

Verkündet
am 25. März 1958
Grunau, Justizober-
sekretär als Urkunds-
beamter der Geschäfts-
stelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma "Johann Maria F. [REDACTED] gegenüber dem J. [REDACTED]-Platz",
K. [REDACTED], O. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma "E. de C. [REDACTED] - & Parfümeriefabrik G. [REDACTED] gasse
Nr. [REDACTED] gegenüber der P. [REDACTED] von Ferdinand M. [REDACTED]",
K. [REDACTED]-Eh. [REDACTED], V. [REDACTED] straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofes auf die
mündliche Verhandlung vom 14. Februar 1958 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Prof. Dr. h. c. Wilde, Dr. Bock,
Dr. Krüger-Nieland, Dr. Nastelski und Dr. Christoph
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Köln vom 8. März 1957 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung
und Entscheidung, auch über die Kosten der Revi-
sion, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

31

Tatbestand:

Wegen des Sachverhalts wird auf das Urteil vom heutigen Tage - I ZR 26/55 - Bezug genommen.

Das Oberlandesgericht hat nach einer Beweisaufnahme das Teilurteil des Landgerichts hinsichtlich des Berufungsantrages zu Ziff. 1 a abgeändert und diesem Antrage stattgegeben.

Mit ihrer Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung dieses Antrages. Die Revision bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht in tatsächlicher Hinsicht davon aus, daß die Beklagte ihre Erzeugnisse in Flaschen auf den Markt bringe, die nach Form und äußerer Größe jedenfalls bei flüchtiger Betrachtung völlig ihren im Berufungsantrage zu Ziff. 1 a) angeführten Vorkriegsflaschen entsprächen, während der Rauminhalt durch Verdickung der Wandungen und Böden um etwa 20 % verringert worden sei. Auf Grund einer Verkehrsbefragung stellt es fest, ein erheblicher Teil der Verbraucher werde hierdurch insofern irregeführt, als er mit Rücksicht auf die äußerlich unveränderte Form und Größe der Flaschen annehme, er erhalte beim Einkauf von solchen Flaschen die gleiche Menge des Kölnischen Wassers der Beklagten wie beim Einkauf entsprechender Flaschen in der Vorkriegszeit, während er in Wahrheit nur etwa 80 % dieser Menge erhalte. Damit werde er zugleich in einen Irrtum über den Preis der Erzeugnisse der Beklagten versetzt, da er für den ihm abverlangten Kaufpreis mehr zu erhalten glaube, als ihm tatsächlich geliefert werde.

Die erste bei der Verkehrsbefragung gestellte Frage lautete:

"Sind die Befragten der Meinung, daß Kölnisch Wasser-Erzeugnisse, wie die von "■■■■" und "F■■■■ mit der roten Marke", immer in der gleichen Qualität und in der gleichen Quantität vertrieben werden? Wenn "Ja": Gilt das auch für die Zeit nach der Währungsreform im Vergleich zu der Vorkriegszeit?"

64,6 % der Befragten haben dazu die Ansicht geäußert, die Kölnisch Wasser-Erzeugnisse der Parteien würden immer in der gleichen Quantität vertrieben (S. 9 des Berichts), 78,3 % davon sind der Auffassung, daß dies auch über Krieg und Währungsreform hinaus gelte (S. 12 des Berichts). Das Berufungsgericht hat dieses Ergebnis dahin gewertet, es lasse deutlich erkennen, daß äußerlich kaum in Erscheinung tretende Änderungen von Flaschentypen und Rauminhalt dem Durchschnitt der Verbraucher nicht zum Bewußtsein kämen.

Die zweite Frage lautete:

"Haben nach Meinung der Befragten (bezogen auf die jeweiligen Flaschengrößen) die Nachkriegsflaschen der Firma "Johann Maria F■■■■" (mit der roten Marke) den gleichen Rauminhalt wie vor dem Kriege?"

Sie ist von 44,6 % der Befragten bejaht worden, wobei, wie es in dem angefochtenen Urteil heißt: "29 % der Befragten ihr "Ja" in der Überzeugung genauer Kenntnis abgegeben hätten, weil sie etwa meinten, ein Unterschied wäre ihnen aufgefallen (18,1 % - S. 18 des Berichts) oder weil sie sich eine Änderung gar nicht vorstellen könnten



(10,9 % - S.18 des Berichts)."

Hieraus hat das Berufungsgericht gefolgert, daß ein erheblicher Teil der Verbraucher, wenn er sich auch in erster Linie von seiner Geschmacksrichtung und der Duftnote bestimmen lasse, beim Einkauf von Kölnisch-Wasser-Erzeugnissen doch auch eine Mengenvorstellung habe, der nicht jede Bedeutung für den Kaufentschluß abgesprochen werden könne. Sodann hat es ausgeführt, nach dem Ergebnis der Befragung sei die Mengenvorstellung - in Ansehung der in Rede stehenden Flaschen der Beklagten - bei einem großen Teil der Verbraucher falsch, und zwar weitgehend deshalb, weil die äußere Form und Größe dieser Flaschen gegenüber den entsprechenden Vorkriegsflaschen der Beklagten kaum verändert und die Verringerung des Rauminhalts um etwa $\frac{1}{5}$ durch Verdickung der Wandungen und Böden ausgeglichen sei. Es ist der Auffassung, die Beklagte habe bei dieser Sachlage den Tatbestand des § 3 UWG erfüllt. Sie mache in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt seien, mit dem Angebot ihrer Kölnisch-Wasser-Flaschen über deren Rauminhalt und damit über die Preisbemessung unrichtige Angaben, die geeignet seien, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen.

II. Der Revision ist zuzugeben, daß diese Ausführungen einer rechtlichen Nachprüfung nicht standhalten können.

Das Berufungsgericht läßt die Frage auf sich beruhen, ob die mit der Klage angegriffenen Flaschen der Beklagten in früheren Jahren den gleichen Rauminhalt hatten wie die entsprechenden Flaschen der Klägerin. Es stellt allein auf das Verhältnis der derzeitigen Flaschen der Beklagten zu deren eigenen Vorkriegsflaschen ab. Bei dieser Betrachtungs-

weise kann die Frage der Möglichkeit einer Irreführung durch die Verringerung des Rauminhalts durch Verdickung der Wandungen und Böden der Flaschen von vornherein nur in Ansehung solcher Verbraucher aufgeworfen werden, die sich an die Form und Größe der Vorkriegsflaschen der Beklagten zu erinnern vermögen. Davon ist nach dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils ersichtlich auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat die mit der Klage beanstandeten Maßnahmen der Beklagten nur hinsichtlich ihrer Einwirkung auf solche Verbraucher erörtert, die über ein, wenn auch nur ungefähres, Erinnerungsbild von den Vorkriegsflaschen verfügen, und hat folgerichtig auch in die Verkehrsbefragung nur solche Verbraucher einbezogen, bei denen nach ihrem Alter (mehr als 35 Jahre) als möglich angenommen werden konnte, daß sie die Vorkriegsflaschen der Beklagten gekannt und im Gedächtnis behalten haben. Damit ist es allerdings nicht in Einklang zu bringen, daß das Berufungsgericht die Möglichkeit einer Irreführung bei allen Befragten angenommen hat, die die zweite Frage bejaht haben (44,6 %). Denn nach der Aufgliederung der Antworten (S. 18 des Berichts) hat ein Teil dieser Befragten die Frage nicht aus seiner Erinnerung an die Vorkriegsflaschen der Beklagten bejaht, sondern auf Grund sonstiger Erwägungen oder auf Grund bloßer Vermutungen. Bei diesem Teil der Verbraucher muß auch vom Standpunkt des Berufungsgerichts die Möglichkeit einer Irreführung ausscheiden. Für eine Irreführung kommen daher von vornherein nur die 18,1 % jener Befragten in Betracht, die, wie auch das Berufungsgericht annimmt, nach der erwähnten Aufgliederung der Antworten die Frage ersichtlich auf Grund ihrer Erinnerung an die Vorkriegsflaschen der Beklagten beantwortet habe. Auch hinsichtlich dieser Befragten wird im übrigen weder in dem Bericht über die Verkehrsbefragung noch in dem angefochtenen Urteil mit der nach Lage der Sache gebo-

tenen Klarheit festgestellt, ob sie sich sämtlicher im Berufungsantrage zu Ziff. 1 a angeführten einzelnen Gruppen von Vorkriegsflaschen zu erinnern vermochten, also nicht nur der normalen Molanusflasche (Nr.2), sondern auch der davon nach Größe oder Form verschiedenen Flaschen Nr.26, 22 und 231. Schon hiernach muß das angefochtene Urteil Bedenken unterliegen. Der Tatbestand des § 3 UWG ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings schon dann erfüllt, wenn nur ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs in dem dort angegebenen Sinne irreführt wird (BGHZ 13, 244, 253 - Cupresa; BGH LM Nr.19 zu § 3 UWG - Tiefenfurter Bauernbrot). Unter den angeführten Umständen ist aber die Frage nicht mit hinreichender Sicherheit zu beantworten, ob hinsichtlich jeder der in Rede stehenden Flaschengruppen die Möglichkeit einer Irreführung für einen größtmäßig wenigstens diesen Anforderungen genügenden Teil der Verbraucherschaft gegeben ist. Näher hierauf einzugehen erübrigte sich indessen, da das angefochtene Urteil in jedem Falle aus einer anderen Erwägung keinen Bestand haben kann.

Dem angefochtenen Urteil ist nicht zu entnehmen, daß ein irgendwie beachtlicher Teil der Verbraucherschaft eine bestimmte Vorstellung über den in ccm. ausgedrückten Rauminhalt der Vor- und Nachkriegsflaschen der Beklagten besitzt. Das entspricht, wie die Revision mit Recht bemerkt, dem eigenen Vortrag der Klägerin. Das Urteil stellt auch nicht fest, daß ein zum mindesten nicht unerheblicher Teil der Verbraucher eine genaue Vorstellung von der äußeren Größe und dem Rauminhalt der Vorkriegsflaschen der Beklagten habe. Wenn es bemerkt, ein großer Teil der Verbraucher habe keine genaue Mengenvorstellungen und auch keine sichere Kenntnis mehr von den Vorkriegsflaschen der Beklagten, so läßt das zwar die Möglichkeit offen, daß ein kleiner Teil der Verbraucher über solche genauen Men-

genvorstellungen und Kenntnisse verfüge. Das Berufungsgericht hat sich aber eines Ausspruchs darüber enthalten, ob es sich dabei wenigstens um einen im Sinne der angeführten Rechtsprechung nicht unerheblichen Teil der Verbraucherschaft handele. Das Ergebnis der Verkehrsbefragung hätte dazu auch keine hinreichend sichere tatsächliche Grundlage abgeben können. Für die Revisionsinstanz muß deshalb zugunsten der Beklagten davon ausgegangen werden, daß die Gesamtheit der Verbraucher, hinsichtlich deren die Möglichkeit einer rechtlich relevanten Irreführung überhaupt in Betracht kommt, nur ein ungefähres Erinnerungsbild von den Vorkriegsflaschen der Beklagten besitzt. Im Grunde geht davon auch das Berufungsgericht aus, indem es die für seine Entscheidung maßgeblichen Ausführungen allein auf Verbraucher mit einem derartigen Erinnerungsbild abstellt.

Der Auffassung des Berufungsgerichts, daß auch bei solcher Sachlage der Tatbestand des § 3 UWG erfüllt sei, kann nicht beigetreten werden.

Der Hersteller und Lieferant eines eingeführten Markenartikels wird zwar in aller Regel nicht ohne weiteres den Rauminhalt der Packungen, in denen er bislang seine Ware in Verkehr gebracht hat, durch nach außen nicht erkennbare Maßnahmen plötzlich verringern können, wenn er sich nicht dem Vorwurf eines Verstoßes gegen diese Gesetzesbestimmung aussetzen will. In einem solchen Falle besitzt der Verkehr in Ansehung der Packungen genaue Größenvorstellungen. Es bieten sich auch Vergleichsmöglichkeiten hinsichtlich der Preise. Im allgemeinen wird daher hier die Annahme einer für den Kaufentschluß der Verbraucher beachtlichen Irreführung nahe liegen. Im Streitfalle ist indessen, wie das Berufungsgericht rechtsirrig außer acht läßt, der Sachverhalt wesentlich anders gelagert. Zwischen dem Zeitpunkt, zu dem die Beklagte mit

ihren neuen Flaschen hervorgetreten ist (1949), und dem Zeitpunkt, zu dem die letzten Vorkriegsflaschen auf den Markt gelangt sind, liegt nicht nur ein Zeitraum von erheblicher Dauer, sondern der Krieg und die Währungsumstellung mit den Umwälzungen, die damit für nahezu alle Wirtschaftszweige verbunden gewesen sind. Die Erinnerung an die Vorkriegsflaschen der Beklagten ist, soweit davon überhaupt die Rede sein kann, weitgehend verblaßt. Die Preise sind auf eine völlig neue Grundlage gestellt. Vergleichsmöglichkeiten mit den Vorkriegspreisen bestehen nicht. Mit der bloßen Erwägung, der Verkehr werde durch die beanstandeten Maßnahmen der Beklagten irregeführt, weil er in Hinblick auf das Erinnerungsbild, das er von den Vorkriegsflaschen der Beklagten besitze, beim Einkauf der Erzeugnisse der Beklagten mengenmäßig mehr zu erhalten glaube, als er in Wahrheit erhalte, läßt sich bei diesem Sachverhalt ein Verstoß gegen § 3 UWG nicht begründen. Nach dieser Bestimmung muß die unrichtige Angabe geeignet sein, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Darin liegt, daß die Unrichtigkeit Tatsachen betreffen muß, die für den Verkehr von Belang sind; sonst kann nicht der Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorgerufen werden (RG JW 1929, 3072¹¹ mit Anm. von Callmann; RG MuW IX, 315; Callmann, Der unlautere Wettbewerb, Anm. 21 zu § 3 UWG). Das angefochtene Urteil läßt nicht erkennen, daß diese Voraussetzung im Streitfall erfüllt ist. Sicherlich trifft es zu, daß sich der Verbraucher von Kölnisch Wasser, wie das Berufungsgericht auf Grund des Ergebnisses der Verkehrsbefragung feststellt, nicht nur von seiner Geschmacksrichtung und von der Duftnote des Erzeugnisses zum Kauf bestimmen läßt, sondern daß dabei in gewissem Umfange auch Vorstellungen über die Menge maßgebend sind. Das angefochtene Urteil läßt jedoch die Feststellung vermissen, daß für den Teil der Verbraucher, der sich überhaupt an die

Vorkriegsflaschen der Beklagten erinnert, beim Einkauf der Nachkriegserzeugnisse der Beklagten gerade die Erwägung eine rechtlich ins Gewicht fallende Rolle spiele, der Rauminhalt der beanstandeten Flaschen der Beklagten sei, weil sie der Form und dem äußeren Umfange nach dem Erinnerungsbild von den Vorkriegsflaschen entsprächen, genau der gleiche wie der der Vorkriegsflaschen. Dafür ist auch aus dem vorgetragenen Sachverhalt und dem Ergebnis der Verkehrsbefragung nichts Hinreichendes zu entnehmen. Die Verkehrsbefragung, insbesondere die in dem Bericht des Befragungsinstituts mitgeteilten Korrespondentenberichte, legen vielmehr durchweg die Annahme nahe, daß für den Verbraucher diese Erwägung beim Einkauf nicht von ursächlicher Bedeutung ist. Angesichts der tiefgreifenden Zäsur zwischen der Vor- und der Nachkriegsproduktion der Beklagten leuchtet es in der Tat auch ein, daß der Verkehr, der von dieser Zäsur weiß und der sich insbesondere der Umgestaltung der Preise und des Fehlens jeder Vergleichsmöglichkeit mit den Vorkriegspreisen bewußt ist, das Nachkriegsangebot der Beklagten in aller Regel nicht gerade deshalb als ein besonders günstiges Angebot empfinden wird, weil er auf Grund der doch nur ungefähren Erinnerung an die Vorkriegsflaschen annehmen zu können meint, daß der Rauminhalt der neuen Flaschen dem - ihm zudem seiner absoluten Größe nach unbekannten - Rauminhalt der Vorkriegsflaschen genau gleichkomme. Die Beklagte wäre zudem überfordert, wenn man von ihr verlangen wollte, daß sie ungeachtet der Notwendigkeit, den Vertrieb ihrer Erzeugnisse auf eine den veränderten Verhältnissen angepaßte neue kalkulatorische Grundlage zu stellen, allein mit Rücksicht auf jenes verblaßte Erinnerungsbild des Verkehrs von Änderungen des Rauminhalts ihrer Flasche hätte absehen müssen, die für den Verkehr gegenüber dem Erinnerungsbild nicht ohne weiteres erkennbar gewesen wären. Die Revision bemerkt dazu mit Recht,

daß in diesem Falle die Beklagte den Rauminhalt ihrer üblichen Flaschen gegenüber der Vorkriegszeit nicht nur in der beanstandeten Weise nicht hätte verringern dürfen, sondern daß sie auch gehindert gewesen wäre, Flaschen kleineren äußeren Umfanges herauszubringen, wenn der Verkehr, eben weil er nur eine ungefähre Erinnerung an die Vorkriegsflaschen hat, den Größenunterschied gegenüber den Vorkriegsflaschen nicht bemerkt und sie deshalb - auch dem Rauminhalt nach - diesen Flaschen gleichgesetzt hätte. Eine andere Beurteilung läßt sich auch nicht mit der Erwägung rechtfertigen, daß der Verkehr beim Einkauf der Erzeugnisse der Beklagten die Möglichkeit habe, die neuen Flaschen mit Konkurrenzprodukten zu vergleichen. Denn mag er auch annehmen, der Rauminhalt dieser Flaschen entspreche dem der Vorkriegsflaschen der Beklagten, so hat er doch keine Vorstellung von der absoluten Größe des Rauminhalts und kann daher nicht beurteilen, in welchem Verhältnis der Rauminhalt der Flaschen der Konkurrenzprodukte zu dem der Vorkriegsflaschen der Beklagten steht. Damit entfällt aber entgegen der Meinung des Berufungsgerichts die Möglichkeit einer Preisvergleichen an Hand des dem Verbraucher von den Vorkriegsflaschen der verbliebenen Erinnerungsbildes, von dem das Berufungsgericht allein ausgeht. Anders läge es möglicherweise dann, wenn dem Verkehr auch das Verhältnis des Rauminhalts der Vorkriegsflaschen der Beklagten zu dem der Flaschen der Konkurrenzprodukte in Erinnerung geblieben wäre. Unter diesem Gesichtspunkt, auf den zurückzukommen sein wird, hat das Berufungsgericht den Sachverhalt jedoch nicht gewürdigt; es hat dazu auch keine Feststellungen getroffen, die es dem Senat erlauben könnten, diese Würdigung nachzuholen.

Das angefochtene Urteil konnte hiernach mit der bisherigen Begründung nicht aufrechterhalten werden. Auf die

weiteren Rügen der Revision brauchte daher nicht eingegangen zu werden. Der vorgetragene Sachverhalt gestattet indessen noch keine abschließende Entscheidung. Der Rechtsstreit mußte deshalb an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

In der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht insbesondere auf den Vortrag der Klägerin eingehen müssen, zwischen den Parteien habe seit langem die durch Absprachen gefestigte Übung bestanden, ihre Erzeugnisse stets in gleichen Flaschengrößen (genauer: Flaschen gleichen Rauminhalts) anzubieten. Sollte sich dieser Vortrag, soweit er sich auf die im Berufungsantrage zu Ziff. 1 a angeführten Flaschen bezieht, bewahrheiten, so kann in den Maßnahmen, die die Beklagte zur Verringerung des Rauminhalts dieser Flaschen unter Beibehaltung der früheren Form und des äußeren Umfangs getroffen hat, möglicherweise ein Verstoß gegen § 1 UWG liegen. Dabei kann auch der unter Beweis gestellte Vortrag der Klägerin Bedeutung gewinnen, die Beklagte habe jene Maßnahmen geradezu in der Absicht vorgenommen, den Verbraucher glauben zu machen, daß ihre Flaschen nach wie vor den gleichen Rauminhalt wie die entsprechenden Flaschen der Klägerin hätten. Sofern ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs auf Grund der von der Klägerin behaupteten früheren Übung auch heute noch annehmen sollte, daß die Flaschen der Parteien den gleichen Rauminhalt hätten, kann, wie bemerkt, auch ein Verstoß gegen § 3 in Betracht kommen. Soweit es auf die von der Klägerin behaupteten Absprachen ankommt, wird der von der Beklagten erhobene Einwand kartellrechtlicher Unzulässigkeit nicht durchdringen können. Es mag dahinstehen, ob eine Absprache des von der Klägerin behaupteten Inhalts, auch soweit sie sich nur auf den Rauminhalt der Flaschen bezieht, kartellrechtlich unzulässig war. Denn ist, wie die Klägerin behauptet, nach einer solchen Absprache lange Zeit hindurch verfahren worden und hat sich dadurch eine Verbrauchererwartung be-

stimmten Inhalts gebildet, so könnte auch bei kartellrechtlicher Unzulässigkeit der Absprache von dem einmal eingeschlagenen Wege jedenfalls nicht in einer Form abgewichen werden, die einen Verstoß gegen Vorschriften des Wettbewerbsrechts bedeuten würde. Von rechtlicher Bedeutung kann schließlich auch die bislang nicht erörterte Frage sein, ob die Verdickung der Flaschenwandungen und -böden, wie die Revision vorbringt, aus technischen Gründen vorgenommen worden ist und sich innerhalb zulässiger und üblicher Grenzen hält, oder ob sie diese Grenzen überschreitet und insofern den Verkehr irreführt.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht zu überlassen.

Wilde Bock Krüger-Nieland Nastelski Christoph