

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 67/85

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
18. Dezember 1986
Kalus
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. der Kommanditgesellschaft in Firma M. Großmarkt GmbH & Co. KG, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin M. SB-Großmarkt GmbH, diese vertreten durch ihren Geschäftsführer Otto B., Bu. Ch., Be.,
2. der M. SB-Großmarkt GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer Otto B., Bu. Ch., Be.,

Beklagte und Revisionsklägerinnen,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und
-

g e g e n

die Aktiengesellschaft Französischen Rechts in Firma C. S.A., vertreten durch ihr Vorstandsmitglied B. L., Avenue Ch. de G., N., F.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

WII

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Dezember 1986 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Merkel, Dr. Erdmann, Dr. Teplitzky und Dr. Mees

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts vom 5. Februar 1985 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der Zivilkammer 16 - Kammer für Handelssachen - des Landgerichts Berlin vom 5. Juli 1983 abgeändert:

Die Klägerin wird mit dem Hauptantrag der Klage (Feststellung, daß die Beklagten verpflichtet sind, der Klägerin sämtlichen Schaden zu ersetzen, der ihr durch den Vertrieb der gefälschten Waren entstanden ist) abgewiesen.

Im übrigen (zur Entscheidung über den Hilfsantrag) wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Diesem wird auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

Von Rechts wegen

Oberflächen des - jeweils noch mit einer Cellophanverpackung versehenen - Umkartons wirken bei den Originalen etwas glatter, die Aufdrucke klarer. Die gläsernen Parfumflacons selbst haben bei Original und Fälschung die gleiche äußere Form; der Stopfen des Originalflacons ist aus Glas, der der Fälschung hingegen aus durchsichtigem Kunststoff. Chargen-Nummer und Mengenangabe, die auf dem Boden des echten Flacons aufgebracht sind, fehlen bei der Fälschung.

Die Klägerin hat behauptet, die Beklagten hätten das widerrechtlich mit dem Warenzeichen der Klägerin versehene Parfum schuldhaft in den Verkehr gebracht, weil die Beklagten die Fälschungen als solche hätten erkennen müssen. Da die Beklagten das Parfum unter Umgehung der ihnen bekannten Vertriebsbindung der Klägerin auf dem "grauen Markt" gekauft hätten, da der Einkaufspreis deutlich niedriger gelegen habe als der von der Alleinimporteurin verlangte Preis von etwa 1,-- DM je Einheit und da allgemein bekannt sei, daß Luxusartikel wie Parfum vielfach gefälscht würden, habe die Lieferung seitens der Beklagten besonders sorgfältig geprüft werden müssen. Bei einer solchen Prüfung hätten dann der schlechtere Druck des Kartons, der Kunststoffstopfen und das Fehlen der Chargen-Nummer bemerkt werden müssen; die Fälschung wäre so nicht verborgen geblieben.

Einen von der Klägerin zunächst angekündigten Auskunftsantrag haben die Parteien im Anschluß an die von den Beklagten in der Klageerwiderung gemachten Angaben

übereinstimmend in der Hauptsache für erledigt erklärt und insoweit beantragt, jeweils dem Gegner die Kosten aufzuerlegen. Die Klägerin hat beantragt, festzustellen, daß die Beklagten wie Gesamtschuldner verpflichtet sind, ihr sämtlichen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die gemäß Ziff. 1 und 2 bezeichneten Handlungen (das ist Erwerb und Verkauf des gefälschten Parfums durch die Beklagten) entstanden ist und noch entstehen wird.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt mit der Begründung, das rechtswidrig mit dem Warenzeichen der Klägerin versehene Parfum sei nicht als Fälschung erkennbar gewesen. Die Ware sei von einem zuverlässigen Lieferanten bezogen worden und äußerlich nicht auffällig gewesen; auch die behauptete Vertriebsbindung der Klägerin - da nicht lückenlos - und der niedrige Einkaufspreis - da die Alleinimporteurin der Klägerin von ihrem an sich höheren Preis noch Rabatte gewähre - hätten nicht auf eine Fälschung schließen lassen müssen. Zu einer Öffnung der einzelnen Verpackungen und zu einer Prüfung, ob die Chargen-Nummer vorhanden sei, seien sie - die Beklagten - nicht verpflichtet gewesen.

Das Landgericht hat nach dem Klageantrag erkannt und den Beklagten die gesamten Kosten auferlegt. Dagegen haben die Beklagten Berufung eingelegt.

Die Klägerin hat beantragt, die Berufung zurückzuweisen, hilfsweise, die Beklagten wie Gesamtschuldner zu

verurteilen, an die Klägerin [REDACTED], -- DM zu zahlen. Den Hilfsantrag hat sie auf die Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung gestützt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen und die Schadensersatzverpflichtung der Beklagten mit einer lediglich redaktionellen Änderung des Tenors festgestellt. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Beklagte zu 1) habe, wofür die Beklagte zu 2) einzustehen habe, beim Angebot des gefälschten "C [REDACTED] [REDACTED]" fahrlässig, wenn nicht sogar mit bedingtem Vorsatz, gehandelt, als sie trotz hinreichender Verdachtsgründe dafür, daß die bestellte und gelieferte Ware eine Fälschung sein und damit eine Warenzeichenverletzung drohen könne, eine besondere Prüfung unterlassen habe. Die Mitarbeiter der Beklagten hätten als branchenkundige Kaufleute gewußt, daß Luxusartikel, insbesondere aber französische Parfums, weltweit gefälscht würden, denn hierüber habe "Capital" im Juni 1978 und die Frankfurter Allgemeine Zeitung - daneben verschiedene englische Zeitungen - im September 1983 berichtet. Zwar lasse sich aus den Zeitungsberichten vom September 1983 nichts für den Kenntnisstand der Beklagten im Januar 1983 herleiten, aber es sei offensichtlich, daß die Fälschungen

von Luxusartikeln in der Zeit zwischen den genannten Presseberichten ständig zugenommen und Beachtung gefunden hätten. Diese Entwicklung sei den Beklagten nicht unbekannt geblieben. Wenn die Beklagten vor diesem Hintergrund auf dem "grauen Markt" Ware zu einem Preis gekauft hätten, der erheblich unterhalb des Preises gelegen habe, den die Alleinimporteurin der Klägerin innerhalb des Vertriebsbindungssystems forderte, dann habe sich der Verdacht auf eine Fälschung aufdrängen müssen. Aus den unbedeutenden Unterschieden der Verpackungen sei zwar nichts herzuleiten gewesen, die gebotene Prüfung der Lieferung habe sich jedoch insbesondere auf den Inhalt erstrecken müssen; bei dieser Untersuchung wären dann die Kunststoffstöpsel und das Fehlen der nach § 4 Abs. 1 KosmetikVO vorgeschriebenen Chargennummern und damit die Fälschungen entdeckt worden.

Das Berufungsgericht hält einen Schadensersatzanspruch der Klägerin weiterhin wegen Verstoßes gegen das Irreführungsverbot für begründet (§ 3 UWG), da die Beklagten - aus den geschilderten Gründen fahrlässig handelnd - den falschen Eindruck erweckt hätten, sie könnten ein weltbekanntes Markenerzeugnis anbieten. Die Beklagten müßten sich darüberhinaus auch das Verschulden der M■■■■-International KG zurechnen lassen. Dieses Unternehmen habe es bewußt in Kauf genommen, daß das von ihm bestellte Parfum eine Fälschung sein könne, denn die M■■■■-International KG habe es bei einer kleinen Drogerie ohne eigenen Fernschreibanschluß bestellt sowie eine Zusicherung über die Verkehrsfähigkeit und das Fehlen von Beschränkungen bei der

Weiterveräußerung verlangt, diese Bezugsquelle durch die Abwicklung über die Dr. [REDACTED] Vertriebs-GmbH aber verschleiern wollen. Zumindest habe die M. [REDACTED]-International KG fahrlässig gehandelt, als sie eine Prüfung unterlassen habe, ob das erworbene Parfum Originalware sei.

II. Die Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung und Zurückverweisung.

1. Erfolglos rügt die Revision allerdings, zweieinhalb Jahre nach den in Frage stehenden Verkäufen habe das Berufungsgericht ein Feststellungsinteresse der Klägerin nicht mehr bejahen dürfen. Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsverstoß davon ausgegangen, daß bei einer zulässig erhobenen positiven Feststellungsklage - und die Zulässigkeit zum Zeitpunkt der Klageerhebung steht hier außer Frage - der Kläger nicht zur Leistungsklage überzugehen braucht, wenn diese während des Prozesses möglich wird (BGH, NJW 1952, 546; BGH GRUR 1978, 187, 188 - Alkoholtest).

2. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, die Beklagte zu 1) (künftig: die Beklagte) habe das Warenzeichen der Klägerin fahrlässig verletzt, hält der rechtlichen Nachprüfung dagegen nicht stand.

Richtig ist allerdings, daß gewerbliche Einkäufer angesichts der in neuerer Zeit bekanntgewordenen Fälle von sog. Markenpiraterie gerade beim Bezug weithin bekannter Markenartikel gehalten sind, der Prüfung der Echtheit der

Waren im Sinne der Herkunft vom Inhaber der Marke besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Ergeben sich Anhaltspunkte, die ernsthafte Zweifel an der Herkunft der Ware begründen können, so folgen daraus für den Einkäufer besondere Nachforschungspflichten. Wann solche Anhaltspunkte gegeben sind, läßt sich jedoch nicht allgemein bestimmen, bedarf vielmehr der Prüfung der im Einzelfall vorliegenden Umstände.

Das Berufungsgericht hat den Vorwurf des fahrlässigen Verhaltens damit begründet, daß die Beklagte die Fälschungen ohne besondere Vorkehrungen weitervertrieben habe, obwohl zwei Momente den Verdacht auf eine Fälschung zwingend nahe gelegt hätten: der Erwerb vom "grauen Markt" und zu einem besonders niedrigen Preis in Kenntnis der ständigen Zunahme von Fälschungen französischer Parfums habe bei der Beklagten den Verdacht begründen müssen, daß es sich "auch hier" um Fälschungen einer berühmten Marke handeln könne. Die Überzeugung von der geschilderten Kenntnis der Beklagten stützt das Berufungsgericht auf den unstreitigen Umstand, daß sowohl im Juni 1978 als auch im September 1983 Zeitungsberichte über Fälschungen von Markenwaren - darunter Parfums - erschienen sind. Aus dieser Tatsache kann aber nicht nur - wie auch das Berufungsgericht einräumt - nicht direkt auf den Kenntnisstand der Beklagten vom Januar 1983 geschlossen werden, sie rechtfertigt auch nicht den Schluß, daß in der Zeit vom Juni 1978 bis Januar 1983 ein kontinuierliches Ansteigen von derartigen Fälschungen zu verzeichnen gewesen sei, das weitgehend Beachtung gefunden habe. Die zwei - über fünf Jahre auseinanderliegenden -

deutschen Presseberichte konnten ohne weiteres als Meldungen aus Anlaß von vereinzeltten Vorfällen aufgefaßt werden. Die Kenntnis von "auf dem Markt befindlichen" Fälschungen französischer Parfums ist für den Januar 1983 auch entgegen der Revisionserwiderung nicht offenkundig.

3. Auch die Ansicht, der Schadensersatzfeststellungsanspruch sei aus §§ 3, 1, 13 UWG begründet, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Soweit die Irreführung und die gegen die guten Sitten im Wettbewerb verstoßende Handlung im Vertrieb von gefälschten Parfums zu sehen ist, hat das Berufungsgericht ein Verschulden der Beklagten - wie unter II. 2. dargelegt - nicht rechtsfehlerfrei festgestellt. Soweit das Berufungsgericht eine Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz auf ein fahrlässiges Verhalten der M■■■■-International KG gestützt hat, das der Beklagten zuzurechnen sei, hat es verkannt, daß § 13 Abs. 3 UWG bei Schadensersatzansprüchen keine Anwendung findet.

4. Da die für die Beurteilung des Verschuldens maßgeblichen Tatumstände festgestellt sind, kann der Senat die Verschuldensfrage selbst entscheiden.

a) Der Bezug von "C■■■■ ■■■■ ■■■■" außerhalb des Vertriebssystems der Klägerin sowie der relativ niedrige Einkaufspreis boten - weder für sich allein noch bei einer Gesamtbetrachtung - der Beklagten Anlaß für einen Fälschungs-

verdacht. Der Bezug vertriebsgebundener Ware außerhalb des Systems zu relativ günstigen Preisen ist in der Regel kein Vorgang, der über den Tatbestand eines etwaigen Wettbewerbsverstoßes hinaus auch den Verdacht auf eine Fälschung und Warenzeichenverletzung nahelegt.

b) Ebensowenig kann nach den Umständen eine Fahrlässigkeit darin gefunden werden, daß die Beklagte das angelieferte Parfum nicht auf das Vorhandensein der Chargen-Nummern hin untersucht und nicht zu diesem Zweck stichprobenartig Packungen geöffnet hat. Die an einen Händler in Bezug auf Warenzeichenverletzungen typischerweise zu stellenden Sorgfaltsanforderungen gebieten es in der Regel nicht, mit Warenzeichen versehene kosmetische Mittel auf das Vorhandensein der Chargen-Nummern hin zu untersuchen, denn der Händler kann und muß, wenn nicht besondere Umstände hervortreten, nicht damit rechnen, daß ihm gerade die Chargen-Nummer einen Hinweis auf eine Warenzeichenverletzung gibt. Ob die Beklagte gegen § 4 Abs. 1 KosmetikVO verstoßen und in Bezug auf diese Norm fahrlässig gehandelt hat, als sie eine Prüfung auf das Vorhandensein der Chargen-Nummern unterließ, braucht hier nicht entschieden zu werden.

c) Der Schadensersatzfeststellungsanspruch der Klägerin ist entgegen der Revisionserwiderung schließlich auch nicht deshalb begründet, weil die Beklagte schuldhaft das Vertriebsbindungssystem der Klägerin verletzt hätte (§ 1 UWG). Die Verletzung einer Vertriebsbindung durch einen

Außenseiter setzt voraus, daß es sich um Originalware handelt, hinsichtlich deren Absatz eine Vertriebsbindung besteht. Nur bezüglich solcher Ware ist die Verleitung eines gebundenen Händlers zum Vertragsbruch, ein Schleichbezug des Verletzers oder eine wettbewerbswidrige Ausnutzung fremden Vertragsbruchs denkbar. Der Händler, der ein von Dritten gefälschtes Produkt vertreibt, verletzt mit dem Vertrieb jedenfalls nicht die Vertriebsbindung des Herstellers der Originalware.

III. 1. Nach alledem ist das Berufungsurteil aufzuheben und die Klage, soweit sie auf die Feststellung einer Schadensersatzpflicht gerichtet ist (Hauptantrag), abzuweisen. Da sich das Berufungsgericht - aus seiner Sicht folgerichtig - mit dem bezifferten Hilfsantrag auf Herausgabe des aus der schuldlosen Warenzeichenverletzung Erlangten unter dem Gesichtspunkt des § 812 BGB nicht befaßt, auch keine Feststellungen zur Höhe dieses Anspruchs getroffen hat, ist der Rechtsstreit insoweit und zur Entscheidung auch über die Kosten der Revision an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

2. Das Berufungsgericht wird bei seiner Entscheidung über den Hilfsantrag zu beachten haben, daß, wie der Senat in der am gleichen Tage verhandelten Sache I ZR 111/84, die zur Veröffentlichung bestimmt ist, entschieden hat, bei unberechtigter, aber schuldloser Nutzung eines fremden Warenzeichens dem Inhaber des Warenzeichens Bereicherungsansprüche gegen den Verletzer zustehen können. Das aus der

Warenzeichenverletzung "Erlangte" ist dabei der Gebrauch des Warenzeichens, der dem Verletzer nach dem Willen der Rechtsordnung nicht, jedenfalls aber nur als Ergebnis einer vertragsmäßigen Überlassung zustehen sollte. Da dieser Gebrauch vom Verletzer nicht herausgegeben werden kann, ist Wertersatz zu leisten (§ 818 Abs. 2 BGB), für dessen Bestimmung der objektive Wert des Erlangten maßgeblich ist. Dieser Wert besteht in der für den Gebrauch des Zeichenrechts angemessenen und üblichen Lizenzgebühr. Dagegen besteht auf dieser Rechtsgrundlage kein Anspruch auf Herausgabe des Verletzergewinns. Dieser Gewinn kann deshalb auch bei der Berechnung des Ausgleichs nach § 818 Abs. 2 BGB nicht herangezogen werden.

v. Gamm

Merkel

Erdmann

Teplitzky

Mees