

58. 1. Siegt unzulässige vergleichende Reklame vor, wenn derjenige, welcher nach Ablauf der Schutzfrist des Patents eines Wettbewerbers die gemeinfrei gewordene Ware herstellt, sie unter einer anderen Warenbezeichnung in den Verkehr bringt, in Werbeschriften aber seine Ware als „identisch“ mit der des Wettbewerbers bezeichnet, dabei auf den Warennamen des Wettbewerbers und die langjährige Erprobung der unter diesem Namen bekannten Ware hinweist, gleichzeitig eine Gegenüberstellung der höhern Preise des Wettbewerbers mit seinen eigenen vornimmt und die Empfänger auffordert, künftig sein Erzeugnis statt desjenigen des bisherigen Patentinhabers zu verwenden?

2. Ist eine solche Art der Reklame dann zulässig, wenn es sich um ein Heilmittel handelt?

UnWG. § 1.

II. Zivilsenat. Ur. v. 13. Februar 1934 i. S. R. UG. (Kl.) w. die Firma Chem. Fabr. R. (Wettl.). II 243/33.

I. Landgericht Würzburg.

II. Oberlandesgericht Bamberg.

Die Klägerin stellt auf Grund eines ihr patentiert gewesenen Verfahrens seit etwa 20 Jahren das Nervenberuhigungs- und Schlafmittel „Bromural“ her. Für sie ist das Wortzeichen „Bromural“ in die Zeichenrolle des Patentamtes eingetragen. Bromural ist auch als Heilmittel in das amtliche Deutsche Arzneibuch — DWB. —, 6. Aufl. S. 115, unter Angabe der Zusammensetzung wie folgt aufgenommen:

Bromural — Bromural E. W. [in deutscher Schrift, das bedeutet das eingetragene Warenzeichen], α -Bromisobalerialanhydrat [d. i. die wissenschaftliche Bezeichnung des Heilmittels nach seiner chemischen Zusammensetzung].

Nachdem der Patentschutz der Klägerin erloschen war — während der Zeichenschutz fortbesteht —, stellte die Beklagte ein Präparat her und brachte es — mit völlig abweichender Verpackung — unter dem Namen „Bromuresan“ in den Handel, das unstreitig mit dem Heilmittel der Klägerin völlig gleich ist. Sie ließ ferner für sich das Wortzeichen „Bromuresan“ zeichenrechtlich schützen. Durch Rundschreiben, das sie an Ärzte, Apotheker und Krankenkassen versandte, teilte sie mit, daß ihr Präparat Bromuresan „identisch“ sei „mit

einem anderen schon seit 20 Jahren in der Praxis eingeführten Heilmittel, dessen Name heute noch patentamtlich geschützt ist und das bisher bezüglich seiner Herstellung patentiert war“. Das Herstellungspatent sei erloschen, und es stehe nunmehr der chemischen Industrie frei, dieses Präparat ebenfalls herzustellen. Ihr Bromuresan komme diesem Präparat, das im Deutschen Arzneibuch 6. Aufl. S. 115 unter dem wissenschaftlichen Namen *a*-Bromisobalerialianylharnstoff bereits aufgeführt sei, vollständig gleich, wie durch beigefügte Atteste von 4 öffentlichen Untersuchungsanstalten, darunter der Universität W., bewiesen werde. Der besondere Vorzug des Bromuresans bestehe in den wesentlich billigeren Preisen gegenüber anderen ähnlichen Mitteln, wie aus einer mitüberlandten Gegenüberstellung der Preise ihres Präparates mit denen des bisher verordneten DWB.-Präparats zu ersehen sei. Der Preisunterschied zwischen ihrem und dem DWB.-Präparat verhalte sich wie 100 zu 183, entspreche also einer Preisminderung von über 45%. In dem Schreiben wird hingewiesen auf die Bedeutung des billigen Preises für die Massenpraxis und die Anweisung der Kassen an die Ärzte, unter gleichwertigen Arzneimitteln stets das billigere zu verordnen; endlich wird in dem Schreiben an die Ärzte unter Bezugnahme darauf, daß ein Verordnungszwang für die Ärzte in Bayern nicht bestehe, gebeten, künftig nunmehr Bromuresan in allen Fällen zu verordnen, in denen früher das völlig „identische“ Patentpräparat verordnet worden sei. In der Preistafel werden dann die Preise für das Patentpräparat und für das Produkt der Beklagten nebeneinandergestellt und die Differenz angegeben, z. B.

bish. Patentpräparat Bromuresan Verbilligung
 Röhrchen mit 10 Tabl. Mk. 1,10 Mk. —,60 Mk. —,50.
 In den beigelegten Gutachten wird bekundet, daß die gewünschte Untersuchung des Präparates der Beklagten nach den Angaben des Deutschen Arzneibuches ausgeführt sei; das zur Untersuchung gegebene Präparat entspreche danach den Forderungen des Arzneibuches, die dieses „an das offizielle Bromural stellt“; in einem Gutachten wird hinzugefügt, daß die eingesandte Probe als völlig „identisch“ mit Bromural angesehen werden könne. Weiter versandte die Beklagte eine Zusammenstellung von Abdrucken ärztlicher und zahnärztlicher Gutachten, in denen die Wirksamkeit ihres Präparats beschrieben ist; zum Teil wird darin behauptet, es sei den anderen auf den pharma-

zeitlichen Markt gebrachten Präparaten überlegen; in einem wird erklärt, daß das Bromuresan besser und sicherer wirke als Bromural, das sich für den Gutachter als zu schwach erwiesen habe. Auch diese Zusammenstellung hatte am Schlusse die erwähnte Preisvergleichung. Diese schließt mit dem Satz: „Bromuresan ist demnach wesentlich billiger als das bisherige Patentpräparat und zwar entsprechend einem Preisabbau von 60%.“ Die erstgenannten Gutachten mit Begleitschreiben wurden in Briefumschlägen mit dem Stempelaufdruck „45% Preisabbau“ versandt.

Mit der Klage beantragte die Klägerin, die Beklagte zu verurteilen, ihr Zeichen Bromuresan löschen zu lassen und unter Strafvermeidung bei der Reklame für ihr bisher unter dem Namen „Bromuresan“ vertriebenes Präparat jede unmittelbare oder mittelbare Bezugnahme auf das warenzeichenrechtlich geschützte Präparat der Klägerin Bromural zu unterlassen; insbesondere es zu unterlassen, in Zeitungsanzeigen, Rundschreiben und Prospekten eine Preisgegenüberstellung zwischen den beiden genannten Präparaten vorzunehmen und zu dem Bezug ihrer Erzeugnisse an Stelle des Bromurals aufzufordern.

Das Landgericht wies die Klage ab. Die Berufung der Klägerin, die sich nur gegen die Abweisung des Unterlassungsanspruchs richtet, wurde zurückgewiesen. Auf die Revision der Klägerin wurde dem Unterlassungsanspruch stattgegeben.

Gründe:

Das Berufungsgericht nimmt an, daß die Kreise, an welche die Beklagte ihre Werbeschreiben versandt hat, nämlich Ärzte, Apotheker und Ortskrankenkassen, obwohl in dem Begleitschreiben, dem die Abschriften der chemischen und medizinischen Gutachten beigelegt waren, das Wort „Bromural“ nicht enthalten war, genau wußten, daß es sich bei dem Nervenheilmittel, dessen Identität mit dem ihrigen die Beklagte behauptete, nur um Bromural handeln könne. Der Beklagten sei auch genau bekannt gewesen, daß diese Kreise in dem Schreiben den Hinweis auf Bromural gesehen haben. Es nimmt auch Bezug darauf, daß in einem Teil der beigelegten Gutachten das Wort Bromural sich wiederholt findet. Das Berufungsgericht geht weiter davon aus, daß in der Regel die vergleichende Reklame, die Bezugnahme auf eine fremde Ware, mit dem Zweck,

die eigene nach irgendeiner Richtung herauszustellen, unzulässig und als Verstoß gegen die guten Sitten des Wettbewerbs zu erachten sei. Insofern steht das Berufungsurteil in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Mit Recht nimmt das Oberlandesgericht auch an, daß durch die Werbeschreiben der Beklagten nicht die Beschaffenheit der Ware der Klägerin herabgesetzt wird. Denn die Beklagte behauptet gerade die Identität ihrer Ware, die sie selbstverständlich als gut hinstellen will, mit derjenigen der Klägerin. Die Vergleichung der beiderseitigen Erzeugnisse bezieht sich also einzig und allein auf die Preisgestaltung. Handelt es sich nur um diese, so hält das Berufungsgericht zwar nicht in der Regel, aber doch ausnahmsweise die Bezugnahme auf das fremde Erzeugnis und die Anführung der Warenbezeichnung des Mitbewerbers für zulässig. Es ist ihm darin beizutreten, daß die Fälle der bisher von der Rechtsprechung zugelassenen Ausnahmen — Notwendigkeit der Bezugnahme auf das Erzeugnis des Mitbewerbers, um einen technischen Fortschritt darzutun oder um einen unlauteren Wettbewerb des Gegners abzuwehren — nicht alle Ausnahmefälle umfassen. Es ist vielmehr nach Lage der Sache zu prüfen, ob nicht noch in andern Fällen die Bezugnahme auf den Wettbewerber oder dessen Waren und Warenbezeichnungen keinen Verstoß gegen die guten Sitten des Wettbewerbs darstellt. Die Anschauungen darüber, was gegen die guten Sitten verstößt, können sich auch ändern, was das Reichsgericht z. B. in der Frage anerkannt hat, ob die Hervorhebung der Ausländereigenschaft eines Mitbewerbers im Hinblick auf die wirtschaftliche Entwicklung in Deutschland und das Verhalten der ausländischen Wirtschaft in der Gegenwart noch gegen die guten Sitten verstößt (vergl. RG.Urt. vom 10. März 1933 II 357/32 in *MuW.* 1933 S. 343, auch *RGZ.* Bd. 134 S. 355). Das Berufungsgericht hält im vorliegenden Fall eine Ausnahme deshalb für gegeben, weil es sich bei beiden Präparaten um ein Heilmittel und zwar um ein viel verlangtes Nervenheilmittel handle, weil beide Heilmittel nach Beschaffenheit und Heilwirkung gleichwertig seien, das eine, das der Beklagten, aber wesentlich billiger sei als das andere, und weil die Allgemeinheit ein wohl begründetes Interesse daran habe, daß ihr dieser Umstand bekannt werde. Es erscheint dem Berufungsgericht auch als beachtlich, wenngleich für die Frage der Zulässigkeit der vergleichenden Klame nicht

als entscheidend, daß sich die Beklagte nicht an die Verbraucher unmittelbar, sondern durchweg an sach- und fachkundige Abnehmer gewendet habe; das sei deshalb von Bedeutung, weil diese Abnehmer in der Lage seien, die Behauptung von der Gleichartigkeit der beiden Erzeugnisse festzustellen, und weil die Beklagte gewußt habe, daß die Abnehmer diese Möglichkeiten ohne Schwierigkeit hätten; es sei zwar richtig, daß nach der ersten Verordnung eines Arzneimittels die Patienten sich das Mittel wieder ohne Zuziehung eines Arztes verschafften, und daß sie es auch gelegentlich anderen Personen empföhlen; immerhin seien das Ausnahmefälle und sie stellten nur eine entfernt liegende Wirkung der ursprünglichen Reklame dar, die sich im wesentlichen an urteilsfähige Fachleute gerichtet habe.

Mit Recht bezeichnet die Revision die aus diesen Erwägungen gezogene Schlussfolgerung, daß die Bezugnahme auf das Erzeugnis und die Warenbezeichnung der Klägerin zulässig sei, als rechtsirrtümlich. Der Hinweis des Berufungsgerichts auf die Fachkunde der Empfänger des Mundschreibens, die bei den Leitern der Krankenhäuser übrigens nicht zweifellos erscheint, ist schon deshalb unerheblich, weil die Unzulässigkeit der gelübten Werbung nicht auf eine Täuschung der Käufer gestützt wird. Daß die Erzeugnisse der beiden Parteien in ihrer chemischen Zusammensetzung und in ihrer Heilwirkung gleich sind, ist unbestritten. Es kommt auch gar nicht darauf an, ob die zu gewinnenden Kunden die Übereinstimmung prüfen konnten. Die Unzulässigkeit der Werbungsart wird nur darin gefunden, daß die Beklagte das Erzeugnis des zu bekämpfenden Mitbewerbers und dessen Warenbezeichnung benennt, um durch diese Benennung ihm seine Kunden abspenstig zu machen und diese für sich zu gewinnen. Dieses Vorgehen widerspricht den Anschauungen des lauterer Wettbewerbs. Es ist auch geeignet, den Mitbewerber zu schädigen. Der Hinweis auf diesen hat den Zweck, den guten Ruf des Mitbewerbers für die Werbung des neuen Herstellers der Ware auszunützen. Sie berührt also den Namen und den Ruf der Ware des Wettbewerbers als Vorspann für eigene Zwecke. Diese Wirkung kann auch bei sachkundigen Käufern eintreten. Denn auch für diese kann der Hinweis auf eine angesehenere Firma und ihr bekanntes Erzeugnis bestimmend sein, sich dem neuen Hersteller zuzuwenden, wenn in ihnen die Vorstellung erweckt wird, daß sie das gleiche Erzeugnis, aber zu billigerem Preis erhalten. Ebenso ist der Hinweis

darauf, daß es sich um ein bisher patentiertes Verfahren handelt, geeignet, die Werbung zu unterstützen und geht, wenn der Mitbewerber unzweideutig bezeichnet wird, auf Kosten des bisherigen Patentinhabers. Hinzu kommt, daß die Beklagte im Zusammenhang mit diesen Hinweisen hervorhob, daß es sich um ein „schon 20 Jahre in der Praxis eingeführtes“ Heilmittel handle. Damit besagte die Beklagte, daß ein erprobtes von Ärzten und Verbrauchern anerkanntes Heilmittel in Frage komme. Sie machte sich so die jahrelange Arbeit und die Aufwendungen zunutze, welche die Klägerin für die Einführung des Heilmittels gehabt hatte. Dieses Verhalten der Beklagten wird weder dadurch zulässig, daß das Patent der Klägerin erloschen, die Herstellung des Mittels also frei geworden ist, noch dadurch, daß die Klägerin, wie die Beklagte behauptet, in der Vergangenheit durch ihre Monopolstellung an dem Mittel gut verdient hat. Auch nach Ablauf des Patentschutzes wirkte der geschäftliche Ruf der Klägerin als der Erfinderin und ersten Herstellerin des Mittels fort. Sie konnte auch fernerhin beanspruchen, daß sich nicht ein anderer auf ihre Kosten ungerechtfertigt bereicherte, indem er die Früchte dieses guten Rufes für sich zu ernten suchte. Dies gilt auch, soweit ihr trotz des Freiwerdens des Herstellungsverfahrens etwa die Möglichkeit verblieb, höhere Preise zu erzielen als die neuen Wettbewerber. Die Tatsache, daß es sich bei den Erzeugnissen beider Parteien um ein viel gebrauchtes Heilmittel handelt und bei der heutigen Verarmung weiter Kreise die Bereitstellung billiger Heilmittel im öffentlichen Interesse liegt, rechtfertigt nicht die Art der Werbung. Außer den von den Parteien vertriebenen Schlafmitteln gibt es noch sehr viele andere, die auch von den minder bemittelten Bevölkerungskreisen zu erträglichen Preisen erworben werden können. Das hier in Frage kommende Heilmittel steht der Allgemeinheit durch den Ablauf der Patentfrist zur Verfügung. Den Mitbewerbern steht es auch frei, die Kenntnis von dem Vorhandensein des billigen Heilmittels mit allen Mitteln des erlaubten Wettbewerbs auf ihre Kosten zu verbreiten. Sie können dabei die chemische Zusammensetzung des Mittels und seine Heilwirkung bekanntgeben. Sie können auch allgemein darauf hinweisen, daß sie ein früher patentiertes Verfahren anwenden und deshalb billiger liefern können als bisher geliefert wurde. Es ist hierfür aber nicht erforderlich, auf den Mitbewerber und dessen Ruf und dessen Warenbezeichnung hinzuweisen;

das hat nur den Zweck, dessen Kunden herüberzuziehen. Deshalb verstößt es gegen die guten Sitten des Wettbewerbs, daß die Beklagte die Warenbezeichnung der Klägerin genannt, im Zusammenhang damit die Preise der Klägerin ihren eigenen niedrigeren Preisen gegenübergestellt und die Kundschaft aufgefordert hat, das Erzeugnis der Beklagten an Stelle desjenigen der Klägerin zu erwerben oder zu verordnen.

Der Hinweis wäre auch nicht deshalb zulässig, weil die Spanne zwischen den heutigen Herstellungskosten der Klägerin und dem Kleinverkaufspreis besonders groß ist. Bot der wesentlich geringere Kleinverkaufspreis der Beklagten schon an sich große Ausichten, der Klägerin wirksam Wettbewerb zu machen, wenn sie Zeit, Mühe und Kosten nicht scheute, so ist nicht ersichtlich, warum dieses Ziel noch durch die Zulassung der Ausnutzung des Rufes der Klägerin unterstützt werden mußte.