

Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: nein

UWG § 3

Fichtennadelextrakt

Besteht ein im Verkehr unter einer gebräuchlichen Bezeichnung (hier: Fichtennadelextrakt) angebotenes Erzeugnis niemals oder doch in aller Regel nicht aus denjenigen Stoffen, die nicht fachkundige Verkehrskreise, namentlich die Verbraucher, nach dem Wortsinn der Bezeichnung erwarten können, so kann der Gebrauch dieser allgemein verwendeten Bezeichnung durch einen der Mitbewerber nicht schon deshalb, weil auch sein Erzeugnis nicht dem Wortsinn der Bezeichnung entspricht, als wettbewerbswidrig beurteilt und die auf den Wortsinn abgestellte Verkehrsauffassung nicht als schutzwürdig angesehen werden. Es ist dann vielmehr darauf abzustellen, welche Eigenschaften in bezug auf Wesen und Gebrauchsvorteile der Verkehr bei einem ihm unter der Bezeichnung entgeg tretenden Erzeugnis erwartet und üblicherweise erwarten kann.

BGH, Urt. v. 13. Juli 1962 - I ZR 23/61 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

I ZR 23/61

Verkündet
am 13. Juli 1962
Grunau,
Justizhauptschreiber
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Bernd C [REDACTED], Alleininhaber Kaufmann Bernd C [REDACTED],
Chemische Fabrik, in D [REDACTED], He [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

der Firma P [REDACTED] Aktiengesellschaft in F [REDACTED]/Schw [REDACTED],
[REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihren Vorstand, die Herren
Sch [REDACTED], Dr. Kurt Sch [REDACTED] und Balduin Sch [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 19. Juni 1962 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Prof. Dr. h. c. Wilde und der Bundes-
richter Dr. Löscher, Jungbluth, Pehle und Ebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Düsseldorf vom 13. Januar 1961 aufgehoben. Die
Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten der Revision,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

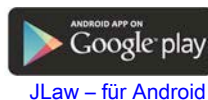
Die Klägerin stellt "Fichtennadel-Extrakte" her, die sie unter anderem unter der Bezeichnung "S [REDACTED]" in den Verkehr bringt. Die Beklagte vertreibt Erzeugnisse, die sie von verschiedenen Herstellern bezieht, als "Fichtennadel-Extrakt naturrein" und "Fichtennadel-Extrakt".

Die Klägerin erblickt in der Verwendung dieser Bezeichnungen für die von der Beklagten vertriebenen Erzeugnisse einen Verstoß gegen § 3 UWG. Nach ihrer Darstellung versteht der Verkehr unter einem "Fichtennadelextrakt" ein Erzeugnis, das ausschließlich durch Destillation und Extraktion von Fichtennadeln und nadelbesetzten Fichtenzweigen gewonnen wird; im zweiten Rechtszug hat sie den Nadeln und nadelbesetzten Zweigen der Fichtenarten (*Picea*) die der Tannenarten (*Abies*) und der Kiefernarten (*Pinus*) gleichgestellt. Die von der Beklagten vertriebenen Erzeugnisse dagegen sollen nach der Behauptung der Klägerin kein "Fichtennadelextrakt" sein, sondern ein Holzextrakt oder ein Extrakt, bei dem die Holzanteile deutlich das Übergewicht hätten. Diese Behauptung hat die Klägerin auf die Ergebnisse von Untersuchungen gestützt, die der vereidigte Handelschemiker Dr. E [REDACTED] in St [REDACTED] in ihrem Auftrag im Jahre 1956 an einigen - später vernichteten - Proben der von der Beklagten vertriebenen Erzeugnisse vorgenommen hatte. Der im Laufe des Rechtsstreits an sie gerichteten Aufforderung, neue Proben vorzulegen, ist sie nicht nachgekommen, mit der Begründung, daß die Beklagte sich hüten werde, während des Rechtsstreits die rechtsverletzenden Handlungen fortzusetzen.

Die Klägerin hat im ersten Rechtszug beantragt, die Beklagte zur Unterlassung und zur Auskunfterteilung zu



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



verurteilen sowie ihre Verpflichtung zum Schadensersatz festzustellen. Den Unterlassungsantrag hat die Klägerin nach mehrfacher Änderung zuletzt dahin gefaßt,

"es...zu unterlassen, ... einen Extrakt als "Fichtennadel-Extrakt naturrein" oder als "Fichtennadel-Extrakt" zu bezeichnen, der nicht ausschließlich aus Fichtennadeln und nadelbesetztem Fichtenreisig als Ausgangsstoffen in der Weise gewonnen worden ist, daß aus den vorgenannten Ausgangsstoffen durch Destillation erhaltenes Fichtennadelöl dem Extraktionsprodukt der Ausgangsstoffe zugesetzt wird."

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat entgegnet, die Auffassung des Verkehrs über die Ausgangsstoffe und die Zusammensetzung eines "Fichtennadelextrakts" sei nicht eindeutig; der Verkehr halte diese Bezeichnung auch dann für richtig, wenn nicht ausschließlich Auszüge aus den Nadeln, sondern auch Holzbestandteile verwendet würden; die Klage laufe darauf hinaus, eine bisher nicht vorhandene Normung des Begriffs "Fichtennadelextrakt" in einem von der Klägerin gewünschten Sinne durch das zu solcher Normung nicht berufene Gericht zu erreichen. Die Beklagte hat überdies in Abrede gestellt, daß sie "Fichtennadelextrakt" vertrieben hätte, der nicht ausschließlich durch Destillation und Extraktion von Nadeln und nadelbesetztem Reisig gewonnen worden wäre.

Das Landgericht hat dem Unterlassungsantrag in der zuletzt verlesenen Fassung stattgegeben, im übrigen aber die

Klage abgewiesen. Von der zunächst angeordneten Einholung eines Sachverständigengutachtens des Professors Dr.K. in Sp. hat das Landgericht später abgesehen. In der Begründung des Urteils ist ausgeführt, es sei nicht bewiesen, daß die Beklagte unter der Bezeichnung "Fichtennadel-Extrakt" ein Erzeugnis in den Verkehr gebracht hätte, dessen Ausgangsstoffe nicht ausschließlich Fichtennadeln und nadelbesetztes Fichtenreisig gewesen sind; auch ein Verschulden der Beklagten habe sich nicht sicher feststellen lassen; der Unterlassungsantrag sei aber unter dem Gesichtspunkt der vorbeugenden Unterlassungsklage begründet, da die Gefahr einer Verfälschung des "Fichtennadelextrakts" durch die Hersteller bestehe, von denen die Beklagte die Erzeugnisse beziehe.

Gegen dieses Urteil hat nur die Beklagte Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat durch Vernehmung des Chemikers Dr.E. und eines anderen Zeugen sowie durch Einholung eines Sachverständigengutachtens von Professor Dr.Kü. in Da. über die seinerzeit von Dr.E. untersuchten Proben Beweis erhoben. Es hat sodann die Berufung der Beklagten mit einer vom Urteil des Landgerichts abweichenden Begründung zurückgewiesen und dabei die im zweiten Rechtszug allein noch streitige Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung einschränkend wie folgt gefaßt:

"es zu unterlassen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, einen Extrakt als "Fichtennadel-Extrakt naturrein" oder als "Fichtennadel-Extrakt" zu bezeichnen, der nicht ausschließlich aus Fichtennadeln und nadelbesetztem Fichtenreisig, aus Tannennadeln und nadelbe-

setztem Tannenreisig oder aus Kiefernadeln und nadelbesetztem Kiefernreisig als Ausgangsstoffen in der Weise gewonnen worden ist, daß das aus den genannten Ausgangsstoffen durch Destillation erhaltene - Fichtennadelöl, Tannennadelöl oder Kiefernadelöl dem Extraktionsprodukt der Ausgangsstoffe zugesetzt wird, insbesondere auf Etiketten, Rechnungen oder dergleichen für Extrakte, die nicht den vorstehend wiedergegebenen Bedingungen entsprechen, die Bezeichnungen "Fichtennadel-Extrakt naturrein" oder "Fichtennadel-Extrakt" anzubringen. Dabei kann bei den erwähnten Ausgangsstoffen an die Stelle von "nadelbesetztem Reisig" die den Holzbestandteilen einschließlich der Rinde des Reisigs entsprechende Menge an Rinde von gefällten Stämmen der betreffenden Baumarten treten."

Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf völlige Abweisung der Klage weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision. Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte haben ferner mit Rücksicht auf das am 1. August 1961 in Kraft getretene Arzneimittelgesetz vom 16. Mai 1961 hilfsweise beantragt, die Hauptsache für erledigt zu erklären und dem Gegner die Kosten aufzuerlegen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, daß die Beklagte durch die Bezeichnungen "Fichtennadel-Extrakt" und "Fichtennadel-Extrakt naturrein" unrichtige Angaben im Sinne des § 3 UWG über die Beschaffenheit ihrer

Waren gemacht habe. Zur Begründung hat es im wesentlichen folgendes ausgeführt:

Eine amtliche oder sonst verbindliche Begriffsbestimmung der Bezeichnung "Fichtennadelextrakt" sei nicht vorhanden. Die (im einzelnen wiedergegebenen) Darstellungen im "Neuen Brockhaus", im Deutschen Arzneibuch (DAB) Ergänzungsband 5. Ausgabe und 6. Ausgabe sowie im Kommentar zu dieser 6. Ausgabe von Schulze/Diepenbrock stimmten im wesentlichen mit dem überein, was die Klägerin als Verkehrsauffassung behauptet habe, wobei zu beachten sei, daß entsprechend der im zweiten Rechtszug geäußerten Auffassung der Klägerin statt Fichten auch Tannen- oder Kiefernarten in Betracht kämen. Es sei allerdings anzunehmen, daß die beteiligten Verkehrskreise (Fabrikanten, Großhändler, Einzelhändler, Inhaber von Badeanstalten und auch die Verbraucher selbst) im allgemeinen zunächst vom Wortlaut der Bezeichnung ausgehen und daher in erster Linie der Ansicht sein würden, das fragliche Erzeugnis werde tatsächlich aus Fichtennadeln als Ausgangsstoff gewonnen. Ob die beteiligten Verkehrskreise hierbei auch an nadelbesetztes Reisig von

Fichten, Tannen oder Kiefern als weiteren Ausgangsstoff dächten, könne auf sich beruhen, da sich eine dahin gehende Annahme nur zugunsten der Beklagten auswirke und von der Klägerin selbst im Klagantrag vorgeschlagen worden sei. Dagegen sei nicht anzunehmen, daß ein beachtlicher Teil der beteiligten Verkehrskreise unter einem "Fichtennadelextrakt" auch ein Erzeugnis verstehe, das in erster Linie aus Fichten-, Tannen- oder Kiefernholz gewonnen worden sei oder bei dem neben Nadeln und nadelbesetztem Reisig auch Holz vom Stamme dieser Bäume verwendet worden sei. Hinzu komme, daß eine ausreichende medizinische Wirkung

des Fichtennadelextrakts nur gewährleistet sei, wenn der Extrakt aus Nadeln oder nadelbesetztem Reisig als Ausgangsstoffen und nicht aus dem Holz der Stämme hergestellt sei. Es sei daher davon auszugehen, daß ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise unter Fichtennadelextrakt ein Erzeugnis verstehe, wie es in der Urteilsformel im einzelnen bezeichnet sei. Deshalb seien die Bezeichnungen "Fichtennadel-Extrakt naturrein" und "Fichtennadel-Extrakt" für ein Erzeugnis, das zusätzlich aus anderen Ausgangsstoffen als Nadeln und nadelbesetztem Reisig gewonnen worden sei, unrichtig im Sinne des § 3 UWG. Nach dem Gutachten des Sachverständigen Prof.Dr.Kü[REDACTED] müsse es allerdings - wie in der Urteilsformel berücksichtigt - auch als zulässig angesehen werden, das "nadelbesetzte Reisig" durch eine den Holzbestandteilen einschließlich der Rinde des Reisigs entsprechende Menge an Rinde von gefällten Stämmen der betreffenden Baumart zu ersetzen.

Die Beweisaufnahme habe ergeben, daß die Beklagte unter den Bezeichnungen "Fichtennadel-Extrakt" und "Fichtennadel-Extrakt naturrein" Erzeugnisse in den Verkehr gebracht habe, die nicht ausschließlich aus den in der Urteilsformel genannten Ausgangsstoffen gewonnen worden seien. Nach dem auf den Untersuchungsbericht Dr.E[REDACTED] vom 16. Mai 1956 gestützten Gutachten des Professors Dr.Kü[REDACTED] unterscheide sich das am 16. Mai 1956 von Dr.E[REDACTED] untersuchte Erzeugnis, dessen Identität als ein von der Beklagten unter der Bezeichnung "Becce-Fichtennadel-Extrakt naturrein" vertriebenes Erzeugnis durch die Aussagen der Zeugen Fahrendorf, Scheube und Dr.E[REDACTED] erwiesen sei, in seinen Ausgangsstoffen eindeutig von dem in der Urteilsformel näher beschriebenen Fichtennadelextrakt; die Analysenergeb-

nisse im Bericht vom 16. Mai 1956 sprächen für eine Streckung des Fichtennadelextrakts der Beklagten mit einer nicht näher zu definierenden Extraktkomponente, die nicht im Fichtenreisig oder in der Fichtenrinde vorkomme, so daß ein Verschneiden des Extrakts der Beklagten mit einem fremden Bestandteil als gesichert anzusehen sei. Die Ergebnisse, zu denen der Sachverständige auf Grund des Untersuchungsberichts über den "Becede-Fichtennadel-Extrakt naturrein" gekommen sei, könnten unbedenklich auf den seinerzeit vertriebenen "Fichtennadel-Extrakt" der Beklagten übertragen werden, da die Lebenserfahrung dafür spreche, daß in einem unter dieser Bezeichnung vertriebenen Erzeugnis mindestens auch diejenigen unzulässigen Fremdbestandteile vorhanden seien, die sich in dem unter der Bezeichnung "naturrein" in den Verkehr gebrachten Erzeugnis befunden hätten.

Das Berufungsgericht hat schließlich auch die Wiederholungsgefahr als gegeben angesehen, weil die Beklagte nach wie vor die Ansicht vertrete, sie habe durch den Vertrieb des beanstandeten Extrakts nicht gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs verstoßen, und weil sie auch keine wirksame Verpflichtungserklärung zur Unterlassung abgegeben habe.

II. Die Revision rügt unter anderem verfahrensrechtliche und sachlich-rechtliche Verstöße des Berufungsgerichts bei der Feststellung, was der Verkehr unter einem "Fichtennadelextrakt" versteht, und bei der Feststellung, inwiefern das von der Beklagten vertriebene Erzeugnis der Verkehrserwartung nicht entsprochen hat. Diesen Rügen konnte im Ergebnis der Erfolg nicht versagt werden.

1. Eine amtliche oder sonst verbindliche Begriffsbestimmung der Bezeichnung "Fichtennadelextrakt", nach der sich die Hersteller und Händler richten müßten und durch die auch die Verkehrsauffassung beeinflusst sein könnte (vergl. zu letzterem BGH GRUR 1958, 32, 33 - Haferschleim -; GRUR 1958, 492, 496 - Eis-Pralinen -; GRUR 1962, 249, 252 - Schaumweinwerbung "naturrein" -), ist nach der zutreffenden Feststellung des Berufungsgerichts bisher nicht vorhanden. Sie ist auch nicht durch das während des Revisionsverfahrens (am 1. August 1961) in Kraft getretene und hier zu beachtende (BGHZ 9, 101) Arzneimittelgesetz vom 16. Mai 1961 (BGBl I S.533) geschaffen worden. Dieses Gesetz enthält - abgesehen von dem Verbot "irreführender Bezeichnungen" (§ 8) - als hier einschlägig nur die Bestimmung, daß Arzneimittel, soweit sie im Deutschen Arzneibuch aufgeführte Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen sind oder solche enthalten, teils schlechthin, teils nur bei Abgabe in Apotheken den Vorschriften des Deutschen Arzneibuchs entsprechen müssen (§ 5 Abs.1 und 2). "Fichtennadelextrakt" ist zwar ein Arzneimittel im Sinne des § 1 Abs.1 des Gesetzes, ist aber nicht im "Deutschen Arzneibuch", sondern nur in dem "Ergänzungsbuch zum Deutschen Arzneibuch" aufgeführt. Zudem enthält die jetzt maßgebende 6. Ausgabe des Ergänzungsbuchs unter dem Stichwort "Extractum Pini-Fichtennadelextrakt" (S.145), wie das Berufungsgericht zutreffend feststellt, nur eine Bestimmung über den Mindestgehalt an ätherischem Öl (1 %), eine allgemeine Beschreibung der äußeren Beschaffenheit (Farbe, Geruch, Fließbarkeit, Löslichkeit) und im übrigen nur Anleitungen für die pharmazeutische Prüfung fertiger Fichtennadelextrakte. Die vorangehende 5. Ausgabe (S.153) enthielt zwar außerdem eine Herstellungsvorschrift, war aber auch insoweit ersichtlich nur für die Apotheker bestimmt und führte zudem

als deutsche Bezeichnung für "Extractum Pini" nicht "Fichtennadelextrakt", sondern "Fichtenextrakt" an.

2. Das Berufungsgericht hat daher die Verkehrsauffassung auf andere Weise feststellen müssen.

a) In seinen Ausführungen hierzu hat das Berufungsgericht ersichtlich zunächst sagen wollen, daß ein nicht unerheblicher, womöglich sogar der größte Teil der beteiligten Verkehrskreise, namentlich der Verbraucher, dem Wortsinne der Bezeichnung entsprechend unter "Fichtennadelextrakt" ein tatsächlich aus Fichtennadeln als Ausgangsstoff gewonnenes Erzeugnis versteht. Ob das Berufungsgericht eine solche Feststellung aus eigener Sachkunde und ohne Beweis-erhebung hätte treffen können, kann dahingestellt bleiben. Denn das Berufungsgericht hat eine Verkehrsauffassung dieses Inhalts gerade nicht zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht, und zwar, wie anzunehmen, aus der zutreffenden Erwägung, daß das im Verkehr als "Fichtennadelextrakt" bezeichnete Erzeugnis, - wie noch auszuführen ist -, tatsächlich niemals nur ein "Extrakt" aus "Nadeln" von "Fichten" ist. Das Berufungsgericht hat vielmehr das, was unter "Fichtennadelextrakt" zu verstehen sei, in der Urteilsformel in einer vom Wortsinn erheblich abweichenden Weise festgelegt. Es hat außer Fichten auch Tannen und Kiefern einbezogen, außer den Nadeln auch das nadelbesetzte Reisig als Ausgangsstoff genannt, ein bestimmtes Herstellungsverfahren mit den drei Stufen der Destillation, der Extraktion und der Wiedervermischung des Destillats mit dem Extrakt vorausgesetzt und schließlich anstatt des Reisigs auch die entsprechende Menge an Rinde von gefällten Stämmen zugelassen. Daß die auf diese Weise in der Urteilsformel vorgenomme-

ne Umschreibung des Begriffs "Fichtennadelextrakt" tatsächlich der Vorstellung entspräche, die der Verkehr oder auch nur ein erheblicher Teil des Verkehrs mit diesem Begriff verbindet, hat jedoch ersichtlich auch das Berufungsgericht selbst nicht feststellen wollen. Es sagt zwar in den Entscheidungsgründen (S. 11), es sei davon auszugehen, daß ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise unter Fichtennadelextrakt ein Erzeugnis der in der Urteilsformel bezeichneten Art verstehe. Es hatte aber zuvor gesagt, daß es auf sich beruhen könne, ob die Verkehrskreise auch an nadelbesetztes Reisig dächten, und es hat erst im Anschluß an die genannte Bemerkung noch die Gleichstellung der Stammrinde mit dem Reisig vorgenommen. Es fehlt mithin an einer dem Berufungsurteil zugrunde gelegten positiven Feststellung, was der Verkehr oder ein rechtlich beachtlicher Teil der beteiligten Verkehrskreise unter einem Fichtennadelextrakt versteht. Das Berufungsgericht ist vielmehr ersichtlich von der negativen Feststellung ausgegangen, daß jedenfalls ein Erzeugnis, das nicht einmal die in der Urteilsformel genannten Anforderungen erfüllt, vom Verkehr keinesfalls mehr als "Fichtennadelextrakt" angesehen werden würde. Eine solche bloß negative Feststellung über die Verkehrsauffassung kann an sich zulässig sein und in geeigneten Fällen als Entscheidungsgrundlage genügen. Im Streitfall aber beruht auch diese negative Feststellung ausschließlich auf dem, was das Berufungsgericht selbst im Beweisbeschuß vom 3. November 1959 anhand der für die Formulierung des Klagantrags verwendeten Ausführungen in der Literatur als Kennzeichen für das Erzeugnis "Fichtennadelextrakt" festgelegt hat ("Erzeugnis, das ausschließlich aus Fichtennadeln oder nadelbesetztem Fichtenreisig in der Weise gewonnen worden ist, daß das aus den erwähnten Ausgangsstoffen durch Destillation erhaltene Fichtennadelöl

dem Extraktionsprodukt der Ausgangsstoffe zugesetzt worden ist"), auf dem, was darüber hinaus der Sachverständige Prof.Dr.Kü[REDACTED] unter Widerspruch der Klägerin als noch zulässig bezeichnet hat ("Stammrinde statt Reissig"), und auf dem, was schließlich die Klägerin selbst in der Verhandlung vom 6. Dezember 1960 und im Schriftsatz vom 21. Dezember 1960 zu 1 als mit unter den Begriff fallend genannt hat (Tannenarten, Kiefernarten). Auch bei seiner negativen Feststellung hat das Berufungsgericht mithin nur die Literatur und die Meinung sachverständiger Kreise berücksichtigt, ohne aber überzeugend dartun zu können, daß sich damit auch die Meinung der Verbraucher decke. Darüber hinaus scheint, wie schon der erwähnte Widerspruch zwischen der Klägerin und dem Sachverständigen Prof.Dr.Kü[REDACTED] zeigt, noch nicht einmal in den Kreisen der Wissenschaft und der Hersteller eine einheitliche Auffassung darüber zu bestehen, was als zulässiger oder noch zulässiger Ausgangsstoff für Fichtennadelextrakt zu gelten hat. Auf die Schwierigkeit oder sogar Unmöglichkeit, eine einheitliche Auffassung der Sachverständigen über Art und prozentualen Anteil der zulässigen Ausgangsstoffe des Fichtennadelextrakts zu erzielen, hatte nachdrücklich auch bereits der im ersten Rechtszug beauftragte Sachverständige Prof.Dr.K[REDACTED] in seinem Schreiben vom 17. Mai 1957 hingewiesen. Er hatte insbesondere darauf aufmerksam gemacht, daß es handelsüblich sei, neben Fichtennadeln auch Holz und Rinde zu verarbeiten, und daß bisher nicht entschieden sei, welcher Prozentsatz an Holz und Rinde noch als handelsüblich angesehen werden könne. Es wäre daher beispielsweise denkbar, daß ein anderer Sachverständiger als Prof.Dr.Kü[REDACTED], etwa Prof.Dr.K[REDACTED], eine gewisse Beimischung an Holzextrakt "noch als zulässig"

angesehen hätte. Gerade um die Frage, ob dem beanstandeten Erzeugnis der Beklagten etwa ein Holzextrakt beigemischt war, also dann auch um die Frage, ob das zulässig war, scheint es aber im Streitfall nach dem Gutachten des Professors Dr. Kü[REDACTED] zu den Untersuchungsbefunden des Dr. E[REDACTED] zu gehen. Die nur auf den Ergänzungsbüchern zum Deutschen Arzneibuch und der selbst von der Klägerin nicht voll anerkannten Meinung des Sachverständigen Prof. Dr. Kü[REDACTED] beruhende negative Feststellung, was der Verkehr nicht mehr als "Fichtennadelextrakt" ansehen würde, konnte mithin im Streitfall keine geeignete Entscheidungsgrundlage bilden.

b) Um die für die Entscheidung des Streitfalls erforderlichen Feststellungen über die Verkehrsauffassung treffen zu können, hätte das Berufungsgericht von folgenden Erwägungen ausgehen sollen:

Die wahrscheinlich weit verbreitete Meinung, "Fichtennadelextrakt" sei - oder sei sogar: nur - ein Extrakt aus den Nadeln von Fichten, ist, wie aus dem gesamten Akteninhalt als unstreitig entnommen werden kann, in dieser Form sicherlich unrichtig. Der "Fichtennadelextrakt" ist zunächst einmal nicht nur ein "Extrakt", sondern ein Gemisch aus einem "Extrakt" und einem "Destillat", wobei gerade nicht der Extrakt, sondern das Destillat das als Wirkstoff gewünschte ätherische Öl (Fichtennadelöl) bringt, während der Extrakt (Gerbextrakt) nach dem Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. Kü[REDACTED] vor allem die Rolle eines Lösungsvermittlers für das Fichtennadelöl spielt, allerdings auch seinerseits gewisse medizinische Wirkungen ausüben soll. Der Extrakt wird ferner nicht nur aus Teilen von

"Fichten", sondern auch aus Teilen von "Tannen" oder "Kiefern" gewonnen und auch dann nach dem eigenen Vortrag der Klägerin als "Fichtennadelextrakt" bezeichnet. Schließlich wird der Extrakt sogar nach der 5. Ausgabe des Ergänzungsbuchs zum Deutschen Arzneibuch nicht aus Nadeln, sondern aus "frischen, im Mai gesammelten jungen Zweigen mit Sprossen und Nadeln" und nach dem Kommentar zur 6. Ausgabe von Schulze/Diepenbrock außer aus Nadeln aus "dünnen Zweigen bis Kleinfingerstärke" hergestellt, so daß die in der 6. Ausgabe im Gegensatz zur 5. Ausgabe wieder verwendete Bezeichnung "Fichtennadelextrakt" auch nach dem Kommentar von Schulze/Diepenbrock an sich unrichtig ist. Wenn aber demnach das im Verkehr als "Fichtennadelextrakt" angebotene Erzeugnis, gleichgültig wer es hergestellt hat oder vertreibt, so gut wie niemals aus denjenigen Stoffen besteht, die nicht fachkundige Verkehrskreise, namentlich die Verbraucher, nach dem Wortsinn der Bezeichnung erwarten können, so kann der Gebrauch dieser allgemein verwendeten Bezeichnung durch einen der Mitbewerber nicht schon deshalb, weil auch sein Erzeugnis nicht dem Wortsinn der Bezeichnung entspricht, als wettbewerbswidrig beurteilt und die auf den Wortsinn abgestellte Verkehrsauffassung nicht als schutzwürdig angesehen werden (vgl. auch die ähnlichen Erwägungen in BGHZ 27, 1, 4 - Emaillelack - und BGH GRUR 1961, 361, 362 - Hautleim -). Es ist nicht Aufgabe der Gerichte, im Rahmen von Entscheidungen nach § 3 UWG ganz allgemein auf die Verwendung sachgerechter Warenbezeichnungen hinzuwirken oder etwa von sich aus feste Begriffe zu schaffen und Normen aufzustellen, wie ein unter einer bestimmten Bezeichnung angebotenes Erzeugnis hergestellt werden oder beschaffen sein soll. Sinn und Zweck der Vorschrift des § 3 UWG bestehen vielmehr darin, zu verhindern, daß durch

Irreführung des Verkehrs ein Mitbewerber einen unzulässigen Vorsprung vor anderen sich verschafft. In sinngemäßer Heranziehung der Gesichtspunkte, die der erkennende Senat zu anderen Fällen entwickelt hat, in denen bei den beteiligten Geschäftskreisen Streit und im breiten Publikum keine klare Vorstellung von den wesentlichen Merkmalen eines Begriffs bestand (BGHZ 28, 1, 7 - Buchgemeinschaft II -; GRUR 1961, 361, 363, 364 - Hautleim -), ist daher auch im Streitfall in erster Linie darauf abzustellen, welche Eigenschaften in bezug auf Wesen und Gebrauchsvorteile der Verkehr bei einem ihm unter der Bezeichnung "Fichtennadelextrakt" entgegnetretenden Erzeugnis erwartet und üblicherweise erwarten kann. Solche Eigenschaften könnten etwa die Herstellung aus natürlichen Rohstoffen, die medizinische Wirkung, der Geruch oder die Farbe sein. Entspräche ein Erzeugnis in diesen Beziehungen nicht den an die Bezeichnung "Fichtennadelextrakt" zu knüpfenden Erwartungen, so könnte in der Verwendung der Bezeichnung für ein solches Erzeugnis eine Irreführung im Sinne des § 5 UWG liegen. Sollte es dagegen zum Beispiel, wie Prof. Dr. K. in dem bereits erwähnten Schreiben vom 17. Mai 1957 angedeutet hat, "handelsüblich" sein, neben Nadeln auch Holz und Rinde zu verarbeiten, so würde der Verkehr nicht irregeführt worden sein, wenn sich auch in den von der Beklagten vertriebenen Erzeugnissen Holzbeimengungen im üblichen Umfang befunden haben sollten, vorausgesetzt, daß diese Erzeugnisse im übrigen gleichwohl die bei einem "Fichtennadelextrakt" zu erwartenden Eigenschaften und Gebrauchsvorteile aufgewiesen haben. Es wäre gerade in diesem Zusammenhang aber auch noch zu fragen, ob und inwieweit Unterschiede in der Zusammensetzung und in den Ausgangsstoffen der als "Fichtennadelextrakt"

angebotenen Erzeugnisse vom Verkehr als Wesensunterschiede und inwieweit sie etwa als bloße Qualitätsunterschiede aufgefaßt werden. Einen Anlaß zu diesem Hinweis gibt die eigene Werbung der Klägerin, die darin betont, daß ihr Fichtennadelextrakt ein solcher nach dem Ergänzungsbuch zum Deutschen Arzneibuch sei, und die damit anscheinend zum Ausdruck bringen will, daß es auch anderen "Fichtennadelextrakt" gibt. Schließlich könnte auch der (für das Berufungsgericht von seinem bisherigen Standpunkt aus unerhebliche) Unterschied zwischen einem als "naturrein" angebotenen und einem ohne diesen Zusatz angebotenen "Fichtennadelextrakt" für die Verkehrserwartung von besonderer Bedeutung und damit die von der Klägerin beanstandete Handlungsweise der Beklagten in dem einen Fall anders zu beurteilen sein als in dem anderen.

c) Da sich das Berufungsgericht demnach bei der Feststellung der Verkehrsauffassung nicht von den richtigen rechtlichen Erwägungen hat leiten lassen, mußte das Berufungsurteil aufgehoben werden. Die Feststellung der Verkehrsauffassung bedarf weiterer tatrichterlicher Erörterungen. Die Sache war daher zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

3. Der Senat verkennt nicht, daß es schwierig sein wird, zu ermitteln, was der Verkehr von einem "Fichtennadelextrakt" erwartet und was ihm üblicherweise als "Fichtennadelextrakt" entgegentritt. Die Erfahrungen, die der Sachverständige Prof. Dr. K. bei seinen Bemühungen um die Erstattung eines Gutachtens in erster Instanz gemacht hat, lassen es zweifelhaft erscheinen, ob die Herstellerfirmen Auskunft darüber geben werden, aus welchen Bestandteilen

und zu welchen Anteilen und in welchem Verfahren sie "Fichtennadelextrakt" herstellen. Die Ermittlungen würden sich wesentlich leichter gestalten können, wenn festzustellen wäre, welcher von der Klägerin zu beanstandende Zusatz sich in dem seinerzeit von Dr.E. ██████ untersuchten und vom Sachverständigen Prof.Dr.Kü. ██████ begutachteten Erzeugnis tatsächlich befunden hat. Dann würde die Ermittlung der Verbrauchererwartung und der Verkehrsüblichkeit sich auf die Frage beschränken können, ob dieser Zusatz verkehrsüblich ist und die vom Verkehr erwarteten Eigenschaften und Gebrauchsvorteile eines Fichtennadelextrakts nicht beeinträchtigt. Der Sachverständige Prof.Dr.Kü. ██████ hat aber bisher nur feststellen können, daß die Analysenergebnisse der chemischen Prüfung durch Dr. E. ██████ für eine Streckung mit einer nicht näher zu definierenden Extraktkomponente sprechen, welche nicht im Fichtenreisig bzw. in der Fichtenrinde vorkomme. Genauere Feststellungen haben sich anscheinend aus den Untersuchungsergebnissen von Dr.E. ██████ nicht herleiten lassen. Da die seinerzeit von Dr.E. ██████ untersuchte Probe vernichtet ist und die Klägerin weitere Proben von zu beanstandenden Erzeugnissen nicht hat zur Verfügung stellen können, wird sich möglicherweise überhaupt nicht mehr positiv feststellen lassen, was für ein gegebenenfalls zu beanstandender Zusatz in den von der Beklagten vertriebenen Erzeugnissen verwendet worden war.

Erscheint es danach zweifelhaft, ob der Umfang der Ermittlung der Verkehrsauffassung durch eine genauere Feststellung der Verletzungsform eingeschränkt werden kann, so muß doch andererseits darauf hingewiesen werden, daß eine genauere Feststellung der Verbrauchererwartung und

der Verkehrsüblichkeit gerade auch im Hinblick auf eine genauere Fassung der Verletzungsform erforderlich gewesen wäre. Die Formulierung des Verbots in der Formel des angefochtenen Urteils sagt infolge ihrer doppelten Negation der Beklagten positiv, was die Hersteller, von denen sie bezieht, tun sollen oder gerade noch tun dürfen, würde sich also für die Beklagte dahin auswirken, daß sie das Herstellungsverfahren ihrer Lieferanten vorschreiben und überwachen muß, wenn sie weiterhin "Fichtennadelextrakt" vertreiben und nicht Gefahr laufen will, dem gegen sie verhängten Verbot zuwider zu handeln. Wenn ihr nach der Formel des Berufungsurteils dann verboten wird, Fichtennadelextrakt zu vertreiben, der auf andere als die vorgeschriebene Weise hergestellt ist, so kann das möglicherweise aber auch zu weit gehen. So ist beispielsweise nicht recht verständlich, warum außer den zulässigen Ausgangsstoffen auch das Herstellungsverfahren festgelegt werden müßte. Auch sonst könnten unter das Verbot Handlungen fallen, deren rechtliche Erlaubtheit in diesem Rechtsstreit weder geprüft worden ist noch geprüft werden kann (vergl. BGH GRUR 1957, 606, 608 - Heilmittelvertrieb -). Darüber hinaus sind die Vorschriften auch nicht genau genug; so ist zum Beispiel das mengenmäßige Verhältnis zwischen Nadeln und Reisig oder Rinde überhaupt nicht festgelegt. Ob sich die Einhaltung der in der Urteilsformel enthaltenen Vorschriften durch Untersuchung eines fertigen Erzeugnisses würde feststellen lassen, erscheint schon deshalb zweifelhaft. Es kommt hinzu, daß auf den nachträglichen Untersuchungsbefund möglicherweise auch die Art und der Wachstumsort der Bäume von Einfluß ist, von denen die Ausgangsstoffe für den Extrakt genommen worden sind. Es ist nach alledem auch zu befürchten, daß eine Vollstreckung des Urteils

*

durch Straffestsetzung bei der Art, wie es bisher gefaßt war, das Vollstreckungsgericht vor unüberwindliche Schwierigkeiten der Feststellung eines Verstoßes stellen würde. Umgekehrt erscheint es denkbar, daß als "Fichtennadel-extrakt" vertriebene Erzeugnisse gemäß den Bestimmungen des angefochtenen Urteils hergestellt sind und gleichwohl, zum Beispiel wegen allzu geringen Gehalts an ätherischem Öl, nicht den Erwartungen des Verkehrs entsprechen. Es muß daher darauf hingewirkt werden, daß durch sachgerechtere Fassung des Klageantrages das Gericht in die Lage versetzt wird, auch die Verletzungsform genauer zu fassen, wobei natürlich, - worauf nur vorsorglich hingewiesen sei -, dann zunächst nochmals geprüft werden müßte, ob die Beklagte überhaupt einen "Fichtennadelextrakt" vertrieben hat, der nicht der Verbrauchererwartung und der Verkehrsüblichkeit entsprochen hat.

III. Auf die von der Revision sonst noch erhobenen Rügen braucht bei dieser Sachlage nicht mehr im einzelnen eingegangen zu werden. Es sei jedoch auf folgendes hingewiesen:

1. Nicht gerechtfertigt ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe Dr. Endres, weil er als Privatgutachter der Klägerin das, was den Gegenstand der Klage bilde, für sie vor dem Rechtsstreit in einem Gutachten niedergelegt habe, nicht anstelle eines gerichtlichen Sachverständigen über eben das als Zeugen hören dürfen. Das Berufungsgericht hat durch das von ihm beobachtete Verfahren sichergestellt, daß Dr. E., - wie es zulässig war -, in diesem Rechtsstreit tatsächlich nur als Zeuge, wenn

auch als sachverständiger Zeuge, zu Worte gekommen ist und die dem Sachverständigenbeweis vorbehaltenen Schlußfolgerungen aus den tatsächlichen Bekundungen dieses Zeugen allein durch den gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. Kü [REDACTED] gezogen worden sind.

2. Nicht begründet ist auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Wiederholungsgefahr schon mit Rücksicht darauf als ausgeräumt ansehen müssen, daß die Klägerin selbst erklärt habe, sie könne keine neuen Proben einer Verletzungsform vorlegen, weil die Beklagte sich hüten würde, die rechtsverletzenden Handlungen während des Rechtsstreits fortzusetzen. Die Einstellung der rechtsverletzenden Handlungen während des Rechtsstreits kann durch Rücksichten auf den Prozeß bedingt sein und räumt daher für sich allein die Wiederholungsgefahr nicht aus. Die von der Revision angeführte Bemerkung bei Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 3. Aufl., 86. Kapitel S. 601 betrifft einen anders liegenden Fall und ist von der Revision zu Unrecht für den Streitfall herangezogen worden.

IV. Ob noch eine Wiederholungsgefahr gegeben ist, könnte jedoch aus anderen Gründen zweifelhaft geworden sein. Das während des Revisionsverfahrens in Kraft getretene Arzneimittelgesetz vom 16. Mai 1961 enthält unter anderem in § 18 das unter Strafsanktion (§ 44) stehende Verbot der Verfälschung von Arzneimitteln und in § 10 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 Nr. 1, 4 bis 7 das unter Bußgeldsanktion (§ 47 Abs. 1 Nr. 1) stehende Gebot, auf den Behältnissen abgabefertiger Packungen den Hersteller, den Inhalt, die Darreichungsform, die Art der Anwendung und die arzneilich wirk-

samen Bestandteile anzugeben. Ob mit Rücksicht auf diese neueren Bestimmungen noch die Gefahr besteht, daß die Beklagte von Dritten bezogene Erzeugnisse als "Fichtennadel-extrakt" vertreibt, die nicht der Verkehrsauffassung und Verkehrsüblichkeit dazu entsprechen, ist in erster Linie eine Tatfrage, die das Berufungsgericht bei der erneuten Verhandlung des Rechtsstreits ebenfalls zu prüfen haben wird. Dem nur hilfsweise gestellten Antrag der Klägerin, die Hauptsache für erledigt zu erklären, hätte in der Revisionsinstanz schon aus diesem Grunde nicht stattgegeben werden können. Daß außer der Klägerin auch die Beklagte (hilfsweise) beantragt hat, die Hauptsache für erledigt zu erklären, hätte in der Revisionsinstanz nur dann Bedeutung gewinnen können, wenn beide Parteien eben nicht nur hilfsweise, sondern in erster Linie und unbedingt die Erledigung der Hauptsache angezeigt hätten (§ 91 a ZPO).

59

- 22 -

V. Nach alledem war zu erkennen wie geschehen. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens war dem Berufungsgericht zu übertragen, da sie von dem noch ungewissen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Wilde	Löscher	Jungbluth	Pehle	Ebel
-------	---------	-----------	-------	------