verfolgt das Reisegewerberecht auch das Ziel der präventiven und repressiven Überwachung der Gewerbetreibenden. Im Interesse der Kunden soll eine „Anbieterflüchtigkeit“ verhindert werden, damit der Kunde bei Bedarf auf den Unternehmer ggf. zur Rückabwicklung des Vertrages oder aus sonstigen Gründen zugreifen kann. Zum Schutz vor unzuverlässigen Anbietern muss auch eine präventive behördliche Kontrolle jederzeit möglich sein. Dieser jederzeitige Zugriff ist bei dem Geschäftsmodell des Klägers nicht möglich, weil nicht sicher vorhersehbar ist, ob überhaupt und ggf. wann er in den angemieteten Räumlichkeiten wieder anwesend sein wird. Diesen Zweck erreicht der Gesetzgeber damit, dass er den Begriff des Reisegewerbes an die fehlende Niederlassung und damit an das Merkmal einer fehlenden festen Einrichtung knüpft, so dass dadurch regelmäßig die „flüchtigen Anbieter“ als Reisegewerbetreibende erfasst werden. Dass im konkreten Einzelfall nach

dieser Definition u.U. auch zuverlässige Personen als Reisegewerbetreibende angesehen werden, bei denen die Gefahr der Flüchtigkeit ausnahmsweise nicht besteht, ändert nichts daran, dass dennoch die Voraussetzungen des Reisegewerbes vorliegen und die Tätigkeit damit gegen § 56 Abs. 1 Nr. 2 a GewO verstößt.

2.

Bei § 56 GewO handelt es sich um eine auch im Interesse der Marktteilnehmer bestehende Marktverhaltensregel, denn sie soll diesen vor Überrumpelung und unzuverlässigen Anbietern schützen. Dies wird selbst von dem Kläger nicht in Zweifel gezogen und ist in der Rechtsprechung - soweit ersichtlich – einhellig anerkannt (vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 26.11.2010, Tz. 33 – abrufbar in juris, m.w.N.; LG Hechingen, Urt. v. 16.03.2011, S. 8 der von der Beklagten eingereichten Kopie).

3.

Das wettbewerbswidrige Verhalten ist weiterhin geeignet, die Verbraucher spürbar zu beeinträchtigen (§ 3 Abs. 1 UWG). Die Gefahr besteht, dass das Ankaufsangebot des Klägers auch solche Verbraucher anlockt, die nicht darauf vorbereitet sind und sich daher möglicherweise zu einem für sie ungünstigen Verkauf von Edelmetallen entschließen.

4.

Da der Kläger, wie oben festgestellt, in XXXX bereits wettbewerbswidrig gehandelt hat, wird die Wiederholungsgefahr vermutet. Die entsprechenden Ankaufaktionen in den anderen Orten stellen einen kerngleichen Verstoß gegen die Vorschrift des § 56 Abs. 1 Nr. 2a GewO dar. Der Unterlassungsanspruch der Beklagten besteht daher örtlich unbeschränkt. Es kommt deshalb nicht mehr darauf an, ob auch in XXXXX eine feste Einrichtung vorhanden ist.

5.

Der Kläger kann einem Unterlassungsanspruch der Beklagten auch nicht den Einwand des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens entgegensetzen. Der Einwand, die Beklagte würde in gleicher Weise wie der Kläger wettbewerbswidrig handeln, ist nämlich dann unzulässig, wenn – wie hier – die gerügten Wettbewerbsverstöße zugleich die Interessen der Allgemeinheit verletzen (OLG Bamberg, Urt. v. 21.09.2011, Tz. 28 m.w.N.; vgl. auch BGH Urt. v. 06.10.2011, Az.: I ZR 117/10 – abrufbar in juris).

Die Klage war damit abzuweisen, so dass die Berufung Erfolg hatte.

Die Entscheidung über die Kosten ergeht gemäß § 91 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.