

I ZR 168/55

2508 030

Verkündet
am 5. Februar 1957
Grunau, Justizobersekr.
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma P [REDACTED] Spielwaren, Inhaber F. Pl [REDACTED], N [REDACTED],
K [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma J.A. H [REDACTED] Zwillingswerk Aktiengesellschaft,
Schneidwarenfabrik und Stahlwerk Exporthaus, S [REDACTED],
vertreten durch ihren Vorstand,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 5. Februar 1957
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. h.c. Wilde,
Dr. Krüger-Nieland, Dr. Nastelski, Dr. Christoph
und Dr. Weiß

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-
dorf vom 3. Juni 1955 wird auf Kosten der Beklagten
mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Auskunfts-
und Schadensersatzpflicht der Beklagten erst für die
Zeit vom 22. Mai 1954 ab festgelegt wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist ein bedeutendes Unternehmen der Schneidwarenindustrie. Sie unterhält auch ein Warenhaus und befaßt sich mit Export- und Importgeschäften.

Für die Klägerin sind in der Zeichenrolle des Patentamts mehrere Warenzeichen (Bildzeichen) eingetragen:

Unter Nr. 7175 die bekannte "Zwillingsmarke" mit Priorität vom 1. Mai 1875, und zwar zunächst für die Waren der Klasse 9^b (Messerschneidwaren) und am 8. August 1904 unter Nr. 71 482 außerdem für die Klasse 42, die sämtliche Waren des amtlichen Warenzeichens des Patentamts, darunter auch Spielwaren umfaßt;

unter Nr. 7130 das sogenannte Illingszeichen mit Priorität vom 11. März 1878, das eines der im Zwillingszeichen enthaltenen Männchen wiedergibt, und zwar zunächst für die Waren der Klasse 9^b und mit Wirkung vom 2. Juni 1920 unter Nr. 266 218 für alle Waren des Amtlichen Verzeichnisses;

unter Nr. 7135 der sogenannte Illing mit einer Hellebarde mit Priorität vom 4. November 1889.

Schließlich sind der Klägerin noch Drillings- und Vierlingszeichen geschützt.

Die Beklagte stellt Spielwaren aus Kunststoff her. Diese Spielwaren, ihre Verpackung und Umhüllung sowie die Geschäftspapiere der Beklagten sind teilweise mit dem sog. -Zeichen versehen. Dieses Zeichen gibt eine von vorn gesehene und mit einem Kreis umgebene, schematisch gezeichnete Männchenfigur mit gespreizten Beinen, abgewinkelten

- 3 -

Armen und rundem Kopf wieder. Dem Kreis aufgesetzt ist das in großen Buchstaben geschriebene Wort P[REMIER]; der Anfangsstrich des Anfangsbuchstabens P und der Endstrich des letzten Buchstabens M bilden die Fortsetzung der gewinkelten Arme des Männchens.

Die Klägerin erblickt in der Verwendung dieses Zeichens durch die Beklagte eine vorsätzliche Verletzung der Schutzrechte ihres Zwillings- und Illingszeichens. Das P[REMIER]-Zeichen der Beklagten weise, so macht die Klägerin geltend, die gleiche, wegen der schematisierenden und schattenrißähnlichen Darstellung des menschlichen Körpers durch geometrische Linien und Figuren besonders eigentümliche Zeichenmanier wie ihre Warenzeichen auf, so daß der flüchtige Beschauer das P[REMIER]-Zeichen mit den Zeichen der Klägerin verwechseln könne. Außerdem befürchtet die Klägerin eine Verwässerung der Kennzeichnungs- und Werbekraft ihrer Warenzeichen.

Mit der Klage hat die Klägerin beantragt, der Beklagten die zeichenmäßige Verwendung des Bildes einer stilisierten Männchenfigur mit gespreizten Beinen, abgewinkelten Armen und rundem Kopf in ihrem geschäftlichen Verkehr und in ihrer Werbung zu untersagen.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Sie stellt in Abrede, die Zeichenrechte der Klägerin zu verletzen. Bei ihrem P[REMIER]-Zeichen handle es sich, so hat sie geltend gemacht, um ein kombiniertes Wort- und Bildzeichen, in dem das Wortelement "PREMIER" überwiege. Ihr Zeichen solle einen Jongleur darstellen und weise auch sonst gegenüber dem Zeichen der Klägerin beachtliche Unterschiede auf, so daß von einer Verwechslungsgefahr keine Rede sein könne. Dabei müsse auch berücksichtigt werden, daß die Beklagte nur Spielwaren



herstelle und ein Unternehmen mit nur geringen Umsätzen sei. Deswegen könne auch weder von einer Marktverwirrung noch von einer Verwässerungsgefahr für die Zeichen der Klägerin gesprochen werden.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt.

Dagegen hat die Beklagte Berufung eingelegt. Sie hat noch geltend gemacht, daß das Illingszeichen der Beklagten ein reines Abwehrzeichen sei, somit keinen besonderen Schutz verdiene. Im übrigen hat sie sich darauf berufen, daß es noch eine große Anzahl von anderen Illingszeichen gebe.

Die Klägerin hat demgegenüber vorgetragen, daß sie das Illingszeichen tatsächlich benutze. Gegenüber den Entgegnungen der Beklagten zum Illings-Zeichen hat sie geltend gemacht, daß die vorgehaltenen Zeichen, soweit diese überhaupt im Ähnlichkeitsbereiche der Zeichen der Klägerin lägen, größtenteils nicht mehr existierten, jedenfalls aber nicht mehr benutzt würden. Außerdem würden von der Klägerin in verschiedenen Fällen auch Verhandlungen mit dem Ziele der Beseitigung dieser Zeichen geführt.

Die Klägerin hat neben der Zurückweisung der Berufung im Wege der Anschlußberufung beantragt, die Beklagte zu verurteilen, ihr Auskunft über den Umfang, in dem die Beklagte seit Klageerhebung im geschäftlichen Verkehr die von ihr geführten Waren sowie die Verpackungen mit dem beanstandeten Zeichen versehen und dieses Zeichen in der Werbung benutzt habe.

Weiter hat die Klägerin die Feststellung der Schadens-

ersatzverpflichtung der Beklagten gefordert.

Die Beklagte hat gegenüber der Anschlußberufung der Klägerin geltend gemacht, diese sei unzulässig, weil die Klägerin durch das angefochtene Urteil nicht beschwert sei. Im übrigen hat die Beklagte Klageänderung gerügt. Sachlich hat sie ein Verschulden in Abrede gestellt.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen mit der Maßgabe, daß die Verurteilung der Beklagten zur Unterlassung auf die bildliche Darstellung des angegriffenen Zeichens zu beziehen sei, und hat eine solche bildliche Darstellung des angegriffenen Zeichens in den Urteilstenor aufgenommen. Außerdem hat das Berufungsgericht der Anschlußberufung der Klägerin stattgegeben.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Landgericht dem Unterlassungsanspruch im Rahmen der §§ 24, 31 WZG stattgegeben. Es hat zunächst die Verwechslungsfähigkeit zwischen dem Zeichen der Beklagten und dem Zwilling- und Illings-Zeichen der Klägerin geprüft und diese bejaht. Nach den vom Senat aufgestellten Rechtsgrundsätzen wäre es jedoch angebracht gewesen, zuerst die Frage zu entscheiden, ob das beanstandete Zeichen der Beklagten überhaupt im Waren-gleichheitsbereich der genannten Zeichen der Klägerin liegt.

Denn die Warengleichartigkeit ist gesetzliche Voraussetzung für Ansprüche aus dem Warenzeichenrecht. Bei Abgrenzung des Warengleichartigkeitsbereiches im Sinne des Warenzeichengesetzes haben sowohl das Ausmaß der Verkehrsgeltung wie der Umfang der Verwechslungsfähigkeit der Vergleichszeichen außer Betracht zu bleiben (BGH in GRUR 1955, 487 489 - Alpha; BGHZ 19, 23 ff).

Zur Frage der Warengleichartigkeit im Sinne des Warenzeichenrechts hat sich das Berufungsgericht nicht besonders geäußert. Es hat jedoch im Rahmen der Prüfung der Verwechslungsgefahr ausgeführt, zwischen Messer und Scheren, den Haupterzeugnissen der Klägerin, einerseits und Spielwaren, die die Beklagte herstelle, andererseits, bestehe kein erheblicher Branchenunterschied. Überdies verfüge die Klägerin noch über ein Warenhaus und betreibe Export- und Importgeschäfte. Schließlich sei die Verwendung von Kunststoffen auch im Betriebe der Klägerin denkbar. Mindestens ein nicht unerheblicher Teil der Verbraucherschaft werde daher beim Anblick des angegriffenen Zeichens der Beklagten zu der Annahme geneigt sein, die Klägerin komme nunmehr auch mit Spielwaren auf den Markt, die sie dem verwendeten Material entsprechend mit dem "P [REDACTED] männchenzeichen" versehe.

Es ist, worin der Revision beizutreten ist, rechtlich nicht unbedenklich, aus den vom Berufungsgericht vorstehend angeführten Tatsachen die Warengleichartigkeit zwischen den Waren der Parteien zu folgern. Für die zeichenrechtliche Warengleichheit ist maßgeblich, ob die miteinander zu vergleichenden Waren ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und Verwendungsweise nach, insbesondere hinsichtlich ihrer regelmäßigen Fabrikations- oder Verkaufsstätten so enge Berührungspunkte

haben, daß der Schluß naheliegt, die Waren entstammten dem gleichen Geschäftsbetrieb (BGHZ 19, 23 ff). Von dieser maßgeblichen Betrachtungsweise aus kann dem Berufungsgericht nicht darin gefolgt werden, es bestehe zwischen Messern und Scheren einerseits und Spielwaren andererseits kein erheblicher Branchenunterschied. Diese Waren werden üblicherweise weder in gleichen Fabriken hergestellt noch in gleichen Verkaufsstätten vertrieben. Dem Umstand, daß diese Waren auch in Kaufhäusern, wo Waren verschiedenster Art geführt werden, angeboten werden, kommt insoweit keine entscheidende Bedeutung zu.

Ebensowenig läßt sich die Warengleichartigkeit der in Rede stehenden Waren daraus herleiten, daß ausweislich der Zeichenanmeldung der Klägerin hinsichtlich des Zwillingsszeichens das Warenverzeichnis auch Spielwaren umfaßt. Die Klägerin hat Spielwaren bisher nicht hergestellt und vertrieben. Spielwaren stellen sich danach für die Klägerin entweder als Abwehrwaren oder Vorratswaren dar. Nach ständiger Rechtsprechung des Senats (GRUR 1956, 172 1757 - Magirus - insoweit in BGHZ 19, 23 ff nicht abgedruckt) scheiden Abwehrwaren bei Prüfung der Warengleichheit aus und sind Vorratswaren insoweit grundsätzlich nicht zu berücksichtigen, wenn der Zeicheninhaber die Absicht der Ausdehnung seines Geschäftsbetriebes auf diese Waren nicht dargetan hat. Eine solche Absicht der Klägerin hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

Dasselbe gilt für die Waren des Illingszeichens, hinsichtlich dessen das Berufungsgericht dahingestellt gelassen hat, ob es sich um ein Abwehr- oder Vorratszeichen handelt. Mangels Gleichartigkeit der Waren der Beklagten mit den Waren der Klägerin scheidet demnach das Warenzeichenrecht als Anspruchsgrundlage für den Unterlassungsanspruch der Klägerin aus.

II. Mit dem Fehlen der Warengleichheit ist der Klage jedoch noch nicht der Boden entzogen. Das weltbekannte Zwillingsschildchen ist bekanntermaßen auch Kennzeichen des Unternehmens der Klägerin. Für solche Zeichen kommt nach allgemeiner Rechtsauffassung auch ein Schutz aus § 16 UnlWG und § 12 BGB in Betracht (vgl BGHZ 19, 23 ff - Magirus -; Baumbach-Hefermehl Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 7. Aufl S 960 Anm 4 und 5, 992 Anm 90). Diese Vorschriften haben weder ein Wettbewerbsverhältnis noch eine Warengleichheit zur Voraussetzung. Erforderlich bleibt aber ein schutzwürdiges Interesse des Zeicheninhabers an der Unterlassung der Benutzung der gleichen oder ähnlichen Bezeichnung durch den jüngeren Benutzer. Ein solches Interesse ist in der Regel dann als gegeben anzusehen, wenn auf Grund einer gewissen Übereinstimmung der Bezeichnungen zu befürchten ist, daß nicht ganz unbeachtliche Verkehrskreise geschäftliche Beziehungen zwischen den beiden Benutzern der Zeichen annehmen.

Die Frage der Verwechselungsfähigkeit, deren Begriff für das gesamte Kennzeichnungsrecht der gleiche ist, hat das Berufungsgericht hinsichtlich der Klagezeichen und dem Zeichen der Beklagten in Übereinstimmung mit dem Landgericht bejaht. Zutreffend geht das Berufungsgericht dabei davon aus, daß für die Frage der Verwechselungsfähigkeit der Gesamteindruck der zu vergleichenden Zeichen entscheidend sei, und zwar der Gesamteindruck, den die Zeichen auf den flüchtigen, nicht besonders aufmerksamen Durchschnittsbeschauer machen, der oft nur über ein unsicheres Erinnerungsbild verfüge und die Zeichen in der Regel auch nicht nebeneinander sehe und vergleichen könne. Zu Recht mißt das Berufungsgericht dabei auch den zu den Akten überreichten, eine Verwechselungsgefahr verneinenden Äußerungen der Kunden der Beklagten, insbesondere der der Firma W [REDACTED], sowie der Äußerung

des Flüchtlingskommissars der Vereinten Nationen eine entscheidende Bedeutung nicht bei, denn bei den für die Frage der Verwechslungsgefahr insoweit in Betracht kommenden Verkehrskreisen ist nach Lage der Sache nicht auf die Großabnehmer von Spielwaren, sondern auf das breite Publikum abzustellen. Rechtlich unbedenklich ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, daß es sich bei dem Zwillingsszeichen der Klägerin um ein sehr bekanntes und außerordentlich schlagkräftiges Zeichen handle und daß dieser Umstand es mit sich bringe, daß ein auch nur entfernter Anklang an das Zwillingsszeichen die Gedanken eines nicht unerheblichen Teiles der Verbraucherschaft darauf hinlenken und die Vorstellung an die so bezeichnete Ware der Klägerin wachrufen werde (RG in MuW 1927/28, 447 ff).

Die wesentlichen Merkmale des Zwillingsszeichens der Klägerin erblickt das Berufungsgericht unter Hinweis auf die vorangeführte Reichsgerichtsentscheidung und BGH in GRUR 1955, 577 ff, BGHZ 5, 189 ff in der besonders eigenartigen, aus geometrischen Formen und Figuren (Kreisen, Dreiecken, geraden und gewinkelten Linien) sich zusammensetzenden, in Schattenrißmanier stark schematisierenden Männchendarstellung. Im Mittelpunkt des Zeichens der Beklagten stehe, so führt das Berufungsgericht weiter aus, gleichfalls eine in geometrischen Formen und Figuren stilisierte Männchendarstellung in Schattenrißmanier. Die Männchen des Zwillingsszeichens der Klägerin und das Männchen der Beklagten würden von vorne gezeigt. Die Darstellung des Kopfes und noch mehr die des Oberkörpers sei bei beiden Zeichen nahezu identisch. Die Beine seien auseinandergespreizt. Allerdings weise das Zeichen der Beklagten gewisse Verschiedenheiten in der bildlichen Ausgestaltung gegenüber dem Zwillingsszeichen der Klägerin auf, diese seien jedoch für den flüchtigen Beschauer nicht geeignet,

die Verwechslungsgefahr mit dem Zwillingsszeichen auszuräumen. Das gelte auch für den Umstand, daß das Zwillingsszeichen der Klägerin zwei Männchen, das Zeichen der Beklagten aber nur ein Männchen zeige. Das falle dem flüchtigen Beschauer weniger auf als die Tatsache, daß hier wie dort eine durch die Benutzung von geometrischen Formen und Figuren sowie Strichen stilisierte und geradezu "karikierte" Männchendarstellung vorliege.

Ebensowenig werde der Gesamteindruck der beiden Zeichen auf den flüchtigen Beschauer dadurch beeinflußt, daß bei dem Zeichen der Beklagten die Arme des Männchens anders gewinkelt und dessen Beine dicker seien, und daß die Beklagte - im Gegensatz zum Zwillingsszeichen - das Männchen in einen Kreis stelle. Die letztgenannte Abweichung sei nur eine übliche Verzierung oder Umrahmung, die bei Prüfung der Verwechslungsgefahr unberücksichtigt bleiben müsse (BGH in GRUR 1955, 91 ff = BGHZ 14, 15 ff - Römer; RG in GRUR 1935, 171 [174]). An dem wesentlichen Gesamteindruck des Zeichens der Beklagten könne sich, so fährt das Berufungsgericht fort, auch dadurch nichts ändern, daß es sich bei diesem Zeichen um ein kombiniertes Wort- und Bildzeichen handle; denn das Wort "P[REMIER]" weise bewußt auf den Kunststoff, nämlich den der plastischen Massen hin, der immer häufiger in der Spielwarenindustrie wie auch in der Gebrauchswarenindustrie Verwendung finde. Die betreffenden Verkehrskreise oder jedenfalls ein nicht unerheblicher Teil von ihnen sehe die Bezeichnung "P[REMIER]" nicht als den Namen eines bestimmten Unternehmens an, sondern fasse ihn als Hinweis auf den Stoff auf, aus dem die so gekennzeichneten Spielwaren beständen. Auch rein bildlich gesehen verändert nach Auffassung des Berufungsgerichts der Wortzusatz "P[REMIER]" den Gesamteindruck nicht in einer die Verwechslungsgefahr mit dem Zwillingsszeichen ausschließenden Weise.

Der flüchtige Beschauer, so führt das Berufungsgericht weiter aus, werde in erster Linie die auch im Mittelpunkt des Zeichens der Beklagten stehende in Schattenrißmanier stark schematisierende Männchendarstellung sehen und in sich aufnehmen. Das Wort "P■■■■■" werde ihn, weil es eine Gattungsbezeichnung sei, wenig berühren und jedenfalls nicht den Eindruck verwischen, daß der Geschäftsbetrieb, aus dem die mit dem angegriffenen Zeichen versehene Ware stamme, mit dem der Klägerin identisch sein oder doch zum mindesten zu dem der Klägerin in irgend einer Beziehung stehen könne. Unerheblich sei es auch, ob die Beklagte mit ihrem Zeichen einen Jongleur, der mit den Buchstaben "P■■■■■" spiele oder diese trage, darstellen wolle. Nur wenige Betrachter des angegriffenen Zeichens würden auf diesen Gedanken kommen. Dasselbe gelte auch für den Hinweis der Beklagten, daß ihr Männchen mit einer Hose bekleidet sei.

Diese im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet liegenden Darlegungen des Berufungsgerichts weisen einen entscheidungsbedeutsamen Rechtsirrtum nicht auf.

Zu Unrecht macht die Revision geltend: das Berufungsgericht habe gerade dem typischen Merkmal des Zwillingsszeichens, nämlich der Nebeneinanderstellung und Verbindung zweier gleichartiger Figuren sowie ihrer Verbindung durch teilweise Vereinheitlichung der Gliedmaßen nach Art der Siamesischen Zwillinge keine Rechnung getragen; auch in der oben angeführten Reichsgerichtsentscheidung (MuW 1927/28, 447) und der Entscheidung des BGH (BGHZ 5, 189) sei als wesentliches charakteristisches Merkmal des Zwillingsszeichens die Doppelfigur neben der Art der Darstellung der Figur herausgestellt worden. Es ist zwar richtig, daß in den genannten Entschei-

dungen als charakteristische Merkmale des Zwillingszeichens die Doppelstellung der Figur und die Darstellungsart der Einzelfigur angeführt worden sind. Das schließt aber nicht aus, daß dem flüchtigen Beschauer die eigenartige Darstellung der einzelnen Männchenfigur als das beherrschende Hauptelement des Zeichens in Erinnerung bleibt. Davon sind auch die vorangeführten Entscheidungen ausgegangen. Daß trotz des Nebeneinanderstehens von zwei Figuren der Gesamteindruck des Bildzeichens durch die Art der Einzelfigur bestimmt sein kann, hat der Senat bereits früher ausgesprochen (vgl. LM-WZG § 31⁽¹⁾ - Störche).

Weiter beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe das in den angezogenen Entscheidungen als zweites charakteristisches Merkmal herausgestellte Kennzeichen des "karikierten" Männchens willkürlich abgeändert in eine schematisierte bzw. stilisierte Männerdarstellung. Eine schematisierte oder stilisierte Männerdarstellung brauche, so meint die Revision, noch längst kein karikiertes Männchen zu sein. Das, wodurch der Eindruck einer Karikatur bei dem Zwillingszeichen der Klägerin erweckt werde, sei in erster Linie, wenn auch nicht ausschließlich, die starre und gegensätzlich gerichtete Winkelung der Arme und Beine. Gerade diese Arm- und Beinwinkelung sei jedoch bei dem Zeichen der Beklagten nicht vorhanden. Auch dieser Rüge kann kein Erfolg zuteil werden. Das Berufungsgericht ist hinsichtlich des Zwillingszeichens von einem karikierten Männchen ausgegangen, was daraus hervorgeht, daß es beim Vergleich der streitigen Männchendarstellungen die Männchendarstellung im Zeichen der Beklagten als geradezu karikiert bezeichnet. Ob diese Kennzeichnung ihrer begrifflichen Bedeutung nach zutreffend ist, was die Revision ebenfalls in Zweifel zieht, ist nicht entscheidend. Maßgebend ist allein die Art der Darstellung

der streitigen Figuren, gleichgültig, ob sie mit dem Wort "karikiert" zutreffend gekennzeichnet ist. Die Art der Darstellung hat aber das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei gewürdigt und es hat sich auch mit den von der Beklagten geltend gemachten Unterschieden in der Darstellungsart der Figuren in ausreichender und rechtlich nicht zu beanstandender Weise auseinandergesetzt. Dies gilt auch, soweit das Berufungsgericht angenommen hat, daß nur wenige Betrachter des Warenzeichens der Beklagten auf den Gedanken kämen, daß das Männchen im Zeichen der Beklagten einen Jongleur darstelle, der mit den Buchstaben "P[REDACTED]" spiele oder diese trage. Diese Deutung des Zeichens der Beklagten verstößt entgegen der Meinung der Revision in keiner Weise gegen den offenkundigen Sinn der Darstellung oder die Denkgesetze.

Für die Frage der Verwechselungsgefahr ist entgegen der Auffassung der Revision auch nicht von wesentlicher Bedeutung, daß die Beklagte das Wort "P[REDACTED]" in ihrer Firma führt. Denn, wie sich aus dem zu den Akten überreichten Verpackungsmaterial der Spielwaren der Beklagten ergibt, tritt auf diesem die Firma der Beklagten nicht in Erscheinung. Es ist also kein Anhalt dafür gegeben, daß das große Publikum, das als maßgeblicher Abnehmerkreis für Spielwaren in Frage kommt, einer Irrtumsgefahr auf Grund der Männchendarstellung deshalb nicht unterliegen wird, weil es in dem Wort "Plasticum" einen klaren Hinweis auf das Unternehmen der Beklagten erblickt. Dadurch erledigt sich auch die in diesem Zusammenhange erhobene Verfahrensrüge aus 286 ZPO, mit der die Nichtberücksichtigung des Wortes "P[REDACTED]" als Firmenbestandteil der Beklagten durch das Berufungsgericht beanstandet wird. Unbegründet ist auch die weitere Verfahrensrüge aus § 139 ZPO, die dahin geht, daß die Beklagte bei Ausübung der richterlichen Fragepflicht vorgetragen haben würde, das

Patentamt sehe die Bezeichnung "Plastico" nicht als Beschaffenheitsangabe an, sondern habe sie als Wortzeichen für eine Firma eingetragen. Denn hier geht es nicht um die Frage, ob Plastico in Alleinstellung ausreichende Unterscheidungskraft besitzt, sondern darum, welche Bedeutung dem Wort "P" in der vorliegenden Zusammensetzung zukommt.

Für die Beurteilung der Verletzungsgefahr im vorliegenden Falle kann es nicht entscheidend in Betracht kommen, daß das Reichsgericht im Falle des Fischermännchens eine Verwechselungsgefahr mit dem Klagezeichen abgelehnt hat, obwohl, wie die Revision meint, die Winkelung des linken Armes und der Beine des dargestellten Männchens der des Zwillingsszeichens der Klägerin sehr nahe komme. Denn diese Entscheidung beruht, wogegen Bedenken nicht bestehen, darauf, daß durch die Beifügung des Fisches im Zeichen der damaligen Beklagten ein wesentlich anderer Gesamteindruck der Männchendarstellung der Klägerin hervorgerufen worden ist.

Ebenso ist es rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht den Einwand der Beklagten nicht hat durchdringen lassen, daß die Kennzeichnungskraft der Einzelmännchendarstellung der Klägerin durch eine große Anzahl von Männchendarstellungen, die von den verschiedensten Firmen als Warenzeichen benutzt würden, geschwächt worden sei. Bei Prüfung der von der Beklagten zum Nachweise dieses Einwandvorbringens vorgelegten Nachsuchliste von 17 Blättern ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, daß von den darin aufgeführten Einzelmännchen-Zeichen anderer Firmen kein Zeichen der Doppel- oder Einzeldarstellung des Männchens der Klägerin ähnele. In den angeführten Fällen seien die Männchendarstellungen selbst bereits wesentlich anders und jedenfalls durch weitere Bildelemente oder unterscheidungskräftige

Wortbestandteile so abgewandelt, daß ein wesentlich anderer Gesamteindruck geschaffen werde, als ihn das Zeichen der Beklagten erwecke. Dabei ergäben jene Darstellungen, daß es sehr wohl möglich sei, die menschliche Figur stilisiert darzustellen, ohne das Zeichen so auszugestalten, daß es mit dem "Zwilling" oder "Illing" der Klägerin verwechselt werden könne. Außerdem habe die Beklagte gegenüber dem substantiierten Gegenvorbringen der Klägerin, die ihr entgegengehaltenen Zeichen beständen größtenteils nicht mehr oder würden jedenfalls kaum verwandt, nicht auszuführen vermocht, daß auch nur eines der dem Zeichen der Klägerin möglicherweise ähnlichen Gegenzeichen in nennenswertem Umfang benutzt werde und so die Kennzeichnungskraft der Zeichen der Klägerin einschränke. Das gelte insbesondere für das einer in Dresden domizilierten Firma zustehende Warenzeichen, das ein stilisiertes Männchen darstelle, welches ein Zahnrad hochsterme und das am ehesten noch eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Illingszeichen der Klägerin und darüber hinaus in verstärktem Maße mit dem Zeichen der Beklagten aufweisen möge.

Die Revision vermißt in diesen Darlegungen des Berufungsgerichts zunächst eine ausreichende Begründung für die Annahme des Berufungsgerichts, daß die einzelnen Zeichen der Nachsuchliste dem Männchenzeichen der Klägerin nicht ähnlich seien. Sie meint unter näherer Anführung einzelner Zeichen, daß diese der Einzelmännchendarstellung der Klägerin sehr nahe kämen. Diese auf § 286 ZPO gestützte Rüge kann schon deswegen keinen Erfolg haben, weil die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Beklagte ihrer Darlegungs- und Beweispflicht hinsichtlich der Benutzung der entgegengehaltenen Zeichen nicht nachgekommen sei, rechtlichen Bedenken nicht unterliegt. Wer behauptet, daß die Kennzeichnungskraft eines Zeichens durch ähnliche Zeichen geschwächt worden sei, ist für die

Benutzung dieser Zeichen sowie für den Umfang der Benutzung darlegungs- und beweispflichtig (BGH GRUR 1955, 579 [582]). Dieser Darlegungs- und Beweispflicht hat die Beklagte nicht genügt. Die Klägerin hatte in ihrem Schriftsatz vom 29. April 1955 unter Ziff V nicht nur die Verwechslungsfähigkeit der entgegengehaltenen Zeichen, sondern auch deren Benutzung bestritten und unter näherer Darlegung vorgetragen, daß die größte Zahl der angeführten Zeichen nicht mehr in der Zeichenrolle eingetragen und daß eine Benutzung der übrigen Zeichen nicht zu ermitteln sei. Demgegenüber hätte die Beklagte die Benutzung der einzelnen Zeichen unter Beweisantritt näher darlegen müssen. Dies ist nicht geschehen. Die unter Berufung auf eine Auskunft des Schutzmarkendienstes, Archivgesellschaft, Hamburg, aufgestellte Behauptung, daß die entgegengehaltenen Zeichen benutzt würden, reicht insoweit nicht aus. Entgegen der Auffassung der Revision begründet die Eintragung eines Warenzeichens noch keine Vermutung für seine Benutzung.

Soweit die Revision in diesem Zusammenhange Verletzung der richterlichen Fragepflicht durch das Berufungsgericht geltend macht mit der Begründung, die Beklagte habe nach der bisherigen Rechtsprechung (Hinweis auf RG in MuW 1922/23, 110) davon ausgehen können, daß sie ihrer Behauptungs- und Darlegungspflicht mit der Überreichung der Aufstellung der eingetragenen Warenzeichen genügt habe und daß es Sache der Klägerin gewesen wäre, die Nichtbenutzung dieser Zeichen zu beweisen, so kann auch dieser Rüge kein Erfolg zuteil werden. Es ist zwar richtig, daß die erwähnte Entscheidung des Senats in GRUR 1955, 579 [582], in der ausgesprochen ist, daß die Darlegungs- und Beweispflicht für die Benutzung und den Umfang der Benutzung ähnlicher Zeichen den treffe, der eine Schwächung der Kennzeichnungskraft eines Zeichens behaupte, erst nach Erlass des angefochtenen Urteils ergangen ist. Die

in der vorangeführten früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts vertretene gegenteilige Meinung war jedoch bereits seit langem im Schrifttum und in der obergerichtlichen Rechtsprechung fast einhellig abgelehnt worden (vgl Reimer Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 3. Aufl Kap 22 Anm 6 mNachw; Baumbach-Hefermehl aaO 6. Aufl Anm 5 H zu § 31 WZG). Bei dieser Sach- und Rechtslage bestand für das Berufungsgericht kein begründeter Anlaß, die Klägerin zur Stellung entsprechender Beweisanträge hinsichtlich der Benutzung und des Umfanges dieser Benutzung der einzelnen Zeichen aufzufordern.

Für die Frage der Verwechslungsgefahr der angegriffenen Bezeichnung mit dem Firmenkennzeichen der Klägerin ist, was das Berufungsgericht ebenfalls nicht verkannt hat, auch von Bedeutung, in welchem Abstand die von den Parteien hergestellten und vertriebenen Waren zueinander stehen; denn bei wirtschaftlich weit voneinander entfernten Arbeitsgebieten der sich gegenüberstehenden Firmen wird eine verwechslungsfähige Bezeichnung nach der Lebenserfahrung seltener zu einer Irreführung des Publikums führen (BGH GRUR 1954, 457 - Irus-Urus). Das Berufungsgericht nimmt, wie bereits oben in anderem Zusammenhang angeführt, an, daß die Absatzwege der Parteien nicht weit voneinander entfernt lägen. Dies folgert es daraus, daß Messer und Scheren, die Haupterzeugnisse der Klägerin einerseits sowie Spielwaren andererseits auch in Warenhäusern vertrieben würden und daß die Beklagte selbst ein Warenhaus besitze. Ob diesem Gesichtspunkt uneingeschränkt beizupflichten ist, kann dahinstehen. Denn jedenfalls ist die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Verwendung von Kunststoffen auch im Betriebe der Klägerin denkbar sei, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Für diese Annahme spricht auch, daß nach der Lebenserfahrung die Griffe von Messern häufig aus Kunststoffen hergestellt werden. Nach der Auffassung des

Berufungsgerichts wird mindestens ein nicht unerheblicher Teil der Verbraucherschaft beim Anblick des angegriffenen Zeichens der Beklagten zu der Annahme geneigt sein, die Klägerin komme nunmehr auch mit Spielwaren auf den Markt, die sie dem verwendeten Material entsprechend mit dem P-
-Männchen-Zeichen versehe. Diese Feststellung ist gleichfalls rechtlich nicht angreifbar. Bei alledem ist zu berücksichtigen, daß es sich bei dem Zwillingssymbol der Klägerin um ein Firmenzeichen mit besonders starker Kennzeichnungskraft handelt. Bei solchen Kennzeichnungen liegt aber die Verwechslungsgefahr besonders nahe.

Nach alledem ist der Unterlassungsanspruch der Klägerin aus § 16 UnlWG gerechtfertigt.

III. Grundlage für den Schadensersatzanspruch der Klägerin ist nach den Ausführungen zu I und II nicht das Warenzeichenrecht, sondern § 16 UnlWG. Die vom Berufungsgericht gegebene Begründung für die Zuerkennung des Schadensersatzanspruchs greift im wesentlichen aber auch hier Platz. Rechtlich unbedenklich bejaht das Berufungsgericht eine Schadensersatzverpflichtung der Beklagten mindestens aus dem Gesichtspunkte der Fahrlässigkeit. Die Beklagte habe, so führt das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum aus, bei Anwendung der von ihr als kaufmännischem Unternehmen zu verlangenden Sorgfalt wissen müssen, daß viele Firmen ihre Ware durch besondere Warenzeichen schützten, und daß der Schutz eingetragener Warenzeichen sich nicht nur auf völlig identische, sondern auch auf verwechselungsfähige Zeichen erstreckte.

Es könne auch angenommen werden, daß der Beklagten das Zwillingszeichen der Klägerin bekannt gewesen sei. Jedenfalls sei sie durch Schreiben der Klägerin vom 21. Januar 1954 auf dieses Zeichen der Klägerin und deren umfassenden Schutz hingewiesen worden. Die Beklagte habe sich demgegenüber aber gleichgültig verhalten und sei auch, wie ihr Schriftsatz vom 5. Mai 1955 ergebe, nicht bemüht gewesen, sich durch sachkundigen Rat von der Richtigkeit ihres Vorgehens zu überzeugen. Spätestens von dem Zeitpunkt der am 22. Mai 1954 erhobenen Klage ab handele sie fahrlässig. Den Auskunftsanspruch der Klägerin hält das Berufungsgericht entsprechend der ständigen Rechtsprechung für begründet, da die Klägerin über das Ausmaß der Verletzungshandlungen der Beklagten nur auf diese Weise sich Gewißheit verschaffen könne.

Hinsichtlich des Beginns der Schadensersatzpflicht und der Auskunftspflicht der Beklagten ist dem Berufungsgericht im Urteilstenor insofern ein Irrtum unterlaufen, als es darin auf den 22. März 1954 abgestellt hat, obwohl die Klägerin Schadensersatz und Auskunft erst für die Zeit vom Tage der Klageerhebung gefordert hat, und diese Klagezustellung nach den Ausführungen des Berufungsgerichts zutreffend auf den 22. Mai 1954 anzunehmen ist.

Mit dieser Maßgabe war die Revision der Beklagten als unbegründet zurückzuweisen mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO.

Wilde

Krüger-Nieland

Nastelski

Christoph

Weiß

B e s c h l u ß

In Sachen

der Firma Plasticum-Spielwaren, Inhaber F. Plawner, Nürnberg,
Kirchgartenstraße 5,

Beklagten und Revisionsklägerin,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Greuner -

g e g e n

die Firma J.A. Henckels Zwillingswerk Aktiengesellschaft,
Schneidwarenfabrik und Stahlwerk Exporthaus, Solingen,
vertreten durch ihren Vorstand,

Klägerin und Revisionsbeklagte,
- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Keil -

wird das Urteil des Senats vom 5. Februar 1957
gemäß § 319 ZPO wegen offensichtlicher Unrichtigkeit dahin
berichtigt, daß

in den Entscheidungsgründen auf Seite 17 Zeile 8
unten anstatt "Beklagte" zu setzen ist "Klägerin".

Karlsruhe, den 29. März 1957

Der Bundesgerichtshof
Erster Zivilsenat

Wilde

Christoph