

5

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

UWG § 3

"Herstellung und Vertrieb"

Der Firmenzusatz "Herstellung und Vertrieb kosmetischer und hygienischer Artikel" wird - jedenfalls in der Regel - dahin aufgefaßt, daß zumindest ein nennenswerter Teil des Sortiments selbst hergestellt wird, darunter auch ein Teil jener Waren, die im Sortiment eine gewisse Bedeutung nach Umsatz und werblicher Herausstellung haben.

BGH, Urt. v. 24. Oktober 1975 - I ZR 59/74 - OLG Frankfurt (M)
LG Darmstadt

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 59/74

URTEIL

Verkündet am
24. Oktober 1975
Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma E [REDACTED] GmbH, [REDACTED] R [REDACTED]/O [REDACTED], gesetzlich
vertreten durch den Geschäftsführer Karl B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

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

gegen

die R [REDACTED] G [REDACTED]-F [REDACTED] GmbH, [REDACTED] R [REDACTED]/O [REDACTED]
[REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer
Dr. Hans G [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 1975 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Alff, Dr. Sprenkmann, Dr. Merkel und Schwerdtfeger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter deren Zurückweisung im übrigen das Urteil des 13. Zivilsenats in Darmstadt des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 2. Mai 1974 teilweise aufgehoben und insoweit wie folgt neu gefaßt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil der 1. Kammer für Handels-sachen des Landgerichts Darmstadt vom 15. Mai 1973 abgeändert.

Die Beklagte wird bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zum Betrag von 500.000,-- DM oder von Ordnungshaft bis zu sechs Monaten verurteilt, es zu unterlassen, in Verkaufsangeboten oder sonstigen für einen größeren Personenkreis bestimmten Mitteilungen, soweit sie den Verkauf von Präservativen betreffen, die Worte "Herstellung und Vertrieb kosmetischer und hygienischer Artikel" zu verwenden.

Von den Kosten des Rechtsstreits werden der Beklagten 3/4, der Klägerin 1/4 auferlegt.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Klägerin stellt u. a. verbrauchsfertige Präservative aus Kautschuklösung her. Sie bezeichnet sich selbst als den größten Herstellerbetrieb dieser Branche auf dem Kontinent. Die Beklagte, die ihren Geschäftssitz wie die Klägerin in R■■■■/O■■■■ hat, führt ihre Firma mit dem Zusatz "Herstellung und Vertrieb kosmetischer und hygienischer Artikel". Daraus beanstandet die Klägerin den Gebrauch des Wortes "Herstellung" als irreführend. Die Beklagte vertreibt in ihrem Unternehmen, das außer dem Geschäftsführer sechs Arbeitnehmer beschäftigt, neben anderen Artikeln ebenfalls Präservative, die sie an Wiederverkäufer (Friseure, Drogisten usw.) absetzt. Sie kauft zunächst von ausländischen Lieferanten sogenannte Rohpräservative, die sie elektronisch auf Undurchlässigkeit prüft und, bei Fehlerfreiheit, aufrollt. Einen Teil dieser Ware verkauft sie lose weiter, den anderen verpackt; darunter auch Feuchtpräservative, welche die Beklagte vor dem Aufrollen mit einem Feuchtfilm versieht und luftdicht versiegelt. Die Beklagte setzt für diese Arbeitsgänge vier Maschinen ein. Auf zwei Maschinen werden die Präservative geprüft, die anderen Maschinen dienen zum Beschichten, Versiegeln und Verpacken.

Die Klägerin hat behauptet, nach der Verkehrsauffassung werde als Hersteller nur bezeichnet, wer Präservative aus Kautschuklösung herstelle. Dagegen nenne man branchenüblich solche Zwischenhändler, die von den Herstellern unverpackte Präservative - "lose Ware" - kaufen, sie ganz oder teilweise selbst prüfen, rollen, beschichten, versiegeln und verpacken, "Abpacker". Die Beklagte nehme an der Ware nur gewisse

Verfeinerungen vor. Wenn sie sich dennoch als Hersteller bezeichne, führe sie wenigstens eine nicht unbeachtliche Minderheit der belieferten Verkehrskreise irre. Es komme auf diese Weise auch zu Verwechslungen mit dem bekannten R [REDACTED] Hersteller-Großunternehmen der Klägerin.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte bei Meidung von Strafen zu verurteilen, es zu unterlassen, in Verkaufsangeboten oder sonstigen für einen größeren Personenkreis bestimmten Mitteilungen den Eindruck eines Herstellerbetriebes zu erwecken, insbesondere die Angabe "Herstellung" allein oder zusammen mit dem Wort "Vertrieb" zu verwenden.

Die Beklagte hat demgegenüber behauptet, unter Herstellen verstehe man jede Art der Bearbeitung. Der Begriff des Abpackers umfasse die von ihr ausgeführten Tätigkeiten nicht. Die Klägerin wolle lediglich eine ihr unbequeme Konkurrenz am Ort unterbinden.

Das Landgericht hat über die Auffassung der in Betracht kommenden Wiederverkäufer ein Gutachten des Deutschen Industrie- und Handelstages eingeholt, das sich auf eine Umfrage im Bezirk von dreizehn Industrie- und Handelskammern stützt. Es hat sodann die Klage abgewiesen. Die Klägerin hat mit der Berufung ihren Unterlassungsantrag weiterverfolgt. Das Oberlandesgericht hat das Urteil des Landgerichts abändert und die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Dage-

gen richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Antrag, das Berufungsurteil aufzuheben und die Berufung gegen das Urteil des Landgerichts zurückzuweisen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht führt zunächst aus, der Begriff des Herstellers sei im allgemeinen Sprachgebrauch und im Wettbewerbsrecht nicht eindeutig bestimmbar, könne vielmehr von Branche zu Branche unterschiedlich sein, wobei auch gewisse Formen der Bearbeitung, die noch nicht zur Entstehung neuer Sachen führten, Herstellung genannt werden dürften. In diesem Sinne sei objektiv auch die Anfertigung von Feuchtpräservativen Herstellung. Gleichwohl dürfe die Beklagte sich nicht als Hersteller bezeichnen, weil nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme zumindest ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise dadurch irregeführt werde. Denn zumindest jener Teil der Abnehmer entnehme dem Gebrauch des Wortes "Herstellung" die Behauptung, die Beklagte stelle die Präservative im eigenen Betrieb aus der Kautschuklösung her. Dagegen sehe er die Tätigkeiten des Prüfens, Aufrollens, Beschichtens, Versiegelns und Verpackens noch nicht als Herstellung solcher Waren an. Diese Auffassung sei auch nicht willkürlich oder abwegig, knüpfe vielmehr mit einigem Grund daran an, daß mit der Herstellung der Rohware eine unterscheidbare Sache geschaffen worden sei, die lediglich noch verfeinert und gebrauchsfertig gemacht werde. Die Bezeichnung als Hersteller erwecke bei den

Interessenten auch Vorstellungen, die für deren wirtschaftliche Entschließungen nicht ganz unerheblich seien. Denn die beteiligten Verkehrskreise versprächen sich gerade von einem solchen Hersteller wegen seiner unmittelbaren Einflußmöglichkeiten auf das Ausgangsprodukt die Lieferung besonders hoher oder stets gleichbleibender Qualitäten.

II. Die dagegen gerichtete Revision hat zum Teil Erfolg.

1. Zunächst entspricht der Klageantrag, was von Amts wegen zu berücksichtigen ist (BGHZ 11, 193, 194), nicht den Anforderungen, die gemäß § 253 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO an die Bestimmtheit zu stellen sind. Ein dem Klageantrag entsprechendes Urteil muß die Grenzen der Rechtskraft erkennen lassen und Klarheit für die Zwangsvollstreckung schaffen (BGH LM § 253 Nr. 34). Wenn auch bei Unterlassungsurteilen eine gewisse Verallgemeinerung zulässig ist, so muß doch der Umfang des Verbots klar erkennbar bleiben. Das hier beantragte Verbot, "in Verkaufsangeboten oder in sonstigen für einen größeren Personenkreis bestimmten Mitteilungen den Eindruck eines Herstellerbetriebes zu erwecken", stellt nicht klar, welche Formulierungen verboten sein sollen und verlegt die Prüfung der Rechtmäßigkeit der konkreten Verletzungsformen in das Vollstreckungsverfahren. Insoweit ist die Klage im Hinblick auf das Prozeßrecht abzuweisen.

2. Die weitere Antragsformulierung "insbesondere die Angabe "Herstellung" allein oder zusammen mit dem Wort "Vertrieb" zu verwenden", ist zwar hinreichend bestimmt, sachlich aber insoweit unbegründet,

als der Beklagten jede Verwendung des Wortes "Herstellung" verboten werden soll. Denn die Beklagte hatte in ihrem Schriftsatz vom 24. April 1973 unter Beweisantritt behauptet, sie stelle auch Badeessenzen (mit erotisierender Wirkung) her und werde auch die Produktion von Spezialpräservativen im Tauchverfahren, eine "Herstellung" auch in dem von der Klägerin gebrauchten Sinne, baldigst aufnehmen. Mag letztere Behauptung auch als nicht hinreichend substantiiert anzusehen sein, so gilt dies doch nicht für die Behauptung, die Beklagte stelle Badeessenzen her. Die Klägerin hat diese Behauptung nicht bestritten, auch geht aus ihrem sonstigen Vorbringen nicht die Absicht hervor, dies bestreiten zu wollen (§ 138 Abs. 3 ZPO). Ist danach als unstreitig anzusehen, daß die Beklagte jedenfalls hinsichtlich der Badeessenzen Hersteller ist, kann ihr der werbliche Gebrauch dieses Wortes nicht schlechthin verboten werden. Auch insoweit ist das Berufungsurteil abzuändern.

3. Als Streitgegenstand verbleibt danach entsprechend der konkreten Verletzungsform die Frage, ob die Beklagte, die unstreitig Herstellerin von Badeessenzen ist, auch beim Vertrieb von Präservativen ihrer Firma den Zusatz "Herstellung und Vertrieb von kosmetischen und hygienischen Artikeln" beifügen darf, ohne gegen das Irreführungsverbot des § 3 UWG zu verstoßen, wenn sie - wie das Berufungsgericht feststellt - hinsichtlich der Präservative nicht Herstellerin ist, sondern diese nur vertreibt.

Dies setzt zunächst die Feststellung voraus, welche Angabe die angesprochenen Verkehrskreise dem Firmenzusatz "Herstellung und Vertrieb" entnehmen, wenn

ihnen unter einer solchen Firmierung Präservative und Badeessenzen angeboten werden. Dazu enthält das Berufungsurteil keine Feststellungen. Denn das Berufungsgericht stellt, wie auch der Beweisbeschuß ergibt, lediglich darauf ab, welche Tätigkeiten bei Präservativen als Herstellung angesehen werden, nicht aber welche Vorstellungen die Bezeichnung "Herstellung und Vertrieb" hervorruft. Es bedarf jedoch insoweit keiner Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung an die Vorinstanz, weil das Revisionsgericht die notwendigen Feststellungen selbst treffen kann.

In der Rechtsprechung ist für den abweichenden Fall, daß sich jemand nur als "Hersteller" bezeichnete, festgestellt worden, daß diese Bezeichnung schon dann irreführe, wenn der Hersteller in mehr als nur geringfügigem Ausmaß auch Waren aus fremder Produktion führe (vgl. RG GRUR 1940, 585 - Trockengemüse; BGH GRUR 1957, 348, 349 - Klasen-Möbel), daß der Verkehr also aus der Bezeichnung "Hersteller" schließe, das Angebot werde im wesentlichen selbst hergestellt. Bei der Bezeichnung "Herstellung und Vertrieb" dagegen kann nicht davon ausgegangen werden, daß die Abnehmer, jedenfalls wenn sie, wie hier, geschäftserfahrene Wiederverkäufer sind, in gleicher Weise annehmen, es werde nur vertrieben, was auch selbst hergestellt werde. Vielmehr wird dem Bestandteil "Vertrieb" dabei eine eigenständige Bedeutung dahin beigemessen, daß auch fremde Waren weitervertrieben werden, wobei offen bleibt, welcher Anteil auf eigen- und fremdgefertigte Waren entfällt. Dementsprechend wissen jedenfalls geschäftserfahrene Verkehrskreise, daß sie sich bei einem Hinweis auf

Herstellung und Vertrieb regelmäßig durch Nachfrage Klarheit verschaffen müssen, wenn sie wissen wollen, ob eine bestimmte Ware vom Anbieter selbst hergestellt oder lediglich vertrieben wird. Gleichwohl geht die Vorstellung nicht dahin, der Anteil der Herstellung sei dabei unter Umständen so gering, daß er wirtschaftlich im Verhältnis zum Umsatz und Gesamtsortiment überhaupt keine Rolle spiele. Schon die Voranstellung des Wortes "Herstellung" verbietet eine solche Annahme, legt vielmehr nahe, daß die Herstellung jedenfalls gleichgewichtig oder überwiegend sei. Welche Erwartungen im Einzelfall damit verbunden werden, hängt von den jeweiligen Umständen ab. Doch muß davon ausgegangen werden, daß die Bezeichnung "Herstellung und Vertrieb" jedenfalls dahin aufgefaßt wird, daß zumindest ein nennenswerter Teil des Sortiments selbst hergestellt wird, darunter auch ein Teil jener Waren, die im Sortiment eine gewisse Bedeutung nach Umsatz und werbemäßiger Herausstellung haben. Eine solche Erwartung ist auch, wie zur Anwendung des § 3 UWG erforderlich, für die wirtschaftlichen Entschlüsse der Nachfrager nicht unerheblich. Denn der Eindruck, man kaufe beim Hersteller, ruft im allgemeinen zumindest bei einem nicht unerheblichen Teil des Publikums, auch des geschäftserfahrenen, die Vorstellung gewisser Vorteile hervor, mögen diese in der besseren Qualität, in der Preisstellung, in erleichterter Garantieleistung oder ähnlichem gesehen werden (vgl. BGH GRUR 1955, 409, 410 - Vampyrette; BGH aaO - Klasen-Möbel; Baumbach/Hefermehl, 11. Aufl. § 3 UWG Anm. 316). Dem steht beim Gebrauch der Bezeichnung "Herstellung und Vertrieb" nicht entgegen, daß zunächst unklar bleibt, welche Teile des Angebots selbst herge-

stellt sind. Denn die unter dem Gesichtspunkt der Qualität, Preisstellung usw. dem Hersteller eingeräumte Wertschätzung wird in der Regel durch seine zusätzliche Funktion als Händler zumindest in den Augen eines nicht unerheblichen Teils des Geschäftsverkehrs nicht aufgehoben.

4. Die Feststellungen des Berufungsgerichts in Verbindung mit dem Inhalt der Akten rechtfertigen die Folgerung, daß die Beklagte nur einen so geringen Teil ihres Sortiments selbst fertigt, daß von einer Herstellung, wie sie bei Verwendung des Zusatzes "Herstellung und Vertrieb" als Mindestmaß erwartet wird, nicht gesprochen werden kann.

a) Hinsichtlich der Herstellung von Badeessenzen hat die Beklagte nicht dargelegt, daß diese Waren einen nennenswerten Anteil ihres Sortiments darstellen. Eine solche Darlegung oblag ihr aber. Denn die Feststellung des Berufungsgerichts und der unstreitige Sachvortrag der Parteien, wie er sich insbesondere auch aus den Akten des Verfügungsverfahrens 12 O 55/71 LG Darmstadt ergibt, legen nahe, daß die Produktion und der Umsatz von Badeessenzen zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht keinen nennenswerten Umfang hatte. In den Verfügungsakten wird die Herstellung von Badeessenzen überhaupt nicht erwähnt. Vielmehr hat der Geschäftsführer der Beklagten am 10. August 1971 zu Protokoll gegeben, er vertreibe neben Präservativen bei einem Jahresumsatz von ca. 1 Million DM (Eidesstattliche Versicherung vom 18. Juni 1971 - Bl. 61 der Verfügungsakten) auch Gummihandschuhe, die er nur verpacke, welcher Geschäftszweig ca. 5 % seines Gesamtumsatzes ausmache. Aus den sonstigen in diesem Verfahren über-

reichten Unterlagen ergibt sich zwar, daß damals noch einige - nicht selbst hergestellte - Artikel der Sexualhygiene angeboten wurden, Badeessenzen sind dort aber nicht erwähnt. Im vorliegenden Streitverfahren wird die Herstellung von Badeessenzen nur beiläufig in einem Satz geltend gemacht. Daß Maschinen für eine solche Fertigung vorhanden seien, hat die Beklagte nicht behauptet, obwohl dazu schon deshalb Veranlassung bestanden hätte, weil der Geschäftsführer der Beklagten noch im Verfügungsverfahren zu Protokoll gegeben hatte, er verfüge insgesamt über die vier Maschinen, die zur Bearbeitung der Präservativrohlinge benutzt würden. Nach alledem war es Sache der Beklagten, das Vorliegen einer gegenüber dem Präservativumsatz von ca. jährlich DM 1 Million nennenswerten Herstellung von Badeessenzen darzulegen. Da es daran fehlt, ist davon auszugehen, daß die Herstellung von Badeessenzen keinen derartigen Umfang hat, daß sie die Bezeichnung "Herstellung und Vertrieb" rechtfertigen könnte.

b) Entscheidend ist danach, ob die Beklagte Hersteller von Präservativen ist. Zu Recht hat das Berufungsgericht insoweit darauf abgestellt, ob in der Branche, insbesondere bei den Händlern, denen die Beklagte ihre Ware anbietet, derjenige als Hersteller von Präservativen angesehen wird, der selbst auch die sogenannten Rohpräservative aus Kautschuklösung herstellt, nicht aber, wer bei der Fertigung die von der Beklagten ausgeführten Tätigkeiten ausübt. Es ist auch nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht das Ergebnis der vom Deutschen Industrie- und Handelstag durchgeführten Befragung dahin

versteht, die Abnehmer entnähmen dem Wort "Herstellung", die Beklagte stelle keine Präservative her, wenn sie nicht auch die Rohlinge herstelle. Dem kann nicht entgegengehalten werden, die Abnehmer hätten keine klaren und zutreffenden Vorstellungen über die Einzelheiten der Fertigung und Bearbeitung dieser Waren, wüßten also auch nicht die Bedeutung der weiteren Bearbeitung im Verhältnis zur Rohware abzuschätzen. Denn für die Frage der Irreführung geht es nicht darum, ob die Ansicht der Abnehmer guten Gegengründen ausgesetzt ist, sondern ob sie tatsächlich so besteht. Unbeachtlich wäre lediglich eine offensichtlich abwegige Ansicht. Davon kann hier aber nicht die Rede sein. Aus der von der Revision angesprochenen Rechtsprechung (BGH GRUR 1961, 361 - Hautleim; GRUR 1963, 36 - Fichtennadel-extrakt; GRUR 1967, 600 - Rhenodur) läßt sich dagegen nichts herleiten, weil es dort nur um die Vorstellung über Eigenschaften der Ware, nicht über die Herstellereigenschaft ging.

Im Ergebnis zu Recht hat deshalb das Berufungsgericht die Herstellereigenschaft der Beklagten, soweit Präservative in Frage stehen, verneint. Dies rechtfertigt aber gemäß § 3 UWG nur ein Gebot dahin, daß die Beklagte beim Vertrieb von Präservativen die Bezeichnung "Herstellung und Vertrieb kosmetischer und hygienischer Artikel" zu unterlassen hat.

Die Revision hat danach nur zu einem Teil Erfolg. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92, 97 ZPO.

Krüger-Nieland

Alff

Sprenkman

Merkel

Schwerdtfeger