

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 157/71

URTEIL

Verkündet am

24. November 1972

Z u g ,
Justizobersekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der Firma U [REDACTED] GmbH, R [REDACTED]/Rheinland, vertreten
durch ihren Geschäftsführer Dr. Carl U [REDACTED], ebenda,

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma K [REDACTED], Markenvertrieb KG, B [REDACTED] bei Mainz,
vertreten durch ihren geschäftsführenden Gesellschafter, den
Kaufmann Hans P [REDACTED], ebenda,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 1972 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Alff, Dr. Merkel, Dr. Schönberg und Dr. Frhr. v. Gamm

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. November 1971 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien sind Wettbewerber in der Herstellung und im Vertrieb von Bitterspirituosen (Magenbitter) in Portionsflaschen. Die Klägerin bringt ihr Erzeugnis unter der Bezeichnung "Kuemmerling" mit dem Zusatz "Der sanfte Bitter" auf den Markt; die Beklagte vertreibt ihren Magenbitter unter der Bezeichnung "Underberg."

In der Zeit von September 1969 bis Februar 1970 warb die Beklagte für ihr Erzeugnis mehrfach im Fernsehen mit einem Farbfilm (Fernsehspot), der im wesentlichen folgenden Inhalt hat: Im Bild erscheint zunächst

- 3 -

eine große Anzahl von verschiedenen Portionsflaschen, die in einem Kreis zusammenstehen und schräg von oben gefilmt sind. Eine Hand bewegt sich über die Portionsflaschen hinweg und berührt einzelne, wobei ein Sprecher sagt: "39 Pfennig, 32 Pfennig, 30 Pfennig, 35 Pfennig." Anschließend hebt die Hand eine Portionsflasche aus der Mitte des Kreises etwas an, wobei die Worte des Sprechers lauten: "Sogar nur 27 Pfennig." Die Hand fährt dann nochmals über die Portionsflaschen, während der Sprecher sagt: "Davon gibt es viele. Sehr viele." Danach hebt die Hand aus dem Kreis der Portionsflaschen eine "Underberg"-Portionsflasche heraus, die blickfangartig ins Bild gehalten wird. Der Sprecher sagt hierbei: "Aber es gibt nur einen Underberg, den mit der berühmten Wirkung. Der tut dem Magen gut. Daher darf Underberg ruhig etwas mehr kosten."

Die Klägerin sieht in dieser Werbung eine unzulässige Herabsetzung ihres Erzeugnisses und anderer Magenbitter sowie die Behauptung einer dem Erzeugnis der Beklagten nicht zukommenden Alleinstellung. Bei der Flasche, die im Fernsehspot der Beklagten mit den Worten "Sogar nur 27 Pfennig" aus dem Kreis der Portionsflaschen etwas angehoben werde, handele es sich erkennbar um die für ihr Erzeugnis charakteristische schlanke, hohe Vierkantform mit sich nach unten stark verjüngenden Seitenflächen und rund abfallenden Schultern am Flaschenhals sowie einem goldfarbenen Aufreißverschluß. Sie besitze für diese Flaschenform, die sie seit rund 20 Jahren verwende, aufgrund umfangreicher Werbung im Fernsehen



und in Illustrierten Verkehrsgeltung. Ihr in diesen Flaschen vertriebenes Erzeugnis sei von besonderer Qualität und erfreue sich steigender Beliebtheit. Sie habe davon im Durchschnitt der letzten 3 Jahre 10 Millionen Stück abgesetzt; der Abgabepreis an Großhändler betrage bei günstigster Rabattstaffel 0,45 DM je Flasche; der Endverbraucherpreis bewege sich im Einzelhandel zwischen 0,65 und 0,70 DM und liege in Gaststätten nicht unter 1,-- DM. Demgegenüber erwecke die Beklagte mit dem Fernsehspot den unrichtigen Eindruck, als handele es sich bei dem Erzeugnis der Klägerin um eine minderwertige Billigware, was zu einer Marktverwirrung und zu einer Abschwächung der umfangreichen Werbung der Klägerin für ihr Erzeugnis geführt habe.

Die Klägerin hat - nach Übernahme einer strafbewehrten Unterlassungsverpflichtung durch die Beklagte - Auskunft über die Verbreitung des genannten Films, in dem auch eine "Kuemmerling-Vierkant-Portionsflasche" gezeigt und angefaßt werde, und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt.

Die Beklagte hat ihre Werbung als zulässig verteidigt. Es gebe zahlreiche Konkurrenzzeugnisse, die zwischen 27 und 39 Pfennig kosteten. Die Portionsflasche der Klägerin besitze weder Verkehrsgeltung noch eigentümliche Elemente und sei als solche in dem Film nicht erkennbar, zumal sie kein Etikett habe und es zahlreiche Konkurrenzzeugnisse in Vierkantflaschen gebe.

Eine Alleinstellung nehme die Beklagte allenfalls in Ansehung der Einmaligkeit des Erzeugnisses "Underberg" in Anspruch. Dies geschehe zu Recht, da die Herstellung des "Underberg" auf einem im Familienbesitz befindlichen Geheimrezept beruhe, das den Mitbewerbern nicht zur Verfügung stehe. Außerdem handele es sich bei ihrem Magenbitter um ein Erzeugnis von überragender Qualität und höchster Güteklasse. Jedenfalls treffe sie in Bezug auf die Herstellung und Verwendung des Fernsehspots kein Verschulden. Die Beklagte hat außerdem die Einrede der Verjährung erhoben.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Beklagte unter Zurückweisung der weitergehenden Berufung der Klägerin zur Auskunftserteilung über die Verbreitung des genannten Films, in dem auch eine "Vierkant-Portionsflasche" zu sehen sei und angefaßt werde, verurteilt und die Schadensersatzpflicht der Beklagten mit dieser Einschränkung - daß die Vierkantflasche nicht als Portionsflasche der Klägerin erkennbar sei - festgestellt.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die vollständige Abweisung der Klage. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

I. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts enthält die Fernsehwerbung der Beklagten keine erkennbare Bezugnahme auf das Erzeugnis der Klägerin. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist daher nur noch, ob die hier in Rede stehende allgemeine Bezugnahme auf fremde Erzeugnisse in Verbindung mit der Hervorhebung des eigenen Produkts gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs verstößt (§ 1 UWG). Das Berufungsgericht bejaht diese Frage. Hierzu führt es aus, dem Betrachter werde zunächst vor Augen geführt, daß es eine Vielzahl von Magenbittern in Portionsflaschen gebe. Da der Verbraucher bei Spirituosen vom Preis auf die Qualität zu schließen pflege, werde durch die Nennung von Preisen zwischen 27 und 39 Pfennigen je Flasche der Eindruck erweckt, daß es sich um Billigprodukte handle. Durch die weitere Angabe, daß es von diesen Magenbittern in Portionsflaschen viele, sehr viele gebe, werde zumindest mittelbar erklärt, daß die große Masse der Konkurrenz-erzeugnisse von minderer Güte sei. Diese unterschiedslose Einstufung der Konkurrenz-erzeugnisse als Billigware sei nicht nur unrichtig, weil es auch Magenbitter in Portionsflaschen gebe, die genau so teuer seien wie der "Underberg", sondern auch deshalb unlauter, weil sie ausschließlich dem Zweck diene, den Magenbitter der Beklagten hervorzuheben. Kein Mitbewerber brauche es sich gefallen zu lassen, daß seine Ware von einem anderen als Vorspann benutzt werde. Ferner sei es unzulässig, die Konkurrenz-erzeugnisse ohne berechtigten Anlaß und ohne sachliche Auseinandersetzung mit ihnen pauschal abzuwerten.

Diese Beurteilung läßt keinen durchgreifenden Rechtsfehler erkennen.

Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß Werbevergleiche auch dann unzulässig sein können, wenn sie nicht auf bestimmte Mitbewerber Bezug nehmen, sondern sich gegen die Gesamtheit der Mitbewerber richten, ohne daß einzelne von ihnen mit dem Namen genannt oder auf andere Weise erkennbar gemacht werden. Zwar wird es in solchen Fällen weniger darauf ankommen, ob ein hinreichender Anlaß zur Bezugnahme auf die fremde Leistung gegeben war. Aber auch für allgemein gehaltene Werbevergleiche dieser Art gilt, daß sie sich nach Art und Maß in den Grenzen des Erforderlichen und der wahrheitsgemäßen sachlichen Erörterung halten müssen (vgl. BGHZ 49, 325, 329 f - 40 % können sie sparen).

Der von der Beklagten gewählte Werbevergleich wird diesen Anforderungen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht gerecht. Er enthält eine gegen die Grundsätze des lauterer Wettbewerbs verstoßende pauschale Abwertung fremder Erzeugnisse (vgl. BGH GRUR 1967, 30, 33 - Rum-Verschnitt).

Die Revision greift diese Feststellung ohne Erfolg an. Preise von 27 bis 39 Pfennigen je Portionsflasche Magenbitter sind nach einer ausdrücklichen und aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Feststellung des Berufungsgerichts niedrige Preise. Wenn das Berufungsgericht außerdem den von der Revision nicht angegriffenen Erfahrungssatz heranzieht, daß der Verbraucher bei Spirituosen

von dem Preis auf die Qualität zu schließen pflege, und auf diese Weise zu der Feststellung gelangt, die Beklagte erwecke mit ihrer Werbung den Eindruck, die im Film gezeigten und viele, sehr viele andere Erzeugnisse dieser Art seien von minderer Güte, so liegt darin kein Rechtsfehler. Der Einwand der Revision, das Publikum müsse aus einer so verstandenen Werbung folgern, daß es sich bei der Masse dieser Erzeugnisse um die normalen Preise und darum um Durchschnittsqualitäten handle, so erscheint das nicht als zwingend. Denn ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise kann aufgrund der im Werbefilm genannten Niedrigpreise diesen auch dahin verstehen, daß es nur wenige gute Erzeugnisse dieser Art gebe, die große Masse aber von minderer Güte sei, wie das Berufungsgericht sinngemäß festgestellt hat. Es mag zwar das Bestreben der Beklagten sein, ihr Erzeugnis von Durchschnittsqualitäten abzugrenzen, um auf diese Weise den höheren Preis vor den Verbrauchern zu rechtfertigen. Maßgebend ist jedoch der Eindruck, den die Werbung beim Publikum erweckt. Dieser besteht aber nach den rechtsirrtumsfreien Feststellungen des Berufungsgerichts für einen nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise darin, daß die Erzeugnisse der Mitbewerber ganz überwiegend von geringer Qualität seien, was sachlich nicht zutrifft, wie der eigene Vortrag der Beklagten ergibt.

Damit ist das Gesamtbild, das die Gegenüberstellung der eigenen Waren der Beklagten mit fremden Erzeugnissen

im Werbefilm hervorruft, nach der Vorstellung der angesprochenen Verkehrskreise nicht mehr in allen wesentlichen Punkten zutreffend und somit nach § 1 UWG zu beanstanden. Daß die Beklagte ein berechtigtes Interesse haben mag, ihren Verbrauchern zu erklären, weshalb ihr Erzeugnis etwas teurer sein dürfe als andere Magenbitter, steht dieser Beurteilung nicht entgegen. Der Revision kann auch nicht zugegeben werden, daß Preisvergleiche schlechthin zulässig seien. Zudem geht es im vorliegenden Falle in erster Linie um einen allgemeinen Warenvergleich, der die Güte des Erzeugnisses der Beklagten hervorheben und den etwas höheren Preis rechtfertigen will.

III. Das Berufungsgericht hat die Schadensersatzpflicht der Beklagten nach § 1 UWG zu Recht bejaht. Es fehlt nach den rechtsirrtumsfrei getroffenen Feststellungen nicht an einem Verschulden der Beklagten (§ 276 BGB). Diese hätte bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen oder doch jedenfalls in Betracht ziehen müssen, daß ihr Werbefilm mit den Grundsätzen des lautereren Wettbewerbs nicht im Einklang steht.

Die Entstehung eines Schadens der Klägerin durch die beanstandete Werbung der Beklagten ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht unwahrscheinlich. Zwar gehört ihr Erzeugnis nicht zu den im Fernsehspot angesprochenen Billigerzeugnissen. Aber nicht jeder Verbraucher weiß, daß sie sich in einer höheren Preisklasse bewegt. Deshalb trifft die pauschale Abwertung auch sie.

Andererseits ist die Klägerin noch nicht in der Lage, den Schaden zu beziffern. Hieraus ergibt sich das besondere Feststellungsinteresse hinsichtlich der Schadensersatzpflicht der Beklagten (§ 256 ZPO).

Das Auskunftsbegehren dient der Berechnung des Schadens und muß daher ebenfalls als berechtigt anerkannt werden.

IV. Das Berufungsgericht ist weiterhin zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, daß die von der Beklagten erhobene, auf § 21 UWG gestützte Einrede der Verjährung nicht begründet ist. Der Klägerin ist nicht zu widerlegen, daß sie von der hier in Rede stehenden Fernsehwerbung der Beklagten nicht vor Januar 1970 erfahren hat. Schon hieraus folgt, daß die 6 Monate betragende Verjährungsfrist durch die Klageerhebung (eingereicht am 11. Mai 1970, der Beklagten zugestellt am 22. Mai 1970) gewahrt worden ist. Außerdem handelt es sich bei dieser Fernsehwerbung um eine fortgesetzte Handlung, die nach dem eigenen Vortrag der Beklagten bis zum 7. Februar 1970 angedauert hat.

V. Das Berufungsgericht hat in dem Umstand, daß die Klägerin eine erkennbare Bezugnahme auf ihr Erzeugnis nicht zu beweisen vermocht hat, ein teilweises Unterliegen der Klägerin gesehen. Dem ist beizutreten, weil nicht nur das Interesse der Klägerin an einem Unterbleiben der angegriffenen Werbung, sondern auch der ihr entstandene feststellbare Schaden, um den es nur noch geht, wesentlich geringer ist, wenn, wie das

Berufungsgericht angenommen hat, eine erkennbare Bezugnahme auf ihr Erzeugnis fehlt. Es erscheint daher auch als gerechtfertigt, daß das Berufungsgericht die Kosten des I. und II. Rechtszuges gegeneinander aufgehoben hat.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat - bei entsprechend niedrigerem Streitwert - allein die Beklagte zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Krüger-Nieland

Alff

Merkel

Schönberg

v. Gamm