

Gesetz: WZG §§ 15, 24, 25, 31.

Rechtssatz:

1. Zieht die Verwendung eines Ausstattungselementes notwendig die Verletzung des Ausstattungsrechtes eines anderen nach sich - sei es, weil das Ausstattungselement dazu nötigt, Zutaten zu benutzen, die die Verwechslungsgefahr begründen, sei es, weil das Ausstattungselement selbst Verkehrsgeltung in dem Sinne genießt, daß es - ohne Rücksicht auf andere hinzutretende Ausstattungselemente - für sich allein als Kennzeichen für die Waren des Ausstattungsberechtigten angesehen wird, - so bedeutet die Benutzung dieses Ausstattungselementes (hier: durch Lieferung leerer nichtetikettierter Likörflaschen besonderer Gestaltung an den Hersteller von Likör) eine selbständige Störung des fremden Ausstattungsbesitzes. Läßt sich das Ausstattungselement (die leere nichtetikettierte Flasche) auch für eine Aufmachung verwenden, die in den Schutzbereich der Ausstattung des anderen nicht eingreift, so kann sich die Lieferung dieses Ausstattungselementes als Beihilfe zu der Verletzungshandlung eines Dritten erweisen, wenn im Einzelfalle der Dritte (Abnehmer) das Element für eine Aufmachung verwendet, die das Ausstattungsrecht des anderen verletzt (Bestätigung von RG GRUR 1934, 123 - Benediktiner-Flasche MuW 1929, 378 (379)).
2. Ein Bildzeichen kann auch durch die körperliche Wiedergabe des bildlich dargestellten oder eines damit verwechslungsfähigen Gegenstandes verletzt werden, sofern diese körperliche Wiedergabe zeichenmäßig, also in der Weise benutzt wird, daß der Verkehr sie als Hinweis auf einen bestimmten Betrieb ansieht (Bestätigung von RGZ 155, 108 (115), 374 (377)). Voraussetzung ist dafür, daß die körperliche Wiedergabe des Gegenstandes kennzeichnungskräftig ist.

I. ZR 208/53

Urteil des BGH vom 18. November 1955

LG München

OLG München

{ 12112 1956 128

V e r k ü n d e t
am 18. November 1955
Grunau, Justizoberse-
kretär als Urkundsbe-
amter der Geschäfts-
stelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma E. [REDACTED] Kloster-Liqueur GmbH, M. [REDACTED], vertreten
durch den Geschäftsführer Carl S. [REDACTED], Kaufmann, M. [REDACTED],
I. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

die Firma E. & A. B. [REDACTED], vorm. Gustav V. [REDACTED], N. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 18. November 1955 unter Mitwirkung der Bundesrich-
ter Dr. h.c. Wilde, Dr. Nastelski, Dr. Christoph, Dr. Weiß und
Dr. Nörr

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das den Parteien
am 3. Juli 1953 zugestellte Urteil des 6. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts München aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entschei-
dung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

21

- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin vertreibt den im Benediktinerkloster Ettal hergestellten "Original Ettaler^{Kloster-}Liqueur", der schon seit langer Zeit in länglichen, flachen Flaschen mit steil abfallenden Schultern, seitlichen Ausbuchtungen über dem Flaschenfuß, Vertiefungen, Einprägungen und Einblasungen auf der Vorder- und Rückseite auf den Markt gelangt. Sie ist eingetragene Inhaberin des am 3. Juni 1926 angemeldeten und am 23. September 1926 für Bier, Wein und Spirituosen eingetragenen Warenzeichens Nr 357 277, das die zeichnerische Darstellung der Vorder- und Rückansicht einer solchen Flasche enthält, auf der Vertiefungen sowie ein Siegelwulst angedeutet sind. Das Warenzeichen ist seit dem 26. Mai 1940 unter Nr 103 652 international registriert.

Die Beklagte, die einen Flaschengroßhandel betreibt, gab im März 1951 eine Preisliste heraus, in der sie u.a. auch "Ettaler Kloster-Likörflaschen" anbot. Die Klägerin machte deswegen in einem früheren Rechtsstreit Ansprüche auf Unterlassung, Rechnungslegung und Auskunfterteilung geltend. Im Termin vom 4. Januar 1952 ließ die Beklagte erklären, sie habe nie Ettaler Kloster-Likörflaschen geliefert oder in den Verkehr gebracht; sie verpflichtete sich zur Meidung einer Vertragsstrafe, auch künftig keine Ettaler Kloster-Likörflaschen oder mit diesen verwechslungsfähige Flaschen feilzuhalten oder in den Verkehr zu bringen und die Bezeichnung "Ettaler Kloster-Likörflaschen" nicht mehr in ihren Preislisten zu verwenden. Die Klägerin nahm die Erklärungen der Beklagten an, die Parteien erklärten darauf die Hauptsache für erledigt und stritten nur noch wegen der Kosten.

Nach Abschluß dieses Prozesses wandte sich die Klägerin gegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

die sogenannten F [REDACTED]- und B [REDACTED]-Flaschen, die sich nur geringfügig in den Abmessungen, nicht in der Form voneinander unterscheiden. Es handelt sich um längliche Flachflaschen mit weniger steil abfallenden Schultern, sich verbreiterndem Flaschenkörper und einer kantig abgesetzten Verbreiterung über dem Flaschenfuß. Als die Klägerin die Neustädter Glashüttenwerke W [REDACTED] & S [REDACTED] in S [REDACTED] aufforderte, die Herstellung dieser Flaschen zu unterlassen, und die Likörfabrik F [REDACTED] in H [REDACTED] verwarnte, solche Flaschen zu verwenden, teilte die Beklagte der Klägerin am 6. Oktober 1952 folgendes mit:

"Nachdem Sie uns schon länger und nunmehr auch unseren Kunden laufend Schwierigkeiten bereiten betr. Lieferung von F [REDACTED]-Flaschen, teilen wir Ihnen mit, daß wir die Lieferungen dieser Flasche vorübergehend eingestellt haben, bis diese Angelegenheit von höherer Stelle endgültig geprüft ist. Vorsorglich machen wir Sie jedoch darauf aufmerksam, daß wir Sie für alle uns bereits entstandenen Schäden und für die noch entstehenden Schäden haftbar machen."

Die Klägerin hat behauptet, die Beklagte habe die sogenannten F [REDACTED]- und B [REDACTED]-Flaschen bis zu diesem Zeitpunkt vertrieben. Sie ist der Auffassung, die Beklagte habe dadurch vertragliche Pflichten verletzt, in ihre Warenzeichen- und Ausstattungsrechte, die sie für die Flaschenform der E [REDACTED]-Flasche in Anspruch nimmt, eingegriffen und unlauteren Wettbewerb begangen. Ihre Ansicht, die Flaschenformen seien verwechselbar, stützt sie u.a. auf ein Schreiben der Glasgroßhandlung Peter B [REDACTED] KG in Karlsruhe vom 2. November 1952, in dem diese der Benediktinerabtei Ettal "Likörflaschen in ungefährrer Art der Ettaler Klosterlikörflaschen" anbot. Sie hat behauptet, diesem Angebot hätten F [REDACTED] [REDACTED]-Flaschen zugrunde gelegen.

Die Klägerin hat beantragt:

1. Der Beklagten bei einer vom Gericht festzusetzenden Geld- oder Haftstrafe zu verbieten,
Glasflaschen für Spirituosen und gleichartige Waren
in den Formen B [REDACTED] Nr 2 und F [REDACTED] Nr 3 zu
vertreiben,
hilfsweise,
der Beklagten zu verbieten, Glasflaschen für Spirituosen und gleichartige Getränke zu vertreiben, welche folgende Formgebung aufweisen:
eine Flachflasche mit steilabfallenden Schultern, bei welcher der unterste Teil der Flasche eine rhombisch gehaltene Ausbuchtung aufweist.
2. festzustellen, daß die Beklagte der Klägerin den Schaden zu ersetzen hat, der der Klägerin durch den Vertrieb der Flaschenform F [REDACTED] Nr 3 entstanden ist.
3. die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin durch Vorlage eines Verzeichnisses darüber Rechnung zu legen, wieviele Flaschen der Form Nr 3 sie vertrieben habe.

Die Beklagte hat Klagabweisung beantragt. Sie hat bestritten, daß sie nach 1950 Flaschen der beanstandeten Art vertrieben habe. Im übrigen ist sie der Auffassung, daß die Klägerin für die Flaschenform keinen Ausstattungsbesitz in Anspruch nehmen könne. Auch hält sie Verwechslungen der Flaschen für ausgeschlossen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage nicht für begründet erachtet und demgemäß erkannt.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Die Klage gründet sich in erster Linie auf die Bestimmungen über den Ausstattungsschutz (§§ 25, 31 WZG) und über den Schutz des eingetragenen Warenzeichens (§§ 15, 24, 31 WZG) sowie ferner auf den Vergleich vom 4. Januar 1952, mit dem die Beklagte sich verpflichtet hat, künftig keine Ettal-Flaschen oder mit diesen verwechslungsfähige Flaschen feilzuhalten oder in den Verkehr zu bringen.

1. Die Ausstattung, für die die Klägerin auf Grund der §§ 25, 31 WZG Schutz begehren kann, besteht in den etikettierten Ettal-Flaschen. Denn in dieser Aufmachung bringt die Klägerin ihr Erzeugnis in Verkehr und für diese Aufmachung genießt sie, wie das Berufungsgericht feststellt, Verkehrsgeltung. Der Anspruch aus den §§ 25, 31 WZG richtet sich gegen denjenigen, der im geschäftlichen Verkehr Waren oder ihre Verpackung oder Umhüllung widerrechtlich mit einer Ausstattung versieht, die innerhalb bestimmter Verkehrskreise als Kennzeichen gleicher oder gleichartiger Waren eines anderen gilt, oder derartige widerrechtlich gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält. Die Beklagte vertreibt nun als Flaschenhändlerin lediglich leere, noch nicht etikettierte Flaschen und bringt unstreitig auch die im Klageantrag bezeichneten Flaschen nur in dieser Form in den Verkehr. Das schließt es indessen nicht aus, sie auf Grund der §§ 25, 31 WZG in Anspruch zu nehmen. Sie ahmt zwar mit ihren Flaschen nicht selbst die Ausstattung der Klägerin nach. Denn die Ausstattung der Klägerin besteht eben nicht in der Flasche als solcher; die Flasche bildet nur ein Element ihrer Ausstattung. Jedoch kann auch die Lieferung bloßer

Ausstattungs-elemente unstatthaft sein. Zieht die Verwendung eines Ausstattungselementes notwendig die Verletzung des Ausstattungsrechtes eines anderen nach sich - sei es, weil das Ausstattungselement dazu nötigt, Zutaten zu benutzen, die die Verwechslungsgefahr begründen, sei es, weil das Ausstattungselement selbst Verkehrsgeltung in dem Sinne genießt, daß es - ohne Rücksicht auf andere hinzutretende Ausstattungselemente - für sich allein als Kennzeichen für die Waren des Ausstattungsberechtigten angesehen wird, - so bedeutet die Benutzung dieses Ausstattungselementes eine selbständige Störung des fremden Ausstattungsbesitzes. Läßt sich das Ausstattungselement auch für eine Aufmachung verwenden, die in den Schutzbereich der Ausstattung des anderen nicht eingreift, so liegt in der Lieferung dieses Ausstattungselements zwar keine selbständige Störung des fremden Ausstattungsbesitzes. Sie kann sich aber als Beihilfe zu der Verletzungshandlung eines Dritten erweisen, und zwar dann, wenn im Einzelfalle der Dritte (Abnehmer) das Element für eine Aufmachung verwendet, die das Ausstattungsrecht des anderen verletzt (RG GRUR 1934, 123 - Benediktiner-Flasche; MuW 1929, 378 [379]). Die Klage gründet sich ersichtlich auf die Annahme, daß die Lieferung der im Klageantrage bezeichneten Flaschen durch die Beklagte eine selbständige Störung des Ausstattungsbesitzes der Klägerin bedeute. Denn der Beklagten soll nicht die Lieferung dieser Flaschen an bestimmte Abnehmer, die die Gesamtausstattung der Klägerin nachahmen, sondern allgemein (für Spirituosen und gleichartige Getränke) verboten werden. Ein solches allgemeines Verbot ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn in der Lieferung eine selbständige Störung des Ausstattungsbesitzes der Klägerin in dem angegebenen Sinne erblickt werden kann. Soweit die Klage auf Ausstattungsschutz gestützt wird, ist hiernach Voraussetzung, daß die Verwendung der im Klage-

antrag bezeichneten Flaschen entweder zu einer Nachahmung der sonstigen von der Klägerin verwendeten Ausstattungselemente (Etiketten, Siegel u. dgl.) nötigt oder schon infolge der besonderen Flaschenform - abgesehen von anderen hinzutretenden Ausstattungselementen - in die Rechte der Klägerin eingreift. Die erste Alternative ist zweifellos im vorliegenden Falle nicht gegeben. Somit kommt es, soweit die Klage auf Ausstattungsschutz gestützt wird, darauf an, ob die Ettal-Flasche infolge ihrer besonderen Form im Verkehr als kennzeichnendes Merkmal der Ausstattung der Klägerin angesehen wird und der Verkehr daher auch dann, wenn er einer damit verwechslungsfähigen Flasche in anderer Aufmachung begegnet, zu der Auffassung verleitet werden kann, daß das in einer so aufgemachten Flasche vertriebene Erzeugnis aus demselben Betriebe stamme wie der in der Ausstattung der Klägerin vertriebene Likör.

2. Auf Grund des für sie eingetragenen Warenzeichens ist die Klägerin nach den §§ 15, 24, 31 WZG dagegen geschützt, daß ein anderer im geschäftlichen Verkehr Waren oder ihre Verpackung oder Umhüllung mit demselben oder einem damit verwechslungsfähigen Zeichen versieht oder die so gekennzeichneten Waren in Verkehr bringt oder feilhält. Das Warenzeichen der Klägerin besteht in der flächenmäßigen Darstellung einer nichtetikettierten Ettal-Flasche, also in einem Bildzeichen. In dieser Form wird es unstreitig weder von der Beklagten noch von deren Abnehmern verwendet. Nach der ständigen, zu billigenden Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 155, 108 [115], 374 [377] mit weiteren Nachweisungen) kann jedoch, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, ein Bildzeichen auch durch die körperliche Wiedergabe des bildlich dargestellten oder eines damit verwechslungsfähigen Gegenstandes verletzt werden, sofern diese körperliche Wiedergabe

zeichenmäßig, also in der Weise benutzt wird, daß der Verkehr sie als Hinweis auf einen bestimmten Betrieb ansieht. Im vorliegenden Falle ist wiederum zu beachten, daß die Beklagte lediglich Flaschenhändlerin ist und deshalb nicht selbst die Flaschen in dem angegebenen Sinne zeichenmäßig benutzt. Auf Grund der §§ 15, 24, 31 WZG kann sie daher wegen der Lieferung der im Klageantrag bezeichneten Flaschen nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die Flaschen mit der in dem Warenzeichen der Klägerin abgebildeten Ettal-Flasche verwechslungsfähig sind und ihre Verwendung für Liköre oder gleichartige Erzeugnisse durch die Abnehmer in jedem Falle eine warenzeichenmäßige Benutzung bedeutet, im Verkehr also als Hinweis auf einen bestimmten Geschäftsbetrieb aufgefaßt wird. Dies setzt voraus, daß die Flaschen als solche kennzeichnungskräftig sind, da der Verkehr sie andernfalls nicht als Herkunftshinweis ansehen kann. Dagegen ist die Klägerin hier des Nachweises enthoben, daß sie für ihre Flasche Verkehrsgeltung besitzt.

3. Durch den Vergleich vom 4. Januar 1952 hat sich die Beklagte gegenüber der Klägerin schlechthin verpflichtet, den Vertrieb von Flaschen zu unterlassen, die mit der Ettal-Flasche verwechslungsfähig sind. Nach dem Inhalt des Vergleichs ist diese Verpflichtung weder davon abhängig gemacht worden, ob die Klägerin für die Ettal-Flasche Verkehrsgeltung besitzt und die Verwendung damit verwechslungsfähiger Flaschen notwendig in den Ausstattungsschutz der Klägerin eingreift, noch davon, ob in dieser Verwendung eine Verletzung des Warenzeichens der Klägerin liegen würde. Die Klägerin ist daher, soweit sie die Klage auf den Vergleich stützt, des Nachweises der oben aufgeführten besonderen Voraussetzungen der Ansprüche aus den §§ 24, 25 WZG enthoben und braucht lediglich darzutun, daß die im Klageantrage bezeichneten

Flaschen mit der - nicht etikettierten - Ettal-Flasche verwechslungsfähig sind. Entgegen der Meinung der Revision ist dabei, allerdings nach dem Sinn und Zweck des Vergleichs die Frage der Verwechslungsfähigkeit nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen und mithin darauf abzustellen, ob die beteiligten Verkehrskreise die Flaschen verwechseln können. In diesem Zusammenhang spielt der Abstand, den die Ettal-Flasche von anderen am Markt befindlichen Flaschen einhält, und damit auch ihre Kennzeichnungskraft eine gewisse Rolle. Der Vertragsanspruch kann im übrigen, wie das Berufungsgericht mit Recht bemerkt, nur den auf die Zukunft gerichteten Unterlassungsantrag in vollem Umfange, die übrigen Anträge der Klage jedoch nur insoweit rechtfertigen, als sie sich auf die Zeit nach dem Abschluß des Vergleichs beziehen. Die Entscheidung kann daher nicht allein auf den Vergleich abgestellt werden. Auf die von der Revision angeschnittene Frage, ob es für die Ansprüche der Klägerin aus dem Vergleich nach dessen Inhalt genügen würde, wenn die mit der Klage beanstandeten Flaschen mit denjenigen Flaschen verwechslungsfähig wären, die Gegenstand des Vergleichs waren, braucht nicht eingegangen zu werden, da es auf diese Frage, wie die weiteren Ausführungen ergeben werden, - jedenfalls zunächst - nicht ankommt.

II. Hinsichtlich eines jeden der angeführten drei Klagegründe ist in erster Linie zu prüfen, ob die im Klageantrag bezeichneten Flaschen mit der Ettal-Flasche verwechslungsfähig sind. Dabei sind die nicht etikettierten Flaschen miteinander in Vergleich zu setzen. Das liegt klar zutage, soweit der Vergleich vom 4. Januar 1952 in Frage steht, muß aber auch hinsichtlich der beiden anderen Klagegründe gelten. Denn das Warenzeichen der Klägerin besteht lediglich in der Abbildung der nicht

21

etikettierten Ettal-Flasche und auf Grund ihres Ausstattungsschutzes kann die Klägerin, wie dargelegt, gegen die Beklagte ein allgemeines Lieferverbot hinsichtlich der im Klageantrag bezeichneten Flaschen nur erzielen, wenn die Ettal-Flasche infolge der Besonderheit ihrer Gestalt als Ausstattungselement selbständigen Schutz genießt und daher ungeachtet sonstiger Zutaten im Verkehr als Kennzeichnungsmittel für den Betrieb der Klägerin angesehen wird.

III. Hiervon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es ist indessen zu der Auffassung gelangt, daß die Verwechslungsfähigkeit der "nackten" Flaschen zu verneinen sei. Der Revision ist zuzugeben, daß die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht diese Auffassung zu rechtfertigen versucht, keine rechtlich einwandfreie Begründung für die Verneinung der Verwechslungsgefahr enthalten.

Das Berufungsgericht ist sich zwar ersichtlich bewußt, daß es für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr auf den Gesamteindruck ankommt, den die zu vergleichenden Flaschen bei den beteiligten Verkehrskreisen - hier den Kleinhändlern und den Letztverbrauchern von Spirituosen - hervorrufen. Es bemerkt ferner mit Recht, daß die Flüchtigkeit des Verkehrs zu beachten sei, die Flaschen sich den Verkehrsteilnehmern in der Regel auch nicht gleichzeitig nebeneinander darböten und deshalb letztlich das Erinnerungsbild entscheidend sein müsse, das den Verkehrsteilnehmern von den Flaschen im Gedächtnis verbleibe. Das angefochtene Urteil läßt jedoch nicht erkennen, daß das Berufungsgericht diese Grundsätze bei seiner Entscheidung in ausreichendem Maße berücksichtigt hat.

Das Berufungsgericht hat zunächst die leeren Flaschen einer vergleichenden Betrachtung unterzogen und dabei die Merkmale hervorgehoben, durch die sie sich voneinander unterscheiden. Es hat insbesondere zutreffend bemerkt, daß die beanstandeten Flaschen zwar ebenso wie die Ettal-Flasche länglich und flach seien, der Hals sich aber schärfer vom Flaschenkörper absetze, die Schultern nicht so steil wie bei der Ettal-Flasche abfielen und die Erweiterung des unteren Flaschenteils sich sowohl durch größere Entfernung vom Flaschenfuß als auch durch ihre einem Rechteck angenäherte Ausgestaltung von der Ausbuchtung abhebe, die die Ettal-Flasche unmittelbar über dem Flaschenfuß aufweise. Wenn jedoch in dem angefochtenen Urteil im Anschluß an diese Betrachtung ausgesprochen wird, daraus ergebe sich, daß der Gesamteindruck der Flaschen ein durchaus verschiedener sei, so legt das die Annahme nahe, daß das Berufungsgericht den von ihm selbst als maßgebend anerkannten rechtlichen Gesichtspunkten bei seiner Entscheidung nicht die erforderliche Beachtung geschenkt hat. Der Gesamteindruck, den ein Gegenstand hervorruft, wird zwar durch die Einzelheiten seiner Formgebung mitbestimmt. Daher kann die Unterschiedlichkeit von Einzelheiten unter Umständen zu einer für die zeichen- und wettbewerbsrechtliche Betrachtung erheblichen Verschiedenheit des Gesamteindrucks führen. In aller Regel richtet der Verkehr jedoch erfahrungsgemäß sein Augenmerk mehr auf die übereinstimmenden als auf die abweichenden Merkmale, sodaß für den Gesamteindruck eher die Übereinstimmungen als die Unterschiede maßgebend sind (vgl. RGZ 149, 335 [3397]). Die Unterschiede werden den Gesamteindruck nur dann bestimmen, wenn sie gegenüber den Übereinstimmungen derart hervortreten, daß sie sich dem Erinnerungsbild der Verkehrsteilnehmer auch bei flüchtiger Betrachtung einzuprägen vermögen. In jedem Falle ist deshalb zu prüfen,

welche Bedeutung den Unterschieden gegenüber den übereinstimmenden Merkmalen unter den besonderen Gegebenheiten des Verkehrs zukommt. Das angefochtene Urteil läßt diese Prüfung vermissen. Es geht ohne weiteres davon aus, daß das Erinnerungsbild des Verkehrs allein durch die unterschiedlichen Einzelheiten der Flaschen bestimmt werde, und läßt nicht erkennen, daß dem eine abwägende Würdigung auch des Einflusses der übereinstimmenden Merkmale vorausgegangen wäre.

Durch diese Mängel werden auch die Ausführungen beeinträchtigt, die das Berufungsgericht den etikettierten und gefüllten Ettal-Flaschen widmet. Soweit das Berufungsgericht dabei der Form der Ettal-Flasche im Rahmen der Gesamtaufmachung jede Kennzeichnungskraft abspricht, läßt es überdies außer acht, daß es zugunsten der Klägerin unterstellt hat, die Klägerin habe für die Form ihrer Flasche Verkehrsgeltung erlangt. Mit dieser Unterstellung ist die Annahme, die Form der Ettal-Flasche entbehre im Rahmen der sonstigen Aufmachung jeder Kennzeichnungskraft, nicht zu vereinbaren. Abgesehen hiervon liegt die Vermutung nahe, daß das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang für die Beurteilung wesentliche tatsächliche Gesichtspunkte nicht beachtet hat. Das Etikett der Ettal-Flasche paßt sich in seinen seitlichen Umrissen der Form des Flaschenkörpers an; es weist insbesondere in seinem unteren Teil die gleiche Ausbuchtung auf, die auch der untere Flaschenkörper zeigt, und hebt daher die Flaschenform in besonderem Maße hervor. Wenn das Berufungsgericht ohne nähere Begründung bemerkt, die Flaschenform trete bei der Ettal-Flasche gegenüber der sonstigen Aufmachung völlig zurück, so kann das schlechterdings nur dadurch erklärt werden, daß es diesen Umstand nicht beachtet hat. Die Ausführungen ferner, mit denen das Berufungsgericht darzulegen

versucht, daß die Verwechslungsgefahr, sofern davon überhaupt die Rede sein könne, auf der Farbe der Füllung, nicht aber auf der Form der Flaschen beruhe, gehen von der Annahme aus, daß ein flüchtiger Betrachter jede mit grünem oder gelben Likör gefüllte farblose und durchsichtige Flachflasche, wenn er nur die Rückseite betrachte, für eine Ettal-Flasche halten könne. Diese Annahme entbehrt jedoch einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage. Auch wird dabei die Erfahrungstatsache außer acht gelassen, daß durch die farbige Füllung einer farblosen durchsichtigen Flasche deren Umrisse eher betont als abgeschwächt werden. Wenn das Berufungsgericht abschließend noch bemerkt, eine gefüllte F[]-Flasche sei - von der Rückseite betrachtet - mit einer gefüllten Ettal-Flasche nicht weniger leicht zu verwechseln als eine gewöhnliche Flachflasche mit gleicher Füllung, weil sie infolge ihrer eckigen Ausweitung den barocken Eindruck der Ettal-Flasche stärker aufhebe als diese, so geht auch diese Betrachtung ersichtlich von der Annahme aus, der Verkehr lege gerade der unterschiedlichen Ausgestaltung der Ausweitungen der Flaschen Gewicht bei. Für diese Annahme gibt das angefochtene Urteil aber, wie dargelegt, keine zureichende Begründung. Beizutreten ist dem Berufungsgericht lediglich in der Auffassung, daß sich aus dem Schreiben der Firma B[] vom 2. November 1952 für die Frage der Verwechslungsgefahr nichts Entscheidendes herleiten lasse.

IV. Erweisen sich damit die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht die Verwechslungsgefahr verneint hat, als unzureichend, so ist dem angefochtenen Urteil die Grundlage entzogen. Auf die weiteren Rügen der Revision brauchte daher nicht eingegangen zu werden. Der erkennende Senat kann bei der gegebenen Sachlage über die Frage der Verwechslungsgefahr von sich aus befinden. Eine abschließende Entscheidung des Rechtsstreits ist je

doch noch nicht möglich, da der Sachvortrag der Beklagten eine weitere Aufklärung des Sachverhalts erforderlich macht.

Die Ettal-Flasche ist, vor allem mit Rücksicht auf die auffällige Ausbuchtung über dem Flaschenfuß, von eigenartiger und einprägsamer Formgebung. Ihrer ursprünglichen Wirkung nach ist sie unbedenklich als kennzeichnungskräftig anzusprechen. Die vom Berufungsgericht festgestellte langjährige und umfassende Verwendung der Flasche durch die Klägerin hat überdies eine Situation hervorgerufen, die an und für sich geeignet war, diese ihr von Hause aus eigene Kennzeichnungskraft zu verstärken. Das gilt umsomehr, als nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Klägerin für ihre Gesamtausstattung umfassende Verkehrsgeltung besitzt und der Flaschenform, wie schon angedeutet, insbesondere infolge der Form des Etiketts, das in seinen seitlichen Umrissen der unteren Ausbuchtung des Flaschenkörpers folgt, entgegen der Meinung des Berufungsgerichts auch im Rahmen der Gesamtausstattung Bedeutung zukommt. Hiervon ausgehend ist aber, wenn zunächst von der Frage abgesehen wird, ob die Kennzeichnungskraft etwa durch die Verwendung ähnlicher Flaschen eine Beeinträchtigung erfahren hat, die Verwechslungsfähigkeit der Ettal-Flasche mit den im Klageantrag bezeichneten Flaschen unbedenklich zu bejahen.

Der Gesamteindruck, den der flüchtige Betrachter von der Ettal-Flasche empfängt und der sich seiner Erinnerung einprägt, wird dadurch bestimmt, daß es sich bei ihr um eine im Verhältnis zur Höhe schmale Flachflasche mit abfallenden Schultern und einer seitlichen Ausbuchtung über dem Flaschenfuß handelt. Denn diese Merkmale sind augenfällig und können auch bei flüchtiger Betrachtung nicht unbemerkt bleiben. Die gleichen Merkmale finden sich

aber bei den im Klageantrag bezeichneten Flaschen. Auch bei diesen Flaschen handelt es sich um Flachflaschen, deren Breite zur Höhe in etwa demselben Verhältnis steht wie die Breite zur Höhe der Ettal-Flasche. Die Schultern fallen ebenfalls ab, und der untere Teil des Flaschenkörpers weist eine seitliche Erweiterung aus, die der Ausbuchtung der Ettal-Flasche weitgehend entspricht. Den vom Berufungsgericht hervorgehobenen Unterschieden kann demgegenüber keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Diese Unterschiede treten nur dann in Erscheinung, wenn die Flaschen nebeneinandergestellt und alsdann miteinander verglichen werden. Sie prägen sich dem Erinnerungsbild des flüchtigen Betrachters nicht ein und werden von ihm nicht beachtet, wenn er die Flaschen, wie es die Regel ist, nicht gleichzeitig nebeneinander zu Gesicht bekommt. Wird aber von den Unterschieden abgesehen und nur auf die erwähnten Übereinstimmungen abgestellt, so kommt der Gesamteindruck, den die im Klageantrag bezeichneten Flaschen bei dem flüchtigen Betrachter hervorrufen, dem Gesamteindruck, den er von der Ettal-Flasche empfängt, so nahe, daß die Verwechslungsgefahr für gegeben zu erachten ist.

Eine hiervon abweichende Beurteilung ist indessen unter Umständen dann geboten, wenn die Ettal-Flasche durch die Verwendung ähnlicher Flaschen für gleiche oder gleichartige Erzeugnisse eine Schwächung ihrer Kennzeichnungskraft erfahren haben sollte. Sind für derartige Erzeugnisse Flaschen verwendet worden, die im Ähnlichkeitsbereich der Ettal-Flasche liegen, so kann dadurch der Verkehr genötigt worden sein, genauer auf die Unterschiede der Flaschen zu achten (BGH GRUR 1955, 415 - Arctuvan -; GRUR 1955 484 - Luxor -; GRUR 1952, 420 - Gumax -). Das kann dazu führen, daß den Unterschieden der Flaschen gegenüber den übereinstimmenden Merkmalen erhöhte Bedeutung beizumessen und die Verwechslungsgefahr zu verneinen ist. Das Beru-

funksgericht hat sich mit dieser Frage nicht befaßt und sich damit von seinem Standpunkte aus auch nicht zu befassen brauchen. Infolgedessen fehlt es an tatsächlichen Feststellungen, die dem erkennenden Senat angesichts des insoweit nicht einheitlichen Sachvortrages der Parteien ein eigenes Urteil ermöglichen könnten. Allerdings sind für die in Rede stehende Betrachtung die Flaschen der Firmen I [REDACTED], Bert F [REDACTED] und N [REDACTED] Wwe, die nach dem Vortrag der Beklagten in der Bundesrepublik auf den Markt gelangen, ohne weiteres auszuschließen (Nr 4 - 6 der mit Schriftsatz vom 21. Januar 1953 überreichten Fotografie von 6 Flachflaschen). Diese Flaschen weisen zwar ebenfalls eine seitliche Erweiterung des Flaschenkörpers auf. Jedoch weichen sie in ihrer gesamten Linienführung derart von der Ettal-Flasche ab, daß sie nicht in deren Ähnlichkeitsbereich fallen. Die I [REDACTED]-Flaschen haben in ihrem oberen Teil annähernd die Form eines spitzwinkligen Dreiecks. In ihrem unteren Teil ist die I [REDACTED]-Flasche - mit einer geringfügigen Verbreiterung über dem Flaschenfuß - tailliert, während sich bei der F [REDACTED]-Flasche der Flaschenkörper nach dem Flaschenfuß zu geradlinig verjüngt. Bei der N [REDACTED]-Flasche schließlich ist der Flaschenkörper fast ebenso breit wie hoch; er verbreitert sich von dem aufgesetzten, kurzen, am unteren Ende wulstartig ausgebauchten Flaschenhals gleichmäßig, um dann in eine geringfügige Ausweitung am Flaschenfuß auszulaufen. Durch diese hinsichtlich der für die Ettal-Flasche kennzeichnenden Merkmale abweichende Linienführung wird ein Gesamteindruck vermittelt, der von dem Gesamteindruck, den die Ettal-Flasche und die im Klageantrag bezeichneten Flaschen hervorrufen, völlig abweicht. Der Verkehr wird daher durch jene Flaschen nicht genötigt, auf die Unterschiede zwischen diesen genauer zu achten. Aus Rechtsgründen müssen ferner die Flaschen außer Betracht bleiben, die nach dem Sachvortrag der Beklagten lediglich in der sowjetisch besetzten Zone

Deutschlands vertrieben werden oder vertrieben worden sind. Denn für die Entscheidung des gegenwärtigen Rechtsstreits kann es nur auf die Anschauung des Verkehrs in der Bundesrepublik ankommen, die aber durch die in der sowjetisch besetzten Zone verwendeten Flaschen nicht beeinflusst wird.

Indessen hat die Beklagte weiter vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß vor allem die jetzt angegriffene F [REDACTED]-Flasche vor dem Kriege im gesamten Reich und später im Gebiete der Bundesrepublik in sehr großem Umfange für Spirituosen benutzt worden sei und sogar Verkehrsgeltung erlangt habe. Dieser Sachvortrag ist entscheidungserheblich und nötigt dazu, den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Nach dem bislang vorgetragenen Sachverhalt wird die Beklagte aus der von ihr behaupteten Verwendung der F [REDACTED]-Flaschen zwar weder ein persönliches Vorbenutzungsrecht herleiten noch darauf den Einwand der Verwirkung gründen können. Auf die Schwächung der Kennzeichnungskraft der Ettal-Flasche, die möglicherweise durch die behauptete Verwendung der F [REDACTED]-Flasche eingetreten ist, kann sie sich aber in jedem Falle berufen.

Bei der erneuten Verhandlung wird das Berufungsgericht beachten müssen, daß nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats die Annahme, ein Kennzeichnungsmittel sei in seiner Kennzeichnungskraft durch ähnliche Kennzeichnungsmittel geschwächt worden, nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Verwendung der ähnlichen Kennzeichnungsmittel einen gewissen Umfang erreicht hat, da der Verkehr nur unter dieser Voraussetzung in rechtlich beachtlichem Maße veranlaßt wird, den Unterschieden der Kennzeichnungsmittel genauere Beachtung zu schenken, und daß überdies Kennzeichnungsmittel, die, wie im vorliegenden Falle möglicher-

weise die Ettal-Flasche, durch jahrelange intensive Verwendung wenn nicht Verkehrsgeltung, so doch eine gewisse Anerkennung im Verkehr gefunden haben, einer Schwächung ihrer Kennzeichnungskraft auf diesem Wege in geringerem Maße ausgesetzt sind, als dies bei wenig benutzten Kennzeichnungsmitteln der Fall sein wird (Urt des 3. Senats vom 10. Mai 1955 - I ZR 91/53 - Luxor - = GRUR 1955, 484; vom 28. Juni 1955 - I ZR 81/54 - Sonne - = GRUR 1955, 579). Darlegungs- und beweispflichtig ist dabei, wie der Senat in dem vorerwähnten Urteil vom 28. Juni 1955 ausgeführt hat, derjenige, der sich auf die Schwächung der Kennzeichnungskraft beruft, im vorliegenden Falle also die Beklagte. Das Berufungsgericht wird daher prüfen müssen, ob und inwieweit der Sachvortrag der Beklagten hinsichtlich des Umfangs der behaupteten Verwendung der F[REDACTED]-Flasche und des Verwendungsbereichs einer Ergänzung bedarf, bevor eine Beweiserhebung in Betracht kommt. Einer Klarstellung bedarf in diesem Zusammenhang ferner die Behauptung, die F[REDACTED]-Flasche habe Verkehrsgeltung besessen. Der bisherige Vortrag der Beklagten läßt insbesondere unklar, für welchen Unternehmer und in welchem örtlichen Bereich diese Verkehrsgeltung bestanden habe. Sollte damit, wie anzunehmen, gemeint sein, daß die Firma F[REDACTED] für die Ausstattung ihrer Spirituosen und für die Form ihrer Flaschen als eines Bestandteiles dieser Ausstattung Verkehrsgeltung genossen habe, so wird besonderes Gewicht auf die Frage gelegt werden müssen, ob die Verkehrsgeltung im gesamten Gebiet der Bundesrepublik oder nur in einem örtlich begrenzten Bezirk bestanden hat. Denn eine nur örtlich begrenzte Verkehrsgeltung kann eine Schwächung der Kennzeichnungskraft der Ettal-Flasche für das übrige Bundesgebiet nicht zur Folge gehabt haben, sodaß die Beklagte daraus nicht das Recht herleiten könnte, die F[REDACTED]-Flasche in Gebiete zu lie-

fern, die von der örtlichen Verkehrsgeltung der Firma F nicht erfaßt worden sind.

Sollte sich ergeben, daß die von der Beklagten behauptete frühere Verwendung der F-Flasche die Kennzeichnungskraft der Ettal-Flasche in rechtlich beachtlichem Maße geschwächt hat, so wird es auf den Vortrag der Klägerin ankommen, sie habe zu Beginn der 50er Jahre, insbesondere durch ihre Angriffe gegen die Beklagte und gegen Hersteller und Benutzer der F-Flasche, eine Marktbereinigung mit dem Erfolg eingeleitet, daß jedenfalls seit dem Jahre 1952 in nennenswertem Umfang keine Flaschen mehr für Spirituosen im Verkehr aufgetreten seien, die im Ähnlichkeitsbereich der Ettal-Flasche lägen. Denn wenn dieser - von der Klägerin nachzuweisende - Vortrag zutrifft, so wird sich die Frage stellen, ob eine etwaige frühere Schwächung der Kennzeichnungskraft der Ettal-Flasche noch in dem für die Beurteilung maßgebenden Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung derart nachwirkt, daß sie die Verwechslungsgefahr auch in diesem Zeitpunkt noch auszuräumen vermag. Das Berufungsgericht wird bei alledem schließlich auch zu beachten haben, daß die Klägerin behauptet und unter Beweis gestellt hat, sie habe für die Form der Ettal-Flasche Verkehrsgeltung erlangt. Wird diese Behauptung nachgewiesen, so wird anzunehmen sein, daß die Ettal-Flasche in ihrer Kennzeichnungskraft nicht nur keine Schwächung erfahren hat, sondern sogar in besonderem Maße kennzeichnungskräftig ist.

Sollte das Berufungsgericht auf Grund der erneuten Verhandlung die Verwechslungsfähigkeit der Ettal-Flasche und der im Klageantrag bezeichneten Flaschen bejahen, so ist der

Unterlassungsanspruch schon auf Grund des Vergleichs vom 4. Januar 1952 begründet. Hinsichtlich des Antrags auf Verurteilung zur Rechnungslegung, der im übrigen in den Antrag auf Verurteilung zur Auskunftserteilung umzuwandeln sein wird, und des Antrages auf Feststellung der Schadensersatzpflicht wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob der Beklagte ein Verschulden zur Last zu legen ist. Ist ein Verschulden der Beklagten gegeben, so kann diesen beiden Anträgen auf Grund des Vergleichs stattgegeben werden, soweit sie sich auf die Zeit nach dem Abschluß des Vergleichs beziehen. Hinsichtlich der Zeit bis zum Abschluß des Vergleichs muß dagegen auf einen der beiden anderen Klagegründe zurückgegriffen werden. Voraussetzung hierfür ist nach den Ausführungen unter Ziffer I 1 und 2, daß die Flaschenform ohne Rücksicht auf die sonstige Aufmachung im Verkehr als Herkunftshinweis angesehen wird. Diese Voraussetzung ist indessen, wenn die Kennzeichnungskraft der bloßen Flaschenform als gegeben unterstellt wird, jedenfalls dann erfüllt, wenn die Flaschen im Rahmen von Aufmachungen benutzt werden, wie sie für Spirituosen üblicherweise Verwendung finden und insbesondere durch die Firma F. [REDACTED] Verwendung gefunden haben. Die Frage, ob etwa Ausstattungen denkbar sind, bei denen die Flaschenform ihre Kennzeichnungsfunktion völlig einbüßt, kann dabei auf sich beruhen, da nicht vorgetragen worden ist, daß die mit der Klage angegriffene Flaschen im Rahmen einer solchen Aufmachung benutzt werden sollen.

Sollte das Berufungsgericht auf Grund der Einwendungen der Beklagten wiederum zu der Auffassung gelangen, daß die Verwechslungsfähigkeit der Ettal-Flasche und der im Klageantrag bezeichneten Flaschen zu verneinen sei, so wird es

weiter prüfen müssen, ob etwa entsprechend dem Vorbringen der Revision der Vergleich vom 4. Januar 1952 dahin auszu-
legen ist, daß der Beklagten auch der Vertrieb von Flaschen
untersagt sein sollte, die lediglich mit den Flaschen ver-
wechslungsfähig sind, die den Anlaß zu dem Abschluß des Ver-
gleichs gegeben haben. Gegebenenfalls wird alsdann die Klage
nur dann - in vollem Umfange - abgewiesen werden können,
wenn auch die Verwechslungsfähigkeit dieser Flaschen zu
verneinen ist.

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

Dr. Wilde

Nastelski

Christoph

Weiß

Nörr