

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 70/72

URTEIL

Verkündet am
7. Dezember 1973
Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Wilhelm G [REDACTED], S [REDACTED]-W,
H [REDACTED]halde [REDACTED],

Klägers, Revisionsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Josef S c [REDACTED], B [REDACTED]-Gl [REDACTED],
Be [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Revisionskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Prof. Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Dezember 1973 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Alff, Dr. Merkel, Dr. Schönberg und Schwerdtfeger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers und die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 21. April 1972 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten beider Revisionen übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien vertreiben Lederdehner. Der Beklagte hat für das von ihm unter der Bezeichnung "shoe-eze" in den Handel gebrachte Erzeugnis mit folgenden Ankündigungen geworben:

- "1. shoe-eze ist ein ausgezeichnetes Mittel gegen Hühneraugen,
2. shoe-eze ist unnachahmbar,

- 3 -

3. shoe-eze, die sensationelle amerikanische Erfindung."

Der Kläger hat gegen den Beklagten in dem Verfahren 24 Q 31/66 des Landgerichts Köln eine einstweilige Verfügung erwirkt, durch die dem Beklagten diese Werbung untersagt wurde. Im Widerspruchsverfahren haben die Parteien am 15. Juni 1966 einen Vergleich geschlossen, wonach sich der Beklagte bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Hauptprozesses verpflichtete, die Werbeankündigung zu 1 nicht mehr aufzustellen, ihm indes die Verwendung der beiden anderen Ankündigungen bis dahin gestattet wurde.

Nachdem der Beklagte sich im vorliegenden Hauptverfahren in erster Instanz verpflichtet hatte, es zu unterlassen, dem Werbehinweis, "shoe-eze" sei auch ein Mittel zur Entfernung von Hühneraugen, keine qualifizierenden Worte wie "ausgezeichnet" oder "gut" hinzuzufügen, haben die Parteien insoweit die Hauptsache für erledigt erklärt.

Der Kläger hat daraufhin beantragt,

I. den Beklagten zu verurteilen,

- a) es bei Vermeidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu sechs Monaten zu unterlassen, in seiner Werbung für das von ihm vertriebene Erzeugnis shoe-eze folgende Werbesprüche zu benutzen:



1. shoe-eze ist ein Mittel gegen Hühneraugen,
 2. shoe-eze ist unnachahmbar,
 3. shoe-eze, die sensationelle amerikanische Erfindung;
- b) dem Kläger Auskunft zu erteilen, in welchem Umfange er die in dem Klageantrag zu I. a) bezeichneten Handlungen vorgenommen hat;
- c) festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen Schaden zu ersetzen, der ihm aus den zu I. a) bezeichneten Handlungen bereits entstanden ist und noch entstehen wird.

Zur Begründung hat er ausgeführt: Alle drei Ankündigungen seien unrichtig, bei den zu 2 und 3 handele es sich außerdem um eine unzulässige vergleichende Werbung. Die Ankündigung zu 1 sei unzutreffend, weil "shoe-eze" weder nach seiner Zusammensetzung noch nach seiner Wirkung ein Mittel gegen Hühneraugen sei; sie verstoße ferner deshalb gegen § 1 UWG, weil "shoe-eze", obwohl es als Arzneimittel angeboten werde, nicht als Arzneimittelspezialität registriert sei.

Demgegenüber hält der Beklagte die beanstandeten Werbebehauptungen für zulässig. Er behauptet insbesondere, das von ihm vertriebene Erzeugnis sei geeignet, zur Behandlung und Beseitigung von Hühneraugen beizutragen; es sei 1952 von dem Amerikaner Dr. S. [REDACTED] erfunden worden, werde seit Jahren in ausschließlicher Lizenz von dem Fabrikanten Bertrand in Paris hergestellt, in der ganzen Welt in großem Umfange verkauft und als "Wunder der Wissenschaft" und "verblüffende Erfindung" anerkannt.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme dem Unterlassungsbegehren, soweit es sich gegen die Ankündigungen zu 2 und 3 richtet, entsprochen, die weitergehende Klage abgewiesen und die Kosten - auch die des vorausgegangenen Verfügungsverfahrens - gegeneinander aufgehoben.

Hiergegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Oberlandesgericht hat nach Erhebung weiterer Beweise die Berufung des Beklagten in vollem Umfange und die des Klägers insoweit zurückgewiesen, als der Kläger mit dieser den Auskunft- und den Schadensersatzanspruch weiterverfolgte. Die Kosten des Hauptverfahrens hat es zu 1/3 dem Kläger und zu 2/3 dem Beklagten, die des Verfügungsverfahrens zu 1/4 dem Kläger und zu 3/4 dem Beklagten auferlegt. Beide Parteien haben Revision eingelegt und verfolgen ihre in der Berufungsinstanz gestellten Anträge, soweit ihnen nicht entsprochen wurde, weiter. Sie beantragen wechselseitig, die Revision der anderen Partei zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner auf §§ 1, 3 UWG gestützten Entscheidung ausgeführt:

1. Die Behauptung des Beklagten, "shoe-eze sei ein Mittel gegen Hühneraugen", sei unzutreffend und irreführend. Weder in einem früheren vor dem Oberlandesgericht Köln ausgetragenen Rechtsstreit (6 U 114/68) noch durch die in beiden Instanzen des vorliegenden

Prozesses durchgeführten Beweisaufnahmen habe sich klären lassen, ob "shoe-eze" seiner Zusammensetzung nach ein geeignetes Mittel zur Bekämpfung von Hühneraugen sei. Für seine Behauptung, "shoe-eze" fehle die Eignung schon nach seiner Zusammensetzung, sei zwar grundsätzlich der Kläger beweispflichtig. Ob es sich hier um einen der Ausnahmefälle handele, in denen der Beklagte die Richtigkeit seiner Werbebehauptung zu beweisen habe, könne dahingestellt bleiben, da das Gericht aufgrund des übrigen Ergebnisses der Beweisaufnahme von der Unrichtigkeit der Werbebehauptung des Beklagten überzeugt sei.

Was die Wirkung von "shoe-eze" als Mittel gegen Hühneraugen angehe, hätten zwar einige der vom Landgericht vernommenen Zeugen von günstigen Erfolgen berichtet, die sie bei Anwendung dieses Erzeugnisses erzielt hätten. Das ändere indes nichts daran, daß die angegriffene Werbebehauptung unzutreffend und zudem - unabhängig von ihrer Unrichtigkeit - irreführend sei. Das ergebe sich einmal aus der Äußerung des Sachverständigen Professor Dr. Steigleder. Dieser habe zwar die an ihn gerichtete Beweisfrage, ob die in "shoe-eze" enthaltenen Stoffe auf Hühneraugen eine Wirkung ausüben könnten, die es rechtfertige, das Erzeugnis als "Mittel gegen Hühneraugen" zu qualifizieren, nicht beantwortet, weil er die Beweisfrage für falsch gestellt gehalten habe. Trotzdem sei seine gutachtliche Äußerung von entscheidender Bedeutung. Der Sachverständige habe überzeugend dargelegt, daß Hühneraugen nachhaltig nur durch orthopädische Behandlung und Entlastung bei Druck, nicht jedoch durch lokale Behandlung, gründlich beseitigt werden könnten. Sei somit von dieser Erkenntnis auszugehen, werde der Käufer durch

die angegriffene Werbeankündigung irregeführt; er werde davon abgehalten, seine Hühneraugen durch einen Orthopäden oder Fußpfleger behandeln zu lassen. Er möge zwar durch die Anwendung von "shoe-eze", wie sich aus den Bekundungen der vom Landgericht vernommenen Zeugen ergebe, eine Linderung durch Quellwirkung dieses Erzeugnisses erzielen. Diese Wirkung hätten aber auch andere Hühneraugenmittel und sogar einfaches Leitungswasser, wie sich aus dem vom Kläger vorgelegten Privatgutachten der Professoren Dr. Sch██████ und Dr. A██████ ergebe.

Unabhängig von der Untauglichkeit von "shoe-eze", Hühneraugen nachhaltig zu beseitigen, sei die Werbung des Beklagten auch aus einem anderen Grunde irreführend. Die dem Erzeugnis beigelegte Gebrauchsanweisung beschränke sich auf die Lederdehnung des zu behandelnden Schuhs. Dadurch müsse beim Käufer der Eindruck entstehen, allein durch die Lederdehnung des Schuhs werde auch das Hühnerauge entfernt. In dem zur Unterrichtung des Publikums bereitgehaltenen Prospekt "Was Sie über shoe-eze wissen sollten" werde zwar darauf hingewiesen, daß zur Behandlung von Hühneraugen "shoe-eze" unmittelbar auf das Hühnerauge aufgetragen werden müsse und dies sich dann nach mehrmaliger Anwendung abheben lasse. Es sei aber nicht sichergestellt, daß der flüchtige Leser dieses Prospekts, falls er ihm überhaupt beim Kauf ausgehändigt werde, auch lese. Zudem sei in jenem Prospekt nicht erwähnt, daß "shoe-eze" - was nach dem eigenen Vortrag des Beklagten erforderlich sei - mittels eines Okklusiv-Verbandes dauernd einwirken müsse. Da "shoe-eze" als Lederdehner angeboten werde, könne im übrigen der unbefangene Käufer auch

nicht ohne weiteres annehmen, daß er bei dessen richtiger Anwendung als Hühneraugenmittel noch eine besondere Gebrauchsanweisung beachten müsse.

Nach alledem könne dahingestellt bleiben, ob "shoe-eze" auch als Arzneimittel anzusehen und daher registrierpflichtig sei.

Das Auskunftserteilungs- und Schadensersatzbegehren sei mangels Verschuldens des Beklagten un gerechtfertigt. Der Beklagte habe in seiner Werbung die ihm vom Hersteller mitgeteilte Beschaffenheit und Wirkungsweise des Erzeugnisses herausgestellt. Angesichts des Streits der von den Parteien zugezogenen Sachverständigen über Zusammensetzung und Wirkung des Mittels könne ihm nicht der Vorwurf schuldhaften Verhaltens gemacht werden, wenn er sich auf die wiederholt abgegebenen, auch gegenüber Gegenvorstellungen aufrecht erhaltenen positiven Stellungnahmen des vom Hersteller zugezogenen Professor Dr. Q. verlassen habe, zumal er selbst diese Sachverständigenäußerungen nicht auf ihre Richtigkeit habe überprüfen können.

2. Auch die Behauptung, "shoe-eze" sei unnachahmbar", sei unzutreffend. Der Beklagte berufe sich darauf, daß die Wirkung von "shoe-eze" von anderen Präparaten bisher nicht erreicht worden sei. Abgesehen davon, daß dies nicht dargetan sei, übersehe der Beklagte, daß die Ankündigung die unzutreffende weitergehende Behauptung beinhalte, eine Nachahmung dieses Mittels sei auch in Zukunft nicht möglich. - Es handele sich dabei nicht um eine vom Publikum nicht ernstgenommene marktschreierische Werbung. Die Anpreisung werde vielmehr, zumal "shoe-eze" nicht

nur vom Propagandisten, sondern auch über viele Schuh-Fachgeschäfte vertrieben werde, ernsthaft als Inanspruchnahme einer Spitzenqualität verstanden.

3. Ebenso unzulässig sei die Ankündigung, bei "shoe-eze" handele es sich um eine sensationelle amerikanische Erfindung. Sie vermittle einen irreführenden Eindruck. Selbst wenn die Erfindung 1952 als aufsehenerregend empfunden worden sein sollte, hätte sie jedenfalls zur Zeit des Prozeßbeginns (1966) schon nicht mehr als sensationell hingestellt werden können.

II. Den Revisionen kann der Erfolg nicht versagt bleiben. Sie führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Zur Revision des Beklagten

Das Berufungsgericht prüft die angegriffene Werbebehauptung, "shoe-eze" sei ein Mittel gegen Hühneraugen, zu Recht unter dem Gesichtspunkt der irreführenden Werbung (§ 3 UWG). Es läßt die Frage, ob sich im Streitfall - wegen der sich für den Kläger ergebenden Beweis-schwierigkeiten - abweichend von dem Grundsatz, daß die Beweislast für die irreführende Wirkung der Werbeangabe beim Kläger liege, ausnahmsweise für den Beklagten gewisse Darlegungs- und Beweispflichten ergeben, offen. Es hält - gestützt auf die Stellungnahmen des Direktors der Universitäts-Hautklinik Köln, Professor Dr. Steigleder und des stellvertretenden Direktors der

Universitäts-Hautklinik Bonn - die Irreführung dieser Werbung schon deshalb für erwiesen, weil Hühneraugen nachhaltig und gründlich nur durch orthopädische Behandlung und Entlastung bei Druck, nicht jedoch durch eine lokale Behandlung beseitigt werden könnten. Es meint, jede Anpreisung, die einem lokal anzuwendenden Präparat diese Wirkung beimesse, sei irreführend, weil der unbefangene Durchschnittskäufer davon abgehalten werde, sich in die Behandlung eines Orthopäden oder Fußpflegers zu begeben, wenn er eine gründliche Behandlung und Beseitigung der Hühneraugen erreichen wolle.

Diese Beurteilung hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Jeder rechtlichen Würdigung einer Werbeanündigung hat die Feststellung voranzugehen, welche Aussage der Verkehr der Ankündigung beimißt. Das angefochtene Urteil läßt hierzu eine ausdrückliche Feststellung vermissen. Offensichtlich ist aber das Berufungsgericht davon ausgegangen, ein nicht unbeachtlicher Teil des Verkehrs entnehme der angegriffenen Werbebehauptung, allein durch das Auftragen von "shoe-eze" auf das Hühnerauge werde in jedem Falle dessen nachhaltige und gründliche Behandlung und Beseitigung bewirkt; denn sonst hätte es die zitierte Stellungnahme der beiden Sachverständigen nicht als Beweis dafür angesehen, daß die streitige Ankündigung den Verkehr irreführe. Diese Auffassung, die das Berufungsgericht seiner Beurteilung zugrundelegt, findet im Wortlaut der angegriffenen Werbung keine Stütze; nach der Lebenserfahrung wird die Werbebehauptung auch nicht so verstanden. Der Verkehr ist daran gewohnt, daß ihm zur Linderung oder Behebung körperlicher Beschwerden, wegen derer er nicht sogleich einen Arzt

in Anspruch nimmt, wie Erkältungen, Heiserkeit, Husten usw., Erzeugnisse mannigfaltiger Art angeboten werden, die als Mittel gegen solche Beschwerden (Mittel gegen Heiserkeit, Husten, Erkältungen usw.) angepriesen zu werden pflegen. Von solchen Mitteln erwartet der Käufer zwar, daß sie bei Beachtung der beigegebenen Gebrauchsanweisungen geeignet sind, seine Beschwerden zu lindern oder auch zu beheben; die Erfahrung lehrt ihn aber, daß er nicht mit Gewißheit damit rechnen kann, daß bei Anwendung dieser Mittel bei ihm die erhoffte Wirkung in jedem Falle eintritt und die Konsultation eines Arztes überflüssig macht. Gleiche Erwartungen verknüpft er mit einem Erzeugnis, das ihm als "Mittel gegen Hühneraugen" angepriesen wird. Er wird daher nur dann getäuscht, wenn "shoe-eze" bei Beachtung einer entsprechenden Gebrauchsanweisung überhaupt die **E i g n u n g** zur Linderung oder Behebung der Hühneraugenbeschwerden fehlte. Das hat das Berufungsgericht verkannt. Es hätte daher die streitige Werbebehauptung nicht mit der Begründung als irreführend verbieten dürfen, der Durchschnittskäufer werde durch sie von der richtigen Erkenntnis abgehalten, daß er sich in die Behandlung eines Orthopäden oder geschulten Fußpflegers begeben müsse, wenn er eine gründliche Behandlung und Beseitigung seiner Hühneraugen erreichen wolle.

Das Berufungsurteil enthält keine ausreichenden Feststellungen dazu, ob nach dem Sachvortrag der Parteien einschließlich der überreichten Privatgutachten und dem Ergebnis der in beiden Vorinstanzen erhobenen Beweise "shoe-eze" ein Mittel gegen Hühneraugen in dem

erläuterten richtig verstandenen Sinne ist. Das Revisionsgericht ist daher gehindert durchzuerkennen. Nach der erforderlichen Zurückverweisung wird das Berufungsgericht diese Feststellungen nachholen müssen. Kommt es zu dem Ergebnis, daß sie sich nach dem bisherigen Sach- und Streitstand oder auch nach einer etwaigen erneuten oder zusätzlichen Zeugenvernehmung über die Wirkung des "shoe-eze" nicht treffen läßt, wird es die Einholung eines weiteren Sachverständigen-Gutachtens nicht von vornherein ausschließen dürfen. Die zuletzt vom Berufungsgericht durch Beweisbeschluß vom 11. Juni 1971 mit der Erstattung eines Gutachtens beauftragten Sachverständigen der Universitäts-Hautklinik in Bonn haben sich zur Beantwortung der Beweisfragen deshalb außerstande gesehen, weil ihnen die genaue Zusammensetzung des "shoe-eze" nicht mitgeteilt worden war, und ihre eigenen Bemühungen, das Erzeugnis analysieren zu lassen, erfolglos blieben. Sie haben sich jedoch bereit erklärt, das Gutachten zu erstatten, wenn ihnen die Zusammensetzung des Mittels mitgeteilt werde (Äußerung der Sachverständigen vom 28. September 1971). Nun ist zwar die Zusammensetzung weder dem Kläger bekannt, noch haben - nach den Feststellungen des Berufungsgerichts - die von beiden Parteien überreichten Privatgutachten und die in beiden Vorinstanzen veranlaßten chemischen Untersuchungen insoweit eine Klärung erbracht. Weil Herstellung und Zusammensetzung des Mittels auf einem Geheimrezept beruhen, wird es allein darauf ankommen, ob mit "shoe-eze" die angepriesene Wirkung erreicht werden kann (vgl. BGH GRUR 65, 368, 371 - Kaffee C). Hierbei trifft das Risiko der Unbeweisbarkeit grundsätzlich den Kläger; jedoch können sich auch für den Beklagten gewisse Darlegungs- und

Beweispflichten ergeben. Dieser Pflicht hat er jedenfalls damit genügt, daß er sich bereit erklärt hat, die Zusammensetzung des Mittels und das Herstellungsverfahren einem zur Verschwiegenheit verpflichteten Sachverständigen zu offenbaren (Schriftsatz vom 26. September 1968, S. 4). Besteht somit für den Sachverständigen die Möglichkeit, sich über die Zusammensetzung des Mittels zu unterrichten, sind auch nach der Auffassung der vom Berufungsgericht zuletzt beauftragten Bonner Sachverständigen die erforderlichen Voraussetzungen für die Erstattung eines Gutachtens über die Wirkung von "shoe-eze" gegeben.

Die aus den dargelegten Gründen erforderliche Feststellung erübrigt sich auch nicht deshalb, weil die beanstandete Ankündigung - wie das Berufungsgericht meint - von einem nicht unbeachtlichen Teil der Käufer dahin aufgefaßt werden könnte, man brauche allein den Schuh mit "shoe-eze" zu behandeln, um die Entfernung des Hühnerauges zu erreichen. Das Berufungsgericht begründet seine Auffassung damit, daß die dem "shoe-eze" beige-packte Gebrauchsanweisung sich auf die Anwendung des Mittels als Lederdehner beschränke und selbst der für das Publikum bereitgehaltene Prospekt "Was Sie über "shoe-eze" wissen sollten" den Käufer - wenn er ihn überhaupt erhalte und lese - nur unzulänglich darüber unterrichte, daß und wie er zusätzlich das Hühnerauge selbst mit "shoe-eze" behandeln solle. - Dem kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil der Klageantrag sich auf das uneingeschränkte Verbot der Werbeanündigung richtet. Danach ist ausschließlich darüber zu entscheiden, ob "shoe-eze" ein Mittel gegen Hühneraugen ist. Ob die dem Mittel beigegegebene

Gebrauchsanweisung oder anderweitiges Werbematerial den Käufer über die Anwendung des Mittels zur Behandlung der Hühneraugen hinreichend unterrichtet, ist nicht zu prüfen. Diese Frage ist nicht Gegenstand des Klageantrags.

Wegen des inneren Sachzusammenhangs aller drei vom Kläger angegriffenen Werbeanmeldungen läßt sich die Frage, ob der Beklagte mit der Behauptung, "shoe-eze" sei unnachahmbar und eine sensationelle amerikanische Erfindung, zumal der Beklagte die Zulässigkeit dieser Werbung mit der Begründung verteidigt, es gebe außer "shoe-eze" kein anderes Präparat, das gleichzeitig als Mittel gegen Hühneraugen und als hervorragender Lederdehner Verwendung finde (Berufungsbegründung vom 10. Juni 1969, S. 2), abschließend erst beantworten, wenn feststeht, ob "shoe-eze" tatsächlich ein geeignetes Mittel gegen Hühneraugen ist. Auch bezüglich des Verbots dieser beiden Werbebehauptungen führt die Revision des Beklagten daher zur Zurückverweisung.

2. Revision des Klägers

Auch die gegen die Abweisung der Nebenansprüche auf Auskunftserteilung und Schadensersatz gerichtete Revision des Klägers hat Erfolg. Über diese Ansprüche kann - abgesehen davon, daß das Berufungsgericht deren Abweisung bezüglich der Werbeanmeldungen "shoe-eze ist unnachahmbar" und "shoe-eze, die sensationelle amerikanische Erfindung" im Berufungsurteil nicht begründet hat - erst befunden werden, wenn das Berufungsgericht nach erneuter Verhandlung über die Unterlassungsanträge entschieden hat. Sollte es wiederum zu dem Ergebnis kommen,

daß "shoe-eze" kein Mittel gegen Hühneraugen sei, und dem auf diese Behauptung bezogenen Unterlassungsantrag stattgeben, erscheint es allerdings zweifelhaft, ob es die diesbezüglichen Auskunftserteilungs- und Schadensersatzansprüche mit der Begründung abweisen darf, der Beklagte habe auf die von seinem Lieferanten eingeholten Privatgutachten von Professor Quesnel vertrauen dürfen. Es wird bei seiner Entscheidung berücksichtigen müssen, daß das erste dieser Gutachten - worauf der Kläger zu Recht hinweist - aus dem Jahre 1968 datiert, der Beklagte indes bereits einige Jahre vorher die beanstandete Werbung aufgenommen hatte, und außerdem im gesamten Ausland für "shoe-eze" offenbar nicht mit der Behauptung geworben wird, es sei auch ein Mittel gegen Hühneraugen (Schriftsatz des Klägers vom 2. Dezember 1966, S. 2). Gegebenenfalls bedarf der Sachverhalt insoweit noch der Aufklärung.

III. Das angefochtene Urteil war daher auf die Revisionen beider Parteien aufzuheben und zur ander-

weiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht
zurückzuverweisen.

Krüger-Nieland

Alff

Merkel

Schönberg

Schwerdtfeger