

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

49

UWG § 1

"Cola-Test"

Der Tatbestand der wettbewerbswidrigen kritisierenden vergleichenden Werbung erfordert, daß der Werbende die eigene Ware durch Herabsetzung der Ware des Mitbewerbers besonders hervorzuheben sucht.

Die Aufforderung zu einem Geschmackstest konkurrierender Getränke stellt nicht schon dann eine wettbewerbswidrige kritisierende vergleichende Werbung dar, wenn die angesprochenen Verkehrskreise auf Grund der überragenden Marktposition des Mitbewerbers ohne weiteres eine gedankliche Beziehung zu dessen Produkt herstellen.

BGH, Urt. v. 22. Mai 1986 - I ZR 11/85 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

49

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 11/85

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
22. Mai 1986
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma P- GmbH, St- Straße ,
O- am M-, vertreten durch die alleinvertretungs-
berechtigten Geschäftsführer Richard M. N- und Bernd
R-, ebenda,

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. -
und Dr. -

gegen

die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.
F-/M-, vertreten durch den geschäftsführenden
Vorstand Dr. Marcel K-, L-straße , B-
H-.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Mai 1986 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Merkel, Dr. Piper, Dr. Erdmann und Dr. Mees

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 13. Dezember 1984 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil der 6. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Düsseldorf vom 30. August 1983 wird zurückgewiesen.

Die Kosten beider Rechtsmittelinstanzen fallen der Klägerin zur Last.

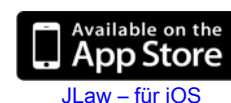
Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist ein rechtsfähiger Verband zur Förderung gewerblicher Interessen, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs gehört.



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



Die Beklagte stellt her und vertreibt in der Bundesrepublik Deutschland "P- C", eine C-haltige Limonade. Die Beklagte hat einen Werbefilm herstellen lassen, der in Filmtheatern vorgeführt wurde und dessen Ausstrahlung im Fernsehen vorgesehen ist. Mit diesem Film wird für "P- C" geworben. Gezeigt wird der "P-Test", bei dem eine jugendliche Testperson einen Geschmacksvergleich mit zwei weiteren nicht namentlich genannten C-Limonaden durchführt. Der Inhalt des Werbefilms ergibt sich aus dem nachstehend wiedergegebenen Klageantrag.

Die Klägerin hat in erster Linie geltend gemacht, bei dem Film handele es sich um eine unzulässige vergleichende Werbung. Die Beklagte vergleiche ihr Produkt "P- C" mit dem des Marktführers "C- C". Zwar werde "C- C" nicht ausdrücklich genannt; wegen des Marktanteils und des Bekanntheitsgrades von "C- C" sei jedoch davon auszugehen, daß ein relevanter Teil der Verbraucherschaft auch ohne ausdrücklichen Hinweis annehme, daß hier "P- C" mit "C- C" geschmacklich verglichen werde. Das Ergebnis des im Werbefilm dargestellten Tests sei eine Abwertung des Geschmacks von "C- C" gegenüber "P- C", eine qualitative Herabsetzung der beiden Vergleichsprodukte, insbesondere von "C- C". Der kritisierende Vergleich sei insbesondere nicht unter dem Gesichtspunkt der Verbraucheraufklärung zu rechtfertigen, da kein nachprüfbares Kriterium angeführt werde.

Die Klägerin hat beantragt zu erkennen:

1. der Beklagten wird es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 500.000 DM, und für den Fall, daß dieses nicht beigetrieben werden kann, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfalle bis zu zwei Jahren, aufgegeben, es zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs mit einem Film zu werben und/oder einen Film mittels Bild und Tonträger öffentlich wahrnehmbar zu machen und/oder der Öffentlichkeit anzubieten oder in Verkehr zu bringen, der dadurch gekennzeichnet ist, daß nacheinander die nachstehend in der Spalte "Bild" beschriebenen Situationen dargestellt werden und jeweils in einer Situation der in der Spalte "Ton" daneben wiedergegebene Text gesprochen wird:

Bild

Ton

1. Close-up auf dem Gesicht eines Sprechers

1. Stimme eines Interviewers: "Es gibt immer noch viele Leute, die nicht wissen, wie gut P- C- schmeckt."

2. Kamera zieht auf.
Darstellung einer
Interviewsituation:
Ein junger Mann,
etwa 18 Jahre alt,
sitzt mit dem Inter-
viewer an einem run-
den Tisch, dahinter
stehen mehrere junge
Leute, vor einem
Schild, auf dem
"P [REDACTED]" steht.

3. Auf dem Tisch sieht
man 3 gefüllte C [REDACTED]-
Gläser, die mit einem
Fragezeichen markiert
sind. Daneben jeweils
ein gelber Zylinder,
der die C [REDACTED]-Dosen
verdeckt.

2. Stimme des Interviewers:
"z.B. Ma [REDACTED] hier:
Ma [REDACTED], bevor wir den
P [REDACTED]-Test starten:
Wieviele C [REDACTED]'s kennst
Du?" Stimme des jungen
Mannes, der mit dem
Interviewer an einem
Tisch sitzt:

"3 oder 4"

Stimme des Interviewers:
"Und was ist für Dich
das Wichtigste an der
C [REDACTED]?"

Stimme des jungen
Mannes: "Hauptsächlich
der Geschmack möchte
ich sagen."

3. Stimme des Interviewers:
"Also, wenn Du so viele
C [REDACTED] kennst, bist Du
denn ganz sicher, daß
Du auch die C [REDACTED]
trinkst, die Dir wirk-
lich schmeckt?"
Stimme des jungen Man-
nes: "Ich glaube schon."

Stimme des Interviewers:

"Ist es P[REDACTED]?"

Stimme des jungen

Mannes (lacht): "Ne"

Stimme des Interviewers:

"Hier sind 3 C[REDACTED].

Probier sie und sag mir,
welches Deinen Ge-
schmack trifft."

4. Close-up auf den
jungen Mann, vor ihm
die drei Gläser. Der
junge Mann probiert
die 3 C[REDACTED] und zeigt
dann auf die, die er
gewählt hat.

4. Die Stimme des jungen
Mannes: "Die"

5. Der gelbe Zylinder
wird hochgehoben.
Darunter ist eine
P[REDACTED]-C[REDACTED]-Dose.
Der junge Mann und
seine Freunde lachen.
Das Bild friert ein.

5. Stimme des Interviewers:
"Schau nach, welche das
ist."

Stimme des jungen Man-
nes: "Lacht".

Stimme eines Sprechers:
"P[REDACTED] gewinnt nicht
immer, aber Martin steht
nicht allein - es gibt
noch viele andere, die
nicht wissen, wie gut

P- C schmeckt, denn jeder hat seinen eigenen Geschmack und jedes C schmeckt anders. Mach den P-Test!"

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat die Ansicht vertreten, es handele sich nicht um eine vergleichende Werbung. Der Film appelliere lediglich an den Verbraucher, der durch die Testperson Martin repräsentiert werde, den Geschmack von "P-C" selbst einmal zu testen.

Es fehle auch an einer erkennbaren gezielten Bezugnahme auf bestimmte Mitbewerber. Auf dem Markt gebe es ca. 25 verschiedene in Dosen abgefüllte C-Getränke, lediglich die "P-C"-Limonade werde dem Betrachter genannt. Eine wettbewerbswidrige Bezugnahme auf "C-C" dürfe nicht ausschließlich aus dem Marktanteil dieses Produkts abgeleitet werden. Wenn der Kreis der Mitbewerber klein und vom Verbraucher leicht zu überschauen sei, sei es denkbar, daß dieser bei jeder das eigene Produkt herausstellenden Werbung eine gedankliche Verbindung zu dem allgemein bekannten Produkt des Marktführers herstelle. Dieses "mittelbare Betroffenwerden" sei vom Marktführer hinzunehmen, weil sonst jede Werbung auf Warengeländen, auf denen es nur wenige Unternehmen gebe, als unzulässig beziehungsweise verboten werden könnte.

Der angegriffene Werbefilm setze das Produkt "C-C" auch nicht herab. Die Bezeichnung eines der 3 Testgetränke

als den Geschmack der Testperson treffend bedeute keine qualitative Abwertung der anderen C-Getränke als "schlechter" schmeckend. Der Film befasse sich ausschließlich mit der persönlichen Geschmacksentscheidung der Testperson; über eine angeblich bessere Qualität von "P-C" werde nichts ausgesagt. Der Verbraucher werde nicht im unklaren gelassen, daß die Wahl der "P-C"-Limonade eine persönliche geschmackliche Entscheidung der Testperson sei, die bei anderen Testpersonen auch zugunsten anderer Getränke ausfallen könne; darauf werde zudem am Schluß des Werbefilms ausdrücklich durch den Satz hingewiesen, jeder habe seinen eigenen Geschmack und jedes C schmecke anders.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen: Es liege kein Vergleich mit dem Konkurrenzprodukt "C-C" vor. Eine allein auf der überragenden Marktstellung von "C-C" beruhende Assoziation zu diesem Produkt sei wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Konkurrenzprodukte würden nicht herabgesetzt, lediglich die eigene Leistung herausgestellt.

Auf die dagegen gerichtete Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht dieses Urteil abgeändert und der Klage antragsgemäß stattgegeben. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der diese ihren Klagabweisungsantrag weiter verfolgt. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht führt aus, es handele sich um eine unmittelbar auf den Marktführer "C-C" bezugnehmende vergleichende Werbung, die als solche gegen § 1 UWG verstoße. Der Markt der C-Limonaden werde von dem Marktführer "C-C" mit dem allgemein bekannten Produkt beherrscht. Der Marktanteil von "C-C" belaufe sich auf fast 75 %, die Beklagte halte mit "P-C" einen Marktanteil von ca. 12 %, während die anderen Mitbewerber nur mit geringen Prozentsätzen beteiligt seien. Diesem Anteil entspreche bei spontaner Befragung, wie durch Umfrage festgestellt, der Bekanntheitsgrad von "C-C", während "P-C" dabei nur 24 % der Befragten bekannt sei. Bei gestützter Befragung seien C-C 99 %, "Pepsi-Cola" 91 %, S-C 80 %, A-C 74 % und Sonstige jeweils weniger als 30 % der Befragten bekannt gewesen.

Demgemäß nähme bei einem Vergleich nicht genannter C-Limonaden mit "P-C" der überwiegende Teil des Verkehrs ohne weiteres an, daß eines der anonymen Vergleichsgetränke "C-C" sei. Zwar möge es sein, daß ein marktstarkes Unternehmen die allein auf seine Marktstellung zurückzuführende Erkennbarkeit und die darin liegende mittelbare Bezugnahme hinnehmen müsse, soweit sich diese lediglich als eine Nebenwirkung seiner Marktstellung darstelle. Im Streitfall handele es sich aber um eine erkennbar auf den Marktführer bezogene und gezielte vergleichende Werbung, bei der auf die namentliche Nennung des Mitbewerbers nur deshalb verzichtet worden sei, weil der Verbraucher ohnehin sofort

erkenne, wer gemeint sei. Da ein Geschmacksvergleich durchgeführt werde, sei klar, daß eine der verborgenen Dosen "C-
C" enthalten müsse, daß also der Geschmack von "P-C"
mit dem von "C-C" verglichen werde.

Daraus folge die Wettbewerbswidrigkeit dieser Werbung. Der Vergleich müsse nach meßbaren und nachprüfbaren Kriterien erfolgen, alle relevanten Parameter müßten vollständig einbezogen sein. Davon könne im Streitfall keine Rede sein, wenn die Testperson "P-C" allein als geschmacklich bevorzugte und zu bevorzugende C-Limonade im Rahmen der Tests auswähle.

Bei dieser Sachlage komme es nicht mehr darauf an, daß dabei auch eine kritisierende und herabsetzende Werbung vorliege, weil die Worte "P gewinnt nicht immer" vom Verkehr dahin verstanden würden, daß "P" zwar nicht stets, aber in den allermeisten Fällen gegenüber "C-C" geschmacklich bevorzugt werde. Diese Wendung sei aus dem gleichen Grunde auch unter dem Gesichtspunkt anlehnender Rufausbeutung sittenwidrig ("P gewinnt nicht immer" - werde vom Verkehr ergänzend dahin verstanden: aber in den meisten Fällen).

Das Berufungsgericht hält die Werbung schließlich auch für irreführend im Sinne des § 3 UWG, weil die nach der vorgelegten "Notarbestätigung" vom 11. August 1982 erzielten Ergebnisse tatsächlich durchgeführter Tests, deren sachgerechte Durchführung unterstellt, nicht eine Aussage rechtfertigten, die dem Verbraucher einen deutlichen Vorsprung von "P-C" gegenüber "C-C" bei den durchgeführten Geschmackstests suggeriere.

II. Die dagegen gerichtete Revision hat Erfolg.

1. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht den Sachverhalt als unzulässige vergleichende Werbung beurteilt.

Dies gilt bereits für die rechtlichen Grundsätze, die es dabei zugrunde gelegt hat. Es unterscheidet zwischen einer gezielten Bezugnahme auf den Mitbewerber, die es hier als gegeben und als ausreichend für die Verurteilung unter dem Gesichtspunkt der vergleichenden Werbung angesehen hat, und einer kritisierenden und herabsetzenden Bezugnahme, auf die es für die Entscheidung des Rechtsstreits nicht mehr ankommen soll. Dabei ist nicht hinreichend beachtet worden, daß eine lediglich bezugnehmende und nicht herabsetzende Werbung rechtlich nur unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Anlehnung an den Ruf eines Konkurrenzzeugnisses beanstandet werden könnte. Dafür bieten die Feststellungen des Berufungsgerichts keinen Anhaltspunkt, das Berufungsgericht mißt diesem Gesichtspunkt auch keine tragende Bedeutung zu. Der Tatbestand der kritisierenden herabsetzenden Werbung im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. dazu BGH GRUR 1962, 45, 49 - Betonzusatzmittel; BGHZ 49, 325, 329 - 40 % können Sie sparen) erfordert, daß der Werbende die eigene Ware durch Herabsetzung der Ware des Mitbewerbers besonders herauszuheben sucht (BGH GRUR aaO. S. 49 - Betonzusatzmittel).

Eine Herabsetzung der Ware "C--C-" ergibt sich aus den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht. Dabei kann mit dem Berufungsgericht davon ausgegangen werden, daß die angesprochenen Verkehrskreise wegen der überragenden

Marktstellung dieses Erzeugnisses ohne weiteres zu dem Schluß gelangen können, eines der anonymen Vergleichsgetränke in der Probierszene sei "C- C" und diese lediglich auf der über-
ragenden Marktstellung dieses Produkts beruhende Assoziation sei in diesem Zusammenhang rechtlich erheblich (vgl. dazu aber BGH GRUR 1970, 422, 423 - Tauchkühler). Da diese bezugnehmende Vorstellung für sich allein vom Publikum auch nach der Fest-
stellung des Berufungsgerichts noch nicht als herabsetzende Kritik an der Konkurrenzware aufgefaßt werden kann, hängt es allein von der übrigen Aussage des Werbespots ab, ob das Konkurrenzzeugnis "C- C" durch die beanstandete Werbung herabgesetzt wird.

Insoweit hat das Berufungsgericht den Sachverhalt nicht erschöpfend gewürdigt. Die Aussage des Films, seine "Bot-
schaft", wie sie sich aus dem Ablauf der Bildfolge und dem begleitenden Text ergibt, geht nach allgemeinem Sprachver-
ständnis dahin, "P- C" habe einen viele C-Trinker ansprechenden Geschmack, und der von der Werbung angesprochene Verbraucher solle "P- C" auf dessen Geschmack hin
probieren, den "P-Test" machen. Darin liegt einerseits eine Anpreisung der eigenen Ware und andererseits die Auf-
forderung, sich selbst durch eine Erprobung nach dem Muster der vorgeführten Szene Gewißheit darüber zu verschaffen, ob
"P- C" das Erzeugnis sei, das dem Interessenten wirklich schmecke. In der Aufforderung eines Werbenden an das Publikum, die eigene und die Konkurrenzware selbst zu vergleichen und zu
erproben, liegt in der Regel keine Wettbewerbswidrigkeit (vgl. BGH GRUR 1974, 280, 281 - Divi), insbesondere liegt keine

kritisierende Aussage des Werbenden darin über die Eigenschaften, die Zusammensetzung, die Beschaffenheit oder sonstige objektiv feststellbare Eigenschaften der zum Vergleich stehenden Produkte. Im Streitfall werden diese lediglich als unterschiedlich im Geschmack hingestellt, was in der Werbeaussage ohne Bewertung bleibt und dadurch zusätzlich neutralisiert und aus der Sphäre eines kritisierenden Vergleichs gerückt wird, daß auf die Subjektivität des Geschmacksempfindens hingewiesen wird.

Soweit das Berufungsgericht der vorgeführten Probierszene etwas anderes entnehmen will, mißt es dieser eine im Gesamtzusammenhang unzutreffende Bedeutung zu. Sie illustriert lediglich die unter dem Gesichtspunkt einer werbenden Gegenüberstellung neutrale "Botschaft", daß G-Getränke unterschiedlich - nicht: besser oder schlechter - schmecken, und daß C-Trinker, wenn sie selbst probieren, zu unterschiedlichen Präferenzen kommen können.

Auch die Wendung "P gewinnt nicht immer" kann nicht, wenn sie in ihrem Zusammenhang mit dem übrigen Text gewürdigt wird, als Aussage dahin verstanden werden, "P-C" werde zwar nicht stets, aber in den allermeisten Fällen gegenüber "C-C" geschmacklich bevorzugt werden, wie das Berufungsgericht meint. Die Fortsetzung im Text: "aber Ma steht nicht allein, es gibt noch viele andere, die nicht wissen, wie gut P-C schmeckt, denn jeder hat seinen eigenen Geschmack und jedes C schmeckt anders" steht einem solchen Verständnis entgegen.

2. Auch auf § 3 UWG läßt sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts die Verurteilung nicht stützen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die gefilmte Probierszene echt oder gestellt war, und ob die mehrfachen Tests die Werbeaussage rechtfertigen könnten. Denn im Werbefilm wird auf diese Vorgänge nicht Bezug genommen und es wird nicht behauptet, daß es sich um eine repräsentative Szene handele. Mit dem Landgericht kann zudem davon ausgegangen werden, daß der angesprochene Verkehr die Szene nicht als objektiven Warentest ansehen wird. Dies umso weniger, als ihm derartige Werbespots, beispielsweise aus der Fernseh-Werbung für andere Konsumgüter, in ihrem Charakter bekannt zu sein pflegen.

Danach war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das klagabweisende Urteil des Landgerichts zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

v. Gamm

Merkel

Piper

Erdmann

Mees