

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 17/69

URTEIL

Verkündet am

20. November 1970

Werner,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Vereinigte Papierwerke S [REDACTED] & Co., Nürnberg,
Siegfriedstraße 9 - 17, gesetzlich vertreten durch den per-
sönlich haftenden Gesellschafter Dr. Gustav S [REDACTED],
F [REDACTED]/B [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte: Beklagten und Revisionsklägerin,
Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Papierfabrik H [REDACTED] GmbH, R [REDACTED]/Westerwald,
gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer Dr. Walter
Ha [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter: Klägerin und Revisionsbeklagte,
Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. November 1970 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Alff, Dr. Sprenkmann, Dr. Merkel und Dr. Frhr. v. Gamm

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten und Widerklägerin wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 6. Dezember 1968 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als darin die Berufung der Beklagten gegen die Abweisung ihrer Widerklageanträge zu I 1, 3 - 7, 9 - 16 und diesbezüglich zu II und III zurückgewiesen worden ist. In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien stellen u.a. Papiertaschentücher her und vertreiben sie als Wettbewerber u.a. unter den Bezeichnungen "E[REDACTED]" (Klägerin) und "T[REDACTED]" (Beklagte).

- 3 -

Bis in das Jahr 1953 trugen die Deckblätter der von den Parteien herausgebrachten Pergamin-Verpackungen, die das Weiß der Papiertaschentücher durchscheinen lassen, Randornamentierungen und Beschriftungen, die in blauer Farbe für nicht-imprägnierte und in roter Farbe für menthol-imprägnierte Taschentücher verwendet wurden. Die Packung der Klägerin hatte etwa in der Mitte ein ovales blaues Farbfeld, in dem die Marke "E" in weißer Schrift erschien. Ende 1952, wie sie behauptet, entschloß sich die Beklagte, ihrer Taschentuchpackung unter Einführung der sog. Brechpackung eine neue Aufmachung zu geben. Dabei sollte unter Beibehaltung der Farben Blau-Weiß für nicht-imprägnierte und Rot-Weiß für imprägnierte Tücher die obere Hälfte der quadratischen Packung in der jeweiligen Farbe, die untere Hälfte durchscheinend weiß gestaltet werden. Am 10. Februar 1953 meldete die Beklagte dazu u.a. für Taschentücher das im Warenzeichenblatt vom 15. September 1953 bekannt gemachte Warenzeichen Nr. 656 377 an, das aus einem quadratischen Feld besteht, dessen obere Hälfte schwarz und dessen untere Hälfte weiß ist, wobei in dem schwarzen Feld in besonderer Druckanordnung das Wort "T" steht. Ab August 1953 brachte die Beklagte in allmählich steigendem Umfang die neue Packung in blau-weißer und fast in gleichem Umfang in rot-weißer Aufmachung auf den Markt, während die Auslieferung der bisherigen Packungen bis etwa zum Jahresende 1953 zurückging (vgl. die Aufstellung Bl. 904 d.A.).

Im Juli - so die Klägerin - oder September - so die Beklagte - 1953 erschien auch die Klägerin mit einer Brechpackung auf dem Markt. Das quadratische Deckblatt



war in vier Quadrate unterteilt, das obere rechte und untere linke farbig - blau oder rot, je nachdem ob nicht-imprägniert oder imprägniert -, die beiden anderen durchscheinend weiß. In einem Oval in der Mitte der beiden oberen Quadrate stand die Markenbezeichnung "E[REDACTED]". Zu verschiedenen Zeitpunkten, über die die Parteien streiten, brachte die Klägerin außerdem andere Packungen mit Farbfeldern auf dem Deckblatt heraus, teilweise auch unter anderen Markennamen, wie im einzelnen im Widerklageantrag I aufgeführt.

Am 30. November 1953 meldete die damals unter der Bezeichnung "Papierfabrik W[REDACTED] GmbH" firmierende Klägerin unter der Bezeichnung ihres rechtlich unselbständigen Herstellungsbetriebes "Papierfabrik H[REDACTED]" die von ihr gewählte Aufmachung mit vier quadratischen Feldern in den Originalfarben zum Warenzeichen an. Das blau-weiße Zeichen wurde für die Ware Papiertaschentücher am 14. Januar 1960 als "farbig" unter der Nr. 732 802 in die Warenzeichenrolle eingetragen. Auf eine weitere Anmeldung vom 7. Dezember 1953 wurde - ebenfalls für die "Papierfabrik H[REDACTED]" - das Warenzeichen Nr. 732 804, das etwa der oberen Hälfte des Zeichens 732 802 entspricht und zur Kennzeichnung von Zehn-Stück-Packungen dienen sollte, als "farbig" in die Warenzeichenrolle eingetragen. Gegen beide Warenzeichenanmeldungen erhob die Beklagte, gestützt auf ihr oben erwähntes Warenzeichen 656 377, Widerspruch. Im Widerspruchsverfahren wurde die Übereinstimmung der Zeichen verneint, weil die den Gesamteindruck beherrschenden Worte "T[REDACTED]" und "E[REDACTED]" nicht verwechslungsfähig seien und die hell-dunkle Farbunterteilung keinen selbständigen betriebskennzeichnenden Hinweis-

charakter habe. In der Beschwerdeinstanz nahm die Beklagte ihre Widersprüche zurück. Beide Warenzeichen sind am 16. August 1968 auf die jetzt von der Klägerin geführte Firma umgeschrieben worden.

Die Beklagte erwarb noch auf Anmeldungen aus den Jahren 1954 bis 1957 weitere Warenzeichen mit verschiedenen Felderaufteilungen, u.a. für Papiertaschentücher, alle in Schwarz-Weiß mit der Aufschrift "T[REDACTED]". Seit 1957 verwendet die Beklagte nur noch die blau-weiße Farbkombination und kennzeichnet die imprägnierten Taschentücher seitdem lediglich durch eine entsprechende Aufschrift in einem zusätzlichen kleinen roten Feld.

Etwa im Jahre 1960 warb die Beklagte mit Plakaten und Zeitungsanzeigen, die außer der Abbildung einer T[REDACTED]-Taschentuchpackung u.a. folgende Werbesprüche enthielten:

"T[REDACTED]-Tücher in der blau-weißen Packung
- die Gewähr für die echten, ribbelfesten
'T[REDACTED]'-Tücher"

und

"T[REDACTED]-Tücher in der blau-weißen Packung
- dem Kennzeichen für die echten 'T[REDACTED]'-
Tücher".

Die Klägerin sieht in diesen Werbesprüchen eine nach § 3 UWG unzulässige Irreführung des Verkehrs, weil dadurch die ein besonders günstiges Angebot vortäuschende falsche Vorstellung hervorgerufen werde, alle Papiertaschentücher in blau-weißen Packungen stammten aus dem Geschäftsbetrieb der Beklagten. Sie hat deshalb nach

Erledigung weiterer Anträge beider Parteien zuletzt beantragt,

I. die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Vermeidung von Strafen zu unterlassen, in der Werbung für T■■■■-Taschentücher eine blau-weiße Aufmachung der Taschentücher als Kennzeichen der aus dem Geschäftsbetrieb der Beklagten stammenden Erzeugnisse hinzustellen, insbesondere wenn dies in folgender Form geschieht:

"T■■■■-Tücher in der blau-weißen Packung - dem Kennzeichen für die echten T■■■■-Tücher"

und/oder

"T■■■■-Tücher in der blau-weißen Packung - die Gewähr für die echten, ribbelfesten T■■■■-Tücher",

2. der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang die Beklagte die zu I, 1 bezeichneten Handlungen begangen hat, unter Vorlage eines Verzeichnisses, aufgeschlüsselt nach Vierteljahren, und unter Angabe der einzelnen Werbeträger;

II. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet sei, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die zu I, 1 bezeichneten Handlungen entstanden sei und noch entstehen werde.

Die Beklagte hat Widerklage erhoben und beantragt,

die Klage abzuweisen und auf die Widerklage zu erkennen:

- I. Der Klägerin wird bei Vermeidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu sechs Monaten untersagt,

Zellstofftaschentücher in Packungen mit einer in blau-weißer Farbkombination gehaltenen, durch blau-weiße Farbfelder gekennzeichneten Aufmachung herzustellen und/oder in Verkehr zu bringen,

insbesondere, wenn dies geschieht in einer der nachstehend wiedergegebenen Abbildungen: (s. Berufungsurteil S. 11 - 16)

- II. die Klägerin wird verurteilt, der Beklagten darüber Auskunft zu erteilen,
1. in welchem Umfang sie Packungen der zu I gekennzeichneten Art vertrieben hat, und zwar unter Angabe der Menge, Preise und Zeiten, sowie
 2. in welchem Umfang sie für diese Packungen geworben hat, und zwar unter Angabe der Art der Werbemittel, ihrer Auflagenziffer bzw. der Stückzahl und der Zeiten.

III. Es wird festgestellt, daß die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch die Verwendung von Packungen der zu I gekennzeichneten Art sowie durch die Werbung für diese entstanden ist und noch entsteht.

Die Beklagte stützt ihre Widerklage auf ihre Warenzeichen und auf einen Ausstattungsschutz für ihre Packung "halb blau, halb weiß", den sie nach ihrer Behauptung schon im Zeitpunkt der Anmeldung der Warenzeichen Nr. 732 802 und 732 804 der Klägerin erworben gehabt habe, der aber jedenfalls wenig später entstanden sei. In erster Linie begründet die Beklagte ihre Widerklage jedoch aus § 1 UWG. Sie trägt dazu u.a. vor: Jedenfalls habe sie bis zur Eintragung der genannten Warenzeichen der Klägerin einen schutzwürdigen, wettbewerblichen Besitzstand an der flächigen blau-weißen Aufmachung erlangt gehabt. In der Schweiz habe sich diese Packung bereits Ende 1952 mit einem Marktanteil von 50 % durchgesetzt gehabt. In der klaren Erkenntnis, daß sie, die Beklagte, demnächst diese Packung in Deutschland vertreiben werde, habe die Klägerin ihre verwechslungsfähige Packung entwickelt und zum Warenzeichen angemeldet. Das erscheine besonders verwerflich deshalb, weil sie - die Beklagte - den deutschen Markt damals zu etwa 80 % mit Papiertaschentüchern beliefert und als einzige Papiertaschentuchherstellerin Werbung für diesen Artikel betrieben habe und weil die Klägerin schon immer versucht habe, sich mit ihren Aufmachungen denen der Beklagten zu nähern. Die Klägerin habe ihre, der Beklagten, Leistungen für sich ausnutzen und sie vorsätzlich schädigen wollen. Ferner hält die Beklagte die

Widerklage auch gemäß § 3 UWG für begründet, weil der Verkehr mit ihrer Aufmachung besondere Gütevorstellungen verbinde und durch die verwechslungsfähigen Aufmachungen der Klägerin irregeführt werde. Auf diese Ausführungen verweist die Beklagte auch zur Verteidigung gegen die Klage, wobei sie die Auffassung vertritt, daß alle blau-weißen Aufmachungen der Klägerin nicht berücksichtigt werden dürften, weil diese unzulässig seien. Im übrigen meint die Beklagte, der Verkehr verstehe ihre angegriffenen Werbesätze nur in bezug auf ihre "T■■■■"-Packung.

Die Klägerin tritt dem Vorbringen der Beklagten entgegen und behauptet: Sie habe ihre Taschentuchpackung selbständig und ohne Kenntnis der Schweizer Packung oder der Packung der Beklagten entwickelt und bereits im Juli 1953, also vor der Beklagten, auf den Markt gebracht. Es habe der damaligen - unstreitigen - Entwicklung zur Brechpackung und der - ebenso unstreitigen - Geschmacksrichtung zu Aufmachungen mit Farbfeldern Rechnung getragen werden müssen. Sie und andere Hersteller hätten seit 1953 viele Millionen Packungen Papiertaschentücher mit blau-weiß-flächigem Deckblatt auf den Markt gebracht. In der blau-weißen Aufmachung sehe der Verkehr im Gegensatz zur rot-weißen Aufmachung nur die Kennzeichnung der nicht-imprägnierten Taschentücher. Kennzeichnendes Merkmal der Taschentücher der Beklagten sei deren Marke "T■■■■".

Das Landgericht hat die Beklagte nach dem Klageantrag verurteilt und die Widerklage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten und Wider-

Klägerin hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre zuletzt in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Soweit mit dem Widerklageantrag zu I in dessen Obersatz allgemein das Verbot von Packungen in einer durch blau-weiße Farbfelder gekennzeichneten Aufmachung begehrt wird, hält das Berufungsgericht die Klage für unzulässig, weil sie nicht bestimmt genug sei. Gegenstand dieses Antrages sei praktisch jede blau-weiße Farbkombination, denn es sei völlig unbestimmt, was eine "durch Farbfelder gekennzeichnete" Aufmachung sein solle. Darunter könne auch die ursprüngliche Packung der Klägerin mit der Aufschrift "E" im ovalen blauen Mittelfeld fallen, die die Beklagte ersichtlich nicht angreifen wolle. Ebenso seien viele andere Gestaltungen mit Farbfeldern denkbar, die selbst bei stärkstem Schutz der Aufmachung mit dieser nicht verwechslungsfähig seien.

Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet. Sie legt dar, daß Farbzusammenstellungen auch bei wechselnder grafischer Ausgestaltung der einzelnen Aufmachungen materiell-rechtlich schutzfähig seien und daß deshalb nur zu prüfen sei, ob der Klageantrag sich auf den gesamten Schutzbereich des Kennzeichenrechts erstrecken oder nur die konkrete Verletzungsform erfassen dürfe, wobei hier jedenfalls eine gewisse Verallgemeinerung des Ausspruchs erforderlich sei, um alle Entwicklungsmöglichkeiten zu erfassen, die bei der Verwendung blau-weißer

Farbfelder bestünden. Es geht indessen nicht um die Frage, welchen Inhalt ein auf das Verbot von Farbkombinationen abzielender Antrag zulässigerweise haben darf, sondern darum, welchen Antrag die Beklagte tatsächlich gestellt hat, und ob dieser Antrag bestimmt genug ist.

Unbeschadet seiner etwas mißverständlichen Formulierung versteht das Berufungsgericht den Antrag dahin, daß der Klägerin nicht die Verwendung jedweder blau-weißen Farbkombination verboten werden solle, sondern lediglich ein Ausschnitt aus den Gebrauchsmöglichkeiten blau-weißer Farbkombinationen, nämlich die Verwendung blau-weißer Farbfelder. Diese Auslegung ist nicht zu beanstanden, nachdem auch die Revision nicht die Feststellung des Berufungsgerichts in Frage stellt, die Beklagte wolle z.B. die Verwendung der ursprünglichen Packung mit der Aufschrift "E[REDACTED]" im ovalen blauen Mittelfeld nicht angreifen. Wenn das Berufungsgericht diesen auf das Verbot von "durch Farbfelder gekennzeichneten" Aufmachungen gerichteten Antrag nicht für bestimmt genug im Sinne des § 253 ZPO hält, dann ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, denn der Begriff "Farbfelder" ist nicht eindeutig genug, um für die Parteien und die Vollstreckungsinstanz hinreichend klarzustellen, welche blau-weißen Farbkombinationen erlaubt und welche verboten sein sollen. Dem steht es nicht entgegen, worauf die Revision hinweist, daß nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei Klageanträgen und Urteilsaussprüchen eine gewisse Verallgemeinerung hingenommen werden kann, denn das ist nur zulässig, wenn darin noch das Charakteristische der Verletzungshandlungen zum Ausdruck kommt (GRUR 1961, 288, 290 - Zahnbürsten;

GRUR 1968, 377, IV 2 - Maggi). Gerade das verneint das Berufungsgericht aber für den Begriff "Farbfelder", was nicht beanstandet werden kann.

II. Das Berufungsgericht behandelt sodann den Widerklageantrag I unter Weglassung des Wortes "insbesondere" als Hilfsantrag und prüft, ob die Ziff. 1 - 16 aufgeführten einzelnen Aufmachungen zulässig sind.

1. Vorweg verneint es die Ansprüche wegen der Leona-Brechpackung (I 8) mit der Begründung, es sei nicht bewiesen, daß die Klägerin diese Packung in Verkehr gebracht habe. Da die Revision nicht darlegt, welchen Rechtsfehler sie darin sieht, auch sonst keine Bedenken dazu ersichtlich sind, ist die Revision zu diesem Punkt ohne weiteres zurückzuweisen.

2. Sodann erörtert das Berufungsgericht, ebenfalls vorweg und ohne Bezug zu der umstrittenen Farbgebung, ob die Beklagte auf Grund ihrer T-XXXX-Warenzeichen der Klägerin die Verwendung ihrer unter der Bezeichnung "P-XXXX" und "F-XX" vertriebenen Packungen etwa schon wegen eines übereinstimmenden und deshalb zu Verwechslungen führenden Sinngehalts dieser Worte verbieten könne. Es verneint das und führt dazu aus, der Bestandteil "T-XXXX" wirke bei Taschentüchern wegen seiner Bekanntheit im wesentlichen als Fantasiezeichen. Nur auf Grund weiterer Überlegungen, die der flüchtige Verkehr aber nicht anstelle, könne es allein wegen des übereinstimmenden Sinngehalts der Worte zu einer Verwechslungsgefahr mit F-XX- oder P-XXXX-Taschentücherpackungen kommen.

Die Revision meint, das Berufungsgericht habe dabei vernachlässigt, daß "Tempo" als berühmtes Zeichen einen weiten Schutzbereich habe. Auch liege der auf Schnelligkeit hinweisende Sinngehalt der drei Worte offen zutage, ohne daß es längerer Überlegungen bedürfe. Diese Einwände sind nicht begründet. Es ist nach der Fassung des Klageantrages I schon zweifelhaft, ob dieser auch auf ein Verbot der Ausstattungen 7 und 16 (P[] und F[]) gerichtet sein soll, soweit deren Verwechslungsfähigkeit mit dem Klagezeichen nicht auf der Farbgebung, sondern lediglich auf der Verwechslungsfähigkeit der Wortbestandteile beruht. Aber auch wenn man das annimmt, kann der Revision nicht zugestimmt werden. Das Berufungsurteil läßt nicht erkennen, daß das Berufungsgericht den auf der starken Durchsetzung des Wortbestandteils "T[]" beruhenden Schutzbereich der Klagezeichen verkannt hat. Wenn es aus den angeführten Gründen gleichwohl die Verwechslungsgefahr verneint hat, dann verstößt das weder gegen die Lebenserfahrung noch gegen sonstige reversible Grundsätze.

3. Das Berufungsgericht verneint auch Unterlassungsansprüche der Beklagten soweit es sich um die E[]-Viertelpackung (Klageantrag I 2) handele.

a) Die Beklagte hatte sich dazu auf eine Verkehrsdurchsetzung ihrer blau-weißen Packung berufen, die den Anforderungen des § 25 WZG entspreche. Das Berufungsgericht führt dazu aus, solche Ansprüche bestünden nicht, weil die Klägerin auf Grund der Warenzeichen 732 802 und 732 804 (Euzella-Viertel- und Halbpackung), die auf Anmeldungen vom 30. November und 7. Dezember 1953 zurück-

gingen, ältere Rechte als die auf Verkehrsgeltung gestützten der Beklagten habe, da die Beklagte, wie das Berufungsgericht im einzelnen ausführt, ihre blau-weiße Ausstattung nicht vor diesen Daten im Verkehr als Herkunftshinweis durchgesetzt habe. Diese Feststellungen hat die Revision nicht mehr in Frage gestellt.

Die Beklagte hatte den zeitlichen Vorrang der E- Warenzeichen auch mit dem Einwand bestritten, die Eintragungen dieser Warenzeichen seien rechtlich unwirksam gewesen, weil die Zeichen in der Warenzeichenrolle bis zum 16. Juli 1968 auf den unselbständigen Herstellungsbetrieb der Klägerin "Papierfabrik H " eingetragen waren. Das Berufungsgericht meint, das sei unschädlich. Der Beklagten sei das auch schon aus dem Widerspruchsverfahren und dem darin am 30. Januar 1958 ergangenen Beschluß des Patentamts bekannt gewesen, ohne daß sie daraus Bedenken hergeleitet habe.

Diese Auffassung bekämpft die Revision ohne Erfolg. Ein Warenzeichenrecht kann allerdings für einen rechtlich unselbständigen Teil eines Unternehmens nicht wirksam dadurch entstehen, daß dieser Betrieb als Anmelder und Zeichenberechtigter in der Zeichenrolle vermerkt wird, denn nur rechtsfähige und diesen im Sinne des § 1 WZG gleichzustellende Personen und Personenmehrheiten können Träger von Warenzeichenrechten sein (RG Bl 1908, 145; Hefermehl, WZG 10. Aufl. § 1 Anm. 1). Deshalb konnte auch die "Papierfabrik H " für sich selbst die Warenzeichenrechte Nr. 732 802 und 732 804 durch die Eintragung nicht rechtswirksam erwerben. Nach der Rechtsprechung stellt aber eine ungenaue oder unvollständige Benennung

der als Zeicheninhaberin eingetragenen Firma den Bestand des Zeichens nicht infrage, wenn darüber, wer der Schutzberechtigte sein sollte, kein Zweifel besteht (RGSt 41, 422 - Administration der Kronenquelle). Im Streitfall will die Revision offenbar mit der Behauptung, weder das Patentamt noch das Publikum könne aus der Eintragung in der Rolle und den Anmeldeunterlagen ersehen, daß die Papierfabrik W. GmbH Rechtsinhaberin sein solle, geltend machen, diese Falschbezeichnung gehe über eine bloße Ungenauigkeit oder Unvollständigkeit hinaus und lege die Frage nahe, ob nach dem Willen der Anmelder nicht tatsächlich die rechtlich unselbständige Papierfabrik Hedwigsthal das Zeichenrecht für sich begründen wollte. Das Berufungsgericht meint demgegenüber offenbar mit der Bemerkung, diese Eintragung sei unschädlich, daß ungeachtet dieser Falschbezeichnung kein Zweifel bestehe und bestanden habe, wer Inhaber des Rechts sein sollte. Das kann unter den besonderen Umständen dieses Falles nicht als rechtsfehlerhaft angesehen werden. Davon, daß die anmeldenden Personen - der Patentanwalt und die Unterzeichner seiner Vollmacht - das Warenzeichenrecht nicht in unwirksamer Weise, sondern notfalls für die Klägerin begründen wollten und daß sie dabei mit Einwilligung der Klägerin handelten, durfte das Berufungsgericht ausgehen. Angesichts der Vollmacht des damaligen Patentanwalts der Klägerin haben sich auch in dem sich über sieben Jahre hinziehenden Widerspruchsverfahren aus der unrichtigen Bezeichnung, soweit aus den Akten ersichtlich, keinerlei Schwierigkeiten ergeben. Auch der Verlauf des vorliegenden Rechtsstreits zeigt, daß die Beklagte zu keiner Zeit darüber im Zweifel war, wer rechtlich hinter der Bezeichnung "Papierfabrik

H[REDACTED]" stand. Wenn das Berufungsgericht unter diesen Umständen den Fall so behandelt hat, als ob kein Zweifel bestand, wer Schutzrechtsinhaber sein sollte, dann ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Danach erscheint die Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte könne die beiden Euzella-Warenzeichen der Klägerin nicht aus ihrem etwaigen Ausstattungsrecht an der blau-weißen Packung verbieten, als rechtsbedenkensfrei.

b) Ohne Rechtsfehler verneint das Berufungsgericht auch wettbewerbsrechtliche Ansprüche der Beklagten aus § 1 UWG i.V.m. § 826 BGB, insbesondere in der Richtung, daß sich die Klägerin gegenüber etwaigen Ausstattungsrechten der Beklagten nicht auf ihre älteren Warenzeichen Nr. 732 802 und 732 804 berufen dürfte. Die Revision macht hierzu unter Berufung auf das Recrin-Urteil des Senats (GRUR 1969, 607) geltend, die Klägerin, die nach der Unterstellung des Berufungsgerichts davon Kenntnis hatte, daß die Beklagte in der Schweiz seit 1952 eine Papiertaschentücherpackung Marke "T[REDACTED]" mit hälftiger Felderteilung vertrieb, hätte nach den Umständen ohne weiteres damit rechnen müssen, daß die Beklagte die in der Schweiz entwickelte und benutzte Packung später auch in der Bundesrepublik verwenden wollte, so daß ihre Warenzeichenanmeldung als wettbewerbsliche Behinderung sittenwidrig sei. Dieser Angriff ist nicht begründet. In der Recrin-Entscheidung ist ausgeführt, daß ein Wettbewerber, der ein von einem anderen im Ausland benutztes Kennzeichen für gleiche Waren im Inland zum Warenzeichenschutz anmeldet, nicht schon deshalb unlauter handelt, weil er von der Benutzung im Ausland Kenntnis hat. Vielmehr müßten

besondere Umstände hinzutreten, die ein solches Verhalten als wettbewerbswidrig erscheinen lassen, so insbesondere, wenn die inländische Anmeldung dem Zweck diene, den Benutzer der identischen Auslandsmarke daran zu hindern, das Zeichen auf dem inländischen Markt zu benutzen. Solche Voraussetzungen lagen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier nicht vor. Schon von einer identischen Auslandsmarke kann nicht gesprochen werden, da der Gesamteindruck beider Warenzeichen, wie das Berufungsgericht feststellt, jedenfalls zur hier maßgeblichen Zeit der Anmeldung der "E[REDACTED]"-Warenzeichen, von den Wortbestandteilen "E[REDACTED]" und "T[REDACTED]" beherrscht wurde, die nicht verwechslungsfähig sind. Ob und unter welchen weiteren Voraussetzungen die Grundsätze des Recrin-Urteils anzuwenden wären, wenn bloße Elemente einer im Ausland verwendeten Bezeichnung von einem inländischen Mitbewerber als Bestandteile einer inländischen Warenzeichenanmeldung verwendet werden, bedarf keiner Entscheidung, da es nach den getroffenen Feststellungen schon am subjektiven Tatbestand fehlt. In dem genannten Urteil ist der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nur für den Fall in Betracht gezogen worden, daß der inländische Anmelder bei der Anmeldung wußte oder damit rechnete, daß die identische Auslandsmarke in absehbarer Zeit auf dem inländischen Markt eingeführt und benutzt werden sollte. Übertragen auf den vorliegenden Fall hätte die Klägerin demnach mindestens, wenn ihr der Vorwurf unlauteren Verhaltens gemacht werden sollte, bereits im Jahre 1953 wissen oder damit rechnen müssen, daß die Beklagte die blau-weiße Feldeinteilung ihres "T[REDACTED]"-Warenzeichens für sich allein als Hinweis auf die Her-

kunft der Ware aus dem Betrieb im Inland durchsetzen wollte. Demgegenüber hat das Berufungsgericht aber festgestellt (BU 40/41), daß es für die Klägerin nicht vorauszusehen war, daß die Beklagte die blaue Farbe im Jahre 1957 als Unternehmenskennzeichen durchsetzen wollte. Diesen Schluß konnte das Berufungsgericht auf Grund der Feststellung, daß die Beklagte zur Zeit der Anmeldung und später die blau-weiße Farbkombination allein als Merkmal der nicht-imprägnierten Taschentücher verwendet hat, daß sie in fast gleicher Stückzahl rot-weiße Packungen vertrieb und dafür Werbeanstrengungen unternahm (BU 41), sowie daß die blau-weiße Farbgebung auch im Verkehr als Hinweis auf nicht-imprägnierte Taschentücher galt (BU 26), ohne Verstoß gegen rechtliche Grundsätze treffen. Die Beklagte kann deshalb der Klägerin die Berufung auf ihre älteren Warenzeichenanmeldungen nicht unter dem Gesichtspunkt sittenwidriger Behinderung verwehren.

c) Das Berufungsgericht erörtert ferner, ob die Widerklage hinsichtlich der E■■■■-Packung (Klageantrag I 2) auf Grund des § 3 UWG begründet ist. Es unterstellt dabei die Behauptung der Beklagten als richtig, daß sich mit der blau-weißen Aufmachung der Begriff "T■■■■" verbinde und damit wiederum besondere Gütevorstellungen verknüpft seien. Wenn es dadurch zu Irreführungen kommen sollte, meint das Berufungsgericht, beruhe dies darauf, daß die Beklagte ihre Aufmachung in einem solchen Maße im Verkehr durchgesetzt habe, ohne sich selbst ausreichend von den älteren von der Klägerin benutzten Warenzeichen 732 802 und 732 804 und den diesen Zeichen nahestehenden Packungen abzugrenzen. Auch auf diesem "Umweg" über § 3 UWG könne die Beklagte die prioritätsälteren Warenzeichen der

Klägerin nicht aus dem Feld schlagen. Im übrigen liege nach dem von der Beklagten selbst vorgelegten demoskopischen Gutachten aus dem Jahre 1963 jedenfalls keine schwerwiegende Irreführungsgefahr vor.

Zu Unrecht beanstandet die Revision, daß das Berufungsgericht die nach dem Gutachten festgestellte Irreführung von 17 % der Verbraucher bei der "Euzella"-Packung als für § 3 UWG nicht ausreichend angesehen hat. Der Revision ist zwar zuzugeben, daß es nach ständiger Rechtsprechung für die Anwendung des § 3 UWG ausreicht, wenn die beanstandete Angabe einen rechtlich nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise irreführt und daß 17 % nicht ohne weiteres als unerheblicher Teil der Verkehrskreise anzusehen sind. Hier liegt jedoch die Besonderheit vor, daß die angegriffenen Zeichen der Klägerin zur Zeit der Eintragung rechtlich bedenkenfrei benutzt werden konnten und die Täuschungsgefahr erst nachträglich, wie das Berufungsgericht unterstellt, durch die starke Verkehrsgeltung der blau-weißen Aufmachung der "T■■■■"-Packung der Beklagten entstanden ist. Einen Fall einer erst nach einwandfreier Benutzung auftretender Täuschungsgefahr hat der Bundesgerichtshof in dem Glutamal-Urteil (GRUR 1966, 445, 449) behandelt. Dort wurde vom Beklagten eine Bezeichnung benutzt, die - zwar nicht identisch, aber in verwechslungsfähiger Form - später als Beschaffenheitsangabe für einen Stoff allgemein in Gebrauch kam, der in dem vom Beklagten unter seiner Bezeichnung vertriebenen Produkt nicht enthalten war. In diesem Fall wurde ausnahmsweise auch im Rahmen des § 3 UWG eine Interessenabwägung vorgenommen, und, weil die Bezeichnung nur gegenüber Fachleuten benutzt wurde und die Irreführungsgefahr verhältnismäßig gering war, die Beklag-

te aber einen redlich erworbenen und langjährig eingeführten Besitzstand hatte, von einem Verbot der irreführenden Bezeichnung abgesehen. Davon unterscheidet sich der Streitfall in mehreren Richtungen, insbesondere aber dahin, daß die Irreführungsgefahr nicht durch allgemeine Verhältnisse, wie das Aufkommen einer auf diesem Markt neuen Beschaffenheitsangabe, sondern durch die Erstarkung des Zeichens eines Mitbewerbers entstanden ist. Für einen solchen Fall vertritt Krieger in seiner Anmerkung zum Glutamal-Urteil (GRUR aaO) die Auffassung, § 3 UWG dürfe gegen den Inhaber der rechtmäßig entstandenen Kennzeichnung überhaupt nicht angewendet werden, auch nicht unter Vornahme einer Interessenabwägung. Ob dem zuzustimmen ist, kann hier offenbleiben, denn selbst wenn man sich auf den Standpunkt des Glutamal-Urteils stellt, wofür sprechen könnte, daß auch in solchen Fällen Kollisionen denkbar sind, in denen dem durch § 3 UWG geschützten Allgemeininteresse das Übergewicht zuerkannt werden muß, lassen die Erwägungen des Berufungsgerichts, aus denen es im Streitfall einen Anspruch aus § 3 UWG ablehnt, keinen Rechtsfehler erkennen. Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht zugunsten der Klägerin berücksichtigt, daß diese ihre E-~~XXXX~~-Warenzeichen zeichenrechtlich vorrangig und wettbewerbsrechtlich einwandfrei erworben hat, die Irreführungsgefahr erst nachträglich durch Maßnahmen der Beklagten herbeigeführt worden ist und diese Gefahr bei einer Obergrenze von 17 % liegt, wobei nach Ansicht des Berufungsgerichts das Vorhandensein oder Fehlen des bekannten Wortes "T~~XXXX~~" noch zusätzlich der Irreführung entgegenwirkt. Das Berufungsgericht hätte noch unterstützend darauf hinweisen können, daß bei Farbkombinationen die Gefahr von Irrtümern jedenfalls dann geringer

zu bewerten ist als etwa bei Wortzeichen, wenn, wie hier bei den Zeichen der Klägerin, ein vom Kennwort des Gegenzeichens stark abweichender Wortbestandteil, wie hier "E[REDACTED]" von "T[REDACTED]", eine etwaige Hinweiswirkung der Farbgebung schwächt. Danach dringt die Revision gegenüber der Aufmachung gemäß Widerklageantrag I Ziff. 2 (E[REDACTED]-Packung) auch nicht mit dem auf § 3 gestützten Anspruch durch, so daß die Revision insoweit zurückzuweisen ist.

4. Das Berufungsgericht erkennt der Beklagten auch keine Verbotsrechte gegen die im Klageantrag I 1, 3 - 7, 9 - 16 aufgeführten Packungen zu.

a) Es unterstellt dabei, daß die Beklagte für ihre blau-weiße Aufmachung einen diesen Packungen gegenüber prioritätsälteren Ausstattungsschutz im Sinne des § 25 erlangt hat. Der Schutzbereich dieser Aufmachung sei aber der Klägerin gegenüber auf solche Aufmachungen beschränkt, die in der Farbfelderaufteilung derjenigen der Beklagten näherstünden als diejenigen, die die Klägerin auf Grund ihrer der Ausstattung gegenüber älteren Euzella-Warenzeichen Nr. 732 802 und 732 804 benutzen dürfe. Die angegriffenen Aufmachungen der Klägerin stünden dabei insoweit sämtlich der Farbfelderaufteilung der Warenzeichen der Klägerin näher als der blau-weißen Aufmachung der Beklagten, was das Berufungsgericht im einzelnen ausführt.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Daß die beiden Warenzeichen der Klägerin gegenüber der blau-weißen Ausstattung der Beklagten bevorrechtigt sind, steht der Geltendmachung eines

älteren Ausstattungsrechts der Beklagten an der blau-weißen Ausstattung gegenüber den, wie das Berufungsgericht unterstellt, prioritätsjüngeren übrigen Aufmachungen der Klägerin nicht entgegen.

Ein allgemeiner Rechtssatz, daß ein Zeicheninhaber solche Gegenzeichen nicht verbieten könne, die einem anderen zu duldenden Zeichen desselben Inhabers näherstehen als dem Klagezeichen, ist in der Rechtsprechung nicht anerkannt worden, ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch dem Liquidierma-Urteil des Bundesgerichtshofs (GRUR 1965, 665) nicht zu entnehmen. Ein solcher Satz könnte auch nicht gebilligt werden, weil er sachfremde und die Rechtssicherheit beeinträchtigende Gesichtspunkte in das Kennzeichenrecht einführen würde. Der Bundesgerichtshof hat allerdings zum Recht der Gleichnamigen wiederholt ausgesprochen, daß bei einer durch langen beiderseitigen Gebrauch eingespielten Gleichgewichtslage zweier verwechslungsfähiger Kennzeichnungen solche Veränderungen an den danach zu duldenden Kennzeichen nicht zulässig sind, die zur Steigerung einer bereits vorhandenen Verwechslungsgefahr führen würden (BGH GRUR 1953, 252, 254 - Hochbau/Tiefbau; 1958, 90, 92 - Hähnel; 1963, 218, 221 - Mampe; 1967, 355 - Rabe). Dabei ist auch zum Ausdruck gekommen, daß eine Veränderung, die die Verwechslungsgefahr nicht erhöht, rechtlich nicht beanstandet werden kann (aaO Rabe). In gleicher Weise ist es in der Pott-Both-Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11. Juni 1965 (Ib ZR 56/63) als nicht angreifbar erachtet worden, daß das Stammwort durch einen Zusatz ergänzt worden war. Solche Voraussetzungen liegen aber im Streitfall nicht vor, denn die Aufmachungen gemäß Ziff. I 1, 3 - 7, 9 - 16 des Klageantrags sind keine Abwandlungen der E-XXXXXX-Warenzeichen. Als Abwandlun-

gen können nur solche Formen angesehen werden, in denen der den Gesamteindruck bestimmende Teil der Kennzeichnung als beherrschender Bestandteil wiederkehrt, wenn auch etwas verändert oder mit Zusätzen versehen. Dagegen kann eine Wiederkehr solcher Kennzeichnungselemente, die für den Gesamteindruck nicht bestimmend sind, im allgemeinen nicht als Abwandlung in diesem Sinne betrachtet werden. Im Streitfall ist der kennzeichnende Bestandteil der Zeichen der Klägerin nach den unwidersprochen gebliebenen Feststellungen des Berufungsgerichts deren Wortbestandteil "E[REDACTED]". Dagegen hat die blau-weiße Farbgebung dieser Warenzeichen nach dem Vortrag der Klägerin und den Feststellungen des Berufungsgerichts keine den Gesamteindruck maßgeblich mitbestimmende Wirkung. Vielmehr führt das Berufungsgericht aus, es handele sich dabei um eine in der Werbung allgemein übliche Darstellungsart, die nicht auf einen bestimmten Betrieb hinweise. Demnach handelt es sich bei den genannten Aufmachungen nicht um Abwandlungen der E[REDACTED]-Warenzeichen der Klägerin, die aus diesem Gesichtspunkt dem Klagebegehren standhalten könnten. Das erweist sich auch, wenn man erwägt, ob etwa die Klägerin auf Grund ihrer E[REDACTED]-Warenzeichen diese Aufmachungen, wenn sie von Dritten benutzt würden, gemäß §§ 24, 31 WZG verbieten könnte. Diese Frage wäre zu verneinen, da keine Verwechslungsgefahr zwischen den E[REDACTED]-Warenzeichen einerseits und den Aldano- ect. Aufmachungen andererseits besteht. Die Beklagte ist danach aus Rechtsgründen nicht gehindert, gegen diese Aufmachungen auf Grund ihres - unterstellt - älteren Rechts aus § 25 WZG vorzugehen.

b) Auch der Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs, auf den das Berufungsgericht seine Beurteilung zusätzlich stützt, greift nicht durch. Es führt dazu aus, es erscheine widersprüchlich und deshalb rechtsmißbräuchlich, wenn die Beklagte der Klägerin den Gebrauch von Packungen untersagen lassen wolle, deren Aufmachung von der der Beklagten einen größeren Abstand einhalte als die Warenzeichen, deren sich die Klägerin befugterweise bedienen dürfe. Dadurch würde die Beklagte die Klägerin mittelbar zwingen, den Absatz von Papiertaschentüchern in einer Packung zu verstärken, die dem geltend gemachten Ausstattungsrecht näherstehe. Die Beklagte kann aber durchaus ein berechtigtes Interesse daran haben, dem Aufkommen weiterer blau-weißer Packungen entgegenzuwirken, denn dadurch kann ihr Ausstattungsrecht verwässert, sogar vernichtet werden. Wird dagegen die Klägerin mit der blau-weißen Farbgebung auf ihre eingetragenen Warenzeichen beschränkt, so kann die Beklagte die verbleibende Gefahr auch bei der vom Berufungsgericht angenommenen größeren Ähnlichkeit der Feldaufteilung geringer einschätzen, weil die Bezeichnung "Euzella" als bekannterer Herkunftshinweis der etwa auf die Beklagte zielenden Hinweiskwirkung der Farbgebung besser zurückzudrängen geeignet sein könnte als die Kombination blau-weißer Farbfelder mit den offenbar weniger bekannten Wortbestandteilen der übrigen mit der Widerklage angegriffenen Aufmachungen der Klägerin. Das angefochtene Urteil war deshalb hinsichtlich der Widerklageansprüche zu I 1, 3 - 7, 9 - 16 aufzuheben und an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird feststellen müssen, ob der Beklagten das behauptete Ausstattungsrecht an der blau-weißen Aufmachung mit Zeitvorrang zusteht und ob wegen Verwechslungsgefahr der Beklagten ein Unterlassungsanspruch zusteht. Ob das

bei der hier gegebenen Sachlage nach den in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gestellten Anforderungen überhaupt und für welchen Zeitpunkt möglich sein wird, kann hier offen bleiben (vgl. BGHZ 30, 357 - Nährbier; GRUR 1969, 541 - grüne Vierkantflasche).

c) Das Berufungsgericht verneint auch wettbewerbsrechtliche Ansprüche aus § 1 UWG hinsichtlich der Aufmachungen I 1, 3 - 16. Die Revision vermißt dazu eine Prüfung nach den Grundsätzen zum wettbewerbsrechtlichen Schutz wertvoller Kennzeichnungsmittel gegen Beeinträchtigungen. Eines näheren Eingehens auf diese auf Verletzung des § 286 ZPO gestützten Rüge bedarf es schon deshalb nicht, weil die Revision entgegen § 554 Abs. 3 Ziff. 2 b nicht die Tatsachenbehauptungen bezeichnet, die das Berufungsgericht übergangen haben soll. Im übrigen braucht diese Rüge im jetzigen Verfahrensstadium nicht näher behandelt zu werden, weil den Kennzeichenschutz ergänzende wettbewerbsrechtliche Ansprüche als ausschlaggebend erst dann in Betracht kommen, wenn kennzeichenrechtliche Ansprüche, hier aus § 25 WZG, mangels Verwechslungsgefahr ausscheiden (BGH GRUR 1968, 371, 376 unter III - Maggi). Das wird erst im Rahmen der weiteren Verhandlung vor dem Berufungsgericht geklärt werden, sobald die jetzt fehlenden Feststellungen darüber getroffen sind, ob, wann und in welchem Ausmaße die Beklagte für die blau-weiße Aufmachung ihres "T■■■■"-Warenzeichens Verkehrsgeltung erlangt hat. Sollte der danach etwa bestehende Schutzzumfang die Gefahr von Verwechslungen nicht begründen, so wird zu beachten sein,

daß die bloße Tatsache der Annäherung an ein fremdes Kennzeichen, die noch keine Verwechslungsgefahr - im engeren oder weiteren Sinne - begründet, nicht schon für sich allein, sondern erst bei Hinzutreten besonderer Umstände den Vorwurf der Sittenwidrigkeit im Sinne des § 1 UWG begründen kann (vgl. BGH GRUR 1967, 315, 317 - skai-cubana).

d) Ob der Gebrauch der Packungen gemäß Klageantrag I 1, 3 - 7, 9 - 16, wegen deren sich die Klägerin nicht wie bei der E-Packung auf ältere Warenzeichenrechte berufen kann, gegen § 3 verstößt, kann gegenwärtig dahingestellt bleiben, da das Berufungsurteil insoweit schon aus den oben angegebenen Gründen aufzuheben und die vom Berufungsgericht zu § 3 UWG vorgenommenen Unterstellungen ohnehin durch Tatsachenfeststellungen ersetzt werden müssen, deren Ergebnis sich noch nicht im einzelnen übersehen läßt. Jedoch ist auch in diesem Umfang die Zurückweisung der Berufung, soweit sie sich gegen die Abweisung des Auskunfts- und Schadensersatzfeststellungsantrages richtet, aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

III. 1. Die Verurteilung der Beklagten, die oben angegebenen Werbesprüche zu unterlassen, hat das Berufungsgericht gemäß § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der Beeinträchtigung fremder Werbekraft bestätigt. Es stellt fest, die beanstandete Werbung müsse zu einer Verkehrswirrung führen, weil jedenfalls ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs danach annehme, alle blau-weißen Papiertaschentücherpackungen stammten von der Beklagten, auch soweit sie nicht mit den in den Anzeigen abgebildeten T-Taschentücherpackungen übereinstimm-

ten. Jedenfalls werde es der Klägerin dadurch erschwert, ihre Aufmachungen als die ihren auf den Markt zu bringen. Außerdem verstoße diese Werbung gegen § 3 UWG, weil die Beklagte durch die jedenfalls von einem Teil des Publikums so verstandene Angabe, alle blau-weißen Packungen stammten von der Beklagten, eine besondere Leistungsfähigkeit vortäusche.

2. Die Revision greift das mit der Bemerkung an, wenn man solche Hinweise verbiete, könne man auf besondere Bestandteile einer Ausstattung nur dann noch hinweisen, wenn sie von anderen Mitbewerbern nicht verwendet würden. Dann verhindere man aber gerade bei einfacheren Merkmalen die Entstehung von Ausstattungsrechten. Diese Erwägung kann das Berufungsurteil nicht zu Fall bringen; denn wenn diese Werbung, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler feststellt, zur Verkehrsverwirrung und zur Irreführung zumindest eines rechtlich beachtlichen Teils der angesprochenen Verkehrskreise führen kann, so bleibt das auch dann rechtswidrig, wenn die Beklagte damit einen rechtlich an sich nicht verbotenen Erfolg anstrebt. Es muß ihr überlassen bleiben,

dazu einen Weg zu suchen, der die hier berührten Interessen nicht beeinträchtigt.

Krüger-Nieland

Alff

Sprenkman

Merkel

v. Gamm