

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

UWG § 1

F a v o r i t II

- a) Die Tarnung einer Warenanpreisung als eigene Erklärung des Herausgebers einer Fachzeitschrift verstößt gegen die guten wettbewerblichen Sitten.
- b) Zur Frage, in welchen Grenzen der Inhaber einer nach § 6 des Saatgutgesetzes geschützten Sorte sich im Wettbewerb durch Aufklärung Dritter dagegen zur Wehr setzen darf, daß ein Mitbewerber das Sortenrecht durch Lieferung von Saatgut verletzt und hierbei den Verkehr durch Verwendung eines anderen Sortennamens irreführt.

BGH, Urt. v. 7. Juni 1967 - Ib ZR 34/65 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib\_ZR\_34/65

## URTEIL

Verkündet am  
7. Juni 1967  
Häge,  
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma van W [REDACTED] & de E [REDACTED] GmbH, H [REDACTED],  
G [REDACTED] Straße [REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer  
Frank van W [REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin  
und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma Carl H.E. W [REDACTED], Alleininhaber Herbert W [REDACTED],  
H [REDACTED], W [REDACTED]allee [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte  
und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juni 1967 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Pehle, Dr. Mösl, Dr. Simon und Prof.Dr. Bökelmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Zivilsenats 3 a des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 19. November 1964 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

I. Die Beklagte züchtet und vertreibt Saatgut für den landwirtschaftlichen Gemüseanbau; die Klägerin, deren Alleininhaber früher als Vertreter der Beklagten tätig war, ist Saatguthändlerin; sie vertreibt in großem Umfang Buschbohrensaatgut unter der Bezeichnung "Konserva", das sie nach ihrer Darstellung von der Firma P. V. in Holland bezieht. Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin durch den Vertrieb dieser Buschbohnen in ein Sortenschutzrecht der Beklagten hinsichtlich der im Bundessortenregister eingetragenen Buschbohne "Favorit" eingreift.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

1. In den Jahren 1957 bis 1963 führte die Beklagte mehrere Rechtsstreitigkeiten gegen die holländischen Firmen Sl[ ] und van der Pl[ ] mit der Behauptung, diese Firmen vertrieben in der Bundesrepublik Deutschland Buschbohnen der Sorte "Favorit" unter der Bezeichnung "Konserva" oder "verbesserte Konserva". In einem Vergleich vom 6. November 1963 vor dem Oberlandesgericht Celle (3 U 1/59) erkannten die beiden Firmen "in Anbetracht des Beweisergebnisses" an, daß sich diese Sorten der Sorte Favorit objektiv so weit angenähert hätten, daß sie sich nicht mehr hinreichend deutlich von dieser Sorte unterschieden und daß insoweit eine Verletzung des Sortenschutzrechts der Beklagten vorliege; sie verpflichteten sich, jenes Saatgut nicht mehr in die Bundesrepublik einzuführen.

2. Nach Auflösung des Vertretervertrages zwischen der Beklagten und dem Alleininhaber der Klägerin schlossen die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits vor dem Landgericht Hamburg am 7. Januar 1959 einen Vergleich, in dem die Klägerin und ihr Inhaber anerkannten, daß die Beklagte berechtigt gewesen sei, den Vertretervertrag fristlos zu kündigen, insbesondere weil der Inhaber der Klägerin Buschbohrensaatgut mit der Bezeichnung "Konserva" oder "verbesserte Konserva" u.a. von den Firmen Sl[ ] und van der Pl[ ] bezogen und weiterveräußert habe, obgleich ihm bekannt gewesen sei, daß dieses Saatgut den für die Sorte "Favorit" bestehenden Sortenschutz der Beklagten verletze. Die Klägerin und ihr Inhaber verpflichteten sich unter Übernahme einer Vertragsstrafe für den Fall der Zuwiderhandlung, mit "Konserva" oder "verbesserte Konserva" bezeichnetes Buschbohrensaatgut weder direkt noch indirekt noch durch

Vermittlung Dritter zu kaufen, zu verkaufen oder zu vermitteln. Diese Unterlassungspflicht sollte jedoch erlöschen, falls die echte Buschbohnsensorte "Konserva" gemäß §§ 37, 67 SaatgG in das Besondere Sortenverzeichnis eingetragen werden würde.

3. Die Buschbohnsensorte Konserva war vor dem Jahre 1922 gezüchtet worden. Gemäß Beschluß des Bundessortenamts vom 22. September 1959 sollte sie auf Grund des § 67 Abs. 4 SaatgG mit dem Sortennamen Konserva in das Besondere Sortenverzeichnis (§ 37 SaatgG) eingetragen werden; die Eintragung konnte zunächst nicht vollzogen werden, bis über die Eintragung eines Erhaltungszüchters entschieden war; auf Grund eines Beschlusses vom 18. Mai 1962 ist inzwischen ein Erhaltungszüchter in das Besondere Sortenverzeichnis eingetragen worden.

Der Inhaber der Klägerin hat am 25. September 1964 beim Bundessortenamt beantragt, den Sortenschutz für Favorit aufzuheben.

4. In einem weiteren Rechtsstreit begehrt die Beklagte von der Klägerin Unterlassung, Auskunft, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht in bezug auf den Vertrieb der Buschbohne Konserva bzw. "verbesserte Konserva". Den Unterlassungsanspruch des Inhalts, unter dem Namen Konserva Saatgut Favorit zu vertreiben, hat die Klägerin anerkannt und dabei geltend gemacht, sie habe solches nicht vertrieben, weil ihr Saatgut nicht mit Favorit identisch sei. Hinsichtlich der weiteren Ansprüche hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Dieses Urteil ist vom Bundes-

gerichtshof unter Zurückverweisung der Sache aufgehoben worden (Urteil vom 16. Februar 1967 - Ia ZR 114/64 - Favorit - zur Veröffentlichung bestimmt).

II. Nach der Klageerhebung in dem Sortenrechtsverletzungsstreit erschien in der Fachzeitschrift "Die industrielle Obst- und Gemüseverwertung" Nr. 8 vom 20. April 1961 auf Veranlassung der Klägerin ein Artikel unter der Überschrift "Buschbohne Konserva, eine gute Konservenbohne", in dem es heißt:

"Die Buschbohne "Konserva" mit weißgründigen Pohnen ohne Fäden ist bereits in den 20er Jahren gern angebaut und von der Deutschen Konservenindustrie bevorzugt verarbeitet. Obgleich es zwölf Erhaltungszüchter für diese Sorte gibt, wurde die "Konserva" im Laufe der Jahre durch Neuzüchtung und andere Sorten weniger beachtet und vernachlässigt. Trotzdem ein in der Bundesrepublik ansässiger Züchter mit zwei bedeutenden Züchtern dieser Sorte in den Niederlanden seit Jahren prozessiert, da diese alte Sorte denen viel jüngerer Hochzucht ähneln oder gleichen soll, hat ein weiterer niederländischer Züchter sich dieser Sorte in den letzten Jahren verstärkt angenommen und die Bohne wieder zu einer für die Konservenindustrie wie für den Frischmarkt beliebten Sorte gemacht. Die in den letzten Jahren als Stamm "Hasa" angebaute Buschbohne "Konserva" war jedenfalls für alle ein großer Erfolg. Der Anbau und die Verarbeitung zur Konserve wird in diesem Jahr weiter steigen. Die Buschbohne "Konserva" wurde am 22. September 1959 in das "Besondere Sortenverzeichnis" der Bundesrepublik eingetragen. Die aus dem Jahre 1949 stammende Sortenbeschreibung des Bundessortenamtes sieht so aus: ....."

Wegen dieses Artikels wandte sich die Beklagte mit folgendem Schreiben vom 5. Mai 1961 an die Fachzeitschrift:

"Wir nehmen höflich Bezug auf das zwischen Ihnen und Herrn S [REDACTED] geführte Telefongespräch bezüglich des von uns beanstandeten Artikels

Buschbohnen "Konserva" eine gute Konservenbohne.

Wir vermuten, daß dieser Artikel von unserem früheren Vertreter, der Firma Herbert E. W [REDACTED], H [REDACTED] in Ihre Zeitschrift lanciert wurde. Wir prozessieren mit Herrn W [REDACTED], da er nachgebaute "Favorit" in Schleswig-Holstein unter "verbesserte Konserva" oder "Stamm Hasa" in den Handel bringt und die Landwirte nicht darüber in Zweifel läßt, daß sich seine Lieferung nicht von unserer "Favorit" unterscheidet.

Zu Ihrer Unterrichtung möchten wir dazu noch folgende Ausführungen unseres Herrn Frank van W [REDACTED] zur Kenntnis bringen:

Die Sorte Buschbohne "Konserva" wurde von dem deutschen Züchter Sc [REDACTED] Anfang der 30er Jahre gezüchtet und eingeführt. Wie sich bald herausstellte, war die Sorte wegen ihrer zu krummen Hülsen und ihrer Virus-Anfälligkeit für die Konservenindustrie ungeeignet. Der Züchter gab deshalb die Sorte 1942 auf. Kurz nachdem aber die Firma Sc [REDACTED] die Sorte eingeführt hatte, wurde sie von holländischen Händlern nachgebaut. Der Absatz blieb aber gering und die Sorte erreichte keine Bedeutung. Auch nach dem Krieg bis 1955 wurden nur ganz geringe Mengen umgesetzt, diese fast ausschließlich im Abfüllgeschäft, da Konservenfabriken, bzw. Großanbauer die Sorte nicht aufnahmen.

Im Jahre 1949 brachten wir unsere "Favorit" auf den Markt. Die Sorte wurde sofort ein großer Erfolg. Schon bald erschienen aber die Niederländischen Nachbarn (Händler, die sich "Züchter" nennen) und bauten die Sorte nach. Da "Favorit" hier in Deutschland gesetzlich geschützt ist, wurde die Sorte unter "verbesserte Konserva" angeboten. In Originalschreiben dieser Händler an deutsche Abnehmer wurde dabei zum Ausdruck gebracht, daß es sich bei dieser "Verbesserung" um "Favorit" handle, man aber diesen Namen nicht benutzen dürfe.

Im Jahre 1952 gab es in Deutschland keine Erhaltungszüchter für die Sorte "Konserva". Nachdem sich aber unsere "Favorit" glänzend einführte, meldeten sich plötzlich wieder 18 Erhaltungszüchter. Vor 3 Jahren waren es noch 12. Elf Erhaltungszüchtern wurde vom Sortenamt mitgeteilt, daß die eingesandte Probe keine "Konserva" sei und sich nicht von der "Favorit" unterscheide. Es war also bei diesen Erhaltungszüchtern nur Nachbau unserer "Favorit". Heute gibt es nur noch einen Erhaltungszüchter, welcher jedoch ~~nöcht nicht~~ den richtigen Typ "Konserva" gezüchtet hat. Alle in den letzten Jahren eingeführten und in den Handel gebrachten "Konserva" oder "verbesserte Konserva" oder "Konserva Stamm Hasa" o.ä. haben sich, man kann wohl sagen, bis 99 % als einwandfroier Nachbau unserer "Favorit" erwiesen. Es ist auch viel einfacher und billiger nachzubauen.

Eine echte "Konserva" ist allerdings für die Industrie unbrauchbar. Wir verfolgen alle Händler, Importeure und auch Landwirte, die "Konserva" handeln oder anbauen, in Wirklichkeit aber "Favorit" haben, damit wir unseren Sortenschutz aufrecht erhalten.

.....  
Wir würden es sehr begrüßen, wenn eine entsprechende Richtigstellung möglichst in der nächsten Nummer Ihrer Zeitschrift erfolgt."

Die Zeitschrift druckte diese Zuschrift - ohne deren Schlußabsatz - ab.

Die Klägerin beanstandet diese Veröffentlichung unter dem Gesichtspunkt der Anschwärzung (§ 14 UWG) und der vergleichenden Werbung (§ 1 UWG). Sie hat zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu 6 Monaten

zu unterlassen, die Behauptung aufzustellen oder zu verbreiten:

- a) daß die Beklagte mit einem ihrer früheren Vertreter prozessiere, da dieser nachgebaute "Favorit" in Schleswig-Holstein unter der Bezeichnung "verbesserte Konserva" oder "Stamm Hasa" in den Handel bringe und die Landwirte nicht darüber im Zweifel lasse, daß sich seine Lieferung nicht von der "Favorit" der Beklagten unterscheide und gleichzeitig oder in Verbindung damit, daß alle in den letzten Jahren eingeführten in den Handel gebrachten "Konserva" oder "Konserva Stamm Hasa" oder ähnliche sich, man kann wohl sagen, bis 99 % als einwandfreier Nachbau der "Favorit" erwiesen habe; es sei auch viel einfacher und billiger nachzubauen; eine echte "Konserva" sei allerdings für die Industrie unbrauchbar;
  - b) daß nachgebaute "Favorit" in Schleswig-Holstein unter der Bezeichnung "verbesserte Konserva" oder "Stamm Hasa" in den Handel gebracht werde, wobei die Landwirte nicht darüber im Zweifel gelassen würden, daß diese Buschbohne sich nicht von der "Favorit" der Beklagten unterscheide; es sei viel einfacher und billiger nachzubauen;
2. Auskunft darüber zu erteilen, seit welchem Zeitpunkt, bei welchen Gelegenheiten und wem gegenüber sie die mit dem Klagantrag zu 1 a) beanstandeten Behauptungen aufgestellt und verbreitet habe;

3. gegen die Beklagte festzustellen, daß sie verpflichtet ist, den der Klägerin aus der beanstandeten Handlungsweise entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen, soweit der Antrag auf Auskunftserteilung geltend gemacht ist.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und Zwischenfeststellungswiderklage erhoben mit dem zuletzt dahin formulierten Antrage, festzustellen,

daß die Beklagte berechtigt ist, die Behauptung aufzustellen und zu verbreiten, daß nachgebaute "Favorit" in Schleswig-Holstein unter der Bezeichnung "verbesserte Konserva" oder "Konserva Stamm Hasa" in den Handel gebracht werden, wobei die Landwirte nicht darüber in Zweifel gelassen werden, daß sich diese Buschbohnen nicht von der "Favorit" der Beklagten unterscheiden; es sei auch viel billiger und einfacher nachzubauen.

Das Landgericht hat der Klage auf Grund des § 14 UWG stattgegeben und die Widerklage als unzulässig abgewiesen. Die dagegen erhobene Berufung hat das Oberlandesgericht auf Grund des § 1 UWG mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Widerklage als unbegründet abgewiesen werde. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre im zweiten Rechtszug gestellten Anträge weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I. Den auch wettbewerbsrechtlich bedeutsamen Hintergrund des vorliegenden Rechtsstreits bildet der schon vorher begonnene und noch anhängige Streit der Parteien über die Frage, ob die Klägerin durch den Vertrieb von Buschbohnsensaatgut unter der Bezeichnung Konserva ein Sortenschutzrecht der Beklagten verletzt und verletzt hat. Das Berufungsgericht meint in seiner Hauptbegründung, auf das rechtliche Ergebnis dieses Streits komme es für die Beurteilung der angegriffenen Wettbewerbsäußerungen der Beklagten nicht an, denn diese Äußerungen seien auf jeden Fall nach § 1 UWG wettbewerbswidrig, weil sie "unsachlich" seien.

Im einzelnen führt das Berufungsgericht zur Stützung seiner Auffassung an, die Beklagte habe wettbewerbswidrig die Gelegenheit eines Angriffs der Klägerin benutzt, um ihrerseits die Klägerin anzugreifen. Der sozial abwertende Hinweis auf die Eigenschaft des Inhabers der Klägerin als früheren Vertreters, mit dem prozessiert werden müsse, stelle eine verbotene persönliche Werbung dar. Die Äußerungen der Beklagten über den Nachbau und das "Nicht-im-Zweifel-lassen" der Landwirte seien zur Abwehr des Angriffs der Klägerin auch dann nicht erforderlich gewesen, wenn man unterstelle, daß die Beklagte die vermeintliche Sortenschutzverletzung als Nachbau bezeichnen durfte. Dasselbe gelte von der lobenden Erwähnung des Marktanteils von 99 v.H., von dem sachlich zutreffenden, aber ironisierenden Hinweis auf den einfacheren und billigeren Nachbau und von der angeblichen Unbrauchbarkeit der echten Konserva für die Industrie. Diese "persönlichen Verunglimpfungen" der

Klägerin durch die Beklagte seien zu zahlreich, um noch in den Rahmen eines Abwehrvergleichs fallen zu können. Es könne deshalb dahingestellt bleiben, ob die angegriffenen Behauptungen der Beklagten zuträfen.

In einer Hilfsbegründung führt das Berufungsgericht sodann aus, die Werbung der Beklagten sei auch deshalb nach § 1 UWG unzulässig, weil sie sachlich unrichtig sei. Insoweit verweist das Berufungsgericht auf sein Urteil im Verletzungsstreit, das jedoch in dem hier in Betracht kommenden Umfang aufgehoben worden ist, weil es auf rechtlich verfehlten Auffassungen über den Inhalt des Sortenschutzes beruhte.

II. Der Revision ist zuzugeben, daß die Begründung des Berufungsurteils nicht haltbar ist. Die Klage kann nicht auf Grund des § 1 UWG Erfolg haben, ohne daß die Frage entschieden wird, ob die Klägerin das Sortenschutzrecht der Beklagten verletzt hat und verletzt, und ob daher die von der Beklagten in dem angegriffenen Artikel aufgestellten Behauptungen in ihrem Kern zutreffen oder nicht.

Es handelt sich um die rechtliche Beurteilung einer Werbung, die durch mindestens einen voraufgegangenen rechtswidrigen Angriff der Klägerin, nämlich deren Presseartikel, jedenfalls v e r a n l a ß t worden ist. Davon geht auch das Berufungsgericht aus. Zutreffend legt es dar, daß die Klägerin durch die Veröffentlichung vom 20. April 1961 ihrerseits gegen § 1 UWG verstoßen hatte.

Das Berufungsgericht erschöpft mit seinen Ausführungen aber nicht die rechtliche Bedeutung dieses Angriffs für die Beurteilung des nachfolgenden Verhaltens der Beklagten. Die rechtliche Beurteilung der im vorliegenden Rechtsstreit angegriffenen Äußerungen hängt entscheidend von der Richtung, Tragweite und Schärfe des vorausgegangenen Angriffs der Klägerin ab; denn nur danach läßt sich zutreffend beantworten, ob die dagegen gerichtete Verteidigung sich im Rahmen des E r f o r d e r l i c h e n gehalten hat. Es bedarf deshalb einer eingehenderen Prüfung des gesamten vorausgegangenen Verhaltens der Klägerin als das Berufungsgericht sie vorgenommen hat.

1. a) Die Klägerin erweckte dadurch, daß sie die erwähnte Veröffentlichung nach außen hin als eine solche des Herausgebers der Zeitschrift erscheinen ließ, den unrichtigen Eindruck, als handle es sich um die fachkundige Äußerung eines unbeteiligten Dritten, der vom Verkehr regelmäßig größere Beachtung geschenkt und größeres Gewicht beigemessen wird als entsprechenden eigenen anpreisenden Angaben des Werbenden über seine Ware. Das Verhalten der Klägerin stellte deshalb so wie es in der Veröffentlichung objektiv nach außen hin in Erscheinung trat, eine T a r n u n g dar, die aus ähnlichen Gründen, wie sie der Bundesgerichtshof bereits für die Werbung mit bezahlten Gutachten ausgeführt hat (BGH GRUR 1961, 189, 191 r - Rippenstreckmetall I), als ein Verstoß gegen die guten wettbewerblichen Sitten anzusehen ist.

b) Die Veröffentlichung enthielt auch U n r i c h -  
t i g k e i t e n .

aa) Obwohl im Zeitpunkt des Erscheinens des Artikels in der Bundesrepublik kein Erhaltungszüchter für die Sorte Konserva im Besonderen Sortenverzeichnis eingetragen war, behauptete die Klägerin, es gebe deren zwölf.

bb) Unrichtig war ferner die Behauptung, die Buschbohne Konserva sei am 22. September 1959 in das "Besondere Sortenverzeichnis" (§ 37 des Saatgutgesetzes vom 27. Juni 1953 - BGBl I, 450) eingetragen worden; dazu bedurfte es vielmehr noch der Entscheidung über die Eintragung eines Erhaltungszüchters.

cc) Daß auch die mitgeteilte Sortenbeschreibung unrichtig war, wie die Beklagte geltend macht und vom Berufungsgericht nicht geprüft worden ist, muß gleichfalls für das Revisionsverfahren zugunsten der Beklagten unterstellt werden.

c) Die entscheidende Unrichtigkeit der von der Klägerin zu vertretenden Äußerung lag aber, wenn der von der Beklagten im Verletzungsstreit eingenommene Rechtsstandpunkt - wie gleichfalls zu unterstellen ist - zutrifft, in der Behauptung, ein weiterer ausländischer Züchter habe die Bohne Konserva wieder zu einer für die Konservenindustrie wie für den Frischmarkt beliebten "Sorte" gemacht; in Verbindung mit dem unrichtigen Hinweis auf die Eintragung in das Besondere Sortenverzeichnis und auf den Rechtsstreit zwischen der Beklagten und zwei ausländischen Züchtern mußte diese Behauptung den Eindruck erwecken, es sei nunmehr einem ausländischen Züchter gelungen, ein von der für die Beklagte

geschützten Sorte Favorit im Rechtssinne hinreichend unterschiedenes und deshalb ohne Eingriff in die Rechte der Beklagten verwendbares Saatgut zu züchten, das unter der Bezeichnung Konserva auf den Markt komme. Diese Behauptung war unrichtig, wenn sich - was nach Aufhebung des Urteils des Berufungsgerichts im Verletzungsstreit wieder offen ist - im Verletzungsstreit ergibt, daß diese Sorte, die die Klägerin unter der Bezeichnung Konserva vertreibt, im Erscheinungsbild nicht hinreichend von der für die Beklagte geschützten Sorte Favorit unterschieden werden kann. Die einschneidende wettbewerbliche Bedcutung der fraglichen Behauptung der Klägerin ist vom Berufungsgericht deshalb nicht voll erkannt worden, weil es die Rechtslage hinsichtlich des Sortenschutzes nicht zutreffend gewürdigt hat. Wie der Bundesgerichtshof in dem Urteil vom 16. Februar 1967 näher ausgeführt hat, ist das der Beklagten erteilte Sortenschutzrecht so, wie es erteilt ist, hinzunehmen. Das geltende Sortenschutzrecht kennt auch keine rückwirkende Vernichtung des rechtskräftig erteilten Sortenschutzes. Unterscheidet sich die von der Klägerin unter dem Namen Konserva vertriebene Sorte nicht hinreichend von der geschützten Sorte Favorit, so stellt der Vertrieb des fraglichen Saatguts durch die Klägerin eine Verletzung des Sortenrechts der Beklagten dar. Das gilt auch dann, wenn das von der Klägerin vertriebene Saatgut mit den Merkmalen der nicht geschützten, im Besonderen Sortenverzeichnis eingetragenen Sorte Konserva übereinstimmen sollte, was von der Beklagten in Abrede gestellt wird. Jedonfalls hat ein "Strom von Sachverständigengutachten", wie sich das Berufungsgericht in seinem Urteil im Ver-

letzungsstreit ausgedrückt hat, die Übereinstimmung der von der Klägerin als Konserva vertriebenen Sorte mit der der Beklagten geschützten Sorte bejaht. Daß dies erst nach dem Erscheinen des von der Klägerin zu vortretenden Prosscartikols geschehen ist, macht für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Verhaltens der Beklagten keinen Unterschied, da es für das Recht zur Abwehr nur auf die objektive Rechtswidrigkeit der von der Klägerin aufgestellten Behauptung und des von ihr vorgenommenen Vertriebes von Saatgut ankommt.

d) Eine gerechte Beurteilung der von der Beklagten getroffenen Abwehrmaßnahme muß ferner berücksichtigen, daß der Inhaber der Klägerin in einem erst etwa zwei Jahre zurückliegenden Vergleich anerkannt hatte, daß die Beklagte berechtigt gewesen sei, ihm fristlos zu kündigen, weil er Buschbohnsensaatgut mit der Bezeichnung Konserva u.a. von den Firmen Sl. und van der Pl. bezogen und weiterveräußert habe, obgleich ihm bekannt gewesen sei, daß dieses Saatgut den für die Sorte Favorit bestehenden Sortenschutz der Beklagten verletze. Dieser Umstand steht - wie sich auch aus der von der Klägerin selber gewählten Anknüpfung an den Rechtsstreit der Beklagten mit den beiden holländischen Züchtern ergibt - in engem Zusammenhang mit der Frage, ob die Klägerin im Zeitpunkt des Erscheinens der angegriffenen Presseäußerung in Wirklichkeit weiterhin Saatgut mit dem Erscheinungsbild der Sorte Favorit unter der Bezeichnung Konserva vertrieb und damit in deren Sortenschutzrecht eingriff. Denn für jeden fachkundigen Leser, der sich ein eigenes Urteil bilden will, ist es von Bedeutung, auch diese Umstände zu erfahren, um prüfen

zu können, ob nicht etwa auch das von der Klägerin bei einem weiteren holländischen Züchter erworbene Saatgut wiederum das Sortenschutzrecht der Beklagten verletzt.

e) Die wettbewerbliche Bedeutung des vorausgegangenen Angriffs der Klägerin ergibt sich schließlich aus der Behauptung, die Sorte Konserva sei wieder zu einer für die Konservenindustrie beliebten gemacht worden. Für die Revisionsinstanz muß nach dem Parteivorbringen unterstellt werden, daß die alte, von der Beklagten als "echte" bezeichnete Sorte Konserva - wie etwa die schriftlichen Erklärungen des Sohnes des Züchters dieser Sorte ergeben - sich nicht als Konservenbohne bewährt hat und deshalb aufgegeben worden und aus dem Wirtschaftsverkehr verschwunden war und daß die als Erhaltungszüchter für diese Sorte eingetragene Züchtergemeinschaft bislang nur eine Menge von einigen Sack Saatgut dieser Sorte erzeugt habe (Beweisangebot GA 205).

Nach alledem muß bei dem gegenwärtigen Stand des Rechtsstreits davon ausgegangen werden, daß die Klägerin in erheblichem Umfange unter Verletzung des Sortenschutzrechts der Beklagten Saatgut unter der Bezeichnung Konserva in den Handel brachte und bringt und dadurch nicht nur die beteiligten Verkehrskreise irreführt, sondern auch in die Rechte der Beklagten eingreift.

2. Bei dieser Würdigung des vorausgegangenen Angriffs der Klägerin können aber die in der Presseerklärung vom 18. Mai 1961 enthaltenen Ausführungen der Beklagten unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt beanstandet werden.

Anschwärzung (§ 14 UWG) scheidet nach den bisher getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts aus, weil die von der Beklagten für die Richtigkeit der angegriffenen Behauptungen angebotenen Beweise nicht erhoben und insbesondere die in dem Parallelrechtsstreit schwebende Frage, ob die Klägerin in das Sortenschutzrecht der Beklagten eingreift, offen ist. Aber auch ein Verstoß gegen § 1 UWG kann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht damit begründet werden, die angegriffenen Äußerungen der Beklagten seien "unsachlich" gewesen.

a) Einzelne Behauptungen der Beklagten kennzeichnet das Berufungsgericht als erwiesenermaßen unrichtig bzw. unsubstantiiert. Das Letztere nimmt es hinsichtlich der Äußerung an, die Klägerin lasse die Landwirte nicht darüber in Zweifel, daß sich ihr als Konserva bezeichnetes Saatgut nicht von Favorit unterscheide. Das Oberlandesgericht durfte, wie die Revision unter Hinweis auf § 286 ZPO mit Recht rügt, diese Behauptung der Beklagten nicht als unsubstantiiert behandeln, nachdem die Beklagte u.a. durch Zeugenvernehmung unter Beweis gestellt hatte, die Klägerin bedeute den Landwirten, sie könnten die aus Konserva-Saatgut gezogenen Bohnenfrüchte bedenkenlos als Favorit-Grünware auf den Markt bringen, Unterschiede würde niemand feststellen können (vgl. Klagebeantwortung S. 9, 10 und Berufungsbegründung S. 4).

Auch die Begründung des Berufungsurteils, die Ausführungen der Beklagten über die Unbrauchbarkeit der Konserva ständen im Gegensatz zur Tatsache der Eintragung des Erhaltungszüchters und zu "sämtlichen vorliegenden Veröffentlichungen", ist von Rechtsirrtum

beeinflusst. Für den Leser der Erklärung der Beklagten ist ohne weiteres erkennbar, daß die Beklagte hier, wie sie an der betreffenden Stelle ausdrücklich sagt und überdies aus den vorausgeschickten Ausführungen über die von Schreiber gezüchtete a l t e Konserva hervorgeht; diese "echte" Konserva und nicht die jetzt von der Klägerin unter der Bezeichnung Konserva vertriebene Sorte meint, die ja nach dem Sinn der gesamten Ausführungen der Beklagten mit deren Sorte Favorit übereinstimmt und deshalb wie diese für die Konservenindustrie geeignet ist. Auf die Eintragung einer Sorte Konserva in das Besondere Sortenverzeichnis kommt es deshalb auch insoweit für die vorliegende Entscheidung nicht an.

Die gegenteilige Beurteilung der fraglichen Äußerungen der Beklagten durch das Berufungsgericht beruht auf der auch in den übrigen Punkten zutage tretenden Außerachtlassung des anerkannten Rechtsgrundsatzes, daß einzelne Ausführungen einer in sich geschlossenen Darstellung nicht aus ihrem Zusammenhang gerissen werden dürfen und daß es bei der rechtlichen Würdigung des gesamten Vorbringens entscheidend darauf ankommt, welchen Angriff es abzuwehren galt. Wie der Bundesgerichtshof wiederholt ausgeführt hat, ist der Wettbewerber bei einem hinreichenden Anlaß berechtigt, sich kritisch mit der Ware eines Mitbewerbers zu befassen; seine Kritik muß sich allerdings nach Art und Maß im Rahmen des Erforderlichen halten (BGH GRUR 1962, 45, 48 - Betonzusatzmittel). Art und Maß des Erforderlichen werden aber u.a. wesentlich auch durch die Stärke des Angriffs, von der Seite des Verletzten her gesehen durch die Schwere der

ihm durch den Angriff drohenden Rechtsverletzung bestimmt. Wie die Beweisaufnahme im Verletzungsstreit deutlich zeigt, begegnet die Verletzung von Sortenschutzrechten erheblichen Beweisschwierigkeiten; in der Regel muß zunächst ein Kontrollanbau durchgeführt werden. Deshalb kommt der Verletzte auf gerichtlichem Wege zumeist erst nach längerer Dauer zu seinem Recht. Bis dahin kann der durch rechtsverletzende Verbreitung von Saatgut dem Verletzten zugefügte Schaden von Jahr zu Jahr immer größeren Umfang annehmen. Dieser Schadensentwicklung entgegenzutreten ist, solange die Drohung der Rechtsverletzung als gegenwärtig anzusehen ist, unter dem Gesichtspunkt der Notwehr (§ 227 BGB) im Rahmen des Erforderlichen erlaubt und auch nach dem etwaigen vorläufigen Abschluß des Vertriebes keine unlautere Wettbewerbshandlung des Verletzten. Sieht sich der Verletzte einem wiederholten Angriff einer Person ausgesetzt, die sich nach zugestandener einschlägiger Rechtsverletzung zur Unterlassung verpflichtet hatte, so darf die Abwehr entsprechend deutlich gestaltet sein, weil der Verletzte davon ausgehen darf, daß er einem besonders hartnäckigen Angreifer gegenübersteht. Die Klägerin, die den Streit durch ihre Bezugnahme auf den Rechtsstreit zwischen der Beklagten und den beiden holländischen Züchtern vor den durch ihre Veröffentlichung angesprochenen Abnehmerkreisen selber unter erkennbarer Bezugnahme auf die Beklagte eröffnet hat, kann sich deshalb nicht mit Erfolg dagegen wenden, daß die Beklagte ihrerseits Dritte vor einer Verletzung ihres Sortenrechts durch Vertrieb des von der Klägerin bezogenen Saatguts warnte und näher auf die Frage des Zusammenhanges zwischen der früheren "echten" Sorte Konserva und dem nunmehr von der Klägerin unter dieser

Bezeichnung vertriebenen Saatgut einging. Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts, die es auch für den Fall vertritt, daß die Klägerin das Sortenschutzrecht der Beklagten verletzt, engt das Recht zur Abwehr von Eingriffen in Ausschließlichkeitsrechte, die aus tatsächlichen Gründen nur schwer nachzuweisen sind, in einer für das Wettbewerbsleben nicht tragbaren Weise ein. Mit der grundsätzlichen Auffassung, wie sie der Bundesgerichtshof zur Frage der Erlaubtheit der bezugnehmenden Werbung seit der oben erwähnten Entscheidung vertreten hat, ist das Berufungsurteil daher nicht vereinbar.

Auch für die nicht näher begründete Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe die günstige Gelegenheit benutzt, um die Klägerin anzugreifen, besteht hiernach kein Anhaltspunkt.

b) In der rechtlichen Wertung der übrigen vier einzelnen angegriffenen Äußerungen der Beklagten kann dem Berufungsgericht gleichfalls nicht gefolgt werden.

aa) Unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles war es nicht unstatthaft, auf den Umstand hinzuweisen, daß der voraufgegangene Presseartikel auf einen früheren Vertreter der Beklagten zurückgehe. Inwiefern dieser Hinweis s o z i a l abwertend sein soll, ist nicht ersichtlich. Es kann sich nur fragen, ob er im Rahmen der Abwehr erforderlich war. Das ist zu bejahen, weil - wie bereits ausgeführt - der kritische Leser, namentlich derjenige, der sich darüber klar werden mußte, ob er durch den Vertrieb des von der Klägerin bezogenen Saatguts in Rechte der Beklagten eingreife,

schr wohl ein berechtigtes Interesse daran hatte, auch diese Zusammenhänge zu erfahren. Die Beklagte ist hierbei insofern noch zurückhaltend vorgegangen, als sie davon abgesehen hat, den Inhalt des von ihr mit dem Inhaber der Klägerin geschlossenen Vergleichs mitzuteilen.

bb) Hinsichtlich der Äußerung, die Konserva sei durch "Nachbau" gewonnen, nimmt auch das Berufungsgericht an, daß das Wort Nachbau nicht wörtlich interpretiert werden dürfe, und daß die Beklagte berechtigt sei, eine Sortenrechtsverletzung, wenn sie vorläge, im Rahmen der Abwehr als Nachbau zu bezeichnen. Dem ist beizutreten. Die Verurteilung in diesem Punkte kann aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht damit begründet werden, die Behauptung des Nachbaus sei zu beanstanden, weil "gleichzeitig" die bereits hervorgehobenen angeblichen Werbeäußerungen der Klägerin gegenüber Landwirten erwähnt worden seien, was über den "unumgänglich notwendigen Abwehrzweck" hinausgegangen sei.

cc) Inwiefern in der Äußerung der Beklagten, alle in den letzten Jahren eingeführten "Konserva" hätten sich, wie man wohl sagen könne, bis zu 99 v.H. als einwandfreier Nachbau der Favorit erwiesen, eine "lobende Erwähnung des Marktanteils von 99 %" zu erblicken sein soll, die durch den Abwehrzweck nicht gedeckt sei, ist ebenfalls nicht ersichtlich. Von einem Marktanteil einer der Parteien ist in dem angegriffenen Artikel auch dem Sinne nach nicht die Rede.

Auch diese Behauptung der Beklagten kann im übrigen nur dann rechtlich beanstandet werden, wenn sie unrichtig ist, wobei es nicht auf eine genaue rechnerische

50

Ermittlung des Anteils der überprüften Einfuhren des betreffenden Saatguts, sondern dem Sinn der angegriffenen Äußerung entsprechend darauf ankommt, ob aus der größeren Zahl der inzwischen - auch in späteren Gutachten - erfolgten Prüfungen nach der Erfahrung eines Fachmanns der Schluß zu ziehen ist, daß überall dort, wo das Erscheinungsbild der Sorte Favorit tatsächlich oder nach der Werbebehauptung des Vertreibenden erzielt wird, ein Saatgut verwendet worden ist, das in das Sortenschutzrecht der Beklagten eingreift. Diese Frage ist nach Zurückverweisung der Sache im Verletzungsstreit noch offen.

dd) Den sachlich zutreffenden Hinweis der Beklagten darauf, daß der Nachbau einfacher und billiger sei, hält das Berufungsgericht für ironisierend und deshalb ebenfalls nicht durch den Abwehrzweck gerechtfertigt. Auch insoweit kann dem Berufungsgericht nicht beigetreten werden. Die Abnehmerkreise stehen, wenn als Konservanangebotenes Saatgut mit im wesentlichen gleichen Eigenschaften wie Favorit billiger zu haben ist als dieses Saatgut, vor der Frage, wie dieser Preisunterschied zu erklären ist. Die Beklagte hat daher, wenn sie sich einem ihre Rechte verletzenden Vertrieb von Saatgut gegenüber sieht und wenn der in ihre Rechte eingreifende Verletzer sich in einer getarnten Presseveröffentlichung dazu noch der besonderen Eigenschaften seines Saatguts berührt, hinreichenden Anlaß, auf die nicht in allen Kreisen genügend bekannte Tatsache hinzuweisen, daß die Züchtung und Erhaltung einer selbständigen und beständigen Sorte in aller Regel ganz erhebliche Aufwendungen erfordert, für die der Züchter durch das ausschließliche Sortenschutzrecht entschädigt werden soll und die

sich im Preise des Saatguts niederschlagen müssen. Hier-  
von abgesehen ist auch nicht jede ironisierende Aus-  
drucksweise wettbewerbsfremd.

III. Das Berufungsurteil muß hiernach in vollem  
Umfange aufgehoben werden. Zur Entscheidung ist die  
Sache auch teilweise noch nicht reif.

1. Die Gefahr der Wiederholung kann nach dem gegen-  
wärtigen Stand des Verfahrens nicht verneint werden. Zwar  
sind die angegriffenen Behauptungen der Beklagten nur  
durch die voraufgegangene Presseveröffentlichung der  
Klägerin veranlaßt worden. Insofern müßte die Klägerin  
sich entgegenhalten lassen, daß mit einer Wiederholung  
der angegriffenen Äußerung nicht zu rechnen ist, wenn  
sie sich ihrerseits eines entsprechenden Angriffs ent-  
hält, wozu sie nach dem Dargelegten rechtlich ver-  
pflichtet ist. Die Beklagte nimmt jedoch, wie aus ihrem  
Zwischenfeststellungsantrag hervorgeht, auch unabhängig  
von einer vorausgehenden Werbeäußerung der Klägerin das  
Recht für sich in Anspruch, die in dem Antrag aufgeführ-  
ten Äußerungen zu wiederholen, die den wesentlichen Kern  
auch der mit dem Unterlassungsantrag der Klage erfaßten  
Äußerungen bilden.

2. Hinsichtlich des Auskunftsanspruchs wird das  
Berufungsgericht besonders zu prüfen haben, ob die Aus-  
kunft bereits im Schriftsatz der Beklagten vom 12. No-  
vember 1962, S. 7 unter III 1, erteilt worden ist.

3. Die Zulässigkeit des Zwischenfeststellungsantrages  
der Beklagten hat das Berufungsgericht zutreffend bejaht.  
Sie ergibt sich daraus, daß die Frage der Richtigkeit

der in diesem Antrag bezeichneten Behauptungen auch eine der Vorfragen für die Klageansprüche bildet, andererseits aber das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis nicht in beiden Fällen genau das gleiche ist, so daß das mit dem Feststellungsantrag geltend gemachte Begehren nicht durch eine Abweisung der Klage notwendig miterledigt wird. Denn das Urteil über die Unterlassungsklage entscheidet nicht in einer ohne weiteres erkennbaren Weise auch über das von der Beklagten in Anspruch genommene Recht, die aufgeführten Werbebehauptungen auch ohne den von der Klägerin mit ihrer eigenen Presseveröffentlichung gesetzten Anlaß aufzustellen. Der von der Klägerin für die Unzulässigkeit des Zwischenfeststellungsantrages angeführten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH GRUR 1959, 152 - Berliner Eisbein) lag ein anderer Sachverhalt zugrunde; auch handelte es sich dort um eine negative Feststellungsklage, vorliegend dagegen um eine positive Feststellungsklage.

4. Bei der rechtlichen Würdigung des Zwischenfeststellungsantrages wird das Berufungsgericht die Behauptung der Beklagten prüfen müssen, durch den umfangreichen Vertrieb von Saatgut, das mit Saatgut der Sorte Favorit übereinstimmt, unter der Bezeichnung Konserva sei der Verkehr irregeführt worden. Trifft das zu und erweist sich auch die Behauptung der Beklagten als richtig, die Klägerin habe die Landwirte nicht in Zweifel darüber gelassen, daß sich die mit ihrem Saatgut erzeugten Buschbohnen nicht von Favorit unterscheiden, so kann ein berechtigtes Interesse der Beklagten, den Verkehr durch die im Feststellungsantrag wiedergegebenen Äußerungen aufzuklären, nicht bestritten werden.

IV. Die Sache war nach alledem zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens vorzubehalten war.

Krüger-Nieland

Pehle

Mösl

Simon

Bökelmann