

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 48/71

URTEIL

Verkündet am

15. Dezember 1972
Spengler,
Justizangestellte

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Dezember 1972 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Alff, Dr. Merkel, Dr. Frhr. v. Gamm und Schwerdtfeger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 25. Februar 1971 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien stellen Zigaretten her. Die Klägerin, Herstellerin der Roth-Händle-Zigaretten, ist Inhaberin zahlreicher Warenzeichen, die das Motiv "Hand" oder "Hände" in Wort oder Bild verwenden oder mitverwenden. Auf der in blaßroter Farbe gehaltenen und schwarz beschrifteten Packung der Roth-Händle-Zigaretten ist in der Mitte die Konturlinie einer nach rechts gerichteten rechten Hand mit gestreckten Fingern abgebildet, bei der Rockärmel und Manschette und die Linien zwischen den aneinanderliegenden Fingern eingezeichnet sowie Fingerknöchel und -nägel angedeutet sind. Dieses Zeichen ist außerdem auf jeder Zigarette angebracht. Die Klägerin betreibt seit Jahrzehnten eine umfangreiche Werbung für

- 3 -

ihre Roth-Händle-Zigarette, in der sie neben der in erster Linie verwendeten sogenannten Roth-Händle-Hand insbesondere in den letzten Jahren auch andere, ständig wechselnde Handdarstellungen benutzt. Sie hat für sie auch mit Darstellungen geworben, auf denen neben dem Namen "Roth-Händle", der Packung und/oder der Zigarette ganz oder teilweise natürliche Hände in roter Farbe sichtbar sind.

Die Beklagte brachte im Dezember 1968 als Verkaufswerbung für ihre Zigarette "Rembrandt" einen Aufsteller auf den Markt. Auf ihm ist unter dem Text "Ein Geschenk, das niemand umtauscht. Rembrandt naturmild" eine Hand in rotem Fäustling mit weißem Besatz am Handgelenk abgebildet, die eine Stange Rembrandt-Zigaretten hält. Die Klägerin sieht darin eine Verletzung ihrer Kennzeichnungsrechte und einen Verstoß gegen §§ 1, 16 UWG. Sie führt dazu unter anderem aus: Die Bezeichnung "Roth-Händle" und die rote Hand seien berühmte Marken. Zumindest komme ihnen eine starke Verkehrsgeltung zu. Die Beklagte habe in der angegriffenen Werbung die rote Hand kennzeichnend benutzt. Der Verkehr sehe darin einen Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betrieb. Dies beruhe auf dem Sinngehalt der roten Hand.

Sie hat beantragt, der Beklagten zu verbieten, in der Werbung für die Zigarettenmarke "Rembrandt" die beanstandete Abbildung zu verwenden und die Beklagte zu verurteilen, an sie - als Schadensersatz - einen Betrag zu zahlen, dessen Höhe sie in das Ermessen des Gerichts gestellt hat. Den ursprünglich zusätzlich geltend gemachten Auskunftsanspruch haben die Parteien nach Auskunftserteilung der Beklagten in der Hauptsache für erledigt erklärt.



Die Beklagte hat zu ihrer Verteidigung ausgeführt, der beanstandete Aufsteller sei eine typische Weihnachtswerbung. Jedermann erkenne darin den roten Fäustling eines Weihnachtsmannes, der eine Stange "Rembrandt" als Geschenk anbiete. Niemand komme auf den Gedanken, den Fäustling für eine rote Hand, erst recht nicht als Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Betrieb zu halten.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor Verlesung der Anträge erklärt:

Die Beklagte hat die streitbefangene Werbung bisher nur einmal in der Weihnachtszeit 1968 eingesetzt. Sie beabsichtigt nicht, die Werbung zu wiederholen. Sie erklärt jedoch hiermit bei Vermeidung einer vom Gericht für jeden Fall schuldhafter Zuwiderhandlung festzusetzenden Vertragsstrafe rechtsverbindlich, daß sie im Falle einer eventuellen Wiederholung die Werbung nur wiederum jeweils zur Weihnachtszeit einsetzen würde. Auch insoweit bestehen bisher keinerlei Absichten.

Daraufhin haben die Parteien mit wechselseitigen Kostenanträgen den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt, soweit sich das Klagebegehren auch auf die Werbung zu anderer Zeit als zu Weihnachten erstreckt hat. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hält die Klageansprüche mit folgender Begründung für ungerechtfertigt: In der angegriffenen Werbung werde die Handdarstellung nicht zeichenmäßig benutzt. Es könne davon ausgegangen werden, daß der Name "Roth-Händle" und die typische Roth-Händle-Hand entsprechend den Warenzeichen Nr. 715 218 und 480 215 starke Verkehrsgeltung erlangt hätten. Von ihren anderen Warenzeichen behaupte die Klägerin selbst nicht, sie seien im Verkehr bekannt geworden. Bei starker Verkehrsgeltung des Zeichens sei freilich die Frage, ob auch abweichende bildliche Darstellungen der Hand als betriebliche Herkunftszeichen aufgefaßt würden, eher zu bejahen als bei einem wenig oder nicht benutzten Zeichen. Je mehr der Verkehr daran gewöhnt sei, das Abbild eines Gegenstandes als Zeichen der Herkunft einer Ware zu verstehen, desto eher werde er den Begriff des Gegenstandes und desto weniger die Art seiner Darstellung als kennzeichnendes Element bewerten. Andererseits sei ein zeichenmäßiger Gebrauch umso weniger anzunehmen, je allgemeiner der Begriff des Gegenstandes zu fassen sei, um das Gemeinsame von Zeichen und Werbung auszudrücken, und je naheliegender der Sinngehalt sei, der der werbenden Darstellung innewohne. Sei der Begriff, den der Verkehr in einem stark benutzten Zeichen erkenne, sehr allgemein, so wirke nicht der begriffliche Sinngehalt unterscheidend, sondern die Eigenart seiner Darstellung. Erscheine dieser allgemeine Begriff in der Werbung naheliegend dargeboten, dann komme der Verkehr nicht auf den Gedanken, gerade dadurch solle die Herkunft der Ware gekennzeichnet werden. - Die angegriffene Werbung habe einen auf Anhieb verständlichen

Sinngehalt, der von Herkunftsvorstellungen wegführe. Man erkenne sofort die Hand des Weihnachtsmannes, der eine Stange Zigaretten anbiete. Die Worte "Ein Geschenk, das niemand umtauscht" und der Umstand, daß die Werbung zur Weihnachtszeit erschienen sei, lasse selbst dem, der die bildliche Darstellung noch nicht begriffen haben sollte, keinen Raum für eine andere Deutung. Dieser Sinngehalt sei so naheliegend, daß weitere "hintergründige" Aussagen dem Aufsteller nicht entnommen werden könnten. Der Verkehr begegne der Darstellung der Hand zu häufig, als daß eine Hand im Rahmen einer Darstellung, in der sie in ihrer natürlichen Funktion gezeigt werde, als Merkmal auffalle, wenn sie nicht besonders betont werde. In der angegriffenen Werbung werde die Hand nicht besonders herausgestellt. Man sehe von ihr nur wenig. Beherrschend sei die Stange "Rembrandt", unverkennbar ein Merkmal, das ohnehin nicht erwarten lasse, in einem anderen Element der Werbung eine weitere Kennzeichnung zu finden. - Die Klägerin messe der roten Farbe des Fäustlings eine Bedeutung zu, die ihr der unbefangene Betrachter nicht beilege. Der Verbraucher erwarte zur Weihnachtszeit diese Farbe. Weihnachtsmänner seien gerne rot gekleidet, und wenn man - um das angebotene Geschenk möglichst groß abzubilden - nur die Hand zeigen möchte, werde man schwer etwas anderes als den roten Fäustling mit flauschigem weißen Besatz finden. Nach alledem fehlten der Werbung Elemente, die an einen zeichenmäßigen Gebrauch des alltäglichen Begriffs der Hand denken ließen. - Auch aus dem Gesichtspunkt des Schutzes berühmter Marken sei das Klagebegehren ungerechtfertigt. Selbst wenn man unterstelle, daß das Zeichen "Roth-Händle" mit der Roth-Händle-Hand eine berühmte Marke sei, greife die angegriffene

Werbung nicht in deren Schutzbereich ein. Die bildliche Darstellung der Roth-Händle-Hand und die angegriffene Handdarstellung seien so weit voneinander entfernt, daß sie sich nicht in den maßgebenden Ähnlichkeitsbereich einordnen ließen. Beide Darstellungen stimmten lediglich im allgemeinen Begriff der Hand überein und in der roten Farbe. Während die rote Farbe der Zeichen-Hand als Hinweis auf die Firma aufzufassen sei, erkläre sie sich in der Werbung der Beklagten zwanglos aus dem Sinngehalt der Abbildung. Die Hand des Zeichens sei vom Körper getrennt, nur in der Umrißlinie dargestellt, ohne natürliche Funktion und erkennbar gerade dadurch und durch das Beiwerk dazu ausgestaltet, als Sinnbild der Herkunft verwendet zu werden. Ihre Aussage "Rote Hand" werde immer selbst dort, wo eine naturalistische Hand sie begleite, durch das Wort "Roth-Händle" unterstützt. Die Hand der beanstandeten Werbeankündigung erscheine demgegenüber nicht als vom Körper getrennt, sie werde in einer natürlichen Funktion und auf die Gesamtdarstellung abgestimmt gezeigt. Nur der Sinngehalt der weihnachtlichen Werbung, nicht die Bedeutung "Rote Hand" werde verbal unterstützt. Eine Verwässerung der Klage-Kennzeichen sei nach alledem nicht zu befürchten. Ansprüche aus §§ 12 BGB, 16 UWG entfielen deshalb, weil die Handdarstellung der Beklagten nicht auf die Klägerin hinweise. Ansprüchen aus § 1 UWG stehe entgegen, daß die Werbung der Beklagten hinreichenden Abstand vom Zeichen der Klägerin halte.

II. Den gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffen der Revision bleibt der Erfolg versagt.

1. Das Berufungsgericht hat eine Verletzung der Kennzeichenrechte der Klägerin mit der Begründung verneint, in der beanstandeten Werbung werde die Handdarstellung nicht zeichenmäßig benutzt. - Die Frage, ob ein zeichenmäßiger Gebrauch vorliegt, entscheidet sich danach, ob der unbefangene und flüchtige Verbraucher die Darstellung als ein Mittel zur Kennzeichnung der Herkunft der angebotenen Zigaretten aus einem bestimmten Betrieb auffaßt; sie ist also im wesentlichen tatsächlicher Natur. Die vom Tatrichter hierzu getroffenen Feststellungen sind daher der Nachprüfung durch das Revisionsgericht weitgehend entzogen. Die im vorliegenden Falle vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen beruhen auf einer rechtsfehlerfreien Würdigung des Gesamteindrucks der zu beurteilenden Werbeankündigung.

Mit dem beanstandeten Aufsteller hat die Beklagte in der Weihnachtszeit geworben. Zu dieser Zeit begegnet der Verbraucher einer Werbung, die von den mit dem Weihnachtsfest verbundenen Symbolen bestimmt, auf Schenken und Beschenktwerden abgestellt ist und seine Vorstellungen entsprechend lenkt und beeinflußt. Wenn das Berufungsgericht angesichts dieser besonderen Werbesituation zu dem Ergebnis kommt, der unbefangene Betrachter erkenne in der angegriffenen Werbung, zumal die Abbildung von dem Text "Ein Geschenk, das niemand umtauscht" begleitet werde, sogleich die Hand des Weihnachtsmannes, der eine Stange Rembrandt-Zigaretten darbiere, so widerspricht diese Feststellung entgegen der Auffassung der Revision weder der Lebenserfahrung noch entbehrt sie jeder Tatsachengrundlage. Geschenk, Schenk-Vorgang und Weihnachtsmann

sind in der Weihnachtswerbung immer wiederkehrende Begriffe, die der Verkehr zu jener Zeit erwartet und die ihm geläufig sind. Daß die beanstandete Darstellung bei ihm diese Vorstellungen hervorzurufen geeignet ist und auch hervorruft, liegt nahe. Dabei kommt es - worauf das Berufungsgericht zu Recht hinweist - nicht darauf an, ob ein Weihnachtsmann stets oder meist rote Fäustlinge trägt; jedenfalls ist Rot in bildlichen Darstellungen die für seine Bekleidung bevorzugt verwendete Farbe. Daß auch rote Fäustlinge in solchen Darstellungen nicht ungewöhnlich sind, zeigen die von der Beklagten überreichten Werbebeispiele aus anderen Branchen.

Wird der durch den Werbeaufsteller beim Betrachter hervorgerufene Eindruck aber durch die weihnachtlichen Aspekte bestimmt, ist es auch nicht rechtsfehlerhaft, daß das Berufungsgericht in der Abbildung der Stange "Rembrandt" das beherrschende Merkmal sieht. Den Umworbenen interessiert die angebotene Ware; darauf wird er hier durch die über die gesamte Breite des Aufstellers reichende Abbildung der Stange "Rembrandt" hingewiesen. Den Fäustling sieht er - wenn er ihn überhaupt bewußt mit in seine Vorstellungen einbezieht - lediglich als weihnachtliches Werbebeiwerk, als schmückende Zutat an, eben als die Hand des Weihnachtsmannes, die ihm das "Geschenk" darreicht. Da zudem dem Verkehr, worauf das Berufungsgericht zu Recht hinweist, Handdarstellungen, die - wie hier - zur Demonstration von Vorgängen und Handlungen dienen, in der Werbung häufig begegnen, wird er auch aus diesem Grund der Handdarstellung der angegriffenen Werbung keine Kennzeichnungsfunktion beimessen. Auch der rote Fäustling vermag daran, wie das Berufungsgericht

zutreffend darlegt, nichts zu ändern; er fügt sich aus den dargelegten Gründen ohne weiteres und ungezwungen in die Weihnachtswerbung ein und gibt dem Betrachter jedenfalls während der Weihnachtszeit keine Veranlassung, ihm sein besonderes Augenmerk zu widmen.

2. Auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die starke Verkehrsdurchsetzung, die die Klägerin an der roten Hand besitze, nicht ausreichend berücksichtigt, geht fehl. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Klägerin ihre Roth-Händle-Zigaretten in Packungen vertreibt, die den Warenzeichen Nr. 480 215 und Nr. 715 280 entsprechen, daß sie für den Namen "Roth-Händle" und die typische Roth-Händle-Hand starke Verkehrsgeltung erlangt hat und sie auch mit Darstellungen geworben hat, die neben dem Namen "Roth-Händle", der Packung und/oder einer Zigarette ganz oder teilweise natürliche Hände in roter Farbe zeigen. Es hat auch nicht verkannt, daß bei der starken Verkehrsgeltung der Klagezeichen die Frage, ob auch abweichende bildliche Darstellungen der Hand als betriebliche Herkunftszeichen aufgefaßt werden, eher zu bejahen ist als bei einem wenig benutzten Zeichen. Daß es trotzdem mit der dargelegten Begründung die zeichenmäßige Benutzung der Hand auf dem Aufsteller der Beklagten verneint hat, ist nicht rechtsfehlerhaft. Es hätte unterstützend noch eingehender auf den Unterschied zwischen einer roten Hand und einem roten Fäustling hinweisen können. Während ein roter Fäustling in der Weihnachtswerbung nicht als ungewöhnlich, vielmehr - wenn man ihn überhaupt bewußt wahrnimmt - als adäquates Beiwerk angesehen wird, ist Rot nicht die Farbe, in der man eine Hand dargestellt erwar-

tet. Eine stilisierte oder natürliche rote Hand wird als ausgefallene Darstellung daher eher in das Bewußtsein aufgenommen und als Hinweismerkmal verstanden. Daß die Klägerin auch für die naturalistisch dargestellte rote Hand - so ist ihr Beweisantritt im Schriftsatz vom 10. Februar 1971 wohl zu verstehen - Verkehrsgeltung besitze, hat sie nicht hinreichend substantiiert. Das Berufungsgericht brauchte daher dem darauf gerichteten Beweisantritt im Schriftsatz vom 10. Februar 1971 nicht nachzugehen.

3. Von einer Beweiserhebung über die Verkehrsauffassung zur Frage des zeichenmäßigen Gebrauchs konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß absehen. Für die Frage, ob die angegriffene Handdarstellung zeichenmäßig benutzt wird, kommt es entscheidend auf die Auffassung der beteiligten Verkehrskreise an, wobei auf den flüchtigen Durchschnittsbetrachter abzustellen ist. Zu diesen angesprochenen Verkehrskreisen konnten sich bei den hier in Frage stehenden Waren unbedenklich auch die Richter des Berufungsgerichts zählen und aufgrund ihrer eigenen Lebenserfahrung feststellen, ob die beteiligten Verkehrskreise der beanstandeten Darstellung eine Eignung zur Herkunftskennzeichnung der Ware zumessen, zumal sie dabei zu demselben Ergebnis wie die Richter des Landgerichts Hamburg sowie die Richter des Oberlandesgerichts Karlsruhe, die sich in einem einstweiligen Verfügungsverfahren mit demselben Streitkomplex zu befassen hatten, gekommen sind.

4. Das Berufungsgericht hat ferner - wobei es unterstellt, daß "Roth-Händle" und die Roth-Händle-Hand be-

rühmte Marken seien - dem Klagebegehren ohne Rechtsverstoß auch aus dem Gesichtspunkt der Verwässerung den Erfolg versagt. Ein Sonderschutz aus dem Rechtsgedanken der Verwässerung kann nur bei besonders gelagerten Ausnahmetatbeständen gewährt werden. Ein solcher Ausnahmetatbestand liegt hier nicht vor. Der Sachverhalt bietet auch für einen ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Schutz, der nur unter ganz besonderen Umständen in Betracht gezogen werden kann, keine Grundlage.

5. Soweit die Klägerin die auf § 91 a ZPO beruhende Kostenentscheidung des erledigten Klageantrags angreift, ist ihre Revision unzulässig. In den Fällen der Teilerledigung endet der Instanzenzug hinsichtlich der diesen Teil betreffenden Kosten auch dann beim Oberlandesgericht, wenn im Urteil eine einheitliche Kostenentscheidung getroffen worden ist und wenn gegen dieses Urteil zulässigerweise Revision eingelegt wird.

III. Da das angefochtene Urteil auch im übrigen nicht auf einem Rechtsfehler beruht, war die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland

Alff

Merkel

v. Gamm

Schwerdtfeger