

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

"King II"

WZG §§ 5 Abs. 7, 11 Abs. 1 Nr. 4

a) Zur Beurteilung der Benutzungsfrage bei geringfügigen Umsätzen.

b) Zur Frage der Unzumutbarkeit ausreichender Benutzung.

BGH, Urt. v. 20. März 1986 - I ZR 10/84 - OLG Hamburg
LG Hamburg

32

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 10/84

URTEIL

Verkündet am

20. März 1986

Wolf

Justizangestellte

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

N. G. Cigarettenfabrik GmbH, vertreten durch
ihren Geschäftsführer E.K., P.straße, W.,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

. Cigaretten-Fabriken GmbH, vertreten durch ihren
Geschäftsführer, A., Hamburg,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 30. Januar 1986
durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Frhr. v. Gamm
und die Richter Dr. Merkel, Dr. Piper, Dr. Erdmann
und Dr. Mees

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
Hanseatischen Oberlandesgerichts
Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 8. Dezember
1983 wird auf Kosten der Klägerin
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Gebiet der
Herstellung und des Vertriebs von Zigaretten. Für sie
sind Warenzeichen eingetragen bzw. angemeldet worden,
die allein oder in Verbindung mit weiteren Bild- oder
Wortbestandteilen das Wort "KING" (oder König) enthalten.
Durch Urteil des Landgerichts ist die Beklagte im vor-
liegenden Verfahren rechtskräftig zur Einwilligung in
die Löschung von vier Warenzeichen mit den Wortbestand-
teilen "King's superior", "König" und "King" verurteilt worden.
Im Berufungs- und Revisionsverfahren ist neben davon
abhängigen weiteren Anträgen noch streitig geblieben,



ob die Klägerin wegen mangelnder Benutzung in die Löschung ihres Warenzeichens Nr. [REDACTED] 873 "KING" (Widerklage) oder ob die Beklagte im Hinblick auf die Priorität des genannten Warenzeichens der Klägerin in die Löschung ihres Warenzeichens Nr. [REDACTED] 853 "King's Superior" einwilligen muß, ferner, ob letztere zwei weitere Warenzeichenanmeldungen mit dem Wortbestandteil "King's superior" zurückzunehmen hat.

Das Warenzeichen Nr. [REDACTED] 873 "KING" der Klägerin ist am 13. Februar 1965 angemeldet und im beschleunigten Verfahren am 3. Mai 1965 für Zigaretten eingetragen worden. Das Widerspruchsverfahren wurde am 22. August 1975 abgeschlossen. Von 1973 an brachte die Klägerin "KING"-Zigaretten in der aus den Anlagen 4 und 5 ersichtlichen Aufmachung auf den Markt. Im Jahre 1981 stellte sie die Marke "KING" als Orient-Zigarette ein. Seit Juli 1982 vertreibt sie unter der Marke "KING" in der aus Anlage 19 ersichtlichen Aufmachung eine German-Blend-Zigarette.

Das Warenzeichen der Beklagten Nr. [REDACTED] 853 "King's Superior", ist am 20. Februar 1965 für die Waren "Rohtabak aus englisch-sprechenden Ländern, Tabakerzeugnisse, hergestellt aus oder unter Verwendung von Tabaken englisch-sprechender Länder" angemeldet und am 17. Mai 1965 beschleunigt eingetragen worden.

Die Klägerin hat gegenüber dem Einwand der Löschungsreife ihres Warenzeichens Nr. [REDACTED] 873 vorgetragen, die hinreichende Benutzung ergebe sich aus folgenden Umsatzzahlen:

Jahr	Gesamtstückzahl	"KING"-Stückzahl	Anteil
1973	6.191.900	134.600	2,17 %
1974	7.650.150	137.000	1,79 %
1975	3.894.820	50.000	1,28 %
1976	10.429.000	44.600	0,43 %
1977	50.051.900	22.200	0,04 %
1978	24.936.400	18.200	0,07 %
1979	24.486.350	23.000	0,09 %
1980	40.297.010	20.000	0,05 %

Sie habe lange Jahre hindurch die von ihr namentlich genannten 10 Händler mit "KING"-Zigaretten beliefert. Der Umsatzrückgang der "KING" erkläre sich daraus, daß der Absatz von Orient-Zigaretten allgemein rückläufig sei. Einzige Orient-Zigarette unter den 50 meist verkauften Marken sei 1978 die Marke "F■■■■" der Beklagten gewesen. Die Verkaufszahlen für "KING" seien zwar im Verhältnis zu denen der großen Unternehmen minimal. Gleichwohl liege eine ernsthafte Benutzung vor.

Dabei sei folgendes zu berücksichtigen: Sie - die Klägerin - leite ihr Unternehmen von der Firma "N■■■■ G■■■■ Ltd", Kairo/London ab, die bei der Eröffnung des Suez-Kanals die dann weithin bekannt gewordene Orient-Zigarette "KING" auf den Markt gebracht habe. Diese Firma sei Inhaberin des am 17. August 1932 angemeldeten Packungszeichens Nr. ■■■■ 35 "KING" gewesen, das später auf die Klägerin übertragen worden sei. Außerdem sei für diese das am 27. Juni 1918 angemeldete Wortzeichen Nr. ■■■■ 72 "King de N■■■■ G■■■■" eingetragen worden. Beiden Zeichen sei allerdings in einem früheren Verfahren der Schutz wegen Löschungsreife mangels Benutzung

im Zeitraum von 1957 bis 1971 durch Urteil des Bundesgerichtshofes verweigert worden (GRUR 1974, 276 - "KING"). Der Betrieb der Klägerin sei unter der Herrschaft des Nationalsozialismus enteignet und unter Zwangsbewirtschaftung gestellt worden. Er habe dadurch seine frühere Marktbedeutung verloren. In den Jahren 1951 bis 1957 sei ein Versuch der Klägerin erfolglos geblieben, die Marke "KING" wieder einzuführen. Im Herbst 1971 habe sie den Vertrieb von "KING"-Zigaretten unter Verwendung der alten Warenzeichen erneut aufgenommen, seit 1973 unter ihrem hier umstrittenen, am 13. Februar 1965 angemeldeten, Warenzeichen. Sie sei ein Kleinbetrieb, der nur einen einzigen Außenvertreter habe. Medienwerbung könne sie sich nicht leisten. Im übrigen sei allgemein für Orient-Zigaretten nicht mehr geworben worden. Deren Umsatz sei ganz gering. Ihre sonstigen Umsätze beruhten seit 1981 auf Lohnfertigungen von sogenannten Billig-Zigaretten, daran dürfe ihr Umsatz an "KING"-Orient-Zigaretten nicht gemessen werden. Es handele sich nach allem für sie um ein altes und wertvolles Zeichen, das nicht zerstört werden dürfe.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

I. Die Beklagte zu verurteilen,

- 1) in die Löschung des ihr eingetragenen Warenzeichens ZR Nr. [REDACTED] 53 "King's Superior",
- 2) in die Rücknahme ihrer nachstehenden Warenzeichenanmeldungen

B [REDACTED] 89/38 Wz "King's superior" c.Z.,

B [REDACTED] 51/38 Wz "King's superior" c.Z.

durch Erklärung gegenüber dem Deutschen Patentamt, München, einzuwilligen;

II. die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu DM 500.000,-- oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu unterlassen,

Tabakerzeugnisse, insbesondere Zigaretten unter den Marken

"King's superior",

einerlei, ob die Angabe "superior" hinter dem Wort "Kings" zurücktritt oder nicht, ferner weiter

"King"

und Zigaretten unter der Marke

"KÖNIG"

feilzuhalten, anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen;

III. die Beklagte zu verurteilen, auf sämtlichen Werbeträgern der Beklagten, insbesondere Verpackungen oder Umhüllungen für Zigaretten die hierbei in Verbindung mit dem einerlei in welcher Schreibweise benutzten Wort "superior" verwendete Marke "Kings" dauerhaft unkenntlich zu machen oder diese Gegenstände, falls dies nicht möglich ist, zu vernichten;

IV. die Beklagte zu verurteilen, Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfange die Beklagte, und seit wann in unverjährter Zeit, Zigaretten unter der Marke "King's superior" in den Verkehr gebracht hat, unter Angabe der Vertriebsorte;

V. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den aus der beanstandeten Handlungsweise entstandenen Schaden entsprechend der zu erteilenden Auskunft und noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

Ferner: die nachstehend genannte Widerklage abzuweisen

Die Beklagte hat beantragt,

1. die Klage abzuweisen,
2. - im Wege der Widerklage -
die Klägerin zu verurteilen,
in die Löschung des Warenzeichens ■■■ 873
"King" (mit Kranz) gegenüber dem Deutschen Patentamt einzuwilligen.

Sie hat vorgetragen, das Zeichen der Klägerin Nr. ■■■ 873 befinde sich nicht in der eingetragenen Form auf den Einzelpackungen. Lediglich auf dem Einlegepapier zwischen den Zigarettenlagen und auf der Stangenverpackung befinde sich eine Abbildung, die im groben dem entspreche, was in der Zeichenrolle eingetragen sei. Darin liege keine relevante Benutzung. Die Angabe des Wortes "KING"-auf den Einzelpackungen entspreche nicht dem Klagezeichen Nr. ■■■ 873.

Jedenfalls habe die Klägerin derart gekennzeichnete Zigaretten nicht in einem Umfang vertrieben, der den Erfordernissen des Benutzungszwanges genüge. Dies ergebe sich schon bei Zugrundelegung der von der Klägerin vorgetragenen Verkaufszahlen. Die Klägerin könne sich nicht darauf berufen, daß sie nach dem Kriege bei Null angefangen habe. Immerhin habe sie ihren Gesamtumsatz innerhalb von 6 Jahren um 1.030 % gesteigert, während der Umsatz der "KING" im selben Zeitraum um 60 % zurückgegangen sei. Auch im Verhältnis zu den Umsätzen der Beklagten an Orient-Zigaretten seien die Verkaufszahlen der "KING" verschwindend gering. Während die Beklagte 1977 mit der Orient-Zigarette "F" einen Marktanteil von 0,1 % gehabt habe, habe der Anteil der "KING" am Gesamtumsatz der Klägerin nur 0,04 % und am gesamten Markt lediglich 0,000019 % betragen. Die von der Klägerin angegebenen Kunden hätten die Marke "KING" zumeist kaum oder gar nicht geführt. Werbung habe die Klägerin nicht betrieben.

Die alten Zeichen der Klägerin seien rechtlich ohne Bedeutung. Es komme allein auf das Zeichen Nr. 73 an. Dieses blockiere die Zeichenrolle. Aus dem Umstand, daß der Gesamtumsatz der Klägerin zwischen 1975 und 1977 um etwa 47 Mio. Zigaretten gestiegen sei, während der "KING"-Umsatz im selben Zeitraum 50 % zurückgegangen sei, ergebe sich, daß die Klägerin diese Marke nur noch vertrieben habe, um die nachteiligen Folgen einer Nichtbenutzung zu vermeiden.

Das Landgericht hat die Klägerin entsprechend der Widerklage zur Einwilligung in die Löschung ihres Zeichens

Nr. ■■■ 873 verurteilt und die Klage, soweit es sich um den in die Rechtsmittelinstanzen gelangten Streitstoff handelt, abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hält die Widerklage für begründet. Die Klägerin habe zwar das Warenzeichen Nr. ■■■ 873 "KING" durch die Verwendung auf der Stangenverpackung in einer Form verwendet, die als Benutzungshandlung in Betracht komme; es liege jedoch keine ausreichende Benutzung im Sinne der §§ 5 Abs. 7 und 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG vor. Die genannten Umsatzzahlen seien trotz der Dauer der Verwendung und der weiteren Umstände zu geringfügig. Zigaretten seien Massenwaren, die gewöhnlich in Millionenzahlen je Sorte hergestellt würden. Ein Verkauf weniger 100.000 Zigaretten sei in der Regel wirtschaftlich sinnlos. Demgemäß sei es zu wenig, wenn die Klägerin 1975 50.000, 1976 44.600 und von 1977 bis 1980 jährlich ca. 20.000 Stück auf den Markt gebracht habe. Auch die weiteren Umstände - daß die Klägerin die Bezeichnung "KING" bereits von 1951 bis 1957, dann wieder ab 1971 und ab 1973 mit dem hier umstrittenen Warenzeichen Nr. ■■■ 873 verwendet habe, ferner, daß der Absatz von Orient-Zigaretten allgemein rückläufig sei, und daß die Klägerin ein kleineres Unternehmen sei, von dem keine großen Umsätze erwartet werden könnten - rechtfertigten keine andere Beurteilung. Denn die Umsätze seien im

Verhältnis zu ihrem Gesamtumsatz und auch absolut gesehen zu gering. Der Anteil der "KING"-Zigaretten am Gesamtumsatz habe 1975 nur 1,3 %, 1980 lediglich 0,5 % betragen. Nur an einigen wenigen Verkaufsstellen habe sich die Klägerin damit an wenige Verbraucher gewandt. Umsätze von 20.000 Stück = 1000 Packungen entsprächen lediglich dem Jahresbedarf einiger Raucher. Es müsse danach angenommen werden, daß es der Klägerin trotz der Dauer des Vertriebs allein darauf angekommen sei, pro forma dem gesetzlichen Benutzungszwang zu genügen und sich den Schutz des Zeichens zu erhalten. Unerheblich sei es, daß sie das getan haben möge, um die Marke später für andere Zigaretten zu erhalten.

Daß eine umfangreiche Benutzung nicht zumutbar gewesen sei (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG) lasse sich nicht feststellen. Die frühere und möglicherweise noch vorhandene Bekanntheit der Bezeichnung "KING" sei angesichts der Geringfügigkeit der Umsätze unerheblich. Das umstrittene Warenzeichen sei auch erst 1965 angemeldet und ab 1973 benutzt worden. Die staatlichen Eingriffe vor 1945 und der dadurch verursachte Niedergang des Unternehmens könne nicht mehr berücksichtigt werden, zumal sich das Unternehmen inzwischen wieder, wenn auch nicht zur früheren Größe, emporgearbeitet habe. Auch die Rückläufigkeit des Marktes für Orient-Zigaretten sei in diesem Zusammenhang nicht von Bedeutung. Die Klägerin habe seit 1950 genügend Gelegenheit gehabt, die Bekanntheit der Bezeichnung "KING" auszunutzen. Für den Zeitraum von 1975 bis 1980 könne sie sich darauf nicht mehr berufen.

Die Abweisung der Klageansprüche, so führt das Berufungsgericht weiter aus, folge aus der vorerörterten Lösungsreife des Klagezeichens Nr.  73 und dem

Fehlen weiterer Anspruchsgrundlagen.

II. Die dagegen gerichtete Revision hat keinen Erfolg.

Dabei kann unerörtert bleiben, ob die Verwendung des Warenzeichens auf der Stangenverpackung und den Einlegeblättern, nicht dagegen auf den Packungen selbst, der Art nach als Benutzungshandlung im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG angesehen werden kann. Denn dem Berufungsgericht ist jedenfalls darin beizutreten, daß die Klägerin das am 3. Mai 1965 eingetragene Warenzeichen Nr. ■■■■ 73 in den letzten fünf Jahren vor der Löschungsandrohung (25. 8. 1980) nicht in einer den Anforderungen des Benutzungsbegriffs genügenden Weise verwendet hat und daß keine Umstände vorlagen, unter denen die Benutzung in diesem Zeitraum nicht zumutbar war.

1. Allerdings kommt es für die Frage der ausreichenden Benutzung nicht darauf an, ob bestimmte absolute Umsatzzahlen erreicht worden sind. Der Senat hat in seinen nach Verkündung des Berufungsurteils ergangenen Entscheidungen vom 17. Januar 1985 - I ZR 107/83 (GRUR 1985, 926 - topfit/topfitz) und vom 5. Juni 1985 - I ZR 151/83 - Darcy (GRUR 1986, 168, 169) ausgesprochen, daß es bei der Beurteilung des Ausmaßes der Zeichenverwendung darauf ankomme, ob unter Zugrundelegung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Verwenders bei objektiver Betrachtung die als Benutzung in Anspruch genommenen Vertriebshandlungen auch ohne Berücksichtigung des Zwecks, den Bestand der Marke zu erhalten, als wirtschaftlich sinnvoll zu beurteilen sind. In dem letzteren Fall, in dem es ebenfalls um eine Zigarettenmarke ging, hat der Senat den Vertrieb von Zigaretten

in ähnlich geringen Mengen, wie sie im Streitfall festgestellt worden sind, als in diesem Sinne ausreichend angesehen und die entsprechende Entscheidung des Berufungsgerichts gebilligt. Als wirtschaftlich sinnvoll wurde der geringe Vertrieb, der ausschließlich in den Kasernen der belgischen Streitkräfte in Deutschland erfolgte, deshalb angesehen, weil die gleiche Marke für den Verwender in Belgien geschützt war, dort einen erheblichen Marktanteil hatte und weil der inländische Vertrieb den Zweck verfolgte, vorübergehend in Deutschland lebende Abnehmer im Hinblick auf die spätere Rückkehr nach Belgien als Kunden der Marke zu erhalten.

Daß das Berufungsgericht im vorliegenden Fall zu einer anderen Entscheidung gelangt ist, kann unter Beachtung des oben genannten Grundsatzes nach den zugrundeliegenden Feststellungen nicht beanstandet werden. Unbeschadet einiger möglicherweise mißverständlicher Formulierungen hat das Berufungsgericht die Entscheidung nicht auf die Unterschreitung eines bestimmten Mindestumsatzes, sei es eines branchenüblichen, sei es eines bestimmten Anteils am Gesamtumsatz der Klägerin, abgestellt. Soweit es den Umsatz weniger 100.000 Zigaretten als in der Regel wirtschaftlich sinnlos bezeichnet und dazu auf Vergleichszahlen aus anderen Prozessen verwiesen hat, ist dies im Rahmen einer Gesamtwürdigung geschehen, in die auch die von der Klägerin geltend gemachten weiteren Umstände einbezogen worden sind. So hat das Berufungsgericht die nicht unbeträchtliche Zeitdauer der Verwendung zugunsten der Klägerin berücksichtigt (1973 bis 1983), die als Indiz für ein wirtschaftliches, nicht nur zeichenrechtliches

Benutzungsinteresse in Betracht zu ziehen war. Es hat auch den allgemeinen Rückgang der Nachfrage nach Orient-Zigaretten und den Charakter der Klägerin als eines verhältnismäßig kleinen Unternehmens mit der Erwägung berücksichtigt, daß von dieser keine Umsätze wie von den Großbetrieben der Branche erwartet werden könnten. Daß das Berufungsgericht gleichwohl nur eine pro-forma-Benutzung angenommen hat, die lediglich der Erhaltung des Warenzeichens habe dienen sollen und sonst nicht sinnvoll gewesen sei, kann revisionsrechtlich nicht beanstandet werden. Denn die Klägerin hat von 1975 bis 1980 Zigaretten unter diesen Warenzeichen nur in ganz wenigen Verkaufsstellen und nur für einige wenige Raucher - bei einem Tagesbedarf von 20 Zigaretten für drei Raucher ausreichend - umgesetzt. Es wäre unter diesen Umständen Sache der Klägerin gewesen, Umstände darzulegen, die unbeschadet der geringen Umsätze den Vertrieb gleichwohl, wie etwa in dem genannten Darcy-Fall, als auch wirtschaftlich sinnvoll erscheinen lassen konnten.

In dieser Anforderung liegt entgegen der von der Revision vertretenen Meinung auch keine unzulässige Einmischung in Entscheidungen, die dem unternehmerischen Ermessen obliegen. Es geht bei der Beurteilung unter dem Gesichtspunkt des wirtschaftlich Sinnvollen nicht darum, den Erfolg oder Mißerfolg einer Unternehmenspolitik zu beurteilen und die Beurteilung der Benutzungsfrage vom Gewinn oder Verlust beim Vertrieb der mit dem Zeichen versehenen Ware abhängig zu machen. Es bedarf aber im Interesse der Rechtssicherheit in den Grenzfällen ungewöhnlich geringer Umsätze, wie sie auch im Streitfall festgestellt worden sind, eines objektiven Kriteriums zur Beurteilung der Frage ausreichender Benutzung. In solchen Fällen muß die Darlegung von Tatsachen verlangt werden, die die aus so geringer Benutzung erwachsende tatsächliche

Vermutung zu widerlegen geeignet sind, daß die Benutzung keinen anderen Zweck verfolgt als den, den Rechtsfolgen der Nichtbenutzung des Zeichens zu entgehen. Daß dabei keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind, zeigt die Entscheidung in den vorgenannten Urteilen des Senats. Fehlt es aber, wie vom Berufungsgericht festgestellt, an jedem Anhaltspunkt für eine vom Zeichenerhaltungszweck unabhängige wirtschaftlich sinnvolle Verwendung des Zeichens, so ist eine Benutzung im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG zu verneinen. Dem steht im Streitfall auch nicht entgegen, daß die Klägerin das Zeichen - wenn auch in minimalem Umfang - über eine Reihe von Jahren verwendet hat. Eine solche Benutzung stellt zwar in der Regel ein Indiz für eine Verwendung dar, die über den Zweck der bloßen Markenerhaltung hinausgeht. Es ist aber kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht im Streitfall diesem Gesichtspunkt keine entscheidende Bedeutung beigemessen hat. Seine Erwägung, daß ein derart geringfügiger Gebrauch auch bei längerer Dauer der Annahme eines bloßen Zeichenerhaltungszwecks nicht entgegenstehe, kann nicht beanstandet werden, zumal diese Benutzung in dem verständlichen Bestreben eine zwanglose Erklärung findet, das aufgrund früherer Verkehrsbedeutung der Bezeichnung "King" wirtschaftlich noch interessante - neuere - Warenzeichen "King" für eine spätere Verwertung, sei es auch nur im Lizenzwege (vgl. BGH GRUR 1974, 276 - King), aufrechtzuerhalten.

2. Auch soweit das Berufungsgericht eine Unzumutbarkeit der Benutzung - oder einer weitergehenden Benutzung - innerhalb der Schonfrist von 1975 bis 1980 verneint hat, ist das aus Rechtsgründen nicht zu bean-

standen. Die Klägerin hat dazu im wesentlichen geltend gemacht, daß das Warenzeichen "KING" als ein altes und noch immer bekanntes Warenzeichen wertvoll und schutzwürdig sei, auch im Hinblick auf die eigentumsähnliche Position dem Warenzeicheninhaber im Hinblick auf Art. 14 Abs. 1 GG nicht entzogen werden dürfe.

a) Der Berufung auf Alter und Wert ihres Warenzeichens hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler entgegengehalten, daß das den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits bildende Warenzeichen Nr. [REDACTED] 73 erst 1965 angemeldet und erst ab 1973 auf der Stangenverpackung und dem Einlagepapier verwendet worden ist. Dieses Zeichen mußte das Berufungsgericht weder als alt noch nach der Benutzungslage als besonders wertvoll ansehen. Wesentlich älter ist zwar die Bezeichnung "KING", soweit sie Bestandteil der älteren Warenzeichen Nr. [REDACTED] 72 ("King de N[REDACTED] G[REDACTED]") und Nr. [REDACTED] 35 (Wortbildzeichen "N[REDACTED] G[REDACTED] Zigaretten KING") ist. Auf diese Zeichen kann sich die Klägerin im Rahmen der Abwägung im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG nicht berufen, weil sie, wie der Senat in seinem zwischen denselben Parteien ergangenen Urteil vom 26. Oktober 1973 (GRUR 1974, 276 - King) ausgesprochen hat, bereits damals wegen der 13-jährigen Benutzungspause von 1958 bis 1971 löschungsreif waren (BGH aaO S. 277). Es begegnet keinen Bedenken, wenn das Berufungsgericht diese Zeichen im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung im vorliegenden Rechtsstreit nicht mehr als Grundlage einer Aufwertung des hier gegenständlichen Warenzeichens Nr. [REDACTED] 73 in Betracht gezogen hat. Auch der wettbewerbliche Besitzstand, der der Klägerin nach ihrer Behauptung mit der

Bezeichnung "King" aufgrund deren früherer Marktbedeutung verblieben sein mag, kann für sich allein die nicht ausreichende Benutzung unter dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit nicht ausgleichen.

b) Auch die allgemein gehaltene Berufung auf Art. 14 Abs. 1 GG kann die konkrete Darlegung anzuerkennender Gründe der Nichtbenutzung nicht ersetzen. Die §§ 5 Abs. 7, 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG begrenzen den verfassungsrechtlichen Schutz als Inhaltsschranken im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Was die Klägerin unter diesem Gesichtspunkt anstrebt, läuft auf die Gewährung eines verfassungsrechtlichen Schutzes ihres wettbewerblichen Besitzstandes hinaus. Dafür fehlt eine Rechtsgrundlage.

c) Mit Recht hat das Berufungsgericht auch die Berufung der Klägerin auf wirtschaftliche Schwierigkeiten, wie sie sich aus den Folgen der Enteignung und Zwangsverwaltung sowie aus dem Rückgang der Nachfrage nach Orient-Zigaretten ergeben haben, in diesem Zusammenhang nicht gelten lassen. Es steht im Einklang mit dem Parteivortrag, wenn das Berufungsgericht darauf hinweist, daß die Klägerin ihr Unternehmen jedenfalls so weit wieder am Markt etabliert hat, daß sie in der Lage war, Zigaretten unter anderen Warenzeichen erfolgreich auf den Markt zu bringen. Daß dies nicht unter dem Warenzeichen "KING" geschehen konnte, hat die Klägerin nicht dargelegt.

Auch daß wirtschaftliche Schwierigkeiten allgemeiner Art, wie hier der Nachfragerückgang nach Orient-Zigaretten oder ein Mangel an einsetzbarem Kapital, keine Gründe seien,

die unter den festgestellten Umständen die Unzumutbarkeit der Benutzung begründen können, durfte das Berufungsgericht annehmen. Es würde dem Zweck des Benutzungszwangs zuwiderlaufen, nichtbenutzte Warenzeichen unter dem Gesichtspunkt nicht zumutbarer Benutzung allein deshalb aufrechtzuerhalten, weil der Zeicheninhaber das Warenzeichen aufgrund allgemeiner wirtschaftlicher Schwierigkeiten nicht benutzen konnte.

III. Die Revision war danach, da die Entscheidung auch im übrigen aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden war, mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

v. Gamm

Merkel

Piper

Erdmann

Mees