

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 49/73

URTEIL

Verkündet am

23. April 1975
Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Henry O [REDACTED], [REDACTED] K [REDACTED] Avenue
S [REDACTED], I [REDACTED] [REDACTED], USA,

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Einzelhandelsverband E [REDACTED] e.V., vertreten durch die
geschäftsführenden Vorstandsmitglieder Richard N [REDACTED]
und Friedrich M [REDACTED], E [REDACTED], L [REDACTED]allee [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und
[REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. März 1975 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Dr. Merkel, Dr. Schönberg, Dr. Frhr. v. Gamm und Schwerdtfeger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 13. Februar 1973 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Beklagte versandte im Herbst 1971 ein mit "Sonderangebot" überschriebenes Werbeschreiben, mit dem er lupenreine Brillanten ab 1/2 Carat zum Kauf anbot und Interessenten die Möglichkeit eröffnete, Steine unverbindlich für 10 Tage zur Ansicht zu beziehen. Er wies u. a. darauf hin, daß alle seine Brillanten "Expertisen von offiziell anerkannten Universitäts-Diplommineralogen (keine Geschäftsleute)" erhielten und daß er "unabhängig von allen Verbänden und Syndikaten" sei.

- 3 -

Der Zeuge M■■■■■, Mitinhaber eines Einzelhandelsgeschäftes für Uhren, Juwelen und Schmuck und Mitglied des Klägers, eines Einzelhandelsverbandes, bestellte am 21. Oktober 1971 unter seiner Privatanschrift einen Brillanten 1,00 Carat der Farbe "Top Wesselton" zum Preise von 7.600 DM/ct. Der Beklagte sandte dem Zeugen am 22. Oktober 1971 einen Brillanten, der nach einem der Sendung beigefügten Garantieschein des Beklagten sowie nach einer ebenfalls beiliegenden Expertise der Diplommineralogen Universitätsdozent (heute Professor) Dr. S■■■■■ und Dr. J■■■■■ ein Gewicht von 1,01 Ct. haben sowie "Top Wesselton" und lupenrein sein sollte.

Der Kläger hat behauptet, der Stein sei nicht lupenrein. M■■■■■ habe das selbst festgestellt, ebenso der - dem Vorstand des Klägers angehörende - Juwelier Brendgen. In dem vom Kläger eingeleiteten Beweissicherungsverfahren erstattete der öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige Juwelier René K■■■■■, D■■■■■, ein schriftliches Gutachten über einen Brillanten von 1,01⁴ ct, wonach dieser den Reinheitsgrad vvsi (sehr, sehr kleiner Einschluss) aufwies ("drei winzige Pünktchen unter der Tafel"). Der Kläger hat behauptet, der von dem Sachverständigen K■■■■■ begutachtete Stein sei identisch mit dem vom Beklagten an M■■■■■ übersandten Brillanten.

Der Kläger hat beim Landgericht beantragt,

dem Beklagten unter Strafandrohung zu verbieten,
im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs

a) mit den Ankündigungen

"Wir sind unabhängig von allen Verbänden und
Syndikaten"



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



und/oder

"Alle unsere Brillanten erhalten Expertisen
von offiziell anerkannten Universitäts-
Diplommineralogen (keine Geschäftsleute!)"

für den Absatz seiner Waren zu werben;

b) Brillanten, die nicht lupenrein sind, als
lupenrein anzubieten oder zu verkaufen.

Der Beklagte hat geltend gemacht, der von ihm gelieferte Stein sei lupenrein gewesen; der Sachverständige Kern habe einen anderen Stein untersucht, wie sich aus den unterschiedlichen Maßen ergebe, man wolle lediglich ihn, den Beklagten, als einen Außenseiter im Brillantenhandel mit Hilfe des Wettbewerbsrechts aus dem Geschäft drängen. Auch dem übrigen Klagevorbringen ist der Beklagte entgegengetreten.

Das Landgericht hat den Beklagten gemäß Klageantrag a) - inzwischen rechtskräftig - verurteilt. Den Klageantrag b) (Angebot und Verkauf nicht lupenreiner Steine als lupenrein) hat es wegen fehlender Wiederholungsgefahr abgewiesen. Dagegen hat der Kläger Berufung eingelegt mit dem Antrag, den Beklagten auch insoweit zu verurteilen. Nach Beweisaufnahme hat das Berufungsgericht den Beklagten auch gemäß Klageantrag b) verurteilt. Dagegen richtet sich die Revision des Beklagten mit dem Antrag, unter Aufhebung des Berufungsurteils den Klageantrag b) abzuweisen, hilfsweise die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht geht in Übereinstimmung mit beiden Parteien davon aus, daß es wettbewerbswidrig ist, Brillanten, die nicht lupenrein sind, als lupenrein anzubieten oder zu verkaufen. Gegenstand des Streits der Parteien ist auch nicht die Frage, ob es überhaupt zulässig ist, Brillanten mit Zertifikaten über Farbe, Reinheit usw. anzubieten. Es geht vielmehr im wesentlichen lediglich darum, ob der Beklagte entgegen der Ankündigung in seinem mit "Sonderangebot" überschriebenen Werbeschreiben dem Zeugen Maciejewski einen Brillanten übersandt hat, der nicht lupenrein war, und ob insoweit Wiederholungsgefahr besteht.

II. Vorab macht die Revision allerdings geltend, das beantragte Unterlassungsurteil könne selbst dann nicht ergehen, wenn der übersandte Stein tatsächlich nicht lupenrein gewesen sein sollte. Denn dann hätte es sich um einen einmaligen Fall unter vielfachen Versendungskäufen gehandelt, mit dem der Beklagte nicht gerechnet habe und mit dem er auch nicht habe rechnen müssen. Denn er habe alle erdenklichen Sicherheitsvorkehrungen getroffen, indem er sich von vornherein nur lupenreine Steine habe liefern lassen, diese von den als Zeugen benannten Diamantenhändlern und Schleifern habe überprüfen lassen und nach dem Schliff zwei anerkannte Fachleute mit der Begutachtung beauftragt habe und durch eigene Sorgfalt und mit Hilfe seiner Ehefrau sichergestellt habe, daß jeder Stein mit der zugehörigen Expertise versandt worden sei. Unter solchen Umständen könne sein Handeln nicht als sittenwidrig im Sinne der §§ 1, 3 UWG beurteilt werden, weil nach herrschender Meinung volle Kenntnis des Sachverhalts zum

Begriff der Sittenwidrigkeit gehöre und guter Glaube die Sittenwidrigkeit ausschließe, was auch dann gelte, wenn das Verhalten wegen eines Irrtums über die tatsächlichen Umstände als erlaubt angesehen werde. Mit diesem Einwand kann die Revision allerdings keinen Erfolg haben. Denn es kommt im Streitfall nicht darauf an, ob der Beklagte mit einem solchen Vorfall gerechnet hat, da das Berufungsgericht sein Urteil auf § 3 UWG gestützt hat. Das bedeutet, daß es zur Verurteilung ausreicht, wenn die beanstandete Werbung objektiv geeignet ist, die angesprochenen Verkehrskreise irrezuführen, während es an dem von der herrschenden Meinung zum Begriff sittenwidrigen Handelns geforderten subjektiven Vorwurfselement durchaus fehlen kann (vgl. Baumbach/Hefermehl, 11. Aufl. UWG Einleitung Anm. 99; § 3 Anm. 4).

III. Zutreffend ist das Berufungsgericht deshalb davon ausgegangen, daß entscheidungserheblich sei, ob der Maciejewski übersandte Stein lupenrein ist. Dazu stellt es als Ergebnis der Beweisaufnahme zunächst fest, der Stein, den der Sachverständige K. geprüft und als nicht lupenrein befunden habe, sei mit demjenigen identisch, den der Beklagte an den Zeugen M. übersandt habe. Insbesondere sei er nicht auf dem Wege von Maciejewski zum Sachverständigen vertauscht worden. Das sieht es durch die im einzelnen dargelegten und gewürdigten Aussagen der Zeugen M., G., Kr., R. und K. als bewiesen an. Die Revision hält dem entgegen, das Berufungsgericht hätte die Identität nicht ohne Vernehmung der Ehefrau des Beklagten und des Professor Dr. S. bejahen dürfen. Das Berufungsgericht hat das mit der Begründung abgelehnt, es könne zwar durch die Zeugin möglicherweise bewiesen werden,

daß die Verpackung des an Maciejewski gesandten Steines und die Expertise dieselbe Nummer trügen, nicht aber, daß der in der Verpackung befindliche Stein noch mit dem übereinstimme, den die Gutachter Strübel und Jullmann zuvor mit der Expertise geschickt hätten. Denn durch die in das Wissen der Zeugin gestellten Tatsachen könne nicht ausgeschlossen werden, daß der Stein im Herrschaftsbereich des Beklagten mit einem anderen vertauscht worden sei, ohne daß die Zeugin daran beteiligt gewesen sei. Auch durch Vernehmung des Professor Strübel könne nicht ausgeschlossen werden, daß der Stein im Bereich des Beklagten gegen einen anderen, den an Maciejewski versandten, nicht lupenreinen, vertauscht worden sei. Diese Ausführungen rügt die Revision als eine unzulässig vorweggenommene Beweiswürdigung. Dem kann nicht zugestimmt werden. Denn auch bei wohlwollender Auslegung des Beweisantrages hatte der Beklagte hinsichtlich der Zeugin nicht mehr behauptet, als daß diese über alle Vorgänge genau Bescheid wisse und die Sorgfalt des Beklagten kenne. Diese Behauptung durfte das Berufungsgerecht ohne Rechtsfehler als nicht konkret genug ansehen für den Beweis, daß eine - etwa irrtümliche - Vertauschung im Bereich des Beklagten ausgeschlossen sei.

Kein Rechtsfehler war es auch, daß das Berufungsgerecht Professor Dr. S. [REDACTED] und Dr. J. [REDACTED] nicht als Zeugen für die Behauptung gehört hat, der von K. [REDACTED] untersuchte Stein sei nicht der von ihnen geprüfte gewesen. Seine Erwägung, auch wenn dies als richtig unterstellt werde, könne nicht ausgeschlossen werden, daß eine Verwechslung beim Beklagten geschehen sei, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Nicht gefolgt werden kann der Revision auch, wenn sie in diesem Zusammenhang meint, das Be-

berufungsgericht habe die Beweislast verkannt, wenn es unterstelle, daß zwar die Expertise S██████/J██████ richtig gewesen sein könne, die Zweifel über den Vorgang der Verwechslung aber zu Lasten des Beklagten ausschlagen lasse, obwohl insoweit kein bestärkendes Verdachtsmoment bestehe. Im Bereich des § 3 UWG hat der Kläger lediglich die Unrichtigkeit der Ankündigung im Verhältnis zur tatsächlichen Leistung darzulegen und zu beweisen, nicht aber, an welcher Stelle im Verantwortungsbereich des Beklagten der Fehler entstanden ist, der zu dem Mißverhältnis zwischen der Werbebehauptung und der Leistung geführt hat.

Ohne Erfolg rügt die Revision in diesem Zusammenhang auch, daß das Berufungsgericht der Aussage des Zeugen M██████ hinsichtlich der Identität des Steines gefolgt ist. Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen obliegt grundsätzlich dem Richter der Tatsacheninstanz. Das Revisionsgericht kann diese Beurteilung nur auf Rechtsfehler wie Widersprüchlichkeiten, Verstöße gegen die Lebenserfahrung usw. überprüfen. Insoweit beanstandet die Revision die Erwägung des Berufungsgerichts, gerade weil es dem Zeugen als Wettbewerber so sehr darauf angekommen sei, dem Beklagten das Angebot nicht lupenreiner Steine nachzuweisen, habe er besonderen Anlaß zu äußerster Sorgfalt gehabt. Es ist der Revision zuzugeben, daß die Absicht der Überführung eines angeblich unlauteren Wettbewerbers auch zu anderen Verhaltensweisen führen könnte; dies aber nur dann, wenn der Zeuge darauf ausgegangen wäre, durch unredliche Machenschaften unzutreffende Beweise zu führen. Dies hat das Berufungsgericht aber zuvor unter eingehender und rechtlich nicht zu bean-

standender Abwägung der für und wider die Glaubwürdigkeit des Zeugen angeführten Umstände verneint. Das von der Revision beanstandete Argument hat das Berufungsgericht nur für die Frage verwandt, ob der Zeuge den Stein versehentlich verwechselt habe. Für diese Frage ist aber der Satz nicht rechtsfehlerhaft, wer einen anderen - mit korrekten Mitteln - überführen wolle, werde dabei mit besonderer Sorgfalt vorgehen, hier also alles tun, um Verwechslungen auszuschließen.

Nach alledem ist die Feststellung des Berufungsgerichts, der Sachverständige K. habe denjenigen Stein untersucht, den der Beklagte dem Zeugen M. geliefert habe, nicht unter Verletzung rechtlicher Gesichtspunkte getroffen worden.

IV. Dagegen erscheint die Feststellung des Berufungsgerichts, der gelieferte Stein sei tatsächlich nicht lupenrein gewesen, aufgrund des bisherigen Prozeßverfahrens nicht hinreichend gesichert, so daß die Sache zur erneuten Prüfung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen war, damit gemäß § 412 ZPO eine neue Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen durchgeführt werden kann. Die Einholung eines Obergutachtens steht zwar im Ermessen des Tatrichters und ist nach der Rechtsprechung nur ausnahmsweise geboten (vgl. BGHZ 53, 258). Im Streitfall lagen aber hinreichende Gründe dafür vor. Die vom Gutachter angewandte Methode, den Stein zunächst bei hundertfacher Vergrößerung zu betrachten und erst dann auf die maßgebliche zehnfache Vergrößerung herunterzugehen, ist, wie das Berufungsgericht selbst feststellt, in Fachkreisen umstritten; selbst die damalige Angestellte des Gutachters K.,

die als ausgebildete Fachkraft oft Brillanten prüfte, hat sie nicht angewendet. Es kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, daß bei dieser Methode Unreinheiten entdeckt werden, die bei der anderen Methode nicht erkennbar und daher für den Brillanthandel unerheblich sind. Es kann also ohne Klärung der Methodenfrage nicht ausgeschlossen werden, daß der Sachverständige Kern in seinem Gutachten zu hohe Anforderungen gestellt hat.

Bedenken mußte es auch erwecken, daß der Sachverständige den Stein zunächst nicht selbst untersucht hat, sondern ungeprüft die Feststellungen seiner Angestellten übernommen hat. Auch vor seiner Vernehmung im Einzelrichtertermin hat er den Stein nicht selbst untersucht, vielmehr erst danach ein auf eigener Beurteilung beruhendes Zusatzgutachten erstellt. Zwar mag dies, wie das Berufungsgericht meint, gegen den vom Beklagten geäußerten Verdacht sprechen, das Gutachten sei von Konkurrenzgesichtspunkten beeinflusst. Es liegt aber auch die von der Revision hervorgehobene Erwägung nahe, das Ergebnis des für das Berufungsgericht maßgeblichen Zusatzgutachtens könne durch die Vorarbeiten der Angestellten in gewisser Weise festgelegt worden sein. Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Gutachtens, auch dahin, daß es sich wie das Berufungsgericht meint, wirklich um eine, verhältnismäßig einfach zu beantwortende Frage handelt, erweckt auch der Gegensatz zur gutachtlichen Stellungnahme des Juweliers B[REDACTED]. Dieser hat nicht drei Einschlüsse wie der Gutachter Kern, sondern nur einen kleinen Einschluß festgestellt. Nimmt man hinzu, daß Übereinstimmung dahin besteht, daß die Identität des Steines bei einer erneuten Untersuchung zweifelsfrei festgestellt werden kann, daß

schließlich zwischen dem Fachhandel und dem Beklagten als Versandhändler wettbewerbsbedingte Spannungen bestehen, die subjektive Vorbehalte des Beklagten gegen die Bestellung eines Gutachters aus dem Kreis des Fachhandels verständlich erscheinen lassen, dann mußten diese Umstände jedenfalls in ihrer Gesamtheit das Berufungsgericht veranlassen, ein Obergutachten einzuholen. Dazu wird es erforderlich sein, den Stein, der inzwischen dem Beklagten ausgehändigt worden ist, zunächst nochmals dem Gutachter K. zuzuleiten, damit dieser Gelegenheit erhält zu prüfen, ob der jetzt zu untersuchende Stein mit dem zuvor von ihm geprüften (und nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mit dem an den Zeugen M. übersandten) identisch ist. Wird dies bestätigt, so wird der neue Gutachter den Stein nach den üblichen Methoden auf Lupenreinheit zu prüfen haben. Können sowohl die vom Gutachter K. angewandte Methode (Vorprüfung bei hundertfacher Vergrößerung) als auch, wie der Beklagte behauptet, die Prüfung bei zehnfacher Vergrößerung ohne eine solche Vorprüfung als üblich anerkannt werden, so würde eine Lupenreinheit nach der letztgenannten Methode als ausreichend anzusehen sein. Denn das mit der Werbung angesprochene Publikum verläßt sich bei einer derartigen Ankündigung auf die in Fachkreisen anerkannten Prüfungsmethoden. Sind mehrere Methoden anerkannt, so erwartet es regelmäßig nicht mehr, als daß die Werbeankündigung der Nachprüfung nach einer der anerkannten Methoden standhält.

V. Sollte der neue Gutachter den Stein ebenfalls als nicht lupenrein beurteilen, so würde die zur Verurteilung erforderliche Wiederholungsgefahr jedenfalls nach dem bisherigen Sach- und Streitstand nicht verneint werden können. Hinsichtlich des neuen Verfahrens mit der versiegelten Klarsichtpackung kann das Argument des Berufungsgerichts nicht als rechtsfehlerhaft angesehen werden, es sei nicht sichergestellt, daß dieses Verfahren beibehalten werde. Hinsichtlich des alten Verfahrens würde sich die Wiederholungsgefahr daraus ergeben, daß im vorliegenden Falle ein nicht lupenreiner Stein geliefert worden ist. Denn es entspricht der ständigen Rechtsprechung, daß in Wettbewerbssachen ein Verstoß regelmäßig die Vermutung der Wiederholungsgefahr begründet. Ob der Fehler den in Anspruch genommenen Privatgutachtern unterlaufen ist oder ob er auf einer nachträglichen Verwechslung des zutreffend begutachteten mit einem anderen Stein beruhte, kann dann dahingestellt bleiben. Denn für beide Fehler müßte der Beklagte im Rahmen des Unterlassungsanspruchs eintreten.

VI. Soweit der Beklagte im Übrigen die Verletzung rechtlichen Gehörs rügt, bedarf es keiner näheren Erörterung und Entscheidung, weil das angefochtene Urteil bereits aus den vorstehend dargelegten Gründen aufzuheben war. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens war dem Berufungsgericht zu übertragen.

Krüger-Nieland

Merkel

Schönberg

v. Gamm

Schwerdtfeger