

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 34/70

URTEIL

Verkündet am
10. Dezember 1971
Zug,
Justizsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

gegen

1.

2.

3.

4.

-

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 1971 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Alff, Dr. Sprenkman, Dr. Merkel und Dr. Schönberg

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Bayerischen Oberlandesgerichts München vom 5. Februar 1970 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerinnen gewinnen und vertreiben Steinsalz. Die Beklagte hat Salz aus der Staatlichen Saline Bad Reichenhall vertrieben, diesen Vertrieb aber nach ihrem bestrittenen Vortrag seit dem 1. Oktober 1969 eingestellt. Dieses als "Bad Reichenhaller Spezialsalz" auf den Markt gebrachte Speisesalz wird aus einer aus Steinsalz gewonnenen Sole in einem Siedeprozess hergestellt und mit einem Eisenzusatz versehen. Die Klägerinnen haben zahlreiche Werbemaßnahmen der Beklagten als irreführend und wettbewerbswidrig beanstandet. Sie sind der Auffassung, der geringe Eisenzusatz rechtfertige nicht die Bezeichnung "Spezialsalz".

- 3 -

Nach Erledigung eines Teiles der gestellten Anträge hat das Berufungsgericht folgende Verurteilungen ausgesprochen und bestätigt:

1. Verbot, im geschäftlichen Verkehr für das von ihr vertriebene Salz die Bezeichnung "Spezialsalz" zu verwenden und mit der Behauptung zu werben, daß dieses Salz ein Spezialsalz sei.
2. Feststellung der Schadensersatzpflicht seit 23. Oktober 1964 wegen
 - a) der Werbebehauptung zu 1
 - b) folgender Werbebehauptungen
 - aa) "Die kleinste Prise enthält blutbildendes Eisen. Deshalb ist das Würzen mit "Bad Reichenhaller Spezialsalz" mehr als das gewohnte Salzen";
 - bb) "Das "Bad Reichenhaller Spezialsalz" beseitigt Müdigkeit, insbesondere Frühjahrsmüdigkeit und Blässe";
 - cc) "Bad Reichenhaller Spezialsalz" würzt besonders mild".
3. Auskunft über Umfang der Werbung und Packungseinheiten seit dem 23. Oktober 1964.
4. Veröffentlichungsbefugnis in folgendem Umfang in bestimmt benannten Zeitungen und Zeitschriften
 - a) den erkennenden Teil des Berufungsurteils,
 - b) die folgende Unterlassungserklärung vom 23. Juni 1966:



"Die Beklagte verpflichtet sich, die Behauptungen

1. "Die kleinste Prise enthält blutbildendes Eisen. Deshalb ist das Würzen mit "Bad Reichenhaller Speziialsalz" mehr als das gewohnte Salzen".
2. "Das "Bad Reichenhaller Speziialsalz" beseitigt Müdigkeit, insbesondere Frühjahrsmüdigkeit und Blässe".
3. "Bad Reichenhaller Speziialsalz" würzt besonders mild",

für alle Zukunft nicht mehr zu verwenden. Sie übernimmt für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen diese Unterlassungsverpflichtung eine Vertragsstrafe von 5 000,-- DM."

Gegen diese Verurteilung richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie ihre Anträge aus dem zweiten Rechtszug weiterverfolgt, soweit zu ihrem Nachteil erkannt worden ist. Die Klägerinnen bitten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Hauptangriffe der Revision richten sich

1. gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Bezeichnung "Speziialsalz" sei irreführend und unzulässig im Sinne der §§ 1, 3 UWG;
2. gegen die Bejahung der Wiederholungsgefahr mit der Begründung, die Beklagte habe ihren Betrieb seit dem 1. Oktober 1969 endgültig eingestellt;

3. gegen die zuerkannte Veröffentlichungsbefugnis, insbesondere der abgegebenen Unterlassungserklärung;
4. gegen die Feststellung der Schadensersatzpflicht, insbesondere weil es an einem Verschulden der Beklagten fehle.

II. 1. Vorab ist klarzustellen, daß sich das Verbot nach Ziffer II des Berufungsurteils, im geschäftlichen Verkehr für das von ihr vertriebene Salz die Bezeichnung "Spezialsalz" zu verwenden und mit der Behauptung zu werben, daß dieses Salz ein "Spezialsalz" sei, nach dem Inhalt des Berufungsurteils nur auf den Vertrieb von "Bad Reichenhaller Spezialsalz" bezieht.

2. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Verwendung der Bezeichnung "Spezialsalz" deshalb irreführend im Sinne des § 3 UWG, weil nach der durchgeführten Meinungsumfrage 57 % der Hausfrauen dem "Bad Reichenhaller Spezialsalz" eine gesundheitsfördernde Wirkung zusprächen, davon 4 % wegen des Eisengehalts, die große Mehrheit aber ohne Angabe besonderer Gründe. Eine solche allgemein gesundheitsfördernde Wirkung für alle Menschen habe die Beklagte selbst nicht behauptet, Salz sei bei verschiedenen Erkrankungen gerade nicht zu empfehlen.

3. Soweit die Revision sich gegen die Art der Durchführung der Meinungsumfrage unter Bezugnahme auf die Ausführungen in dem Revisionsurteil Salzwerk Heilbronn ./.. Beklagte (Ib ZR 125/64 = GRUR 1967, 362 ff, jetzt I ZR 65/70) wendet, so ist dem entgegenzuhalten, daß die Parteien in dem Termin zur Formulierung der Fragen aus-

drücklich zu Protokoll folgende Erklärung abgegeben haben: Beide Parteien erklärten nach weiterer Erörterung der Sache, daß sie sich einig sind, daß die Beweisaufnahme speziell darauf erstreckt werden soll, was der Verkehr unter Spezialsalz versteht, und daß sie deshalb die Meinungsfrage in Ziffer 2 wie folgt gefaßt haben wollen, auch wenn insoweit das Revisionsgericht in dem Verfahren Ib ZR 125/64 eine andere Auffassung über die Zweckmäßigkeit der Beweisaufnahme vertreten hat:

Angenommen, Sie sehen in einem Geschäft so eine Packung Salz. Es handelt sich also um "Bad Reichenhaller Spezialsalz". Was vermuten Sie, warum dieses Salz als Spezialsalz bezeichnet wird? Könnten Sie es einmal nach dieser Liste sagen?

Dementsprechend ist auch Frage 2 formuliert worden. Entgegen der Annahme der Revision ist die Liste 2 auch erst bei der Frage 2 vorgelegt worden.

Aus dieser Liste mit 6 benannten Eigenschaften (streufähig, feinkörnig, gesundheitsfördernd, löst sich schnell auf, ausgiebig, hochwertige Qualität) haben 57 % der Befragten das Salz als gesundheitsfördernd bezeichnet, davon auf eine Ergänzungsfrage nach dem Warum 4 % wegen des Eisengehalts bzw. der blutbildenden Wirkung.

Die Folgerung des Berufungsgerichts ist demnach nicht zu beanstanden.

Nun hatte das Institut für Demoskopie erwogen, bei den gestellten Fragen könne nicht beurteilt werden, wieviele unter den Antworten "gesundheitsfördernd" auf das "Spezialsalz" und wieviel auf den Ortsnamen "Bad Reichenhall" zurückzuführen seien; es hatte deshalb von sich aus eine Kontrollerhebung mit dem erfundenen Namen "Bad Liebenzeller Qualitätssalz" angestellt. In diesem Fall hatten 46 % das Salz als gesundheitsfördernd bezeichnet, obschon gefragt war, warum das Salz "Qualitätssalz" heiße.

Die Revision könnte insoweit schon deshalb keine Rügen erheben, weil die in dem Formulierungstermin ausdrücklich (gegen eine etwaige andere Auffassung in dem Revisionsurteil Ib ZR 125/64) als **allein maßgeblich bezeichnete Frage** der Umfrage zugrundegelegt worden ist und zu einem eindeutigen Ergebnis geführt hat. Die Frage ist auch speziell auf Vorstellungen bezüglich "Spezialsalz" gerichtet gewesen. Durch die außerhalb liegende Kontrollfrage nach "Bad Liebenzeller Qualitätssalz" ist die Beklagte nicht beschwert. Es kann aber auch die Auffassung des Berufungsgerichts nicht beanstandet werden, jedenfalls mindestens 10 % der Befragten habe **seine Folgerung aus dem Wort "Spezialsalz"** gezogen; das sei aber ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs, der irregeführt werde.

III. 1. Zur Wiederholungsgefahr hat das Berufungsgericht ausgeführt, selbst wenn unterstellt werde, daß die Beklagte am 1. Oktober 1969 den Salzvertrieb vollständig eingestellt und sich der Herstellerin gegenüber vertraglich verpflichtet habe, in Zukunft keinen Salzhandel mehr zu betreiben, sei dadurch die Wiederholungsgefahr nicht weggefallen. Die beklagte Firma be-

stehe weiter. Die Beklagte sei ebenso wie die Herstellerin in der Gestaltung ihrer vertraglichen Beziehungen frei. Sie könne bei einer entsprechenden Vereinbarung den Vertrieb auch in Zukunft wieder übernehmen, ohne daß die Klägerinnen hierauf irgendeinen Einfluß hätten. Die Beklagte habe sich auch ausdrücklich geweigert, eine Unterlassungserklärung abzugeben, nur dann wäre bei der gegebenen Sachlage die Annahme gerechtfertigt gewesen, die Wiederholungsgefahr sei entfallen.

2. Diese Erwägungen des Berufungsgerichts sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, daß die Wiederholungsgefahr selbst dann nicht als weggefallen angesehen werden muß, wenn ein Geschäftsmann seinen Betrieb eingestellt hat und die Firma hat löschen lassen, oder wenn ein Unternehmen sich in Liquidation befindet (vgl. BGHZ 14, 163, 168 - Constanze II - m. w. N.; BGH GRUR 1959, 367, 374 - Ernst Abbe). Im Streitfall hat die Beklagte zwar nach ihrem Vortrag die Warenzeichen und - soweit vom Vertragspartner gewünscht - auch die Vertriebsorganisation auf diesen übertragen. Gleichwohl bestehen keine Bedenken gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerinnen hätten keine Sicherheit, daß die Beklagte den Vertrieb des Salzes nicht wieder von der Herstellerin übernehmen werde. Diese Feststellung widerspricht entgegen der Auffassung der Revision weder der Lebenserfahrung, noch werden überspitzte Anforderungen gestellt, die den Boden der Tatsachen verließen. Das Berufungsgericht brauchte nicht, wie die Revision meint, Anhaltspunkte dafür festzustellen, daß der Vertragspartner der Beklagten tatsächlich bereit sei, einem Begehren der Beklagten, den Vertrieb wieder zu übernehmen, nachzukommen.

Vielmehr wäre es Sache der Beklagten gewesen, diese doch naheliegenden und von den Klägerinnen auch schriftsätzlich vorgetragenen Bedenken auszuräumen. Dazu genügt nicht der Hinweis, die Herstellerin und Vertragspartnerin, die Bayerische Berg-, Hütten- und Salzwerte AG, sei ein staatliches Unternehmen; sie ist eine Aktiengesellschaft und betätigt sich privatwirtschaftlich; ob sie der Beklagten den Vertrieb unter bestimmten Voraussetzungen wieder übertragen würde, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß offen gelassen; die Möglichkeit ist jedenfalls nicht auszuschließen. Die unter Beweis gestellten Behauptungen der Beklagten über die Beendigung des Vertriebsvertrages, die Übertragung der Warenzeichen und - soweit gewünscht - der Vertriebsorganisation hat das Berufungsgericht als richtig unterstellt. Die Vorlage des Vertrages vom 5. August 1969 hat die Beklagte ausdrücklich abgelehnt. Nach allem ist es nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht zu dem Ergebnis kommt, eine Wiederaufnahme des Betriebes durch die Beklagte sei bei einer Einigung mit dem Vertragspartner ohne weiteres möglich; denn Warenzeichen und Vertriebsorganisation konnten nach dem Vertrag voll funktionsfähig bleiben und auf die Beklagte zurückübertragen werden.

Dem Berufungsgericht ist auch entgegen der Auffassung der Revision darin zu folgen, daß bei der Sachlage des Streitfalles die Wiederholungsgefahr nur durch Abgabe einer entsprechenden Unterlassungserklärung hätte ausgeräumt werden können (BU 18). Das Berufungsgericht hat nicht, wie die Revision anzunehmen scheint, dies nur wegen der Dauer und Größe des Vertriebs, sondern in Würdigung der gesamten Umstände angenommen, insbesondere eben weil die Wiederaufnahme des Vertriebs nicht mit der er-

forderlichen Sicherheit ausgeschlossen werden könne, sondern im Gegenteil bei Einigkeit der Partner keine besonderen Schwierigkeiten verursache.

IV. 1. Zur Veröffentlichungsbefugnis führt das Berufungsgericht aus, die Beklagte habe durch ihre irreführende Werbung die Wettbewerbslage erheblich zu Ungunsten der Klägerinnen beeinflusst. Es erscheine daher angemessen, bei der gebotenen Abwägung der Interessenlage den Klägerinnen eine Veröffentlichungsbefugnis zuzuerkennen. Selbst wenn die Beklagte den Vertrieb des "Bad Reichenhaller Spezialsalzes" aufgrund einer Vereinbarung mit der Herstellerin jetzt eingestellt habe, sei das Interesse der Klägerinnen an einer Veröffentlichung nicht weggefallen, da die Wiederholungsgefahr nicht ausgeräumt sei. Im Falle einer Unterlassungserklärung sei die Lage vielleicht anders zu beurteilen gewesen.

2. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision sind unbegründet. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß die Zuerkennung der Veröffentlichungsbefugnis eine Interessenabwägung voraussetzt, d. h. daß die durch die Veröffentlichung des Urteils entstehenden Vorteile und Nachteile gegeneinander abzuwägen sind (vgl. BGHZ 13, 244, 259 - Cupresa; GRUR 1957, 561, 564 - Rei-Chemie). Zur Veröffentlichungsbefugnis in den Fällen des § 3 UWG hat der erkennende Senat in seinem Urteil vom 14. Dezember 1966 (GRUR 1967, 362, 366 - Spezialsalz) ausgeführt, es komme hierbei nicht entscheidend auf den Umfang der gerade der klagenden Partei entstandenen Beeinträchtigung an, vielmehr müsse auch das Interesse der Allgemeinheit an der Richtigstellung der Werbeangaben berücksichtigt werden; es sei daher in den Fällen der irreführen-

den Werbung nicht entscheidend auf den Absatz und das Absatzgebiet abzustellen. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler festgestellt, die Beklagte habe die Wettbewerbslage durch ihre irreführende Werbung erheblich beeinflusst. Darin ist gleichzeitig auch die Feststellung enthalten, daß eine Unsicherheit auf dem Markt eingetreten ist und daß der Verkehr erfahrungsgemäß jedenfalls in nicht unerheblichem Umfang irrige Vorstellungen über die Eigenschaften des Bad Reichenhaller Spezialsalzes hat. Es ist weiter davon auszugehen, daß angesichts der festgestellten erheblichen Beeinflussung der Wettbewerbslage diese Vorstellungen auch dann fortwirken, wenn Bad Reichenhaller Spezialsalz von einem anderen Unternehmer und unter Weglassung oder Änderung des Wortes "Spezialsalz" vertrieben wird, denn der Verkehr achtet regelmäßig nicht auf das Vertriebsunternehmen. Die Allgemeinheit hat daher auch dann, wenn die Beklagte den Vertrieb eingestellt hat, ein Interesse an einer Klarstellung und damit Beseitigung der irrigen Vorstellungen, zumal in dem der Erhaltung und Förderung der Gesundheit dienenden Bereich der Lebensmittel, wo ohnehin Wahrheit und Eindeutigkeit der Werbung in besonderem Maße zu fordern sind (vgl. BGH GRUR 1971, 153, 155 - Tampax). Es kommt hinzu, daß nach den rechtsirrtumsfreien Feststellungen des Berufungsgerichts, wie bereits dargelegt, nicht auszuschließen ist, daß die Beklagte selbst den Vertrieb wieder übernimmt. Auch für diesen Fall sind durch die Veröffentlichung noch fortbestehende irrige Vorstellungen des Publikums über Eigenschaften des Bad Reichenhaller Spezialsalzes auszuräumen, die erfahrungsgemäß nicht dadurch beseitigt werden, daß die Beklagte das Wort Spezialsalz nicht mehr verwenden und die durch Urteil verbotenen Werbeaussagen nicht mehr benutzen darf.

21

Daraus folgt weiter, daß die Veröffentlichungsbefugnis auch bezüglich der Unterlassungserklärung mit Recht zuerkannt worden ist. Denn die irrigen Vorstellungen des Publikums bestehen auch dann fort, wenn die Unterlassung der irreführenden Werbung für die Zukunft vertraglich zugesagt worden ist; die Veröffentlichungsbefugnis ist eine geeignete Möglichkeit der Richtigstellung, an der ein Interesse der Allgemeinheit aber auch der Mitbewerber besteht.

V. 1. Zur Feststellung der Schadensersatzverpflichtung der Beklagten legt das Berufungsgericht dar (BU 21), der Eintritt eines Schadens durch die unzulässigen Werbemaßnahmen sei angesichts der Marktlage und des Umfangs der Werbung wahrscheinlich. Der Salzverbrauch lasse sich nicht beliebig steigern, infolgedessen gehe eine Erhöhung des Marktanteiles zu Lasten der Mitbewerber. Die Beklagte treffe auch ein Verschulden; denn ihr Inhaber habe laufend seine Werbung überprüfen müssen, nachdem wegen vorhergehender Werbemaßnahmen bereits früher eine Anzahl Rechtsstreitigkeiten anhängig geworden seien. Habe er das unterlassen oder die verantwortlichen Personen nicht hinreichend beaufsichtigt, dann habe er zumindest die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen.

2. Diese Erwägungen sind aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Revision erkennt selbst an, daß der Salzmarkt nicht beliebig erweitert werden kann. Dann besteht aber umso weniger Anlaß, die Folgerung des Berufungsgerichts in Zweifel zu ziehen, eine Werbung werde sich regelmäßig nachteilig für die Mitbewerber auswirken, deshalb sei die Entstehung eines Schadens aus

unzulässiger Werbung wahrscheinlich. Diese Feststellung genügt, weiterer Einzelheiten bedurfte es nicht.

Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht auch ein Verschulden ohne Rechtsverstoß bejaht. Ein Verschulden ist bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften der §§ 1, 3 UWG regelmäßig schon dann anzunehmen, wenn der Beklagte alle Tatumstände gekannt hat, die sein Verhalten als unlauter erscheinen lassen (vgl. BGHZ 27, 264, 273; BGH GRUR 1956, 118, 123; GRUR 1965, 198, 202 - Küchenmaschine; GRUR 1969, 418, 422 - Standesbeamte). Da die Beklagte die die Irreführung herbeiführenden Tatumstände gekannt hat, ist von diesem Grundsatz auszugehen. Nun kann allerdings das Verschulden in besonders gelagerten Fällen zu verneinen sein, z. B. wenn es sich um die Beurteilung rechtlich schwieriger, neuer Tatbestände handelt. Dagegen schließt der Umstand, daß zwei Kollegialgerichte oder auch das Berufungsgericht die beanstandete Handlungsweise für nicht rechtswidrig gehalten haben, für sich allein ein Verschulden nicht aus (vgl. BGH GRUR 1956, 118, 123; 1965, 198, 202). Solche besonderen, im tatsächlichen oder rechtlichen Bereich liegenden **Umstände sind** im Streitfall nicht ersichtlich. Die Feststellungen des Berufungsgerichts rechtfertigen daher die Annahme des Verschuldens. Denn es war der Beklagten bekannt oder mußte ihr bei einer entsprechenden Prüfung bekannt sein, daß ihre zahlreichen, auf die gesundheitsfördernde Wirkung in verschiedener Richtung abgestellten Werbeaussagen (gegen Eisenmangel, gegen Blässe, gegen Müdigkeit) sich auf die Kennzeichnung auswirken mußten. Eine solche Entwicklung, daß Wirkungsaussagen sich schließlich mit der Bezeichnung verbinden und beim Lesen oder Hören der

Bezeichnung entsprechende Vorstellungen erwecken, entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung.

VI. Da das Berufungsurteil auch im übrigen keinen durchgreifenden Fehler zum Nachteil der Beklagten erkennen läßt, war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland

Alff

Sprenkman

Merkel

Schönberg