

I ZR 140/55

2509 065

Verkündet am 11. Januar 1957
Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Ernst K[REDACTED] KG., Ka[REDACTED]-B[REDACTED], Fo[REDACTED]-
weg, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschaf-
terin Ww. Anna K[REDACTED] in Ka[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

den Kaufmann Christian F[REDACTED], Ka[REDACTED], R[REDACTED]str. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 11. Januar 1957 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. h.c. Wilde, Dr. Birnbach,
Dr. Bock, Dr. Krüger-Nieland und Dr. Spreng

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil
des 2. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts
Frankfurt (Main) vom 26. Mai 1955 aufgehoben. Die
Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entschei-
dung, auch über die Kosten der Revision, an das Be-
rufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger betreibt in Ka[REDACTED] eine Butter- und Käse-großhandlung, die Beklagte in der gleichen Stadt eine Lebensmittelgroßhandlung. Beide Parteien führen u.a. Sauermilchkäse in der Form von Handkäse.

Der Kläger vertreibt seinen Handkäse in Rollen á 5 Stück. Die Rollen sind in Zellophan verpackt, das in grüner Beschriftung die Aufschrift "Chr. Flohr's Goldrollen" trägt. Der Name "Chr. Flohr's" ist dabei der Bezeichnung "Goldrollen" schräg und in kleinerer Schrift vorgesetzt. Beide Bestandteile der Aufschrift sind grün unterstrichen. Die Warenbezeichnung ist in dieser Form in schwarzweißem Druck als Wort- und Bildzeichen für den Kläger am 20. April 1953 unter der Nr 637 173 in die Zeichenrolle des Patentamts für Sauermilchkäse eingetragen worden. Nach seiner Behauptung benutzt der Kläger die Warenbezeichnung aber bereits seit 1932.

Die Beklagte vertreibt ihren Käse frühestens seit der Währungsreform gleichfalls in Rollen á 5 Stück unter der in roter Farbe gehaltenen und rot umrandeten Bezeichnung "Krell's Goldroller". Sie hat die Namensbezeichnung "Krell's" dem Wort "Goldroller" schräg in kleinerer Schrift so vorgesetzt, daß sie noch über dem Anfangsbuchstaben des Wortes "Goldroller" steht. Das Wort "Krell's" ist rot unterstrichen, die Gesamtbezeichnung hat eine aus Schlangenlinien und Punkten bestehende rote Umrandung.

Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte begründe durch die Benutzung des Zeichens "Krell's Goldroller" die

- 3 -

Gefahr einer Verwechslung mit seinem Warenzeichen. Er sieht außerdem in dem Verhalten der Beklagten eine wettbewerbswidrige Handlung.

Er hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, die Führung der Warenbezeichnung "Krell's Goldroller" bei Meinung einer vom Gericht festzusetzenden Geld- oder Haftstrafe zu unterlassen.

Die Beklagte hat um Klagabweisung gebeten. Sie bestreitet, daß eine Verwechslungsgefahr zwischen den sich gegenüberstehenden Zeichen bestehe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht die Beklagte - unter Einschränkung des Gebotes der Unterlassung auf die Benützung für Käse - dem Klageantrage gemäß verurteilt.

Die Revision der Beklagten wendet sich gegen diese Entscheidung. Sie bittet, das Urteil aufzuheben und die Berufung zurückzuweisen. Der Kläger beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Gegen die Zulässigkeit der Revision bestehen keine durchgreifenden Bedenken. Die Revisionssumme des § 546 ZPO ist erreicht. Die Beklagte hat glaubhaft gemacht, daß der Streitwert mehr als DM 6000,- beträgt. Der Senat hat ihn unter Berücksichtigung der Angaben des Klägers über seine Umsätze auf DM 20 000,- festgesetzt.



II. Gegenstand des Streites der Parteien ist die Frage, ob die von der Beklagten verwendete Bezeichnung mit dem Warenzeichen des Klägers verwechslungsfähig ist.

1.) Das Berufungsgericht hat zunächst die Frage der Verwechslungsgefahr hinsichtlich der beiden Zeichenbestandteile "Goldrollen" und "Goldroller" geprüft und sie nach Klang- und Bildwirkung bejaht. Es ist dabei zutreffend davon ausgegangen, daß Verwechslungsgefahr in Bezug auf das ganze Zeichen auch dann gegeben sein kann, wenn nur ein Teil der angegriffenen Kennzeichnung mit einem Bestandteil des Klagezeichens übereinstimmt oder diesem ähnlich ist, sofern nach der Bedeutung, die diesem Bestandteil innerhalb des ganzen Zeichens zukommt, damit zu rechnen ist, daß die Vorstellung der in Frage kommenden Kreise auf den Geschäftsbetrieb des Zeicheninhabers gelenkt wird (BGH GRUR 1955, 487 [488] - Alpha Sterilisatoren). Vorausgesetzt ist dabei allerdings, daß der Bestandteil hinreichend unterscheidungskräftig ist. Wenn dies nicht der Fall ist, wäre er für sich allein schutzunfähig im Sinne des § 4 Abs 2 Ziff 1 WZG und muß dann bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr jedenfalls im Grundsatz unberücksichtigt bleiben (RG GRUR 1931, 402 [403] - Terranova; BGHZ 19, 367 [371] - W 5; BGHZ 21, 182 [186] - Funkberater).

Die Revision hat demgegenüber zunächst geltend gemacht, das Berufungsgericht habe es versäumt, aus seiner Annahme, der Wortbestandteil "Gold" sei Freizeichen, die entsprechenden Folgerungen zu ziehen; es habe insbesondere prüfen müssen, ob nicht auch das Wort "Rollen" als Beschaffenheitsangabe oder als Freizeichen der Unterscheidungskraft mangle. Wenn beide Bestandteile schutzunfähig seien, müsse die gesam-

te Wortbildung "Goldrollen" bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr unberücksichtigt bleiben. Die Rüge der Revision ist insoweit jedoch unbegründet.

Das Berufungsgericht hat für den von ihm, wenn auch ohne nähere Begründung, angenommenen Fall, daß das Wort "Gold" Freizeichen oder Beschaffenheitsangabe ohne Unterscheidungskraft sei, die entsprechenden Folgerungen gezogen. Es hat ausgeführt, dies sei unbeachtlich, weil die Verwechslungsgefahr in der Ähnlichkeit der beiden Wortbestandteile "rollen" und "roller" liege. Das Berufungsgericht meint hiermit offenbar, daß der Gesamteindruck der Worte "Goldrollen" und "Goldroller" maßgebend sei und daß demgemäß die von ihm angenommene Freizeicheneigenschaft des Wortbestandteiles "Gold" der Unterscheidungskraft von "Goldrollen" nicht entgegenstehe. Diese Ausführungen sind rechtsirrtumsfrei. Wenn auch ein schutzunfähiger Bestandteil bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr im Grundsatz unberücksichtigt zu lassen ist, so bedeutet dies jedoch nicht, daß er völlig auszuscheiden habe, er kann vielmehr, zwar nicht ausschließlich, jedoch in Verbindung mit anderen Bestandteilen den Gesamteindruck des Zeichens oder auch eines zusammengesetzten Zeichenbestandteils mitbestimmen (RG GRUR 1934, 464 [468] - Chlo). Das Berufungsgericht brauchte aus demselben Grund auch nicht zu prüfen, ob die Bezeichnung "Rollen" als Beschaffenheitsangabe oder Freizeichen zu werten ist; denn aus der Zusammensetzung zweier an sich nicht unterscheidungskräftiger Bestandteile folgt noch nicht die Schutzunfähigkeit des zusammengesetzten Wortes, wenn durch eine derartige Zusammensetzung, wie hier, ein eigenartiger neuer Gesamteindruck entsteht.

Dagegen rügt die Revision mit Recht, das Berufungsgericht habe die Behauptungen der Beklagten nicht berücksichtigt, die Bezeichnungen "Goldrollen" oder "Goldroller" würden in der Käsebranche üblicherweise verwendet. Der Revision ist zuzugeben, daß dann, wenn die Benutzung dieser Bezeichnungen in der fraglichen Branche allgemein üblich sein sollte, der Bestandteil "Goldrollen" für sich allein grundsätzlich ungeeignet wäre, den Geschäftsbetrieb des Klägers von anderen Unternehmen gleicher Art zu unterscheiden. Was allgemein benützt wird, ist nicht unterscheidungskräftig im Sinne einer individuellen Herkunftsangabe. Das Berufungsgericht hätte daher diesen Behauptungen nachgehen und die entsprechenden Beweise, z.B. durch Einholung von Auskünften bei den Industrie- und Handelskammern erheben müssen. Wegen des darin zu erblickenden Verfahrensverstosses im Sinne des § 286 ZPO mußte mithin das Urteil auf die Rüge der Revision hin aufgehoben und der Rechtsstreit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Auf die entsprechenden Behauptungen der Beklagten hinsichtlich der Worte "Käserollen", "Rollerkäse", "Roller", "Harzer-Roller", ^{"Edel-Roller"} ~~"/"Edel-Rollen"~~ und "Edel-Rolle" kann es jedoch nicht ankommen. Es kann unterstellt werden, daß sie jeder Unterscheidungskraft entbehren. Daraus folgt jedoch noch nicht, daß dies auch für "Goldrollen" zutrifft. Auch darauf, ob eine umfangreiche Benutzung dieser anderen Worte die Bezeichnung "Goldrollen" in ihrer Unterscheidungskraft zu schwächen geeignet ist, kann es nicht ankommen, da die Verletzungsform (Goldroller) nahezu identisch mit dem Wort "Goldrollen" ist, die Verwechslungsgefahr also auch bei

nur schwacher Kennzeichnungskraft von "Goldrollen" zu bejahen wäre.

2.) Der Erhebung von Beweisen hinsichtlich der behaupteten mangelnden Unterscheidungskraft des Wortes "Goldrollen" bedarf es jedoch dann nicht, wenn sich bei der weiteren Verhandlung vor dem Berufungsgericht herausstellen sollte, daß das Warenzeichen des Klägers oder doch dessen Bestandteil "Goldrollen" im Zeitpunkt, als die Beklagte ihre Bezeichnung in Gebrauch nahm, in dem im wesentlichen übereinstimmenden Absatzgebiet der Streitteile Verkehrsgeltung erworben hatte, was der Kläger unter Beweiserbieten behauptet hat. Ein zunächst nicht schutzfähiger Bestandteil eines Warenzeichens ist bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr maßgebend zu berücksichtigen, wenn er Verkehrsgeltung in dem Sinne erworben hat, daß ein nicht unbeträchtlicher Teil des Verkehrs in ihm den Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen erblickt (BGH GRUR 1955, 95 [96] - Buchgemeinschaft; BGH GRUR 1955, 481 [482] - Hamburger Kinderstube). Der wegen häufigen Gebrauchs im Geschäftsleben oder von Hause aus farblose Bestandteil eines Warenzeichens hat dann Unterscheidungskraft gewonnen und ist für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr von entscheidender Bedeutung. Die Verwechslungsgefahr zwischen den sich gegenüberstehenden Bezeichnungen wäre dann im vorliegenden Falle ohne weiteres zu bejahen.

Daß die Zeichenbestandteile "Goldrollen" und "Goldroller" als solche verwechslungsfähig sind, hat das Berufungsgericht zutreffend angenommen. Entgegen der Auffassung der Revision ist dem Berufungsgericht aber auch darin beizustimmen, daß die im übrigen zwischen den streitigen Bezeichnungen bestehenden Unterschiede angesichts ihrer fast identischen Übereinstimmung in wesentlichen Bestandteilen nicht geeignet sind, die Verwechslungsgefahr zu beseitigen. Hierbei hat das Berufungsgericht insbesondere mit Recht hervorgehoben, daß es

sich bei den Endabnehmern des von den Streitteilen vertriebenen Handkäse, auf die es für die Frage der Verwechslungsgefahr in erster Linie ankommt, vorwiegend um Hausfrauen, Hausangestellte, Kinder usw. d.h. also vorwiegend um Personen handelt, die nach der Art und der Bedeutung der Ware nicht bereit sind, auf deren Kennzeichnung im einzelnen besonders zu achten. Sie werden weder die von der Beklagten gewählte Umrandung noch die Namenszusätze als entscheidende Merkmale in ihr Bewußtsein aufnehmen. Denn der Verkehr pflegt bei zusammengesetzten Zeichen erfahrungsgemäß seine Aufmerksamkeit weniger auf den Namen des Herstellers als auf sonstige hervortretende Merkmale zeichnermäßiger Kennzeichnung zu richten (vgl. BGH GRUR 1956, 183 [184] - Drei Punkt). Auch der Umstand, daß die Beklagte ihr Kennzeichen in einer anderen Farbe als der Kläger gebraucht, ist in diesem Zusammenhang unbeachtlich. Da das Zeichen des Klägers nicht farbig eingetragen ist, ist es für alle Farben geschützt. Die Beklagte kann sich daher nicht darauf berufen, sie verwende eine von dem geschützten Zeichen abweichende Farbe (RGZ 69, 376 [377]; RGZ 141, 110 [114]; BGH GRUR 1956, 183 - Drei Punkt).

Daß schließlich auch bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr des Zeichens der Beklagten mit dem Klagezeichen die von den Parteien geübte unterschiedliche Verpackung des Käse (Art und Bezeichnung der Kisten) und die allgemein übliche Zellophan-Packung entgegen der Annahme des Landgerichts als unerheblich auszuscheiden haben, hat das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt.

3.) Wenn Verkehrsgeltung für das Klagezeichen bzw. dessen maßgebenden Bestandteil "Goldrollen" nicht zu erweisen sein sollte, und wenn weiter sogar die Schutzunfähigkeit dieses Zeichenbestandteils wegen mangelnder Unterscheidungskraft zu bejahen wäre und daher eine Verwechslungsfähigkeit der Worte "Krell's Goldroller", die mit der Klage unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung, also in jeder Anordnung angegriffen werden, mit dem Klagezeichen nicht angenommen werden könnte, wird das Berufungsgericht noch prüfen müssen, ob der Beklagten der Gebrauch ihres Zeichens nicht wenigstens in der benutzten Ausführung (Schrägstellung des Namens links vor dem Wort "Goldroller"), in der sie es nach den vorgelegten Unterlagen tatsächlich verwendet, gemäß § 1 UnlWG zu untersagen ist. Dies kann der Fall sein, wenn anzunehmen ist, daß die Verwendung des Zeichens der Beklagten in der typischen Ausführungsform des Klagezeichens eine Täuschung über die Herkunft der Ware besorgen läßt und der Beklagten die Wahl einer anderen, die Verwechslungsfahr ausschließenden Anordnung der Worte ihrer Kennzeichnung zuzumuten ist. Die Kennzeichnung der Beklagten würde dann den Anschauungen des verständigen Durchschnittsgewerbetreibenden widersprechen und wäre nach § 1 UnlWG unzulässig. Erst recht wird sich die Anwendung des § 1 UnlWG rechtfertigen, wenn die auch nach Auffassung des Senats nicht von der Hand zu weisende Ansicht des Berufungsgerichtes zutrifft, daß die Beklagte ihr Zeichen in dem Bewußtsein und mit dem Willen wählte, damit die Möglichkeit von Verwechslungen zu schaffen und so an dem Rufe des Klagezeichens teilzunehmen.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem
Berufungsgericht zu überlassen.

Wilde Birnbach

Bock

Krüger-Nieland

Spreng