

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I_ZR_7/67

URTEIL

Verkündet am

27. November 1968
Zug,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des V [REDACTED] e.V.
vertreten durch seinen Vorstand, dieser vertreten durch den
Vorsitzenden, Direktor Alfred A. K [REDACTED], M [REDACTED],
E [REDACTED] str. [REDACTED] - [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma W [REDACTED]-Pharma GmbH, vertreten durch ihre Geschäfts-
führer R.C. H [REDACTED] und H [REDACTED]-O [REDACTED], M [REDACTED],
Schleebrüggekamp 6,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. November 1968 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Dr. Mösl, Alff, Dr. Simon und Dr. Merkel für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 20. Oktober 1966 aufgehoben, soweit sich die Klageabweisung nicht auf die kostenlosen Lieferungen an Kinderkliniken bezieht. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist ein Verband zur Förderung gewerblicher Interessen der Hersteller diätetischer Lebensmittel.

Die Beklagte ist nicht Mitglied des Klägers.

In Gebiet der Bundesrepublik gibt es etwa 10 Säuglingsnahrungsmittel-Hersteller mit etwa 15 Produkten.

- 3 -

Der Arbeitskreis Kindermilchnährmittel-Hersteller des Klägers legte in einer Konvention vom 18. Juni 1959 u.a. folgendes fest:

- "1. Die Abgabe von kostenlosen Warenproben an Kliniken, Krankenhäuser und ähnliche Institutionen hat sich im Rahmen der allgemeinen gesetzlichen Vorschriften zu halten.
2. In diesem Sinne ist die Abgabe von Warenproben folgenden Einschränkungen unterworfen:
 - a) (betrifft die Abgabe zur Durchführung von wissenschaftlichen Versuchsreihen)
 - b) Die sonstige kostenlose Abgabe von Mengen zur Erprobung ist nur in folgendem Rahmen erlaubt:

Höchstens die Menge, die ausreicht, um eine Klinik oder gleichstehende Institution über 10 Tage für 1/4 der in der betreffenden Klinik zur Verfügung stehenden Säuglingsbettenzahl unter Zugrundelegung einer Menge von 100 g pro Tag und je Säugling zu versorgen. (Rechenbeispiel: Eine Klinik, die 20 Säuglingsbetten zur Verfügung hat, kann eine Höchstmenge von 5 (Betten)x 10 (Tage) x 100 g = 5 kg pro Jahr als Erprobungsmenge kostenlos erhalten."

Die zuletzt erwähnte Bestimmung ist am 15. Januar 1960 dahin geändert worden, daß höchstens die Menge abgegeben werden darf, die ausreicht, um eine Klinik oder gleichstehende Institution über 10 Tage für 1/10 der Säuglingsbettenzahl unter Zugrundelegung einer Menge von 100 g pro Tag und je Säugling zu versorgen.



31

Die Parteien streiten, ob die Beklagte die von ihr in Anspruch genommene Menge für 1/4 der vorhandenen Säuglingsbetten zur Erprobung verteilen darf, oder ob die in der geänderten Konvention bezeichnete Menge für 1/10 der Säuglingsbetten das höchstzulässige Maß darstellt.

Der Kläger ist der Meinung, die von der Beklagten verteilte Menge sei zu groß und die Beklagte verstoße damit gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs.

Nach ergebnislosen Verhandlungen hat der Kläger Klage erhoben und beantragt,

die Beklagte unter Strafandrohung zu verurteilen, es zu unterlassen, ihre WM-Säuglingsnahrung, insbesondere in Originaldosen, kostenlos an Kinderkliniken und/oder gleichstehende Institutionen in einer Menge abzugeben, die größer ist als die Menge, die ausreicht, um jährlich über 10 Tage für 1/10 der in der betreffenden Klinik zur Verfügung stehenden Säuglingsbettenzahl unter Zugrundelegung von 100 g pro Tag und je Säugling zu versorgen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie vertritt die Auffassung, die Mitglieder des Arbeitskreises hätten zunächst selbst die jetzt von ihr in Anspruch genommene Erprobungsmenge für erforderlich gehalten. Die Menge sei lediglich herabgesetzt worden, um neuen Wettbewerbern mit ihren Erzeugnissen den Zugang zum Markt zu erschweren.

Das Landgericht hat nach Einholung eines Sachverständigengutachten die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Anträge nur insoweit weiter, als die kostenlosen Lieferungen an Entbindungskliniken, Entbindungsstationen und gleichstehende Institutionen erfolgen. Nicht angefochten wird das Berufungsurteil, soweit sich die Klageabweisung auf kostenlose Lieferungen an Kinderkliniken bezieht.

Die Beklagte bittet, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts dienen die von der Beklagten verteilten Probegaben ihres Säuglingsnahrungsmittels auch dann noch dem Probezweck, wenn sie so bemessen sind, daß mit ihnen 10 Tage lang in einer Menge von je 100 g je Säugling die Zahl von Säuglingen ernährt werden kann, die einem Viertel der in der Klinik oder der Entbindungsanstalt bzw. -abteilung vorhandenen Säuglingsbettenzahl entspricht. Das Berufungsgericht verneint auch das Vorliegen sonstiger Umstände und Verhältnisse, auf Grund derer in der Abgabe der Proben in dem oben bezeichneten Umfang ein Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 1 UWG gesehen werden könnte.

II. 1. Zur Begründung der Klageabweisung hinsichtlich der kostenlosen Lieferung an Entbindungskliniken, Entbindungsstationen und gleichstehenden Institutionen

hat das Berufungsgericht ausgeführt, insoweit habe der Sachverständige allerdings die Auffassung vertreten, daß die vom Kläger bezeichnete Menge ausreichend sei, weil hier die Probanden nur eine kurze Zeit beobachtet werden könnten und der Tagesbedarf der Neugeborenen die Menge von 100 g nicht erreiche. Es müsse jedoch berücksichtigt werden, daß zur Erprobung der Eignung der Säuglingsnahrung auch in den Entbindungsheimen 10 Probanden erforderlich seien, mit der vom Kläger für ausreichend gehaltenen Menge jedoch in einer Entbindungsstation mit einer Säuglingsbettenzahl von 20 nur 4 Säuglinge je 10 Tage ernährt werden könnten, wenn ein Tagessatz von 50 g zugrunde gelegt werde.

Im übrigen könne der Umfang der noch zulässigen Probegabe nur annähernd festgelegt werden. Der von der Beklagten für ihre Probegaben in Anspruch genommene Umfang halte sich jedenfalls dann, wenn man Kinderkliniken und Entbindungsstationen zusammennehme, in einem mittleren Umfang. Eine größere Probemenge ermögliche eine gründlichere Erprobung. Auch die eine gründlichere Erprobung ermöglichende Probemenge halte sich noch im Rahmen des Probezwecks.

2. Nach der Auffassung der Revision hätte das Berufungsgericht das Ergänzungsgutachten des Sachverständigen nicht von sich aus dahin erweitern dürfen, daß auch in Entbindungsanstalten mindestens 10 Probanden erforderlich seien. In kleineren Anstalten bestehe darüber hinaus nicht die Möglichkeit, gleichzeitig das Nahrungsmittel an 10 Probanden zu erproben, da nur 10 % der Säuglinge voll künstlich ernährt würden. Schließlich vermißt die Revision Feststellungen des Berufungsgerichts hinsichtlich größerer Entbindungsstationen (d.i. mit mehr als 20 Säuglingsbetten),

bei denen die von der Beklagten abgegebene Menge (1/4 der Säuglingsbetten für 10 Tage 100 g pro Tag = 250 g pro Bett) zu Erprobungszwecken nicht erforderlich sei.

3. Diesen Angriffen der Revision war der Erfolg nicht zu versagen.

Rechtsprechung und Schrifttum stimmen darin überein, daß das Verschenken von Waren insbesondere dann in der Regel nicht gegen § 1 UWG verstößt, wenn die unentgeltliche Abgabe von Waren deren Erprobung dient (BGHZ 43, 278, 280 - Kleenox). Dabei ist davon auszugehen, daß die Warenmenge, die zur Untersuchung der Ware auf ihre Eigenschaften abgegeben werden darf, einmal von der Art und Beschaffenheit der in Betracht kommenden Ware abhängt (BGHZ 23, 365, 367 - Suwa), zum anderen von dem Erprobungszweck, dessen Inhalt und Umfang von einem billigen Vorhaben des Erprobenden abhängen kann.

Der Revision ist zuzugeben, daß das Berufungsgericht diese Grundlagen nicht in dem erforderlichen Maße feststellt. So läßt das Berufungsurteil nicht erkennen, welcher Erprobungszweck in den Entbindungsanstalten verfolgt wird. Die Erwägung (BU 21), es sei, wie in dem Hauptgutachten dargelegt sei, ein grundsätzlicher Irrtum, daß eine Säuglingsnahrung wie ein beliebiger Handelsartikel durch bloßes Probieren erprobt werden könne, vielmehr hätten Kinderärzte das Bedürfnis, in Ergänzung der ihnen durch Literatur und Prospekte vermittelten Erfahrung selbst zu erproben, ob eine Säuglingsnahrung im Bereich der Klinik geeignet

sei, Säuglinge zum Gedeihen zu bringen, bezieht sich in erster Linie auf die Kinderkliniken, da die Stellungnahme dem Hauptgutachten entnommen ist und das Ergänzungsgutachten bemerkt (GA 119), daß in den Entbindungskliniken ganz andere Verhältnisse vorlägen als in den Kinderkliniken und darum auch die Art der Erprobung eine andere sei. In dem Ergänzungsgutachten ist weiter ausgeführt, daß das Hauptgutachten die Entbindungskliniken nur am Rande erwähnt habe, weil sie eine Erprobung im kinderärztlichen Sinne nicht zuließen.

Wenn in dem Ergänzungsgutachten der Erprobungszweck auf der Entbindungsstation dahin charakterisiert wird, es solle damit festgestellt werden, ob eine neue Säuglingsnahrung bei kurzfristiger Aufenthaltsdauer des Neugeborenen so bekömmlich sei, daß sie mit gutem Gewissen zur weiteren Ernährung des Kindes empfohlen werden könne, dann spricht diese Aussage mehr für ein "Probieren" im allgemeinen Sinne als für eine ärztlich geleitete Erprobung, wie sie in den Kinderkliniken für erforderlich gehalten wird. In diesem Sinne kann auch die abschließende Bemerkung des Ergänzungsgutachtens verstanden werden, die vom Kläger benannte Menge dürfte hier ausreichen. Dagegen ist nicht erkennbar, welche Bedeutung der in dem Ergänzungsgutachten (GA 120) aufgestellte Grundsatz hat, bevor der Kinderarzt eine neue Nahrung weiter empfehle, müsse er sie nach pädiatrischen Gesichtspunkten erprobt haben, d.h. er müsse an einer größeren Zahl von Säuglingen, kranken wie gesunden beobachtet haben, ob die Nahrung vertragen werde und ein optimales Gedeihen verspreche. Die weiteren Ausführungen, der Arzt werde sich vor Ablauf von mehreren Wochen kein Urteil bilden können, um die verschiedenartigen Belastungen, wie sie in einer Kinderklinik

gegeben seien, in ihren Auswirkungen unter dem neuen Nahrungsregime verfolgen zu können, von solchen Beobachtungsmöglichkeiten könne aber in den wenigen Tagen, die das Neugeborene auf der Entbindungsstation verbringe, nicht die Rede sein, lassen wiederum vorzugsweise den Schluß zu, daß eine solche Erprobung in der Entbindungsanstalt nicht durchgeführt werden könne. Da nach allem das Berufungsurteil auch in Verbindung mit dem Sachverständigengutachten keine hinreichenden Feststellungen über den Zweck der Erprobung enthält, kann auch die Ergänzung des Berufungsgerichts, es seien jedenfalls zur Durchführung der Erprobung 10 Probanden erforderlich, aus Rechtsgründen nicht gebilligt werden. In diesem Zusammenhang hätte auch festgestellt werden müssen, ob ein Nacheinander der Probanden genügend ist, denn nur dann wäre eine Erprobung an mehreren Probanden in kleineren Entbindungsanstalten möglich. Schließlich darf nicht außer Betracht gelassen werden, daß, wie das Ergänzungsgutachten ausführt, der Aufenthalt der Säuglinge durch die Aufenthaltszeit der Mütter bestimmt wird. Der Erprobungszweck muß damit in der Regel jedenfalls in wenigen Tagen erreicht werden können. Ist das nicht möglich, dann kann eine Erprobung, bei der eine längere Beobachtung erforderlich ist, nicht als zulässige Veranlassung für eine kostenlose Abgabe angesehen werden.

Der Revision ist aber auch darin zu folgen, daß das Berufungsgericht sich nicht damit begnügen durfte, seine Berechnung auf eine Entbindungsanstalt mit 20 Säuglingsbetten zu beschränken. Es liegt nach dem bisherigen Vortrag der Parteien kein Anhalt vor, daß eine Erprobung in einer Entbindungsanstalt mit 40, 100 oder mehr Säuglingsbetten anders gehandhabt werden müsse.

Daraus ergibt sich, daß bei einer größeren Bettenzahl nicht mehr Nahrungsmittel zur Erprobung benötigt werden, als bei einer Anstalt mit 20 oder 40 Säuglingsbetten, demnach die zulässige Menge pro Säuglingsbett niedriger anzusetzen wäre.

Das Berufungsgericht durfte auch nicht ohne weiteres (BU 23) bei seiner Durchschnittsrechnung Kinderkliniken und Entbindungsanstalten zusammenfassen, denn es ist nicht festgestellt, daß etwa in allen oder auch nur in der überwiegenden Zahl der Fälle Kinderkliniken und Entbindungsanstalten in einer Organisation zusammengeschlossen sind und daher ein wechselseitiger Ausgleich stattfinden könnte.

Ohne eine genaue Bestimmung des Erprobungszwecks sowie der Art und Weise der Erprobung kann auch die Erwägung des Berufungsgerichts nicht hingenommen werden, eine größere Probemenge ermögliche eine gründlichere Erprobung, auch die eine gründlichere Erprobung ermöglichende Probemenge halte sich noch im Rahmen des Probezwecks (BU 23).

Das Berufungsurteil war daher im Umfange des eingelegten Rechtsmittels aufzuheben. Das Berufungsgericht wird die Frage der Erprobungsmenge auf Grund des Erprobungszwecks und der Art und Weise der Erprobung unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen erneut zu prüfen und zu entscheiden haben.

III. Sollte das Berufungsgericht in der erneuten Verhandlung wiederum zu dem Ergebnis kommen, die von der Beklagten für eine kostenlose Abgabe in Anspruch genommene Erprobungsmenge sei jedenfalls bis zu einer bestimmten

Größe einer Entbindungsanstalt zur Durchführung der ärztlicherseits für erforderlich gehaltenen Erprobung zulässig, so begegnet seine weitere Annahme, die kostenlose Verteilung der zur Erprobung erforderlichen Mengen von Säuglingsnahrung begründe keine ernstliche Gefahr, daß der Leistungswettbewerb hinsichtlich der Säuglingsnahrungsmittel in nicht unerheblichem Umfang ausgeschaltet werde, entgegen der Ansicht der Revision keinen rechtlichen Bedenken. Dazu hat das Berufungsgericht in dem angefochtenen Urteil ausgeführt, die Gefahr einer Marktverstopfung sei nicht gegeben. Die Beklagte verschicke die Proben nur, wenn die Entbindungsanstalten dies wünschten. Es könne auch nicht davon ausgegangen werden, daß jede Entbindungsstation von der Beklagten in jedem Jahr in dem von ihr als zweckmäßig angesehenen Umfang beliefert werde. Der Ausfall an normalen Umsatzgeschäften sei auch bei der von der Beklagten abgegebenen Probemenge unbedeutend. Dabei sei davon auszugehen, daß nicht sämtliche 10 Hersteller mit allen 15 Produkten gleichzeitig die Entbindungsheime beliefernten und daß immer nur eine begrenzte Zahl von Entbindungsheimen sich die Nahrungsmittel kostenlos zu Probezwecken schicken ließ. Der Aufwand für Säuglingsnahrungsmittel sei in den Entbindungsstationen kostenmäßig gering. Überwiegend würden nur bestimmte Nahrungsmittel, sog. Standarddiäten, verfüttert. Eine wahllose Ernährung würden die Ärzte nicht zulassen; für diese sei ihre ärztliche Überzeugung allein maßgebend. Es sei ferner davon auszugehen, daß jede Säuglingsnahrung nur einmal durchprobiert werde und daß, wenn der leitende Arzt einer Entbindungsstation sich nach Erprobung entschlossen habe, eine bestimmte Säuglingsnahrung einzuführen, er sich nur noch beschränkt auf die Erprobung eines anderen Nahrungsmittels einlassen werde.

Die diesen Ausführungen zugrunde liegenden Erfahrungssätze sind entgegen der Auffassung der Revision aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Dem Berufungsgericht ist zuzustimmen, wenn es seiner Entscheidung das Verhalten eines verantwortungsbewußten und sorgfältigen, auf das Wohl der ihm anvertrauten Säuglinge bedachten Arztes zugrunde legt und wenn es weiter davon ausgeht, daß der Kostenaufwand für Säuglingsnahrungsmittel in den Entbindungsanstalten für die Bestellung von kostenlosen Lieferungen zur Erprobung nicht maßgebend sei, daß in der Regel jedenfalls jedes Nahrungsmittel nur einmal durchprobiert werde und daß, wenn der leitende Arzt sich einmal für bestimmte Nahrungsmittel entschieden habe, er sich nur noch beschränkt auf die Erprobung anderer Nahrungsmittel einlassen werde. Es ist mithin, wenn das neue vom Berufungsgericht einzuholende Sachverständigengutachten die Auffassung der Beklagten über die Zweckmäßigkeit und den Umfang von näher zu erläuternden Erprobungen bestätigen sollte, ein etwaiger *M i ß b r a u c h*, der sich bei der Durchführung im Einzelfall ergeben könnte, bei der Beurteilung der Grundfrage, ob durch die kostenlosen Belieferungen zur Erprobung die Mitbewerber unbillig behindert werden, außer Betracht zu lassen. Bei Anwendung der angeführten Erfahrungssätze wird aber weder der Klinikmarkt als solcher verstopft, noch der auch von der Revision als maßgebend angesehene Folgemarkt in einer Weise beeinflusst, daß in der kostenlosen Abgabe zu

Zwecken der Erprobung von einer den Wettbewerb ernsthaft behindernden Maßnahme im Sinne des § 1 UWG gesprochen werden könnte.

Krüger-Nieland	Bundesrichter	Alff
	Dr. Mösl ist infolge Erkrankung an der Unterschriftsleistung verhindert	
	Krüger-Nieland	

Simon

Merkel