

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 42/69

URTEIL

Verkündet am

6. November 1970
Werner,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma "n d" Textilvertriebs GmbH, ges. vertreten durch
den Geschäftsführer Franz P., H.,

Beklagten und Revisionsklagerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. -
und Dr. -

gegen

1. Firma A-Feinstrumpf-Werke Hans T., vertr. durch
den Alleininhaber Hans T., B.,
2. Firma Louis Ba E-Werke GmbH, vertr. durch die Ge-
schäftsführer Hermann und Ernst Ba., Au.,
3. Firma Bi-Gerhard Ba KG Wirkerei und Strickerei, vertr.
durch den persönlich haftenden Gesellschafter Gerhard Ba.,
L.,
4. Firma Er-Feinstrumpfwerke Edwin E. R. oHG, vertr.
durch die persönlich haftenden Gesellschafter Werner und
Kurt R., S.,
5. Firma G-Strumpfwirkerei Rolf G., vertr. durch
den Alleininhaber Rolf G., He., K-
ring ,
6. Firma Hu-Strumpffabrik GmbH, vertr. durch den Geschäfts-
führer Horst W., St-V., Am Wa.,
7. Firma Ku KG, vertr. durch den persönlich haftenden
Gesellschafter Julius Ku., I.,
8. Firma U-Feinstrumpfwerke GmbH, vertr. durch den Geschäfts-
führer Franz Paul F., Li./.

Klägerinnen und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 1970 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Alff, Dr. Sprenkmann, Dr. Merkel und Dr. Schönberg

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 9. Januar 1969 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien stehen mit der Herstellung und mit dem Vertrieb von Damenstrümpfen im Wettbewerb. Die Beklagte vertreibt ihre Erzeugnisse unter der Warenbezeichnung "n d" über den Lebensmittelhandel. Seit geraumer Zeit, nach ihrer Behauptung seit Mai 1965, verwendet sie die Bezeichnung "n d b"; in neuerer Zeit hat sie folgenden Werbehinweis gebraucht: "Sie finden bei "n d b" Qualitätsmerkmale, die sonst nur teurere Strümpfe auszeichnen".

Die Klägerinnen halten diese Werbung für wettbewerbswidrig, weil sie eine Alleinstellung behauptete.

Sie verlangen Unterlassung, Feststellung der Schadensersatzpflicht und Auskunft.

Die Beklagte hat vorgetragen, in der angegriffenen Bezeichnung könne keine Alleinstellungsaussage gesehen werden. Die Bezeichnung "n d" sei eine Marke und werde im Verkehr auch so verstanden. Der Verkehr fasse die beanstandete Werbung aus diesem Grund nicht dahin auf, daß dieser Strumpf der Beste sei, vielmehr werde darunter ebenfalls nur eine Marke verstanden. Der Strumpf sei seit Mai 1965 in einer Stückzahl von 80 - 90 Millionen vertrieben worden. Die unbeanstandete Duldung seit dieser Zeit sei ein Indiz dafür, daß die fragliche Markenbezeichnung auch von den Klägerinnen bisher nicht als irreführend empfunden worden sei.

Das Landgericht hat dem Unterlassungsantrag stattgegeben, den Feststellungs- und Auskunftsantrag dagegen abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung der Klägerinnen der Klage im vollen Umfang stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre Anträge aus der Berufungsinstanz weiter. Die Klägerinnen bitten, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. Nach der Auffassung des Berufungsgerichts läßt die Bezeichnung "n d b" mehrere Deutungen zu: einen Vergleich mit der eigenen Produktion, eine Markenbezeich-



- 4 -

nung ohne tatsächliche Aussage, eine Markenbezeichnung, von der unterschwellig wirkende tatsächliche Angaben im Sinne einer Alleinstellung ausgehen, einen tatsächlichen Hinweis auf eine Alleinstellung. Aufgrund der von der Beklagten vorgelegten Meinungsbefragung durch die Gesellschaft für Marktforschung mbH (GFM) vom September 1968 kommt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, die angegriffene Bezeichnung werde von einem nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise als Hinweis auf eine Alleinstellung verstanden; da die Beklagte eine solche selbst nicht für die unter der Bezeichnung vertriebenen Strümpfe in Anspruch nehme, liege ein Verstoß gegen § 3 UWG vor, demgegenüber der Einwand der Verwirkung nicht durchgreife.

II. Die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Entgegen der Auffassung der Revision berücksichtigt das Berufungsgericht als maßgeblich die Deutung, die die angegriffene Bezeichnung als tatsächliche Aussage: die besten Strümpfe, die beste Qualität auf dem Markt, versteht. Dabei bedarf es keiner Aufklärung, ob der Verkehr diese tatsächliche Aussage als einzigen Inhalt der Bezeichnung "n d b" entnimmt oder ob er die Bezeichnung auch als Marke oder Herkunftszeichen ansieht und aus dieser zusätzlich aus ihrem Sinngehalt auf die Alleinstellungsaussage schließt. Auch ein Warenzeichen kann irreführende tatsächliche Aussagen in Bezug auf die unter dem Warenzeichen vertriebene Ware bei den angesprochenen Verkehrskreisen erwecken. Ob der Verkehr einer Warenkennzeichnung eine Beschaffenheitsaussage entnimmt, ob er weiterhin der Ware eine dem Sinngehalt der Warenkennzeichnung entsprechende Beschaffenheitsaussage zuordnet, hängt von der Wort- und sinnmäßigen Gestaltung, von der Bekanntheit der Warenkenn-

zeichnung und von sonstigen, nicht oder nur schwer erfaßbaren Einwirkungen ab und ist daher von zahlreichen individuellen Umständen beeinflusst (BGH GRUR 1969, 546, 547 - med). Der Vortrag der Beklagten, "nur die best" sei Marke oder Herkunftsbezeichnung und werde als solche auch vom Publikum aufgefaßt, steht daher nicht der Feststellung des Berufungsgerichts entgegen, der Verkehr entnehme daraus einen tatsächlichen Hinweis auf eine Alleinstellung der unter der Bezeichnung angebotenen Ware.

2. Die vom Berufungsgericht seiner Entscheidung zugrunde gelegte Deutung der Bezeichnung "nur die best", nämlich die unter dieser Bezeichnung angebotenen Strümpfe seien die besten im Sinne einer Alleinstellung, ist auch eine in ihrem Kern konkret faßbare und einer Nachprüfung zugängliche Tatsachenbehauptung. Die Revision vermißt insoweit die Feststellung von Merkmalen, aus denen sich die Behauptung, die unter "nur die best" angebotenen Strümpfe seien die besten auf dem Markt, entnehmen lasse, in Wahrheit handle es sich um ein subjektives Werturteil der Beklagten, das sich in seiner schlagwortartigen und allgemein gehaltenen Formulierung jeder objektiven Nachprüfung entziehe. Dem kann nicht gefolgt werden. Es entspricht allerdings der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß die Entscheidung, ob ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise dem Wortsinn einer Superlativwerbung die Behauptung einer Alleinstellung entnimmt, davon abhängt, ob nach der Verkehrsauffassung eine jedenfalls in ihrem Kern konkret faßbare und einer Nachprüfung zugängliche Tatsachenbehauptung vorliegt (BGH GRUR 1965, 363, 364 - Fertigbrei; GRUR 1965, 365 - Lavamat II). In diesen beiden Entscheidungen handelte es sich ("Mutti gibt mir immer nur das Beste"; und "den und keinen anderen", um nicht nachprüfbar suggestive Werbungen, aufgebaut auf einem subjektivi-

ven Werturteil bzw. einem subjektiv gefaßten Appell, das angebotene Erzeugnis zu wählen. Beide Werbeaussagen können auch als feststehende Redensarten der Umgangssprache angesehen werden, um die Angesprochenen besonders eindringlich zur Bevorzugung der angebotenen Waren zu veranlassen. Demgegenüber ist die Aussage "nur die best" Strümpfe sind die besten" eindeutig auf die Qualität der Strümpfe gerichtet und daher auf objektive und nachprüfbare Eigenschaften; hierfür spricht schon die Gestaltung der Packung, auf der folgende Qualitätsmerkmale angegeben und durch eine Zeichnung verdeutlicht sind: 1. echte Ferse, 2. Maschenstop, 3. Spitze, Sohle und Ferse verstärkt, 4. voll ausgearbeiteter Soflan- Doppelrand, 5. superelastischer Längenausgleich, 6. gleichmäßig schönes Maschenbild. Das sind nach der Auffassung der Beklagten echte und nachprüfbare Eigenschaften der unter der Bezeichnung "nur die best" vertriebenen Strümpfe. Wenn demnach der Verkehr "nur die best" Strümpfe als die besten Strümpfe versteht, dann bezieht sich das nach der äußeren Gestaltung der Packung auf die von der Beklagten selbst angegebenen und benannten Eigenschaften; davon abgesehen sind nach der Lebenserfahrung diese Eigenschaften jedenfalls überwiegend den angesprochenen Verkehrskreisen auch ohne ausdrücklichen Hinweis als die besonderen wertbildenden Eigenschaften für Strümpfe bekannt. Das Berufungsgericht brauchte daher entgegen der Auffassung der Revision die maßgeblichen Merkmale nicht ausdrücklich festzustellen.

3. Schließlich kann auch die Auswertung des von der Beklagten vorgelegten Ergebnisses einer Meinungsbefragung durch das Berufungsgericht nicht in Frage gestellt werden. Das Berufungsgericht durfte seiner Beurteilung ohne Rechtsverstoß die Ergebnisse bei offener Fragestellung zugrundelegen. Abgesehen davon, daß die gebundene Fragestellung

in der Regel besondere Gefahrenmomente aus der Art der Fragestellung und der vorgesehenen Antworten enthalten kann (vgl. BGH GRUR 1963, 142, 145 - Originalersatzteile; Noelle-Neumann GRUR 1968, 133 ff; Schramm GRUR 1968, 139), die Fassung der Fragen und Antwortmöglichkeiten daher einer sorgfältigen Ausarbeitung unter Beteiligung der Parteien bedarf. wird durch die offene Fragestellung häufig gerade die Partei begünstigt, die eine bestimmte belastende Antwort nicht wünscht, d.h. die möglichst niedrige Prozentzahlen wünscht, also in der Regel wie auch im Streitfall die Beklagte, der eine Irreführung vorgeworfen wird (vgl. Noelle-Neumann aaO S. 135). Mögen diese Regeln auch nur mit Vorsicht anzuwenden sein, so gibt die Art der offenen Fragestellung im Streitfall doch keinen Anhalt, die Befragten könnten suggestiv in unzulässiger Weise nach einer bestimmten Richtung beeinflusst worden sein. Das Berufungsgericht durfte damit ohne Rechtsverstoß das Ergebnis auf die Frage: "Was soll Ihrer Meinung nach das Wort "best" auf der "n d" Strumpfpackung aussagen?" auswerten (Tabelle 3) und folgende Antworten seiner Beurteilung zugrundelegen: "beste Qualität", "beste" (Kenner der Packung 13 %, Nichtkenner 9 %); "die besten Strümpfe" (12 % in beiden Gruppen). Daß damit nicht eine bloße Qualitätsbezeichnung gemeint sei, deutet das Berufungsgericht aus der Antwort "Qualitätsbezeichnung" (6 % bzw. 7 %), "gute Strümpfe" (6 % bzw. 7 %), und daß nicht nur ein Eigenvergleich verstanden werde, aus der nur 8 % einen Eigenvergleich bejahenden Antwort derer, die bei der Befragung die Packung erstmals sahen. Diesen Erwägungen steht nicht entgegen, daß die Antwort "der beste Strumpf, der zur Zeit in Deutschland angeboten wird" nur von 0,3 % der Befragten gegeben wurde. Denn insoweit ist von Bedeutung, daß nach der Erläuterung zur hier maßgeblichen Tabelle 3 (S. 7 Gutachten, die

spontanen Erklärungen der Befragten von dem Interviewer wörtlich notiert wurden, die zuletzt genannte Antwort aber als spontane Reaktion wegen ihrer Länge und Präzision der Formulierung nach der Lebenserfahrung ungewöhnlich ist; das Berufungsgericht durfte daher ohne Rechtsverstoß die kürzeren Formulierungen "beste Qualität" und "beste" und "die besten Strümpfe" als inhaltlich gleichwertig im Sinne einer Alleinstellung ansehen.

4. Zu dem von der Beklagten vorgetragenen Verwirrungseinwand führt das Berufungsgericht aus, gegenüber Unterlassungsansprüchen aus § 3 UWG greife dieser Einwand nicht durch, weil diese Vorschrift die Allgemeinheit schützen solle. Es liege auch kein Fall vor, in dem ausnahmsweise ein schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit an einem Verbot nicht bestehe. Die Umfrage im September 1968 zeige gerade, daß die Bezeichnung bis in die jüngste Zeit von einem beachtlichen Teil des Publikums als Alleinstellungsaussage verstanden werde. Demgegenüber sei der Beklagten zuzumuten, den beanstandeten Zusatz "best" wegzulassen.

Soweit die Revision auch in diesem Zusammenhang die Auswertung der Meinungsumfrage für rechtsfehlerhaft hält, gelten die gleichen, bereits zu der Frage der Alleinstellungsaussage angestellten Erwägungen. Auch der Umstand, daß nach der Behauptung der Beklagten die Strümpfe mit der beanstandeten Angabe bereits in Stückzahlen von 80 - 90 Millionen vertrieben worden sind, vermag die Folgerung des Berufungsgerichts nicht zu erschüttern, daß einerseits ein nicht unerheblicher Teil des Publikums irregeführt wird, andererseits der Beklagten zuzumuten ist, den beanstandeten Zusatz wegzulassen. Das Berufungsgericht folgt damit den in der Rechtsprechung des Bundesgerichts-

hofs aufgestellten Grundsätzen, wonach der Verwirkungseinwand dem Unterlassungsanspruch aus § 3 UWG nur ausnahmsweise entgegensteht (BGH GRUR 1966, 267, 271 - White Horse m.w.N.). Die im wesentlichen dem Patrichter vorbehaltene Abwägung läßt auch keinen Rechtsfehler erkennen, wenn das Berufungsgericht die Gefahr der Irreführung des Publikums für schwerwiegender ansieht als eine Verpflichtung der Beklagten zur Aufgabe des Zusatzes.

III. Schließlich sind auch die Erwägungen des Berufungsgerichts zur Feststellung der Schadensersatz- und zur Auskunftspflicht der Beklagten aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht stellt fest, es bestehe deshalb eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadens, weil ein von einem nicht unerheblichen Teil des Verkehrs als besonders günstig aufgefaßtes Angebot nach der Lebenserfahrung auch zu einer Umsatzsteigerung zu Lasten der Mitbewerber führe. Entgegen der Auffassung der Revision ist das eine echte Feststellung des Berufungsgerichts und nicht etwa wegen der Formulierung "Es ist nämlich anzunehmen ..." nur eine bloße Denkmöglichkeit. Das hat das Berufungsgericht mit seiner einleitenden Bemerkung ausgeschlossen, entgegen der Auffassung des Landgerichts bestehe nach der Lebenserfahrung nicht nur eine die Feststellungsklage nicht rechtfertigende abstrakte Möglichkeit eines Schadenseintritts, sondern eben eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, die nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für eine Feststellung der Schadensersatzpflicht ausreicht (BGH GRUR 1964, 686, 689 unter III 3a - Glockenpackung II). Das Berufungsgericht hat sich dabei ersichtlich ohne Rechtsfehler davon leiten lassen, daß die Parteien maßgebende Wettbewerber auf dem Strumpfmarkt sind und daß die Beklagte

den Strumpf mit der beanstandeten Bezeichnung seit 1965 in einer Stückzahl von 80 - 90 Millionen auf den Markt gebracht hat.

IV. Da das Berufungsurteil auch im übrigen keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Beklagten erkennen läßt, war ihre Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland

Alff

Sprenkmann

Merkel

Schönberg