

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 180/79

URTEIL

Verkündet
am 9. Oktober 1981
Schwarz,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der E[REDACTED] GmbH & Co. KG, gesetzlich vertreten durch ihre
persönlich haftende Gesellschafterin E[REDACTED] GmbH, diese
wiederum gesetzlich vertreten durch ihre Geschäftsführer
Dr. Karl-Heinz G[REDACTED] und Dipl.Kaufmann Wolfgang S[REDACTED],
sämtlich: L[REDACTED]straße [REDACTED] B[REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dres. [REDACTED] und
[REDACTED] -

gegen

die B[REDACTED] AG, gesetzlich vertreten durch ihre Vorstands-
mitglieder Fritz B[REDACTED] und Dipl.Kaufmann Helmut B[REDACTED],
sämtlich: A[REDACTED]straße [REDACTED], S[REDACTED] 1,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Oktober 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Alff, Dr. Merkel, Dr. Zülch und Dr. Erdmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Düsseldorf vom 18. Oktober 1979 wird
auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin ist Inhaberin des am 27. Januar 1977 angemeldeten, am 20. Oktober 1977 mit der Nr. 963 813 in die Warenzeichenrolle für "Schirme und deren Teile" eingetragenen Wortzeichens "KLIX".

Die Beklagte befaßt sich in erster Linie mit dem Vertrieb von Kaffee, bietet jedoch auch einzelne Artikel aus anderen Branchen an. Bei der Werbung für den Vertrieb von Taschenschirmen hat sie die Worte "KLICK AUTOMATIK" verwendet, - meist in zwei Zeilen mit unterschiedlicher Schriftgröße geschrieben, gelegentlich auch "Klick-Automatik" - meist in Verbindung mit größeren roten Kreisflächen mit gezacktem Rand.

Die Klägerin hat in der Verwendung des Wortes "Klick" eine Verletzung ihres Warenzeichens "KLIX" gesehen und beantragt,

- 3 -

der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr in der Werbung für Schirme und/oder in Verbindung mit dem Vertrieb von Schirmen die Bezeichnung "Klick" warenzeichenmäßig zu benutzen.

Die Klägerin hat weiter beantragt, die Beklagte zur Rechnungslegung über den Umfang dieser Handlungen zu verurteilen und ihre Schadensersatzpflicht festzustellen.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt und die Zulässigkeit des Klageantrags im Hinblick auf den Gebrauch des Wortes "warenzeichenmäßig" in Zweifel gezogen. Das Wort "KLICK" habe sie nicht warenzeichenmäßig, sondern nur in Verbindung mit dem weiteren Wort "AUTOMATIK" warenbeschreibend für die Schirmautomatik benutzt. "KLICK" sei im übrigen mit dem Zeichen "KLIX" der Klägerin nicht verwechslungsfähig.

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klageantrag verurteilt. Die Beklagte hat mit der Berufung ihren Klagabweisungsantrag weiterverfolgt und zusätzlich geltend gemacht, das Klagebegehren sei bereits in dem Rechtsstreit 12 O 44/78 LG Wuppertal anderweit rechtshängig.

Die Klägerin hat in der Berufungsinstanz beantragt,

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß es in Ziff. 1 des Urteilstenors statt "warenzeichenmäßig zu benutzen" heißen solle: "in der nachfolgend wiedergegebenen Art zu benutzen" und daß sich die in den Urteilsausspruch des Berufungsgerichts (BU 3 - 7) aufgenommenen Werbungsbeispiele anschließen sollten.



Das Oberlandesgericht hat die Berufung mit dieser Maßgabe zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Zur Frage der Rechtshängigkeit führt das Berufungsgericht aus, in dem Parallelrechtsstreit 12 O 142/78 LG Wuppertal habe die Klägerin zwar gleiche Werbungsformen der Beklagten angegriffen wie in dem vorliegenden Verfahren. Die Streitgegenstände der Verfahren stimmten aber nicht überein. In jenem Rechtsstreit klagte die Klägerin wegen der Verletzung anderer Warenzeichen - mit roten Kreisflächen unterschiedlicher Größe und unterschiedlicher Beschriftung - gegen die Benutzung einer roten kreisförmigen Farbfläche mit gezacktem Rand durch die Beklagte; die Verurteilung habe nur die Benutzung der Farbfläche betroffen und sei von deren Beschriftung unabhängig. Dagegen greife die Klägerin im vorliegenden Verfahren aus dem Wortzeichen 963 813 allein den Gebrauch des Wortes "KLICK" an, und zwar unabhängig von der Mitbenutzung einer roten Kreisfläche mit gezacktem Rand.

Das wird von der Revision ohne Erfolg als rechtsfehlerhaft gerügt. Allerdings ist, worauf die Revision abstellt, in beiden Verfahren die gleiche von der Beklagten verwendete Werbegravur in den Klageantrag aufgenommen worden (rote Kreisfläche mit gezacktem Rand, Inschrift: KLICK-AUTOMATIK Knopf-

druck genügt. Aufgespannt mit einer Hand). Daraus folgt aber nicht, wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, die Identität der Streitgegenstände. Im Verfahren 12 O 142/78 LG Wuppertal lautet der Klageantrag, "... zu unterlassen... eine rote kreisförmige Farbfläche mit gezacktem Rand in der nachfolgend wiedergegebenen Art zu benutzen, wobei diese Darstellung eine unterschiedliche Größe haben und die Beschriftung anders lauten kann: ... (folgt Wiedergabe der oben angegebenen Graphik)". Aus der Maßgabe, daß die Beschriftung anders lauten könne, folgt, daß nicht diese, insbesondere auch nicht das Wort "KLICK" als solches von dem Verbot umfaßt sein soll, sondern daß sich der Streitgegenstand auf die rote kreisförmige Farbfläche mit einem beliebigen Text beschränkt. Die Abbildung dient nur als ergänzende Verdeutlichung der im Antrag als Streitgegenstand mit Worten beschriebenen roten Kreisflächen. Die Verwendung des Wortes "KLICK" hat dabei lediglich - durch die tatsächliche Verwendung nahegelegten - Beispielscharakter für eine beliebige Beschriftung. Zwar würde eine Verurteilung nach diesem Antrag der Verwendung der Graphik einschließlich des Wortes "KLICK" entgegenstehen; dies aber hinsichtlich dieses Wortes nur wegen der Verbindung mit der roten Kreisfläche. Im hier vorliegenden Verfahren ist durch das Berufungsurteil antragsgemäß untersagt worden, die Bezeichnung "KLICK" 'in der nachstehend **wiedergegebenen Art zu benutzen, und daß sich die nachfolgenden Werbebeispiele 1 - 6 anschließen'** (darunter Nr. 4 als identisch mit der Abbildung im vorerörterten Verfahren). Die Verwendung der gleichen Abbildung dient auch in diesem Falle, wie im Urteils-tenor ausdrücklich hervorgehoben, als "Werbebeispiel". Die Abbildung ist also nicht als solche der Streit-

gegenstand, sondern dient nur zu dessen Verdeutlichung, so daß das Berufungsgericht unbeschadet der übereinstimmenden Abbildungen die Streitgegenstände beider Verfahren als nicht identisch ansehen durfte.

II. Die Revision rügt ferner, das Berufungsgericht habe zu Unrecht die Verwendung des Wortes "KLICK" in den genannten Werbemitteln als warenzeichenmäßige Benutzung beurteilt, in Wahrheit handele es sich dabei lediglich um warenbeschreibende Angaben. Das Berufungsgericht hat insoweit ausgeführt, sowohl an den Schirmen als auch in der angegriffenen Werbung benütze die Beklagte "KLICK" als das einzige Wort, das als Herkunftshinweis aufgefaßt werden könne. Das Wort "AUTOMATIK" werde durchweg verstanden als Hinweis darauf, daß sich die Schirme auf Knopfdruck selbsttätig öffneten. Dabei handele es sich für den Durchschnittsabnehmer um eine Beschaffenheitsangabe. In dem Zusatz "KLICK" dagegen werde ein Herkunftshinweis gesehen. Er werde insbesondere nicht als Beschreibung des Schirms oder dessen Automatik verstanden, denn das beim Öffnen und Schließen eines Schirms und insbesondere eines Automatikschirms auftretende Geräusch sei so alltäglich, daß es in der Regel gar nicht wahrgenommen und selbst beim Betrachten der angegriffenen Bezeichnung kaum bewußt werde. Wenn die Revision demgegenüber ausführt, der Verkehr verstehe unter "KLICK AUTOMATIK" einen Schirm, dessen Öffnungsvorrichtung durch einfachen Knopfdruck ausgelöst werde und bei deren Betätigung der Schirm sich mit einem kurzen metallischen Geräusch aufspanne, also warenbeschreibend wirke, so versucht sie in revisionsrechtlich nicht zulässiger Weise ihre eigene Wertung an die Stelle einer rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellung des

Berufungsgerichts zu setzen. Zumindest hinsichtlich eines nicht unbeachtlichen Teils des Verkehrs durfte das Berufungsgericht davon ausgehen, daß das Wort "KLICK" in dem gegebenen Zusammenhang als Herkunftshinweis aufgefaßt werden kann. Soweit die Revision dahin zu verstehen sein sollte, daß das Berufungsgericht den Begriff der warenzeichenmäßigen Benutzung zu weit ausgelegt habe, kann ihr nicht zugestimmt werden. Seine Definition, es liege eine solche Benutzung vor, wenn eine Bezeichnung so gebraucht werde, daß der unbefangene Durchschnittsbetrachter annehme oder annehmen könne, das Zeichen diene zur Unterscheidung der so gekennzeichneten Waren von gleicher oder gleichartiger anderer Herkunft, steht mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes im Einklang (vgl. z.B. BGHZ 8, 202, 206 - Kabel-Kennstreifen; GRUR 1974, 74, 76 Trumpf m.w.N.).

Schließlich durfte das Berufungsgericht im Streitfall auch ohne die beantragte Verkehrsbefragung die seiner Entscheidung zugrundegelegte Feststellung treffen. Denn die Richter gehörten bei den hier in Rede stehenden Waren zu den angesprochenen Verkehrskreisen und beson-

dere Umstände, die gleichwohl eine solche Befragung erforderlich erscheinen lassen könnten, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

v. Gamm

Alff

Merkel

Zülch

Erdmann