

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: _____ nein

WZG § 25

G r ü n e V i e r k a n t f l a s c h e

Zum Ausstattungsschutz für eine Flaschenform und -farbe, der von Hause aus eine geringe Unterscheidungskraft zukommt.

BGH, Urt. v. 27. November 1968 - I ZR 138/66 - OLG Oldenburg
LG Aurich

38

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I_ZR_138/66

URTEIL

Verkündet am

27. November 1968
Zug,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma D [REDACTED] Aktien-Gesellschaft, N [REDACTED],
vertreten durch den Vorstand: Direktor Gerhard ten D [REDACTED]
K [REDACTED] und Direktor Dr. Hans K [REDACTED], beide in N [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma K [REDACTED] Aktiengesellschaft, E [REDACTED]
[REDACTED],
vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden Direktor Hans S [REDACTED]
in E [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

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 der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 24. November 1966 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien stellen klare Spirituosen her und vertreiben sie als Wettbewerber. Die Klägerin bringt ihr Erzeugnis unter der Marke "D [REDACTED]" in einer grünen Flasche auf den Markt, die einen quadratischen Querschnitt und abgerundete Kanten hat. Die Flasche hat ein Volumen von 0,7 l, eine Länge von 26 cm und eine Breite von 6 - 7 cm. Die Beklagte bringt ihre Spirituosen unter der Marke "C [REDACTED]" ebenfalls in einer grünen Vierkantflasche auf den Markt. Diese Flasche weicht zwar bei genauer Betrachtung von der Form der Klägerin etwas ab, doch sind die Parteien einig, daß die Flaschen so ähnlich sind, daß der Verbraucher sie ohne Beifügung der übrigen Ausstattungsbestandteile nicht unterscheiden kann.



Die Klägerin will der Beklagten die Benutzung der grünen Vierkantflasche unter dem Gesichtspunkt des Ausstattungsschutzes sowie des unlauteren Wettbewerbs untersagen lassen. Sie hat unter Beweisantritt behauptet, sie habe diese Flasche entwickelt und zuerst benutzt. In der Zeit von 1948 bis Mitte 1964 habe sie etwa 150 Millionen Stück dieser Flaschen verkauft und stets eine umfangreiche Publikumswerbung betrieben, in der sie auch das Bild ihrer Flasche herausgestellt habe. Das wettbewerbliche Ergebnis dieser Tätigkeit habe sich in den Umfrageergebnissen zweier Meinungsforschungsinstitute niedergeschlagen, nach denen 95 % aller Gastwirte und Lebensmittelgroßhändler sowie 90 % aller Lebensmitteleinzelhändler und 64 % der Verbraucher solcher Spirituosen diese ihnen ohne Verschluß und sonstige Zutaten vorgezeigte Flasche für einen "D [REDACTED]" gehalten hätten. Damit habe sie eine überragende Verkehrsgeltung für diese Flaschengestaltung erworben, die ihr ein Ausschließungsrecht gebe. Wettbewerbswidrig handele die Beklagte, weil sie sich mit der Benutzung dieser Flasche bewußt an die erfolgreiche Werbung der Klägerin anähne, um deren Erfolg für sich auszunutzen.

Die Klägerin hat beantragt,

1. die Beklagte bei Meidung höchstzulässiger Geldstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu verurteilen, es zu unterlassen, für ihr Erzeugnis "C [REDACTED]" die grüne Vierkantflasche zu benutzen;
2. festzustellen, daß die Beklagte ihr allen Schaden durch die Benutzung der grünen Vierkantflasche zu ersetzen hat;

3. die Beklagte zu verurteilen, darüber Auskunft zu erteilen, in welchem Umfange sie die grüne Vierkantflasche benutzt hat.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, hilfsweise das Verfahren gemäß § 96 Abs. 2 GWB auszusetzen. Sie hat bestritten, daß die Klägerin für die schlichte grüne Flasche Verkehrsgeltung erlangt habe. Diese könne ihr allenfalls für die gesamte Aufmachung der D[RECKE]-Flasche zugebilligt werden. Die Ergebnisse der Meinungsumfragen könnten nicht zugrunde gelegt werden, weil die Befragungsmethode schon deshalb ungeeignet gewesen sei, weil den Befragten eine grüne Vierkantflasche ohne Etikett vorgelegt worden sei, was als wirklichkeitsfremd die Antworten zum Nachteil der Beklagten beeinflusst habe. Die erreichten Prozentsätze bei den Verbrauchern, auf die es allenfalls ankomme, reichten nicht aus, weil angesichts der geringen Kennzeichnungskraft der in Anspruch genommenen Kombination und wegen des Freihaltebedürfnisses die nahezu einhellige Verkehrsdurchsetzung erforderlich sei. Die Befragungsergebnisse hätten auch keine Durchsetzung bei 64 % aller 2 000 Befragten, sondern nur bei 64 % von denjenigen 1 300 ergeben, die zugegeben hätten, solche Spirituosen zu trinken. Im übrigen sei eine etwaige Verkehrsgeltung auch deshalb unerheblich, weil diese nicht mit lauterem Mitteln erlangt worden sei. Die Klägerin habe unter Ausnutzung ihrer wirtschaftlichen Überlegenheit die großen Flaschenfabriken veranlaßt, die übrigen Bezieher solcher Flaschen nicht mehr zu beliefern und dabei zu Unrecht behauptet, sie allein sei berechtigt, die grüne Vierkantflasche zu benutzen. Die Beklagte hat ferner die Verwechslungsgefahr bestritten und behauptet - was die Klägerin zum Teil einräumt -, daß 24 weitere Firmen, die sie namentlich auf-

führt, diese Flasche zum Teil schon vor der Beklagten, zum Teil seit mehr als 10 Jahren für den Vertrieb klarer Spirituosen benutzten. Zum Freihaltebedürfnis behauptet die Beklagte, auf dem Flaschenmarkt sei keine große Auswahl vorhanden, weil viele Formen eigenartig und daher geschützt seien. Die grüne Vierkantflasche sei eine der wenigen freien Grundformen und -farben. Hunderte kleiner Hersteller seien auf das wegen der Rationalisierung der Glasfabriken stark beschränkte Sortiment an Lagerflaschen angewiesen. Auf eigene Formflaschen könnten diese kleineren Hersteller nicht ausweichen, da solche eine Mindestabnahme von 200 000 Flaschen jährlich erforderten, was außerhalb der wirtschaftlichen Möglichkeiten dieser Hersteller läge. Es stünden derzeit drei, höchstens fünf Flaschensorten in den drei Grundfarben weiß, grün und braun zur Verfügung und deren Zahl werde sich weiter vermindern, wenn man die Monopolisierung solcher Grundformen zulasse. Auch müsse die Verwechslungsgefahr geleugnet werden, zumal sie, die Beklagte, diese Form nicht zeichenmäßig benutze. Zum Vorwurf wettbewerbswidrigen Verhaltens führt die Beklagte aus, sie habe begründeten Anlaß zum Übergang auf diese Flasche gehabt. Bis 1962 habe sie ein anderes Erzeugnis unter der Bezeichnung "C [REDACTED]" in einer wasserklaaren geschwungenen Vierkantflasche auf den Markt gebracht, das einen etwas fruchtigen Geschmack gehabt habe. Da das Publikum unter einem "H [REDACTED]"-Getränk eine neutrale Geschmacksrichtung erwarte, hätten sich Absatzschwierigkeiten ergeben, die sie veranlaßt hätten, den bisherigen "C [REDACTED]" in "C [REDACTED]-Spezial" umzubenennen und unter dem Namen "C [REDACTED]" nunmehr ein geschmacksneutrales Getränk auf den Markt zu bringen. Das neue Getränk habe sie im Hinblick auf die Abgrenzung zum "C [REDACTED]-Spezial" nicht in der für dieses Erzeugnis

benutzten wasserhellen und geschwungenen Vierkantflasche vertreiben können, vielmehr habe sich die grüne Vierkantflasche angeboten. Sie habe bereits früher geschwungene und einfache Vierkantflaschen in weiß benutzt, wovon sie die eine Form zur Ersparung von Formkosten übernommen und zur Unterscheidung in grün benutzt habe.

Die Klägerin hat eingeräumt, Glaswerke veranlaßt zu haben, diese Flaschen nicht an Dritte zu liefern. Dazu sei sie jedoch als Ausstattungsbesitzer berechtigt und verpflichtet gewesen. Ebenso sei sie berechtigt gewesen, Drittbenutzer zu veranlassen, sich dieser Flasche nicht mehr zu bedienen, welcher Aufforderung einige Firmen auch nachgekommen seien. Die Kennzeichnungskraft sei nicht geschwächt worden, weil auf die Drittbenutzer zusammen nur ein Marktanteil von weniger als 1 % entfalle. Ein Freihaltebedürfnis bestehe nicht. Unter Vorlage von Prospekten zweier Glasfabriken und Berufung auf die Zeugen von Grothe, Falckenthal und Stoevesandt und auf Sachbearbeiter der benannten Glaswerke hat die Beklagte behauptet, es stünde eine fast unbegrenzte Zahl von Ausweichmöglichkeiten zur Verfügung. Alle in den Prospekten aufgeführten Weinbrand-Spirituosen-, Rot- und Südweinflaschen würden für alle Spirituosengattungen benutzt. Die Firma S [REDACTED], die früher 4 000 Formen in ihrem Programm gehabt habe, führe fünf Jahre nach der Rationalisierung infolge der Kundenwünsche, die sämtlich auf individualisierende Flaschen hingen, heute bereits wieder über 200 Formen. Die Firma H [REDACTED] habe zur Zeit 110 Flaschenformen für Standardflaschen und 150 Sonderformen, die Firma G [REDACTED] Glaswerke habe über 300 Formen, die für Spirituosen verwendet würden. Die

Beklagte habe auch keinen Grund zum Übergang auf diese Flasche gehabt, die völlig aus den sonst von ihr benutzten Formen herausfalle. Die Klägerin hat, falls ihre Privatgutachten nicht ausreichen sollten, eine erneute demonoskopische Untersuchung darüber beantragt, ob die schlichte grüne Vierkantflasche auf die Herkunft aus ihrem Unternehmen hinweise.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung nach Zeugenvernehmung zurückgewiesen. Die Klägerin verfolgt ihre Klageanträge mit der Revision weiter. Die Beklagte ist dem entgegengetreten. In der mündlichen Verhandlung über die Revision hat die Klägerin die als Anlage zum Protokoll genommene Erklärung abgegeben, die sie als Erläuterung ihrer Klageanträge aufgefaßt wissen will, wonach sie sich nur gegen die Verwendung einer grünen Vierkantflasche für das Erzeugnis "C [REDACTED]" wendet, die den im einzelnen angegebenen Abmessungen der gegenwärtig von der Beklagten benutzten Flaschenform entspricht.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht erkennt zunächst an, daß eine grüne Vierkantflasche auch ohne zusätzliche Ausstattungselemente ausstattungsschutzfähig sein könne, da Form und Farbe einer derartigen Flasche nicht mit der Ware identisch, sondern begrifflich von ihr unterscheidbar seien, es sich um Gestaltungselemente handele, die willkürlich gewählt werden könnten und geeignet seien, Waren unterscheidbar zu machen. Diese von der Revision als ihr günstig nicht angegriffene Beurteilung trifft im Ergebnis zu. Bei einer Verpackung läßt sich allerdings stets sagen,

daß sie mit der in ihr verpackten Ware nicht identisch sei. Daraus ergibt sich noch nichts für die Ausstattungsschutzfähigkeit der Verpackungsform, die vielmehr gesondert zu beurteilen ist. Auch wenn man davon ausgeht, daß Verpackungsformen, die technisch-funktionell bedingt sind, nicht Gegenstand eines Ausstattungsschutzes sein können (Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9. Aufl. Bd. II § 25 WZG Anm. 66), kann die Schutzfähigkeit einer grünen Vierkantflasche nicht verneint werden. Eine solche Flasche hat zwar, wie die Beklagte unwidersprochen vorgetragen hat, technisch den besonderen Vorzug, bei der Verpackung besonders wenig Raum zu beanspruchen. Damit erscheint diese Form aber noch nicht als schutzunfähige technisch-funktionelle Gestaltung, da dieser Vorzug, wie der Blick auf die zahllosen runden Flaschen lehrt, die sich im Verkehr befinden, kein solches Gewicht hat, daß er die Annahme ausschließt, es könne der Verpackungszweck nicht auch durch Wahl einer anderen Flaschenform erreicht werden. Der Ausstattungsschutzfähigkeit steht es auch nicht entgegen, wie die Beklagte vorgetragen hat, daß diese Form vorbekannt und wenig originell ist. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, daß selbst Merkmale, die von Hause aus ungeeignet sind, Herkunftsvorstellungen zu erzeugen, Ausstattungsschutz erlangen können, sobald der Verkehr sie als Herkunftshinweis auffaßt (BGH GRUR 1962, 459/460 - Lichtkuppeln). Hier hält darüberhinaus die Vierkantflasche sogar einen gewissen Abstand von der gewöhnlich runden Flaschenform, so daß es keineswegs von vornherein ausgeschlossen ist, daß sie sich als Herkunftshinweis durchsetzen kann.

II. Das Berufungsgericht versagt den Ausstattungsschutz jedoch mit der Begründung, die grüne Vierkantflasche habe

für sich allein nicht die erforderliche Geltung als Herkunftshinweis im Verkehr erlangt. Es führt aus, ob und wann die erforderliche Durchsetzungsbreite erreicht sei, sei unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden. Im vorliegenden Falle sei dazu eine überragende Verkehrsgeltung, eine nahezu einhellige Durchsetzung erforderlich, die das Berufungsgericht mit wenigstens 90 % innerhalb der beteiligten Verkehrskreise annimmt. Zur Begründung dieser Anforderungen führt es zunächst an, bei der grünen Vierkantflasche handele es sich um eine sog. glatte Beschaffenheitsangabe. Deshalb setze ein Ausstattungsschutz schon grundsätzlich eine hohe Verkehrsgeltung voraus. Mit diesen Ausführungen sind allerdings verstärkte Anforderungen an das Ausmaß der Verkehrsgeltung nicht zu begründen. Als glatte Beschaffenheitsangabe läßt sich die grüne Vierkantflasche nicht bezeichnen. Das Berufungsgericht stellt nicht fest, daß der Anblick grüner Vierkantflaschen im Publikum die Vorstellung hervorruft, darin werde eine Ware von bestimmter Beschaffenheit, etwa eine klare Spirituose, vertrieben - wie dies etwa bei den Bocksbottelflaschen oder bestimmten Likörflaschenformen der Fall sein könnte. Doch meint das Berufungsgericht damit offenbar, wie seine weiteren Ausführungen ergeben, die grüne Vierkantflasche habe von Hause aus wenig Unterscheidungskraft. Aber auch das wäre kein Gesichtspunkt, erhöhte Anforderungen an das Ausmaß der Verkehrsdurchsetzung zu stellen, denn die ursprünglich schwache Unterscheidungskraft der Aufmachung der Ware oder ihrer Verpackung ist für die Frage des Ausstattungsschutzes nur insofern von Bedeutung, als sich in solchen Fällen die Entwicklung zu einem betrieblichen Herkunftshinweis erfahrungsgemäß nur selten vollziehen wird und deshalb

bei solcher Sachlage besonders strenge Anforderungen hinsichtlich Umfang und Wert des Beweismaterials an den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung zu stellen sind (BGHZ 30, 357/363 - Nährbier). Für das Ausmaß der notwendigen Verkehrsdurchsetzung gibt der Gesichtspunkt der ursprünglich geringen Unterscheidungskraft dagegen nichts her. Bei plastischen Formen und bei Farben gilt insoweit nichts anderes.

Die das Normalmaß übersteigenden Anforderungen an das Ausmaß der Verkehrsdurchsetzung können vielmehr hier mangels sonstiger Gesichtspunkte nur von der Stärke des Freihaltebedürfnisses her geboten sein. Das Berufungsgericht hat dem auch solche Bedeutung beigemessen, daß davon ausgegangen werden kann, es wolle mit dem Freihaltebedürfnis allein die Anforderung nahezu einhelliger Durchsetzung rechtfertigen. Zur Begründung führt es aus, solche Flaschen würden beim Absatz klarer Spirituosen sehr benötigt. Derartige Getränke kämen in der Regel in runden Flaschen oder in solchen mit quadratischem Querschnitt auf den Markt. Dem entspreche es, daß nicht nur die Beklagte, sondern auch die im Prozeß genannten Mitbewerber klare Spirituosen in grünen Vierkantflaschen vertrieben. Solche Flaschen und die runden Flaschen seien die einfachsten, - was auch die Klägerin nicht in Abrede stelle, - und die am meisten hergestellten Flaschenformen. Die Herstellung derartiger Flaschen erfordere demgemäß nach allgemeinen wirtschaftlichen Grundsätzen geringere Kosten als die Produktion von Flaschen mit anderen individuellen Formen, die in einem geringeren Umfang und infolgedessen in der Regel mit einem höheren Kostenaufwand hergestellt werden. Entsprechendes gelte für die gängige Flaschenfarbe Grün.

Diese Begründung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Zwar kann der Revision, die insoweit um eine Überprüfung der in der Nährbier-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vertretenen entgegengesetzten Auffassung bittet, nicht eingeräumt werden, daß bei der Bestimmung des Ausmaßes der erforderlichen Verkehrsdurchsetzung das Freihaltebedürfnis der Mitbewerber unberücksichtigt bleiben müsse. Die Revision begründet ihre Ansicht einmal damit, das Publikum werde über die Herkunft einer Ware getäuscht, wenn deren im Verkehr als Herkunftshinweis stark durchgesetzte Aufmachung auch von dritten Unternehmen benutzt werde. Das ist jedoch eine Folge, die bei Warenaufmachungen stets eintreten kann, solange diese zwar eine gewisse Verkehrsbekanntheit erlangt haben, deren Ausmaß aber noch nicht als rechtsbegründend anerkannt wird. Sie muß als Folge der Anforderungen, die an die Verkehrsdurchsetzung gestellt werden, in Kauf genommen werden. Zwar wird die Täuschungsgefahr größer, je höher die Anforderungen an das Ausmaß der Durchsetzung wachsen, aber sie können im vorliegenden Falle jedenfalls nicht größer werden, als sie im entsprechenden Falle des § 4 Abs. 3 WZG kraft Gesetzes in Kauf genommen werden. Jedenfalls ist insoweit dem Freihaltebedürfnis der Vorrang einzuräumen, weil eine vorübergehende teilweise Verkehrsverwirrung von geringerer Bedeutung ist, als die Wahrung der unter dem Begriff des Freihaltebedürfnisses geschützten allgemeinen Interessen. Gegen die Berücksichtigung des Freihaltebedürfnisses wendet sich die Revision auch mit dem Hinweis auf die S. [REDACTED]-Entscheidung des Senats (BGHZ 45, 131) und meint, wenn man schon das Freihaltebedürfnis bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr ausscheide, so dürfe man es nicht zuvor schon bei der Feststellung der Verkehrsdurchsetzung berücksichtigen. Dem kann nicht ge-

folgt werden. Bereits in der S [REDACTED]-Entscheidung ist angedeutet worden, daß das Freihaltebedürfnis bei der Prüfung der Eintragungsfähigkeit berücksichtigt werden müsse und dieser Grundsatz ist dann in der später ergangenen P [REDACTED]-Entscheidung (BGHZ 50, 219) ausgeführt und näher begründet worden. Die Ansicht der Revision liefe zudem darauf hinaus, daß das Freihaltebedürfnis gegenüber einer Warenaufmachung rechtlich überhaupt nicht zum Tragen kommen könnte. Damit würden aber die Interessen der Mitbewerber und der Allgemeinheit gegenüber demjenigen, der an einer Warenaufmachung ein Ausstattungsschutzrecht beansprucht, geringer geschützt werden als gegenüber demjenigen, der eine Zeicheneintragung begehrt. Für eine solche Schlechterstellung ist kein rechtlicher Grund ersichtlich.

Dagegen halten die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht die tatsächlichen Voraussetzungen für ein erhebliches Freihaltebedürfnis im Streitfall bejaht, einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Zutreffend geht es allerdings in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs davon aus, daß ein etwaiges Freihaltebedürfnis nicht dazu führen kann, die Schutzfähigkeit einem durchgesetzten Zeichen schlechthin zu versagen, daß ein Freihaltebedürfnis aber dahin wirken kann, die Anforderungen an das Ausmaß der Verkehrsdurchsetzung je nach der Bedeutung des Freihaltebedürfnisses zu erhöhen (BGH aaO - Nährbier; BGHZ 42, 151 - Rippenstreckmetall II). Es ist dem Berufungsgericht auch beizustimmen, wenn es ein Freihaltebedürfnis für eine nicht besonders eigenartige Flaschenform dann bejahen will, wenn diese Form von den Mitbewerbern aus beachtlichen Gründen benötigt wird. Das folgt schon aus dem allgemeinen Interesse an der Funktionsfähigkeit des Wettbe-

werbs, der auf diesem Gebiet beeinträchtigt werden würde, wenn Wettbewerbern die Benutzung von Flaschenformen verwehrt werden könnte, auf die sie verpackungstechnisch oder wettbewerblich angewiesen sind, wenn sie konkurrenzfähig bleiben wollen. Auch wenn das Berufungsgericht dabei keinen allzu engherzigen Maßstab anlegen, sondern aus wettbewerblichen Gründen eine gewisse Mindestanzahl von Ausweichmöglichkeiten für Mitbewerber als notwendig ansehen würde, wie sie etwa in dem zu den Akten gereichten Schreiben der Firma F. [REDACTED] vom 15. Dezember 1964 (GA Blatt 125) erörtert worden ist, würde darin kein Rechtsfehler liegen. Auch müßte berücksichtigt werden, ob theoretisch in Betracht kommende Ausweichformen etwa wettbewerblich dadurch ausscheiden, daß diese Formen bereits weitgehend als Hinweis auf bestimmte Inhalte gelten und damit "besetzt" sind. Auch unter Berücksichtigung aller solcher Gesichtspunkte muß aber hier konkret festgestellt werden, ob die Mitbewerber tatsächlich auf die grüne Vierkantflasche angewiesen sind. Das Berufungsgericht hat das zwar bejaht, dabei aber unter Beweis gestellte Behauptungen der Klägerin übergangen, die im Falle ihrer Erweislichkeit die Annahme ausschließen würden, daß die Mitbewerber diese Form benötigen. Die Klägerin hat behauptet, es stünden Hunderte von Flaschenformen in mehreren Farben zur Auswahl und hat dies dahin substantiiert, daß die Firma H. [REDACTED], H. [REDACTED] & Co. zur Zeit 110 Flaschenformen für Standardflaschen und 150 Sonderformen anbiete, wofür sie neben dem vorgelegten Prospekt Zeugenbeweis angeboten hat. Die Firma AG der G. [REDACTED] Glashüttenwerke vorm. Ferdinand H. [REDACTED], so hat die Klägerin in der Berufungsschrift behauptet, verfüge zur Zeit über etwa 300 verschiedene Flaschenformen (nicht Größen), die

für Spirituosenabfüllungen verwendet würden, wofür neben dem Sachbearbeiter dieser Firma die Zeugen von Gr[REDACTED] und Fa[REDACTED] für die Verwendung als Spirituosenflaschen als Zeugen benannt worden sind. Die Klägerin hat ferner behauptet, die Firma S[REDACTED] biete über 200 Flaschenformen an und hat sich dafür auf den Zeugen S[REDACTED] berufen. Als Indiz für die Beurteilung des Freihaltebedürfnisses könnte ferner erheblich sein, ob diese Form schon vor dem Absatzerfolg der Klägerin von anderen Spirituosenherstellern benutzt worden ist. Die Klägerin hat dazu behauptet, sie habe diese Flasche entwickelt und als erste für diese Art Spirituosen verwandt. Auch dazu hat sie Zeugenbeweis angeboten. Wenn das Berufungsgericht demgegenüber das Freihaltebedürfnis dadurch als belegt ansieht, daß die Beklagte selbst und weitere 24 Mitbewerber die Flasche benutzen und daß runde und quadratische Flaschen billiger als individuelle Formen seien, dann hat es damit den Einwand, daß Hunderte von gleichwertigen Ausweichformen zur Verfügung stehen, nicht rechtsfehlerfrei widerlegt, denn die Klägerin hat die Beklagte nicht auf teurere Flaschenformen verwiesen, sondern auf runde und sonstige Lagerformen in verschiedenen Farben, und die Benutzung durch andere Wettbewerber ist solange kein besonders starkes Indiz für ein Freihaltebedürfnis als die Klägerin behaupten kann, vor ihrem Absatzerfolg habe sich kein Bedürfnis für eine solche Flasche gezeigt. Zu Recht rügt deshalb die Revision, das Berufungsgericht habe gegen § 286 ZPO verstoßen. Das angefochtene Urteil ist deshalb aufzuheben und die Sache zur Vornahme sachdienlicher Feststellungen - eventuell auch unter Einschaltung eines Sachverständigen - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Vom Ergebnis dieser Feststellungen wird es

abhängen, welche Anforderungen an das Ausmaß der Verkehrsdurchsetzung zu stellen sind. Sollte sich dabei herausstellen, daß es aus wettbewerblichen oder sonstigen Gründen keine ausreichenden allgemein zumutbaren Ausweichmöglichkeiten gibt, so bestehen keine Bedenken, wenn das Berufungsgericht sehr erhebliche Anforderungen an die Verkehrsdurchsetzung stellt. Die bisher erreichten Ergebnisse, unterstellt, sie seien aussagekräftig, würden dann keinesfalls genügen.

Die Revision vertritt allerdings die Auffassung, es komme auf die Ermittlung des notwendigen Ausmaßes der Verkehrsdurchsetzung und damit auf das Freihaltebedürfnis hier nicht an, weil das Berufungsgericht bereits aufgrund des nicht bestrittenen Sachvortrages der Klägerin eine einhellige Verkehrsdurchsetzung hätte annehmen müssen. Dem kann aber nicht beigetreten werden. Die Umsatzzahl von 150 Millionen Flaschen, auf die die Revision dabei hinweist, ist dazu keine ausreichende Grundlage. Sie könnte zwar die Durchsetzung der Gesamtausstattung unter Umständen beweisen. Für die Durchsetzung der grünen Vierkantflasche als allein kennzeichnendes Element ist jedoch der Umsatz angesichts der von Hause aus geringen Unterscheidungskraft dieser Elemente kein ausreichendes Indiz. Ob die Umfrageergebnisse eine ausreichende Durchsetzung ergeben, läßt sich derzeit nicht abschließend beurteilen, da noch nicht feststeht, welche Anforderungen an das Ausmaß der Verkehrsdurchsetzung zu stellen sind. Die vorgelegten Ergebnisse der Verbraucherbefragung, auf diesen Verkehrskreis kommt es wesentlich an, würden jedenfalls nicht ausreichen, wenn ein beachtliches Freihaltebedürfnis zu bejahen wäre.

Die Revision rügt zusätzlich, daß selbst bei erhöhten Anforderungen eine 90 %ige Verkehrsdurchsetzung nicht gefordert werden könne, weil damit die Anforderungen überspannt würden. Sie seien demoskopisch nicht erfüllbar, wozu sich die Revision auf die Ausführungen von Noelle-Neumann und Schramm in GRUR 1966, 70, 78 beruft. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das betreffe nicht die materielle Rechtslage, sondern nur die Frage, ob die demoskopische Umfrage insoweit ein geeignetes Beweismittel sei. Die Revision beanstandet, das Berufungsgericht habe es unterlassen, eine Möglichkeit aufzuzeigen, auf welche Weise die von ihm verlangte Verkehrsgeltung anderweit nachgewiesen werden solle.

Einer Entscheidung über diese Rechtsfrage bedarf es nicht, da sie nach dem bisherigen Verfahrensstand nur theoretische Bedeutung hat, denn die vorgelegten Befragungsergebnisse haben nicht einmal die dort als möglich bezeichneten Höchstgrenzen erreicht.

III. Auch unter dem Gesichtspunkt des § 1 UWG hat das Berufungsgericht den Klageanträgen nicht entsprochen. Besondere Umstände, die gegen die guten Sitten verstießen, lägen unter dem Gesichtspunkt der vermeidbaren Herkunftstäuschung nicht vor, weil die Beklagte durch die Ausgestaltung ihrer Flaschenetiketten alles Zumutbare getan habe, um einer Verwechslungsgefahr zu begegnen, was das Berufungsgericht unter Hinweis auf die Unterschiede der beiderseits benutzten Etiketten im einzelnen dargelegt. Auch für die Feststellung einer sittenwidrigen Annäherung an verkehrsbekannte Merkmale im Sinne der Konservenzeichen-Entscheidung (GRUR 1966, 33) bestünde kein Anhaltspunkt, vielmehr habe sich die

Beklagte bei der Wahl dieser Flasche von Gründen leiten lassen, die dem kaufmännischen Anstandsempfinden nicht widersprüchen, wie ihr durch die Aussage des Zeugen A. [REDACTED] glaubhaft bestätigter Vortrag über die Gründe der Umbenennung des bisherigen "C. [REDACTED]" in "C. [REDACTED]-Spezial" und die Neueinführung der klaren Spirituose "C. [REDACTED]" beweise. Auf die dagegen gerichteten Angriffe der Revision braucht nicht im einzelnen eingegangen zu werden, weil die abschließende Beurteilung des Sachverhalts unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten nicht möglich ist, solange keine ausreichenden Feststellungen darüber vorliegen, ob ein beachtliches Freihaltebedürfnis besteht. Besteht es, so wird das von Einfluß auf die Beurteilung einer etwaigen Annäherung ebenso sein, wie umgekehrt eine Annäherung auch wettbewerbsrechtlich in anderem Licht erscheinen könnte, wenn es zahllose Ausweichmöglichkeiten gäbe.

IV. Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht davon ausgehen müssen, daß die bisherigen Umfrageergebnisse keine ausreichende Verkehrsdurchsetzung ergeben, wenn ein beachtliches Freihaltebedürfnis besteht. Sollte das Berufungsgericht das Freihaltebedürfnis nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme so beurteilen, daß die Umfrageergebnisse der letzten Umfrage ausreichen könnten, einen Ausstattungsschutz zu bejahen, so wird es weiter prüfen müssen, ob diese Umfrage nach ihrer Methode einen genügenden Aussagewert hat. Dazu wird auf das Urteil des Senats vom 12. Juli 1967 (GRUR 1968, 581 f. Blunazit) hingewiesen, in dem es ebenfalls um den Schutz von Elementen der Gesamtausstattung einer Flasche ging. Dort sind Bedenken gegen Methode und Aussagewert einer Befragung erhoben worden, bei der den Befragten lediglich

die beanspruchten Merkmale isoliert von der im Verkehr verwendeten Gesamtausstattung gezeigt worden sind. Zumindest muß bei einer solchen Art der Befragung durch geeignete Fragestellung ermittelt werden, ob die Flasche nicht nur - weil durch die Umsatzerfolge der Klägerin weitverbreitet - als von der Klägerin benutzt bekannt ist, sondern ob die beanspruchten Merkmale vom Verkehr auch als Kennzeichen der Betriebsherkunft gewertet werden (vgl. die Nährbier-Entscheidung des Senats), denn es ist durchaus denkbar, daß der Verkehr den Herkunftshinweis nicht gerade der - ihm vielleicht bekannten - Flaschenform, sondern nur der Gesamtausstattung oder anderen Teilen, etwa dem Warenzeichen D [REDACTED] oder dem Bild des zufrieden lächelnden Mannes mit der Flasche entnimmt. Das Berufungsgericht wird deshalb zweckmäßig - wie im B [REDACTED]-Fall - in Betracht ziehen müssen, ob es im Falle einer erneuten Befragung den Befragten ergänzend die Flasche in der Aufmachung der Beklagten vor Augen führen lassen soll. Diese zusätzliche Art der Befragung verspricht jedenfalls deshalb brauchbare Hinweise, weil die Berechtigung der Klage voraussetzt, daß der Verkehr die grüne Vierkantflasche auch dann als Hinweis auf die Herkunft von der Klägerin auffaßt, wenn sie ihm mit zusätzlicher fremder Ausstattung entgegentritt (vgl. B [REDACTED] aa0). Diese Befragung würde zugleich der Klärung dienen, ob die Beklagte die grüne Vierkantflasche kennzeichenmäßig benutzt, wofür es auf die Verkehrsauffassung ankommt. Schließlich wird sich das Berufungsgericht auch, wenn es zur Bejahung der Verkehrsdurchset-

zung im Sinne des § 25 WZG gelangen sollte, mit dem Aussetzungsantrag der Beklagten und dem diesem Antrag zugrunde liegenden Vortrag der Beklagten auseinanderzusetzen müssen.

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

Simon

Merkel