

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 59/71

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:

Auf die Revision der Klägerinnen wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 18. März 1971 aufgehoben.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 15, vom 20. Mai 1970 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte hat auch die Kosten der Berufungs- und Revisionsinstanz zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien stellen her und vertreiben Zigaretten. Die Beklagte ist Inhaberin des nach § 6 a WZG eingetragenen Warenzeichens Nr. 857 499 "Eine Hand und eine Zigarette - immer eine ROTH-HÄNDLE". Die Klägerinnen halten die Verwendung dieses Werbespruchs aus folgenden Gründen für einen Verstoß gegen §§ 1, 3 UWG und 4 LMG: Ein erheblicher Teil der Verbraucher fasse ihn so auf, daß es sich immer dann, wenn in der Werbung für Zigaretten eine Hand und eine Zigarette abgebildet seien, um eine Werbung der Beklagten handle. Andere Verbraucher verstünden darunter, nur die Beklagte dürfe in der Werbung für Zigaretten eine Hand und eine Zigarette abbilden. Diese Aussage des Slogans sei unrichtig. Im Laufe der letzten 20 Jahre seien in der Werbung für Zigaretten verschiedenster Herkunft immer wieder Hände oder Teile von Händen in Verbindung mit Zigaretten gezeigt worden.

Die Klägerinnen haben beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, in die Löschung des für sie für Zigaretten eingetragenen Warenzeichens 857 499
"Eine Hand und eine Zigarette - immer eine ROTH-HÄNDLE"
durch Erklärung gegenüber dem Deutschen Patentamt einzuwilligen;
2. die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, das unter 1. näher bezeichnete Warenzeichen im geschäftlichen Verkehr in der Werbung oder auf den Verpackungen und Umhüllungen von von ihr in Verkehr gebrachten Zigaretten zu verwenden;
3. die Beklagte zu verurteilen, den Klägerinnen Auskunft darüber zu erteilen, seit welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang die Beklagte



den Werbeslogan gemäß dem Warenzeichen zu Ziff. 1 im Verkehr verwendet hat;

4. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, den den Klägerinnen aus der beanstandeten Handlungsweise entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

Das Landgericht hat den Anträgen zu 1 und 2 stattgegeben und im übrigen die Klage abgewiesen. Es hat unter anderem ausgeführt: Zwar lasse sich der Werbespruch auch im Sinne eines Kaufappells oder einer reklamehaften Übertreibung verstehen. Es sei aber nicht auszuschließen, daß er bei einem nicht unbeachtlichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise den unrichtigen Eindruck hervorrufe, nur die Beklagte verwende in der Zigarettenwerbung die Abbildung einer Hand und einer Zigarette, möglicherweise auch, nur sie sei zu einer solchen Werbung berechtigt.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Mit der Revision erstreben die Klägerinnen die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat die Klage mit folgender Begründung abgewiesen: Nur wer den Slogan des angegriffenen Warenzeichens einer so eingehenden Prüfung unterziehe, wie es das Landgericht getan habe, könne ihn so auffassen, daß nur die Beklagte in der Zigarettenwerbung die Abbildung einer Hand und einer Zigarette verwenden dürfe oder nur sie zu einer solchen Werbung berechtigt sei. Die Bereitschaft zu einer solchen Betrachtungsweise sei aber nur bei

einem verschwindend geringen Teil der Verkehrskreise vorhanden. Das nächstliegende sei, daß der flüchtige Verkehr in dem Spruch einen stark übertreibenden Kaufappell sehe. Die Verbraucher würden heute mit übertreibenden Werbeankündigungen überschüttet. Der hier streitige Werbespruch werde nicht als so außergewöhnlich empfunden, daß der Verbraucher davon abgehalten werde, ihn nur als übertriebenen Kaufappell anzusehen und sich deshalb veranlaßt sehen könnte, nach einer anderen Auslegung zu suchen. Die Übertreibung werde auch nicht als unseriös empfunden; jeder wisse auf Anhieb, daß man den Spruch nicht wörtlich nehmen solle.

Selbst wenn ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs der Auslegung zuneigen sollte, die das Landgericht seiner Entscheidung zugrundegelegt habe, werde dieser Teil nicht irregeführt. Die Verbraucher, denen man solch subtile Erwägungen zutraue, wüßten dann auch, daß Hand und Zigarette gleichermaßen zu Zigaretten anderer Hersteller paßten und für sich allein über die Herkunft einer Zigarette nichts auszusagen vermöchten. Eine Werbung der Klägerinnen mit Hand und Zigarette werde dadurch nicht beeinträchtigt. Die Klägerinnen könnten in ihrer Werbung dem Verkehr fortwährend vor Augen halten, wie eng Hand und Zigarette miteinander verknüpft seien, und auf diese Weise erreichen, daß auch in Zukunft einer versteckten Behauptung, nur Roth-Händle werbe mit Hand und Zigarette, niemand Glauben schenke.

Die Mitglieder des Senats gehörten zu den angesprochenen Verkehrskreisen und könnten selbst beurteilen, wie der Slogan verstanden werde. Ihre Auffassung werde im übrigen durch das Ergebnis einer Meinungsumfrage erhärtet, die vom 23. Juni bis 6. Juli 1969

von der Gesellschaft für Konsum-, Markt- und Absatzforschung e.V., Nürnberg, in der Sache 7 O 104/68 des Landgerichts Mannheim durchgeführt worden sei (Anl. Bf 5 zum Schriftsatz der Rechtsanwälte Dr. H. [REDACTED] pp. vom 18. Februar 1971). Nur 3 - 4 % der Befragten, denen man Abbildungen vorgelegt habe, die nur eine natürliche, eine Zigarette haltende Hand zeigten, hätten auf die Frage, ob sie dabei an eine bestimmte Marke oder Firma oder an verschiedene und an welche Marken dächten, diese Abbildungen mit Roth-Händle in Verbindung gebracht. Selbst wenn ein nennenswerter, sogar großer Teil der Verbraucher dem beanstandeten Spruch die Behauptung entnehme, einzig für die Marke Roth-Händle werde mit Hand und Zigarette geworben, sei dem Ergebnis der Meinungsumfrage zu entnehmen, daß nur ein verschwindend geringer Teil die Behauptung auch glaube. Die Umfrage habe sich auf eine anschauliche Werbung bezogen, und gerade auf die, die sich allein der Begriffe Hand und Zigarette bediene und damit das denkbar beste Spiegelbild des Slogans bilde. Gegen die Verwertbarkeit jener Umfrage könne daher nicht eingewendet werden, nur eine solche Meinungsumfrage sei überzeugungskräftig, die speziell den angegriffenen Slogan zum Gegenstand habe. Außerdem seien 43 % der Befragten als Leser der Bild-Zeitung, in der - nach der Behauptung der Klägerinnen - die Beklagte damals schon intensiv mit dem Slogan geworben habe, mit dem in diesem Rechtsstreit beanstandeten Spruch in Berührung gekommen. Würde der Slogan so verstanden, wie die Klägerinnen ihn verstanden wissen wollten, so hätten sich die Antworten der Bild-Leser von denen der Gesamtheit deutlich unterscheiden müssen. So sei es aber nicht. Von den Lesern der Bild-Zeitung hätten nur 4 % - gegenüber 3 % der gesamten Befragten - die Abbildungen mit Roth-Händle in Verbindung gebracht.

II. 1. Der Revision ist zuzugeben, daß aus Rechtsgründen gegen die vom Berufungsgericht aufgrund eigener Sachkunde getroffene Feststellung, kein nennenswerter Teil der Verbraucher fasse den angegriffenen Werbespruch als Behauptung auf, nur Roth-Händle werbe mit Hand und Zigarette oder nur Roth-Händle sei zu einer solchen Werbung berechtigt, Bedenken bestehen. Das Berufungsgericht beachtet nicht ausreichend die Rechtsprechung des Senats (z.B. GRUR 63, 270, 273 - Bärenfang), wonach bei Verneinung einer Täuschungsgefahr in der Regel besondere Zurückhaltung geboten ist, ohne Beweiserhebung über die Verkehrsauffassung zu befinden. Das gilt im Streitfall in verstärktem Maße, nachdem nicht nur die Richter der ersten Instanz dieses Prozesses, sondern auch die Richter des Landgerichts Mannheim im Verfügungsverfahren die Ansicht vertreten haben, daß der Werbespruch im Zusammenhang mit der Darstellung einer Hand und einer oder mehrerer Zigaretten geeignet sei, dem Leser den Eindruck zu vermitteln, daß - wo auch immer mit der Darstellung einer Hand und einer Zigarette geworben werde - die angebotene Ware aus dem Unternehmen der Beklagten stamme. Diese Ausdeutung liegt auch nach dem Wortlaut des Werbespruchs nahe. Wenn das Berufungsgericht meint, der Verkehr erwarte bei solchen Werbesprüchen keine Aussage über die Modalitäten der Werbung, so berücksichtigt es nicht hinreichend, daß die Beklagte seit Jahrzehnten intensiv mit Handdarstellungen wirbt und auch diesen Werbespruch in Verbindung mit ihrer Handwerbung herausgestellt hat und es bei dieser Sachlage naheliegt, den Spruch auf diese Handwerbung zu beziehen.

Wird weiterhin berücksichtigt, daß die Beklagte ausgerechnet zu der Zeit, als eine Meinungsumfrage über das Ausmaß der Verkehrsdurchsetzung ihrer Handzeichen stattfinden sollte, massiv mit dem Werbespruch in Verbindung mit ihrem Handzeichen wie auch anderen Handdarstellungen hervorgetreten ist, sich hiervon also offensichtlich eine Verstärkung der Verkehrsdurchsetzung

ihres Handzeichens versprochen hat, - was nur verständlich ist, wenn sie selbst davon ausging, der Werbespruch werde dahin aufgefaßt, daß nur sie mit einer Handdarstellung für Zigaretten werbe -, so durfte das Berufungsgericht nach dem Grundsatz, daß die Werbetreibenden zumeist selbst am besten den von ihnen bezweckten Werbeerfolg beurteilen können, nicht verneinen, daß jedenfalls die Gefahr bestehe, ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs werde den Werbespruch seinem Wortlaut entsprechend und angesichts der umfangreichen Werbung der Beklagten mit einer Handdarstellung dahin verstehen, nur die Beklagte werbe für Zigaretten mit einer derartigen Handdarstellung.

2. Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht das in dem Mannheimer Prozeß erstattete Meinungsforschungsgutachten aus dem Jahre 1969 zur "Erhärtung" seiner Beurteilung verwertet hat. Bei der jenem Gutachten zugrundeliegenden Umfrage waren den Befragten Abbildungen naturalistischer, jeweils eine Zigarette oder eine Zigarettenpackung haltenden Hände vorgelegt worden; ihnen wurde die Frage gestellt, ob sie dabei an eine bestimmte Marke oder Firma, gegebenenfalls an welche, dächten. Die Fragestellung macht bereits deutlich, daß das Ergebnis der Umfrage die im vorliegenden Rechtsstreit interessierende Frage nicht zu klären vermag. Die Verwertung jener Umfrage verstößt zudem gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, § 355 ZPO. Die Klägerinnen haben zwar das im Mannheimer Rechtsstreit erstattete Gutachten mit Schriftsatz vom 18. Februar 1971 zu den Akten gereicht. Dies geschah jedoch aufgrund einer Auflage des Berufungsgerichts vom 15. Februar 1971. Die Klägerinnen haben der Verwertung des Gutachtens nicht ausdrücklich zugestimmt; sie haben vielmehr im selben Schriftsatz die Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt.

3. Soweit das Berufungsgericht unterstellt, der Werbespruch könne so verstanden werden, wie es die Klägerinnen behaupten und wie es das Landgericht festgestellt hat, hat es eine Irreführung mit der Begründung verneint, daß der Verkehr einer solchen Aussage keinen Glauben schenke.

Die Revision weist zu Recht darauf hin, daß das Berufungsgericht auch insoweit den beanstandeten Werbespruch zu abstrakt und nicht im Zusammenhang mit der Gesamtwerbung der Beklagten gewürdigt hat.

Die Beklagte ist Inhaberin zahlreicher Warenzeichen, die das Motiv "Hand" oder "Hände" in Wort oder Bild verwenden. Auf der in blaßroter Farbe gehaltenen und schwarz beschrifteten Packung der Roth-Händle-Zigaretten ist die Konturlinie einer Hand mit gestreckten Fingern abgebildet, wobei der Rockärmel und die Manschette angedeutet sind. Dieses Zeichen ist außerdem auf jeder Zigarette angebracht. Die Beklagte betreibt seit Jahrzehnten eine umfangreiche Werbung für ihre Roth-Händle-Zigarette, in der sie neben der in erster Linie verwendeten sogenannten Roth-Händle-Hand insbesondere in den letzten Jahren auch ständig wechselnde Handdarstellungen benutzte. Die Beklagte hat in den vergangenen Jahren in mehreren Prozessen gegen Tabakwaren erzeugende Unternehmen Handdarstellungen enthaltende Werbeankündigungen mit der Begründung angegriffen, diese verletzten ihre Warenzeichen- und Ausstattungsrechte am Symbol einer isoliert dargestellten Hand, gleichgültig welcher Darstellung und Funktion; jedenfalls sei ihr Motivschutz und Schutz gegen Verwässerung ihres Besitzstandes am Handmotiv zu gewähren. Zwei dieser Prozesse, in denen der Beklagten ein so weitgehender Schutz ver-

sagt wurde, fanden mit den vom 30. April 1969 datierenden Entscheidungen des Senats ihren Abschluß (GRUR 1969, 683 ff - Isolierte Hand; GRUR 1969, 686 ff - Roth-Händle). Zu der Zeit, als diese beiden Prozesse in der Revisionsinstanz kurz vor der Entscheidung standen, hat sie das umstrittene Warenzeichen (am 13.2.69) beim Patentamt angemeldet. Zur selben Zeit waren weitere einschlägige Prozesse beim Landgericht Mannheim rechtshängig; dort war eine Meinungsumfrage angeordnet worden, die den Ausstattungsschutz an der "isolierten" Hand klären sollte. Kurz nach der Anmeldung des Warenzeichens, Anfang März 1969, stellte sie in Anzeigen der "Bild-Zeitung" den Werbespruch groß heraus. Im Begleittext der Anzeigen hieß es: "Hand aufs Herz - woran denken Sie, wenn Sie eine Hand und eine Zigarette sehen? Kaum von der Hand zu weisen - Sie denken an Roth-Händle. Die Zigarette mit den handfesten Vorteilen: Immer naturrein! Mit oder ohne Filter. Es liegt also auf der Hand, daß man immer wieder gerne zu Roth-Händle greift. Und, daß Roth-Händle seit rund 100 Jahren nur mit Händen wirbt. Hände über Hände. Achten Sie auf diese unverwechselbare Handschrift. Besonders in den nächsten Tagen....." Oder: "Hand aufs Herz, um was kann es sich schon handeln, wenn man eine Hand und eine Zigarette sieht? Nicht von der Hand zu weisen: Um die Roth-Händle. Seit rund 100 Jahren in aller Munde. Und in vielen Händen. Roth-Händle, mit oder ohne Filter, immer naturrein. Es liegt auf der Hand, daß man deshalb immer wieder zur Roth-Händle greift. Und daß Roth-Händle immer wieder Hände zeigt. Viele Hände in vielen Roth-Händle-Anzeigen. Gestern, heute, morgen. Besonders in den nächsten Tagen....." Diese Werbung, die der Beklagten mit Rücksicht auf die damals bevorstehende Meinungsumfrage bis zum Abschluß des ersten Rechtszuges im Verfahren 7 O 39/68 des Landgerichts Mannheim durch einstweilige Verfügung untersagt wurde, läßt unschwer erkennen, daß

die Beklagte den Werbespruch als Hinweis auf ihr angebliches Handwerbungs-Monopol verstanden wissen will und bestrebt ist, den Verbrauchern dies bewußt zu machen. Die Anmeldung des Warenzeichens und dessen werbemäßige Verwendung stellen sich als konsequente Weiterverfolgung ihrer jahrelangen Monopolbestrebungen dar. Die Möglichkeiten der Beklagten, das beanstandete Warenzeichen auch in Zukunft in den Dienst einer nach den obigen Darlegungen unzulässigen Werbung zu stellen, sind mannigfaltig. Ihr bisheriges Verhalten läßt darauf schließen, daß sie diese Möglichkeiten auszunutzen beabsichtigt und wie bisher in Verkennung ihrer Rechtsposition versuchen wird, jegliche Handdarstellungen in der Werbung der Klägerinnen zu unterbinden. Die Schwierigkeiten, denen sich die Beklagte bisher bei der Verfolgung ihres aufgezeigten Ziels ausgesetzt sah, wären weitgehend ausgeräumt, gelänge es ihr, den Werbespruch in der Bedeutung, die das Landgericht und die Klägerinnen ihm beilegen, im Verkehr durchzusetzen. Mit den Worten "Eine Hand und eine Zigarette" hätte sie die gesamte Skala entsprechender bildlicher Darstellungen erfaßt. Eine solche Werbung stünde im Widerspruch zu dem warenzeichen- und ausstattungsmäßigen Besitzstand, auf den sich die Beklagte aufgrund ihrer bisherigen Werbung tatsächlich stützen kann. Der Aussagegehalt des angegriffenen Werbespruchs wäre unrichtig. Zwar bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, auf einen Ausstattungsschutz für bildliche Darstellungen gerichtete Bestrebungen durch eine entsprechende Verbalwerbung zu unterstützen. Unzulässig wird eine solche Verbalwerbung aber dann, wenn - wie hier - ein tatsächlich nicht bestehender Ausstattungsschutz behauptet wird.

Die bisherigen Bestrebungen der Beklagten, die Handwerbung weitgehend für sich zu monopolisieren, insbesondere die zur Realisierung dieser Bestrebungen

geführten Prozesse und die zitierte "Bild-Zeitungs"-Werbung lassen darauf schließen, daß die Beklagte den beanstandeten Werbespruch so verstanden wissen will, daß in der Zigarettenbranche nur sie mit Handdarstellungen wirbt, und daß sie diese Behauptung auch ernst genommen wissen will. Es besteht die Gefahr, daß ein nicht zu vernachlässigender Teil des Verkehrs die Behauptung tatsächlich ernst nimmt. Der Umstand, daß die Werbung der Beklagten stets von Handdarstellungen beherrscht wird und der Begriff der Hand auch in ihrem Firmennamen enthalten ist, legt dies dem Verkehr nahe. Die Beklagte hat zudem die angesprochenen Verkehrskreise in den zitierten "Bild-Zeitungs"-Anzeigen ausdrücklich dazu aufgefordert, auf die vielen Handdarstellungen in ihrer Werbung zu achten und darauf hingewiesen, daß sie in ihren Anzeigen immer wieder Hände zeige. Durch die jahrelange massive Handwerbung, in die der beanstandete

Werbespruch hineingestellt wurde, wird dessen Gesamteindruck entscheidend mitbestimmt. Vor dem Hintergrund jener Gesamtwerbung ist er irreführend. Der Unterlassungsanspruch ist daher aus § 3 UWG begründet. - Da damit auch ein rechtlich beachtlicher Benutzungswille der Beklagten an dem Warenzeichen entfällt, das den beanstandeten Werbespruch zum Gegenstand hat, ist die Beklagte auch zur Einwilligung in die Löschung des Zeichens zu verurteilen.

III. Danach war im Ergebnis das Urteil des Landgerichts wieder herzustellen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO.

Krüger-Nieland

v. Gamm

Alff

Merkel

Schwerdtfeger