

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 2/69

URTEIL

Verkündet am

3. Juli 1970
Werner,
Justizobersekretär

in dem Rechtsstreit

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

des Malermeisters Elmar G [REDACTED], M [REDACTED]/W., H [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma C. u. H. G [REDACTED] GmbH - Malerei, Anstrich,
Verglasung, Sandstrahlarbeiten - M [REDACTED]/W., S [REDACTED]-
[REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihre Geschäfts-
führer, Malermeister Herbert Gotthardt und Carl G [REDACTED],
ebendort,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Juli 1970 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Alff, Dr. Sprenkmann, Dr. Schönberg und Dr. Frhr. v. Gamm

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamm vom 5. November 1968 aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien stehen als Inhaber von Malergeschäften in Münster im Wettbewerb.

Der Kläger beschäftigt in seinem Betrieb etwa 50 Gesellen; ferner arbeiten etwa 10 kleinere Malergeschäfte für ihn als Subunternehmer. Er wirbt seit 1958/59 - nach seiner Behauptung regelmäßig, nach Behauptung der Beklagten nur zeitweise und erst seit 1967 regelmäßig - mit dem meist vor oder über seinen Namen, teilweise nachgesetzten

- 3 -

Hinweis "ruf den Maler" in Anzeigen, auf Geschäftspapieren und Geschäftswagen. In jüngster Zeit benutzt der Kläger den Werbehinweis teilweise auch in Alleinstellung ohne Namensangabe. Die Worte "ruf" und "maler" sind in kleinen Druckbuchstaben, das Wort "den" ist in Schreibschrift ausgeführt.

Die Beklagte hat am 4. und 11. März 1968 in einer in Münster erscheinenden Tageszeitung mit dem Hinweis "RUF DEN MALERMEISTER!" geworben. Unter dem Hinweis, getrennt durch einen waagerechten Strich, befindet sich der Name Gotthardt mit der Anschrift und Fernsprechnummer der Beklagten.

Der Kläger, der für seinen Werbehinweis - auch in Alleinstellung - in Münster eine starke Verkehrsgeltung als Kennzeichen seines Erwerbsgeschäfts beansprucht, sieht in der Werbung der Beklagten eine Kennzeichnungs- und Wettbewerbsverletzung. Er hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, bei Meidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Geldstrafe oder Haftstrafe die Werbung mit dem Werbespruch "Ruf den Malermeister" zu unterlassen,
2. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger allen Schaden zu ersetzen, der ihm aus der unberechtigten Verwendung des Werbespruchs "Ruf den Malermeister" entstanden ist.



Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat unter Abänderung des Ersturteils die Klage abgewiesen.

Mit seiner Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Der Revision konnte der Erfolg nicht versagt bleiben.

1. Das Berufungsgericht hat den vom Kläger benutzten Werbehinweis "ruf den maler" zutreffend als - neben dem Namen zusätzliches - Kennzeichnungsmittel im Sinne des § 16 Abs. 3 UWG gewürdigt. Der Kläger hat diesen Werbehinweis weder anstelle seines Namens noch - bis zum Erlaß des Berufungsurteils - als Firmenbestandteil verwendet. Dem Werbehinweis kam danach keine Namensfunktion zu. Seine Benutzung als Kennzeichen des Erwerbsgeschäfts des Klägers konnte daher allenfalls ein (neben dem Namen) zusätzliches Kennzeichnungsmittel im Sinn des § 16 Abs. 3 UWG sein (vgl. BGHZ 8, 387/389 - Fernsprechnummer). Die für den Schutz eines solchen Kennzeichnungsmittels erforderliche Verkehrsgeltung hat das Berufungsgericht unterstellt.

Der Schutz eines solchen zusätzlichen Kennzeichnungsmittels ist durch § 16 Abs. 3 UWG dem Kennzeichnungsschutz

des § 16 Abs. 1 UWG gleichgestellt. Er beschränkt sich daher - wie dieser - auf eine kennzeichnungsmäßige Benutzung, da nur unter diesen Voraussetzungen eine kennzeichnungsrechtliche Verwechslungsgefahr entstehen kann (vgl. BGHZ 19, 23/29 - **Magirus**). Eine solche kennzeichnungsmäßige Benutzung des Hinweises "Ruf den Malermeister" hat das Berufungsgericht mit Rücksicht auf den sachlichen Inhalt dieses Hinweises als bloße Aufforderung sowie dessen nicht hervorgehobene graphische Gestaltung und die - auf den Charakter als bloße Aufforderung hindeutende - Beifügung eines Ausrufungszeichens verneint. Diese Beurteilung unterliegt im Hinblick auf die vom Berufungsgericht unterstellte Verkehrsgeltung Bedenken. Bei einfachen Aufforderungen zur Auftragserteilung ist zwar der Verkehr - ähnlich wie bei beschreibenden Angaben (vgl. BGHZ 45, 131/137 - Shortening) - in der Annahme eines kennzeichnungsmäßigen Gebrauchs zurückhaltend. Diese Einstellung der beteiligten Verkehrskreise tritt jedoch dann nicht in Erscheinung, wenn die fragliche Bezeichnung auf Grund ihrer Verkehrsgeltung Unterscheidungskraft erlangt hat und infolgedessen vom Verkehr als Herkunftshinweis gewertet wird. In einem solchen Fall, von dem hier nach der Unterstellung des Berufungsgerichts auszugehen ist, neigt der Verkehr vielmehr dazu, die (auf Grund der Verkehrsgeltung unterscheidungskräftig gewordene) Bezeichnung als Herkunftshinweis zu werten, wenn sie im Zusammenhang mit der angebotenen Leistung eines bestimmten Unternehmens benutzt wird (vgl. BGH GRUR 59, 599/601 - Teekanne; 63, 622/624 - Sunkist; 64, 385/387 - Kaffeetafelrunde). Ob unter diesen Umständen die bloße Beifügung eines Ausrufungszeichens und das Fehlen einer besonderen graphischen Her-

ausstellung die kennzeichnungsmäßige Benutzung der (mit der Klagekennzeichnung nahezu identischen) Bezeichnung "Ruf den Malermeister" in ihrer konkreten Verwendung ausschließen kann, erscheint zweifelhaft, bedarf jedoch hier keiner abschließenden Entscheidung. Das Berufungsgericht wird hierüber zu befinden haben, wenn es die für die Anwendung des § 1 UWG noch erforderliche Beweiserhebung über Inhalt, Grad und Intensität der behaupteten Verkehrsgeltung durchgeführt hat.

2. Die Anwendung des § 1 UWG, auf den die Klage ebenfalls gestützt worden ist, hat das Berufungsgericht rechtsirrig abgelehnt.

Das Berufungsgericht geht zwar zutreffend davon aus, daß die Werbewendung des Klägers als bloße suggestive Aufforderung mit einem sachlich naheliegenden Inhalt von Natur aus keine wettbewerbliche Eigenart besitzt. Doch hat das Berufungsgericht übersehen, daß - wie im Kennzeichnungsrecht die erforderliche Unterscheidungskraft - die für einen Wettbewerbsschutz erforderliche wettbewerbliche Eigenart durch die Erlangung von Verkehrsgeltung herbeigeführt werden kann (BGH GRUR 61, 244/245 - Natürlich in Revue). Eine solche (überdies starke) Verkehrsgeltung der Wendung "ruf den maler" in Alleinstellung als Herkunftshinweis für sein Unternehmen hatte der Kläger unter Beweis gestellt; sie ist vom Berufungsgericht - im Rahmen der Anspruchserörterung nach § 16 Abs. 3 UWG - unterstellt worden. Unter diesen Umständen hätte aber die behauptete starke Verkehrsgeltung auch im Rahmen der Anspruchserörterung nach § 1 UWG berücksichtigt werden müssen. Dann

hätte die durch die Verkehrsgeltung herbeigeführte Eigenart der Werbung nicht übersehen werden können. War aber nach der unterstellten starken Verkehrsgeltung von der Eigenart der Werbung des Klägers auszugehen, so lag die Gefahr einer Herkunftstäuschung und unlauteren Rufausnutzung durch die nahezu identische Übernahme des Werbemittels nahe (vgl. BGH GRUR 63, 423/429 - coffeinfrei; 65, 601/605 - Roter Punkt; 66, 30/33 - Konservenzeichen). Zumindest hätte sich die Frage einer wettbewerbswidrigen Behinderung durch eine Schwächung der Werbekraft des Kennzeichnungsmittels des Klägers gestellt (vgl. BGH GRUR 68, 581/585 - Blunazit; 68, 371/377 - Maggi). Aus der behaupteten großen Intensität der Verkehrsgeltung für die Werbung des Klägers hätte sich dazu ferner der Schluß auf die - vom Berufungsgericht vermißten - subjektiven Unlauterkeitselemente aufdrängen müssen (vgl. BGH GRUR 66, 30/33 - Konservenzeichen). Dabei hätte es - bei objektivem Vorliegen einer Herkunftstäuschung oder Rufausnutzung - keiner entsprechenden Täuschungs- oder Ausnutzungsabsicht bedurft. Es hätte genügt, wenn die Beklagte die Umstände gekannt hat, in denen ihr Wettbewerbsverstoß liegt, oder wenn sie mit der Möglichkeit gerechnet hat, daß solche ihr Verhalten als wettbewerbswidrig kennzeichnenden Umstände vorliegen (BGHZ 8, 387/393 - Fernsprechnummern).

3. Schließlich ist das Ausmaß der behaupteten starken Verkehrsgeltung mit der Wendung "ruf den maler" auch für das vom Berufungsgericht bejahte Freihaltebedürfnis von Bedeutung. Denn die Erlangung einer starken Verkehrsgeltung kann zum Ausdruck bringen, daß tatsächlich im konkreten Fall kein echtes Freihaltebedürfnis besteht (vgl. BGH GRUR 64, 381/383 - WKS-Möbel).

4. Wegen der danach notwendigen Tatsachenfeststellungen zum Vorliegen der behaupteten Verkehrsgeltung und ihrer Intensität mit den sich daraus ergebenden tatsächlichen und rechtlichen Folgen war auf die Revision des Klägers das Berufungsurteil aufzuheben und der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 ZPO).

Krüger-Nieland

Alff

Sprenkmann

Schönberg

v. Gamm