

9

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

UWG § 1; ZPO § 253 Abs. 2 Nr. 2

Hausverbot II

- a) Zur Frage der Zulässigkeit eines Hausverbots gegenüber Testkäufern.
- b) Das Verbot, Körperpflegemittel in Aufmachungen, die mit handelsüblichen Verkaufseinheiten verwechslungsfähig sind, als Zugabe zu gewähren, entspricht nicht den Anforderungen, die an die Bestimmtheit eines Unterlassungsgebots zu stellen sind.

BGH, Urt. v. 13. Juli 1979 - I ZR 138/77 - KG Berlin
LG Berlin

9

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 138/77

URTEIL

Verkündet am

13. Juli 1979

Zug,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Aktionsgemeinschaft zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs
in B[REDACTED] öffentlichen Apotheken e.V., vertreten durch
ihren Vorstand, die Apotheker Klaus F[REDACTED] und Stefan K[REDACTED],
K[REDACTED]straße [REDACTED], B[REDACTED],

Kläger, Revisionskläger und
Anschlußrevisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Apothekerin Gudrun J[REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED], B[REDACTED],

Beklagte, Revisionsbeklagte und
Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 1979 durch
den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die
Richter Dr. Merkel, Dr. Schönberg, Schwerdtfeger
und Dr. Zülch

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers und die Anschluß-
revision der Beklagten wird das Urteil des
5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin
vom 29. April 1977 aufgehoben.

Die Berufungen beider Parteien gegen das Urteil
der Zivilkammer 16 des Landgerichts Berlin vom
9. Juni 1976 werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungs- und des Revisionsrechts-
zuges werden der Beklagten zu 2/3 und dem Kläger
zu 1/3 auferlegt.

Von Rechts wegen



Tatbestand

Der Kläger ist ein von Apothekern gegründeter eingetragener Verein, der sich die Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs in B[REDACTED] Apotheken zum Ziel gesetzt hat. Die Beklagte ist Inhaberin einer B[REDACTED] Apotheke. Ihr Ehemann betreibt im selben Haus eine Parfümerie, die durch einen mit einer Glasschiebetür versehenen Durchgang mit der Apotheke verbunden ist.

Am 1. November 1975 kaufte Renate N., eine Testkäuferin des Klägers, in der Apotheke eine Packung Eugynon 28 zum Preis von 21,45 DM. Dabei erhielt sie kostenlos eine Flasche Cabochard-Parfum in der Größe von 1/12 oz, zehn Tempo-Taschentücher und ein Muster Shoynear Nachtnährcreme. Die kleinste handelsübliche Verkaufseinheit von Cabochard-Parfum hat unstreitig einen Inhalt von 1/7 oz und einen Verkaufspreis von 25,-- DM.

Der Kläger veranlaßte zur Feststellung etwaiger Verstöße gegen die Zugabeverordnung wiederholt Testkäufer, in der Apotheke der Beklagten Rezepte einzulösen oder dort einzukaufen. Durch gleichlautende Schreiben vom 25. November 1975 erteilte der Ehemann der Beklagten zugleich in deren Namen den Testkäuferinnen Renate N. und Ursula W. Hausverbot für die Räume der Apotheke. Die Hausverbote haben folgenden Wortlaut:

"Hiermit verbiete ich Ihnen, auch in dem Namen meiner Frau, Gudrun J[REDACTED], das Betreten der G[REDACTED]-Apotheke und der G[REDACTED]-Parfümerie in B[REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED]. Ich weise Sie darauf hin, daß Zuwiderhandlungen gegen dieses Verbot als Hausfriedensbruch verfolgt werden."

Der Kläger hält die kostenlose Gewährung der 1/12 oz-Flasche Cabochard-Parfum für eine gemäß § 1 Abs. 1 Zugabeverordnung unzulässige Zugabe.

Hinsichtlich der Hausverbote hat er vorgetragen, sie beruhten allein auf der Tatsache, daß überhaupt Testkäufe von den Betroffenen vorgenommen worden seien, nicht aber auf einem Fehlverhalten der Testkäuferinnen. Sie dienten daher allein dem Zweck, Testkäufe zu erschweren und seien deshalb wettbewerbswidrig.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000,-- DM oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen,

- 1.) Körperpflegemittel in Verkaufseinheiten, die mit handelsüblichen Verkaufseinheiten verwechslungsfähig sind, als Zugabe zu gewähren,
- 2.) Testkäufern anlässlich erfolgter Testkäufe Hausverbot in der von ihr betriebenen Apotheke zu erteilen.

Das Landgericht hat unter Abweisung der weitergehenden Klage der Beklagten untersagt,

- 1.) eine Flasche Cabochard Parfum, 1/12 oz, als Zugabe zu gewähren;
- 2.) Testkäufern des Klägers anlässlich erfolgter Testkäufe Hausverbot in der von ihr betriebenen Apotheke zu erteilen.

Die teilweise Abweisung hat es damit begründet, daß der konkrete Verletzungsfall am 1. November 1975 es nicht rechtfertige, der Beklagten allgemein zu verbieten, Körperpflegemittel in Verkaufseinheiten, die mit handelsüblichen Verkaufseinheiten verwechslungsfähig seien, als Zugabe zu gewähren. Beide Parteien haben Berufung eingelegt, der Kläger, soweit die Klage abgewiesen wurde, die Beklagte, soweit ihr untersagt wurde, Testkäufern Hausverbot zu erteilen. Das Kammergericht hat beiden Berufungen stattgegeben. Der Kläger will mit seiner Revision erreichen, daß der Beklagten untersagt wird, seinen Testkäufern anlässlich erfolgter Testkäufe Hausverbot in der von der Beklagten betriebenen Apotheke zu erteilen (Klageantrag zu 2). Die Beklagte wendet sich mit ihrer Anschlußrevision dagegen, daß das Berufungsgericht - anders als das Landgericht - dem umfassenden Klageantrag zu 1) stattgegeben hat; sie erstrebt insoweit die Herstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Beide Parteien beantragen, die gegnerische Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. 1. Das Berufungsgericht hält das vom Landgericht gegen die Beklagte gerichtete Verbot, Testkäufern des Klägers Hausverbot zu erteilen, nicht für gerechtfertigt. Es führt aus: Testkäufe seien zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden; jeder Wettbewerber müsse die Möglichkeit haben, sich bei dem Verdacht eines rechtswidrigen Handelns davon zu überzeugen, ob der Mitbewerber sich an die Regeln des lautereren Wettbewerbs halte. Ihm bleibe hierfür praktisch kein anderer Weg als der des Testkaufs. Dieses Recht stehe auch dem klagenden Verein zu. Andererseits sei aber nicht zu verkennen, daß der Beklagten das Hausrecht in ihren Apothekenräumen

zustehe. Dies gebe ihr die Befugnis, als Testkäufer erkannten Personen das Betreten der Apotheke zu verbieten. Der hierbei auftretende Konflikt sei in der Weise zu lösen, daß gegen die Ausübung des Hausrechts nur dann vorgegangen werden könne, wenn sie geeignet sei, die Kontrollrechte des Klägers ernstlich zu erschweren und sich deshalb als mißbräuchlich erweise. Diese Voraussetzungen seien hier nicht gegeben. Die Beklagte habe nicht versucht, sich grundsätzlich jeder Kontrolle ihrer Geschäftspraktiken zu entziehen, sondern das Hausverbot nur gegen bestimmte Personen ausgesprochen und nicht bekannt gemacht. Gehe man von etwa 8 mit Hausverbot belegten Testkäufern des Klägers aus, so sei dies weder im Hinblick auf die dem Kläger zur Verfügung stehenden personellen und finanziellen Möglichkeiten, noch im Hinblick auf den zahlenmäßigen Umfang von Testkäufen, die die Beklagte seit 1972 festgestellt haben wolle, als fühlbare, insbesondere systematische Einschränkung der Überprüfungsmöglichkeiten des Klägers anzusehen. Nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten könne sich der Kläger auf 50 Vereinsmitglieder und sonstige Förderer stützen. Die finanziellen Möglichkeiten einer Gruppe von selbständig tätigen Apothekern, auch wenn sie bei weitem nicht die Zahl von 50 erreiche, seien im Hinblick auf den Einsatz bezahlter Testkäufer außerordentlich groß. Überdies habe die Beklagte im Verfügungsverfahren eidesstattlich versichert, sie könne sich nicht erinnern, in wieviel Fällen sie Hausverbot erteilt habe, sie wisse aber, daß die Zahl der Hausverbote wesentlich geringer sei als die Zahl der festgestellten Testkäufe. Dies liege nahe, weil die für ein Hausverbot notwendigen Personalien eines Apothekenbesuchers nur in einem Bruchteil der als Testkauf erkannten Besuchsfälle bekannt würden, etwa durch aktenkundig gewordene eidesstattliche Versicherungen.

2. Die hiergegen gerichtete Revision des Klägers ist begründet.

Der Bundesgerichtshof hat wiederholt Testkäufe zur Feststellung von Verletzung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften als zulässig und Versuche der hierdurch betroffenen Händler, durch Hausverbote solche Käufe zu unterbinden, als Verstoß gegen § 1 UWG angesehen. In der "Warnschild"-Entscheidung (BGHZ 43, 359, 367 = GRUR 1965, 612) ging es um Probekäufe zur Überwachung vertikaler Preisbindungen, die der Einzelhändler zum Anlaß genommen hatte, in seinen Geschäftsräumen ein Schild aufzuhängen, auf dem "Testkäufern" das Betreten der Geschäftsräume unter Androhung der Strafverfolgung wegen Hausfriedensbruch verboten wurde. Im "Hausverbot"-Urteil (GRUR 1966, 564) hatte ein Einzelhändler gegen den Hersteller eines Markenartikels und dessen Angestellte, Vertreter und Beauftragte ein Hausverbot ausgesprochen, nachdem der Hersteller durch Testkäufe überprüft hatte, ob Kunden des Einzelhändlers statt der verlangten Markenware andere Waren (ohne Aufklärung) unterschoben wurden (wegen der Zulässigkeit solcher Kontrollmaßnahmen vgl. auch BGHZ 40, 135, 141 - Trockenrasierer II; BGH, Urt. v. 29. März 1960 - I ZR 21/59 - Rabattverstöße; BGH GRUR 1965, 607 - Funkmietwagen).

Auch das Berufungsgericht hält die hier in Rede stehenden Testkäufe für zulässig. Es meint jedoch, abweichend von den bisher vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen, denen ein anderer Sachverhalt zugrundegelegen habe, könne sich im Streitfall die Beklagte zur Rechtfertigung der ausgesprochenen Hausverbote auf ihr Hausrecht berufen. Sie habe das Hausverbot nicht nach außen bekannt gemacht und daher nicht den Eindruck erweckt, in ihrer Apotheke erhalte das Publikum besonders viele Zugaben, Proben oder gar rezeptpflichtige Arzneimittel ohne Rezept. Zum anderen habe sie nicht versucht, sich grundsätzlich jeder Kontrolle ihrer Geschäftspraktiken zu entziehen. Sie habe kein generelles

Hausverbot gegen den Kläger und seine Beauftragten ausgesprochen, sondern nur einzelnen seiner Testkäufer Hausverbot erteilt. Dadurch werde der Kläger - insbesondere auch angesichts seiner finanziellen und personellen Möglichkeiten - in seiner Überwachungsmöglichkeit nicht fühlbar und systematisch eingeschränkt.

Dem tritt die Revision zu Recht entgegen. Die Beklagte hat durch Eröffnung ihres Apothekenbetriebes für den allgemeinen Verkehr zu erkennen gegeben, daß sie zum Verkauf der angebotenen Arzneimittel und anderer Waren ohne Rücksicht darauf bereit ist, welche Zwecke der Käufer mit dem Erwerb der Ware verfolgt. Verhält sich der Testkäufer nicht anders als jeder andere Käufer, der zur Deckung seines Bedarfs die Geschäftsräume betritt - Umstände, die das Verhalten der Testkäufer im Streitfall als hiervon abweichend oder sittenwidrig erscheinen lassen könnten, sind weder dargetan noch festgestellt - so gilt der allgemeine Grundsatz, daß jeder Einzelhändler derartige Kontrollkäufe hinnehmen muß. Die Beklagte handelt wettbewerbswidrig, wenn sie dem Kläger die Überwachungsmöglichkeit dadurch beschneidet, daß sie sich gegenüber dessen Beauftragten auf ein Hausrecht beruft, dessen sie sich durch die Eröffnung der Apotheke für den allgemeinen Verkehr insoweit begeben hat ("Hausverbot" aaO S. 565, 566). Dies gilt für jedes Hausverbot, das sich gegen Testkäufer richtet, die sich wie jeder andere Käufer und auch sonst einwandfrei verhalten, soweit nicht in der Person des Testkäufers ausnahmsweise besondere Umstände vorliegen, die dem Händler berechtigten Anlaß geben, diesem gegenüber von seinem Hausrecht Gebrauch zu machen. Das gilt auch, wenn die Ausübung des Hausrechts sich nur gegen einzelne Testkäufer des Klägers richtet. Auch in diesen Fällen wird der Kläger in seinen Überwachungsmöglichkeiten beschnitten. Es ist deshalb rechtlich unerheblich, ob der Kläger über hinreichende Möglichkeiten verfügt, die "ausgeschalteten" Testpersonen durch andere zu ersetzen.

II. 1. das Berufungsgericht hat zu dem Zugabeverbot ausgeführt: Bei der Abgabe des hier in Rede stehenden Flacons "Cabochard" handele es sich nicht um eine unabhängig vom Kauf einer Hauptware abgegebene Warenprobe, sondern nach der Verkehrsauffassung um eine zur Kundenbeeinflussung benutzte unzulässige Zugabe.

Das Berufungsgericht nimmt Bezug auf seine im vorausgegangenen Verfügungsverfahren ergangene Entscheidung vom 2. Juli 1976 - 5 U 1634/76 -, in der es ausgeführt hat, das Flacon habe unstreitig einen Wert von über 14,-- DM und sei daher keine geringwertige Kleinigkeit. Es hat dort weiter ausgeführt, Parfum sei, da es zur Beeinflussung des Körpergeruchs oder zur Vermittlung von Geruchseindrücken angewendet werde, als Körperpflegemittel im weitesten Sinne anzusehen, und kommt zu dem Ergebnis, unter diesen Umständen werde das begehrte verallgemeinernde Verbot (der dortige Antrag entsprach im wesentlichen dem im vorliegenden Hauptverfahren gestellten Klageantrag) den Gegebenheiten des Rechtsstreits gerecht. - An dieser Auffassung hat das Berufungsgericht in der angefochtenen Entscheidung des vorliegenden Verfahrens festgehalten.

2. Die hiergegen gerichtete Anschlußrevision hat Erfolg.

Sie nimmt das gegen die Beklagte vom Landgericht ausgesprochene Verbot hin. Sie wendet sich ausschließlich gegen die allgemein gefaßte Verurteilung durch das Berufungsgericht und erstrebt die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Die angefochtene Entscheidung kann schon deshalb keinen Bestand haben, weil sie gegen das Gebot der bestimmten Umschreibung der Verletzungsform verstößt und daher prozessual unzulässig ist. Das Unterlassungsgebot ist grundsätzlich

auf die konkrete Verletzungsform abzustellen und bestimmt zu fassen. Dabei kann eine gewisse Verallgemeinerung hingenommen werden, wenn dabei das Charakteristische des festgestellten konkreten Verletzungstatbestandes zum Ausdruck kommt (vgl. BGH GRUR 1957, 606 - Heilmittelvertrieb; GRUR 1958, 348, 350 - Spitzenmuster; GRUR 1963, 430, 431 - Erdener Treppchen; GRUR 1964, 33, 34 - Bodenbeläge; GRUR 1976, 197 - Herstellung und Vertrieb). Diesen anerkannten Grundsätzen wird die angefochtene Entscheidung nicht gerecht. Durch das Verbot, Körperpflegemittel in Aufmachungen, die mit handelsüblichen Verkaufseinheiten verwechslungsfähig sind, als Zugabe zu gewähren, wird die Frage, was noch unter das Verbot fällt, weder für die Parteien noch für das Vollstreckungsgericht klar beantwortet, so daß im Falle einer Zuwiderhandlung praktisch ein neues Erkenntnisverfahren im Gewand eines Vollstreckungsverfahrens stattfinden müßte (vgl. "Erdener Treppchen" aaO). Wie problematisch die Frage der Verwechslungsfähigkeit sein kann, veranschaulicht der vorliegende Rechtsstreit, in dem die Parteien ausgiebig darüber gestritten haben, ob die in Rede stehende Flasche Cabochard-Parfum vom Verkehr eindeutig als Warenprobe erkannt wird oder aber mit der handelsüblichen Verkaufseinheit verwechselt werden kann. Die Kriterien, die die Verwechselbarkeit begründen können, sind bei den zahlreichen als Zugabe in Betracht kommenden Artikeln so mannigfaltig und können zudem bei den verschiedenen Waren so unterschiedlich sein, daß es sich verbietet, die Beantwortung dieser Frage dem Vollstreckungsverfahren zu überlassen. Es muß daher bei dem erstinstanzlichen konkreten Verbot verbleiben.

III. Auf die Revision des Klägers und die Anschlußrevision der Beklagten war daher das erstinstanzliche Urteil wieder herzustellen. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 97 Abs. 1 ZPO.

v. Gamm

Merkel

Schönberg

Schwerdtfeger

Zülch