

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

UWG § 1; ZPO § 286 B

H a l a z o n

- a) Ein wettbewerbsrechtlicher Schutz der Ausstattungsanwartschaft unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens kommt nicht in Betracht, wenn der vom Beklagten übernommene sog. Stammbestandteil der Aufmachung von Natur aus keine besondere Kennzeichnungskraft aufweist.
- b) Zur Frage, auf welche Weise bei einer aus mehreren Merkmalen zusammengesetzten Ausstattung festzustellen ist, welche Merkmale vom Verkehr als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefaßt werden (Ergänzung zu BGH GRUR 1963, 423, 427 - coffeinfrei).

BGH, Urt. v. 26. Juni 1968 - I ZR 24/66 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I. ZR 24/66

URTEIL

Verkündet am

26. Juni 1968

Werner,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Dr. S [REDACTED] D [REDACTED], Inhaberin Frau Anneliese
S [REDACTED], E [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma A [REDACTED] Arznei- und Gesundheitspflegemittel GmbH,
W [REDACTED], N [REDACTED]straße [REDACTED], vertreten durch ihren
Geschäftsführer von B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter:

Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juni 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Pehle, Dr. Mösl, Alff, Dr. Simon und Dr. Merkel

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten werden das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 26. November 1965 aufgehoben und das Urteil der 4 b-Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 11. Februar 1965 abgeändert, soweit beide Urteile dem Klagantrag zu I 1 a) und den darauf zurückbezogenen Anträgen auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht stattgegeben haben.

In diesem Umfang wird die Klage abgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Revisionsverfahrens, sowie 3/4 der Kosten des ersten und 5/6 der Kosten des zweiten Rechtszuges zu tragen. Die übrigen Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist seit Januar 1964 mit einem Mundspray auf dem Markt, den sie unter der Bezeichnung "halazon" in der aus Anlage 1 zur Klage ersichtlichen Ausstattung vertreibt. Nach ihrer Behauptung hat sie ein solches Erzeugnis



in der Bundesrepublik als erstes Unternehmen angeboten und dafür eine umfangreiche Werbung veranstaltet. Die Beklagte behauptet, die Firma D■■■■-D■■■■ habe schon seit 1959 den Mundspray "Oral" auf dem deutschen Markt vertrieben.

Seit April 1964 bringt die Beklagte einen Mundspray unter der Bezeichnung "Durozon" auf den Markt. Sie verwendet hierfür eine Dose, deren Ausgestaltung sich aus der Anlage 3 der Klage ergibt. Sie bietet sie in einer sog. Stretchpackung an. Die Klägerin erblickt in der Aufmachung dieser Dose einen Eingriff in ihre Kennzeichnungsrechte. Sie hat beantragt,

I. die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Meidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbegrenzter Höhe oder Haftstrafe bis zu 6 Monaten zu unterlassen,
 - a) ihren Mundspray "Durozon" in einer Sprühflasche anzubieten und/oder in den Verkehr zu bringen, die im wesentlichen gekennzeichnet ist durch:
 - aa) eine hälftige Aufteilung des zylinderförmigen Behälters in Deckel und Körper, wobei der Mantel des Deckels weiß, derjenige des Körpers zweifarbig ist,
 - bb) eine grafische Aufteilung des zweifarbigen Körpermantels dergestalt, daß der rote Grundton nur unterbrochen ist durch weiße Flächen in Dreiecksform,

cc) die Anbringung der Marke "Durozon" auf der weißen Dreiecksfläche unter Hinzufügung der Beschaffenheitsangabe "Mund-spray",

dd) die Hervorhebung der Silbe "zon" der Marke "Durozon" in Rot gegenüber den Vorsilben "duro",

ee) einen goldenen Abschlußdeckel des Zylinderkörpers, einen Sprühknopf in weißer Farbe, in dessen Oberfläche ein Hinweispfeil auf die Austrittsdüse in schwarzer Farbe eingeprägt ist,

insbesondere wenn der Firmenname der Beklagten nicht in deutlich lesbarer Form auf der Verpackung erscheint;

b) in der Werbung für ihren Mundspray "Durozon" zu behaupten, daß der Abnehmer der Packung 180 mal frisch am Steuer sei;

2. der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang die Beklagte die zu I 1 a) und b) bezeichneten Handlungen begangen hat, und zwar unter Vorlage eines Verzeichnisses, das nach Liefermengen und Lieferzeiten der beanstandeten Packungen, nach Art und Umfang der betriebenen Werbung sowie nach Bundesländern aufgliedert ist;

II. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch die zu I 1 a) und b) bezeichneten Handlungen

entstanden ist und noch entstehen wird.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und bestritten, daß die Klägerin für ihre eigene Aufmachung Verkehrsgeltung erlangt habe und daß die Gefahr einer Verwechslung der beiderseitigen Aufmachungen bestehe. Sie hat ferner in Abrede gestellt, daß in der mit dem Klageantrag zu I 1 b) angegriffenen Werbebehauptung eine unrichtige Angabe im Sinne des § 3 UWG läge.

Hilfsweise hat die Beklagte mit einem behaupteten Schadensersatzanspruch aufgerechnet, den sie daraus herleitet, daß die Klägerin unter der Bezeichnung "Lacalut" eine Zahnereme vertreibe, die in Gestalt löslichen Fluors ein Gift enthalte und deshalb nur auf einem gesetzlich vorgeschriebenen Wege abgesetzt werden dürfe.

Der Klageantrag zu I 1 b) umfaßte ursprünglich ferner die Werbeangabe der Beklagten, daß ihr Mundspray "Durozon" Alkohol und Nikotin verjage. Insoweit haben die Parteien nach entsprechender Unterlassungserklärung der Beklagten den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt und wechselseitig beantragt, der anderen Partei die anteiligen Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Ersichtlich sind auch die darauf bezogenen Anträge auf Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht für erledigt erklärt worden.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Kosten des Rechtsstreits der Beklagten auferlegt. Die dagegen erhobene Berufung der Beklagten ist zurückgewiesen worden.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage nur insoweit weiter, als er sich auf die Vorurteilung auf den Klageantrag zu I 1 a) und die darauf zurückbezogenen Anträge auf Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht bezieht. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Die Beklagte ist unstreitig Inhaberin des am 25. Januar 1955 angemeldeten und am 2. Juni 1956 für Zahn- und Handpflegemittel eingetragenen Warenzeichens "EUROZON" (Nr. 691 404), dessen Schutzdauer mit Wirkung vom 25. Januar 1965 verlängert worden ist. Das Berufungsgericht läßt dahingestellt, ob die Klägerin für die Aufmachung ihrer "halazon"-Mundspraydose Verkehrsgeltung im Sinne des § 15 WZG errungen hat und ob dies insbesondere schon im April 1964 der Fall gewesen ist, als die Beklagte ihre Aufmachung in Benutzung nahm; jedenfalls stelle die Wahl und Verwendung der angegriffenen Aufmachung der Beklagten einen Verstoß gegen § 1 UWG unter dem Gesichtspunkt der Nachahmung dar. Die Aufmachung der Klägerin besitze eine natürliche Hinweiskraft; die nachgeahmte Kennzeichnung werde für gleiche Ware in einer Weise verwendet, die Herkunftstäuschungen ermögliche; es lägen auch besondere Umstände vor, welche die Nachahmung als unlauter erscheinen ließen. Die Hinweiskraft einer Aufmachung sei danach zu beurteilen, welches Erinnerungsbild sie bei den Abnehmern hinterlassen könne. Dieses Bild werde bei der "halazon"-Dose der Klägerin durch folgende Merkmale bestimmt:

(a) Eine etwa hälftige Aufteilung des zylinderförmigen

Behälters in Deckel und Körper, wobei

- (b) der Deckel weiß gehalten sei und
- (c) der Körper - abgesehen von der Beschriftung - eine grün-weiße Farbaufteilung aufweise, und zwar derart, daß im grünen Grundton in voller Höhe des Körpers ein weißes Dreieck ausgespart sei;
- (d) die in dem weißen Dreieck enthaltene Beschriftung "halazon", und zwar
- (e) die ersten beiden Silben in Grün, die letzte Silbe in Rot,
- (f) darunter in kleinen schwarzen Buchstaben die Beschaffenheitsangabe "Mundspray".

Demgegenüber sei der erst nach Abnahme der weißen Abdeckkappe sichtbare goldfarbene Abschlußdeckel ohne besondere Bedeutung. Für diese Aufmachung habe die Klägerin bereits im April 1964, als die Beklagte mit ihrem Mundspray auf den Markt kam, einen gewissen Grad von Bekanntheit erlangt. Die Klägerin habe eine umfangreiche Einführungsverbung betrieben. Das Landgericht habe aus eigener Kenntnis festgestellt, seit Beginn der Einführung des "halazon"-Mundsprays sei der Artikel in dieser Aufmachung in Drogerien, Friseurgeschäften und Apotheken sowie durch Fernsehwerbung breitesten Käuferschichten vorgestellt worden. Diese Feststellung habe die Beklagte mit der Berufungsbegründung nicht angegriffen; zwar habe sie bestritten, daß die hier in Betracht kommenden Ausstattungsmerkmale schon im April 1964 in dem erforderlichen Maße bekannt geworden seien, daß es sich um ein neues Produkt gehandelt habe und die Fernsehwerbung die Farbgestaltung habe erkennen lassen. Demgegenüber sei das Berufungsgericht der Auffassung, daß die Werbung für ein neuartiges Erzeugnis stärker beachtet werde; jedenfalls sei das vielfach der Fall. Mundspray sei damals

in der Bundesrepublik nahezu unbekannt gewesen; auch nach dem Vorbringen der Beklagten sei der "Oral"-Mund-spray nicht in nennenswertem Umfang vertrieben worden. Die Fernsehwerbung lasse jedenfalls die grafische Aufteilung der Aufmachung und die zweifarbig Schreibeise des Wortes "halazon" erkennen. Durch diese Werbung geweckt, wende das Interesse der Verbraucher sich dann auch der im Verkehr auftretenden farbigen Aufmachung zu. Wie die Beklagte selbst die Wirkung der Einföhrungswerbung beurteilt habe, ergebe sich daraus, daß sie diese zum Anlaß genommen habe, die erst für den Sommer 1964 vorgesehene Aufnahme der Produktion ihrer Erzeugnisse zu beschleunigen.

Die angegriffene Aufmachung der "Durozon"-Dose weise eine Reihe von Merkmalen auf, die auch die "halazon"-Aufmachung kennzeichneten:

- (a) Sie sei ebenfalls hälftig in zylinderförmigen Behälter und Deckel aufgeteilt;
- (b) der Deckel sei weiß, allerdings mit einer kreisrunden roten Fläche auf der oberen Abschlußfläche und dem nur bei sehr aufmerksamer Betrachtung erkennbaren Firmennamen Dr. Scheller;
- (c) der Körper sei zweifarbig, allerdings rot-weiß; die beiden weißen Flächen bildeten Dreiecke;
- (d) in beiden Dreiecken befinde sich die Marke "Durozon", und zwar
- (e) die beiden ersten Silben in Schwarz, die letzte Silbe in Rot,
- (f) darunter in kleineren schwarzen Schriftzeichen die Beschaffenheitsangabe "Mundspray".
- (g) In geöffnetem Zustand sei im übrigen der dann sichtbare obere Teil des Dosenkörpers mit dem entsprechenden Teil der "halazon"-Dose identisch.

Diese zahlreichen Übereinstimmungen begründeten die Gefahr, daß beide Erzeugnisse demselben Hersteller zugeschrieben würden. Trotz der unterschiedlichen Ausgestaltung der bei beiden Aufmachungen verwendeten Dreiecke sei wesentlich, daß es sich in beiden Fällen um weiße Dreiecke handele; dieses das Gesamtbild bestimmende Merkmal präge sich dem Betrachter ein. Im Zusammenhang damit sei ein weiteres stark einprägsames Merkmal die im Dreieck angeordnete zweifarbige Markenbezeichnung, wobei jeweils die identische letzte Silbe "ZON" rot wiedergegeben sei. Die verschiedene Farbgebung bei den beiden ersten Silben und bei der Grundfarbe der Dosen sei demgegenüber unerheblich, denn dem Verkehr sei geläufig, daß in der Körperpflege- und Kosmetikbranche gewisse Duft- oder Geschmacks-Nuancen bei Artikeln desselben Herstellers häufig durch unterschiedliche farbliche Gestaltung der Aufmachung gekennzeichnet werden. Deshalb könne der Verkehr zu der Auffassung gelangen, die farblichen Unterschiede bezeichneten unterschiedliche Geschmacksnoten zweier von demselben Hersteller stammender Mundsprays. Angesichts der weitgehenden Übereinstimmungen der übrigen Ausstattungsmerkmale und der Identität der Silbe "ZON" werde ein nicht unbeträchtlicher Teil der Verbraucher geneigt sein, "halazon" und "durozon" für Serienzeichen zu halten. Unterstelle man, daß die Beklagte für die zweifarbige Schreibweise ihrer Duro-Zeichen Ausstattungsschutz mit Priorität vor der Klägerin besitze, so könne das allenfalls dazu führen, daß der Verkehr "halazon" als Serienzeichen von "Durozon" ansehen würde.

Das Berufungsgericht führt sodann aus, die Beklagte habe zwar einen sachlich gerechtfertigten Grund gehabt, ihr Warenzeichen DUROZON zu verwenden, auch die getrennte zweifarbige Schreibweise und die Dosenform und -größe zu

wählen. Angesichts der ihr bekannten Einführungswerbung der Klägerin habe es aber der geschäftliche Anstand gefordert, dann die übrigen Merkmale der Aufmachung so zu gestalten, daß der Eindruck eines Serienzeichens nicht habe aufkommen können. Besonders gravierend sei, daß die Beklagte das "ZON" in roter Farbe auf weißem Dreieck als Blickfang für die Warenbezeichnung herausgestellt habe. Angesichts der Fülle der möglichen Kennzeichnungen, die sich aus den weiter überreichten Mundspray-Dosen anderer Hersteller ergebe, habe die Beklagte leichtfertig gehandelt.

II. Die Revision erblickt in diesen Ausführungen die Gewährung eines unzulässig ausweitenden wettbewerbsrechtlichen Kennzeichenschutzes. Sie bemängelt nicht nur, daß das Berufungsgericht den Anknüpfungspunkt für die seiner Meinung nach gegebenen Herkunftsvorstellungen ohne Zurückgreifen auf die tatsächlich bestehende Verbraucherauffassung bestimmt habe; sie macht vor allem geltend, das Berufungsgericht habe solche Anknüpfungspunkte auch in Merkmalen gesehen, die bei derartigen Warenverpackungen gebräuchlich, zum Teil auch technisch bedingt seien und deshalb nicht als Herkunftshinweise empfunden würden. In erster Linie halte der Verkehr sich an die Wortmarken, allenfalls noch an die Farben und an die grafische Gestaltung; diese Merkmale aber seien völlig verschieden und namentlich könne bei der Aufmachung der Klägerin nicht von der Verwendung eines Dreiecks gesprochen werden. Eine etwa durch die Übereinstimmung der Silben "ZON" begründete Annäherung könne die Klägerin der Beklagten schon deshalb nicht entgegenhalten, weil diese Inhaberin des älteren Warenzeichens DUROZON sei und für ihre dem Verkehr bekannten Erzeugnisse Duro-Zeichen in einer getrennten, mehrfarbigen Schreibweise verwende.

III. Die Angriffe der Revision sind begründet.

1. Ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Schutz der sog. Ausstattungsanwartschaft ist im Streitfall entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht zu rechtfertigen. Eine Aufmachung der hier fraglichen Art ist an sich als Warenzeichen eintragbar. Wer eine solche Aufmachung in Benutzung nimmt, ohne sie eintragen zu lassen, kann grundsätzlich gegenüber Dritten, die sich eine entsprechende Aufmachung nachträglich durch Eintragung als Warenzeichen schützen lassen, kein Vorbenutzungsrecht geltend machen und erst recht kein Ausschließlichkeitsrecht gegenüber Dritten beanspruchen, die ähnliche Aufmachungen benutzen. Neben der Eintragung bietet § 25 WZG allerdings den der Eintragung gleichwertigen Schutz der Ausstattung, jedoch erst von dem Zeitpunkt an, in dem die Benutzung der Kennzeichnung dazu geführt hat, daß die Ausstattung innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen der Herkunft bestimmter Waren aus dem Betriebe des Benutzers gilt. Nach gesicherter Rechtsprechung ist eine ausreichende Verkehrsgeltung bereits dann erreicht, wenn sie innerhalb eines nicht unerheblichen Teiles der für die entsprechenden Waren in Betracht kommenden Verkehrskreise besteht. Die Rechtsprechung hat damit der Vorschrift des § 25 WZG gerade in Anerkennung des wettbewerblichen Wertes, der aufgrund gesteigerter Benutzung einer Kennzeichnung erworben worden ist, eine weite Auslegung angedeihen lassen. Der auf der tatsächlichen Benutzung beruhende Kennzeichenschutz hat damit eine einigermaßen sichere Grundlage gefunden. Daraus folgt aber, daß die Grenzen des insoweit gewährten kennzeichenrechtlichen Schutzes, die im Interesse der Rechtssicherheit an einem bestimmten Ausmaß der erlangten Verkehrsbekanntheit, eben der Verkehrsgeltung im Sinne des

§ 25 WZG, gezogen worden sind, nicht ohne sorgfältige Beachtung der Grenzen des Kennzeichenrechts aus wettbewerbsrechtlichen Erwägungen noch weiter zugunsten des Benutzers ausgedehnt werden dürfen. Dazu reichen, wiederum im Interesse der Rechtssicherheit, bloß subjektive Gründe, die zumeist schwer feststellbar sind, für sich allein in der Regel nicht aus; wie der erkennende Senat bereits ausgesprochen hat, genügt insbesondere nicht ohne weiteres die Absicht eines Dritten, Verwechslungen herbeizuführen oder sich der noch nicht hinreichend im Verkehr durchgesetzten Kennzeichnung anzunähern (BGH GRUR 1967, 315, 317 - skai-cubana). Für den hier nicht gegebenen Fall, daß die gesetzlichen Voraussetzungen der Entstehung des Ausstattungsschutzes bereits erfüllt sind, es aber mangels Verwechslungsgefahr am kennzeichenrechtlichen Verletzungstatbestand fehlt, hat die Rechtsprechung bereits betont, daß ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Schutz nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht kommt (Urt. v. 6. Juli 1966 - Ib ZR 70/64; vgl. BGH GRUR 1967, 315, 317 - skai-cubana). Auch in dem hier gegebenen Fall, daß mangels ausreichender Verkehrsgeltung nicht einmal die Entstehungsvoraussetzungen für einen kennzeichenrechtlichen Schutz erfüllt sind, ist bei der Bejahung eines Sittenverstosses im Sinne des § 1 UWG Zurückhaltung geboten. In der Rechtsprechung ist ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Schutz in diesen Fällen nur dann in Betracht gezogen worden, wenn im Einzelfall zusätzliche Umstände gegeben waren, welche die Annäherung an die fremde Kennzeichnung als eine unlautere Wettbewerbseingriff erscheinen ließen; im einzelnen ist dies davon abhängig gemacht worden, daß die Kennzeichnung in den beteiligten Verkehrskreisen in gewissem Umfang bekannt geworden und ihrer Natur nach geeignet ist, als betriebliches Herkunftszeichen zu wirken, und daß ferner

die Anlehnung an eine solche Kennzeichnung ohne hinreichenden Grund in der verwerflichen Absicht vorgenommen worden ist, Verwechslungen herbeizuführen oder den Ruf der anderen Ware zu beeinträchtigen oder auszunutzen; schließlich ist es in subjektiver Beziehung auch als hinreichend erachtet worden, daß Verwechslungen oder die Beeinträchtigung des fremden Rufes leichtfertig in Kauf genommen wurden (BGH GRUR 1956, 553, 557 - Coswig; 1963, 423, 427 - coffeinfrei). Die Anforderungen an den Grad der Verkehrsbekanntheit und an die Originalität und damit die Eignung der Kennzeichnung als Herkunftshinweis dürfen in diesen Fällen jedoch nicht gering bemessen werden, und es darf auch nicht ohne besonderen Anhaltspunkt aus dem objektiven Tatbestand der Annäherung oder aus der Kenntnis der fremden Kennzeichnung ohne weiteres auf eine verwerfliche Absicht des gekennzeichneten Inhalts geschlossen werden; andernfalls würden die im Interesse der Rechtssicherheit zu beachtenden Grenzen des § 25 WZG in bedenklicher Weise verwischt und ausgeweitet.

Für einen ergänzenden wettbewerbsrechtlichen Schutz kommen danach namentlich diejenigen Kennzeichnungen in Betracht, die schon ihrer Art nach für die jeweilige Ware besonders kennzeichnungskräftig und ferner im Begriff sind, sich zugunsten des Benutzers in einem nach § 25 WZG hinreichenden Maße durchzusetzen, sofern der Beklagte ohne erkennbaren anderen Anlaß als den der Behinderung oder der Ausnutzung des in der fremden Kennzeichnung liegenden wettbewerbslichen Wertes eine verwechslungsfähige Kennzeichnung wählt.

2. Es ist schon zweifelhaft, ob die hiernach erforderlichen o b j e k t i v e n Voraussetzungen für einen wettbewerbsrechtlichen Schutz der Ausstattungsanwartschaft

im Streitfall erfüllt sind.

Die Revision rügt insoweit aufgrund des § 286 ZPO unter Hinweis auf die Entscheidung des erkennenden Senats vom 4. Januar 1963 (GRUR 1963, 423, 427 - coffeinfrei), der Tatrichter habe eine hinreichend sichere Feststellung, daß der Verkehr bestimmte Merkmale der streitigen Aufmachung als Herkunftshinweis aufgefaßt habe und daß dies auch in einem ausreichenden Grade geschehen sei, im vorliegenden Falle nicht aus eigener Sachkunde treffen können.

Der erkennende Senat hat in der angeführten Entscheidung ausgesprochen, daß Feststellungen zur Frage, ob bei einer aus mehreren Merkmalen zusammengesetzten Kennzeichnung sämtliche Merkmale oder nur einzelne von ihnen, gegebenenfalls welche Merkmale, vom Verkehr als Herkunftshinweis betrachtet werden, nicht durch eigene Überlegungen des Gerichts ersetzt werden können, daß diese vielmehr als bloße Vermutungen eine ausreichende Grundlage für die Anwendung oder Nichtanwendung des § 25 WZG nicht abgeben können. Um eine Kombination aus verschiedenen Merkmalen, nämlich aus Form der Dose, Farben, grafischer Darstellung, Schreibweise und Markenname, handelt es sich allerdings auch im Streitfall. Es ist jedoch zugunsten des Standpunkts des Berufungsgerichts einzuräumen, daß es auch Fälle gibt, in denen Merkmale einer Warenverpackung oder Aufmachung schon ihrer Art nach - etwa wegen ihrer besonderen Eigenart und Einprägsamkeit - von Natur aus derart kennzeichnungsstark sind, daß der Richter ihren Hinweischarakter wenigstens im Falle eines nachgewiesenen erheblichen Umfangs der Benutzung dieser Merkmale von sich aus beurteilen kann. Der von der Revision geltend gemachte Grundsatz gilt also nicht ausnahmslos und steht insbesondere der Anwendung allgemeiner

Erfahrungssätze nicht entgegen, setzt diese vielmehr voraus. Ebenso vermag der Richter Merkmalen, die ersichtlich von Natur aus kennzeichnungsschwach sind oder in der streitigen Aufmachung nicht hervortreten, von sich aus die für einen Schutz nach § 1 UWG erforderliche Hinweiskraft abzusprechen. Es bedarf jedoch in diesem Zusammenhang noch keiner Stellungnahme, ob die Aufmachung der halazon-Dose ihrer Art nach die hiernach erforderliche Originalität aufweist, denn nach dem festgestellten Sachverhalt kann die Gefahr von Verwechslungen, und damit eine weitere objektive Voraussetzung für einen wettbewerbsrechtlichen Schutz der Ausstattungsanwartschaft, aus Rechtsgründen nicht bejaht werden.

3. Von den Merkmalen der Aufmachung, welche die Klägerin verwendet, sind mehrere von vornherein nicht geeignet, als betriebliches Herkunftsmerkmal zu wirken. Dazu zählen die etwa hälftige Aufteilung der Dosen in Deckel und Körper, die weiße Farbe des Deckels und die Verwendung der Angabe "Mundspray". Diese Angabe stellt einen freizuhaltenden Hinweis auf die Bestimmung der Ware dar. Jene Merkmale aber sind weitgehend durch den Zweck der Ware bedingt, die von Verbraucherinnen mitgeführt werden soll und deren Verpackung deshalb zweckmäßigerweise eine standardisierte geringe Größe aufweist; das zeigen die zahlreichen Dosenausführungen sonstiger Hersteller. Auch, wenn diese Entwicklung im Zeitpunkt der Vertriebsaufnahme durch die Beklagte erst im Gange war, würde deshalb die Verwendung dieser Größe und die Aufteilung des Verhältnisses keinen Grund für eine Anwendung des § 1 UWG abgeben können; diese Ausführung lag vielmehr von vornherein nahe und darf deshalb von jedem Mitbewerber verwendet werden.

Die weiße Farbe des Deckels ist gleichfalls allgemein üblich, schon von sonstigen Spraydosen her bekannt gewesen und deshalb nicht als betrieblicher Herkunftshinweis geeignet.

Das Berufungsgericht legt denn auch das entscheidende Gewicht nicht auf die Übereinstimmung in diesen Merkmalen, sondern auf zwei andere Übereinstimmungen, von denen jedoch in dem einen Punkte (Dreieck) eine Übereinstimmung in Wahrheit nicht gegeben ist, und in dem anderen Punkte (zweifarbige Schreibweise unter Verwendung roter Farbe für die Silbe zon) besondere rechtlich erhebliche Umstände des Falles unberücksichtigt geblieben sind, welche einer Anwendung des § 1 UWG zugunsten der Klägerin entgegenstehen.

a) Betrachtet man die Aufmachung der von der Klägerin verwendeten Dose unbefangen, so drängt sich, wie die Revision mit Recht geltend macht, der Eindruck eines Dreiecks keineswegs auf. Zum Teil hängt das damit zusammen, daß die Rundung der Dose die Dreiecksform nicht einmal hinreichend sicher erkennen läßt. Aber auch, wenn die farbliche Aufteilung ein weißes Dreieck zweifelsfrei erkennen lassen würde, müßte davon ausgegangen werden, daß das Dreieck als Mittel der grafischen Gestaltung von Warenverpackungen nur von schwacher Kennzeichnungskraft ist. Irgendwelche Besonderheiten, die zu einem gegenteiligen Schluß führen könnten, wie etwa eine auffallende Farbe des Dreiecks, oder seine Herausstellung in anderer Weise oder seine Form, sind im vorliegenden Falle nicht ersichtlich. Die vom Berufungsgericht als Dreieck angesprochene Fläche wirkt vielmehr lediglich als weißer Untergrund für die Aufnahme der wichtigsten Wortbestandteile ihrer Aufmachung.

b) Die Z w e i f a r b i g k e i t der Schreibweise des Wortes halazon als solche, also ohne Rücksicht auf die für beide Wortteile gewählten Farben, ist gleichfalls nicht geeignet, als Hinweis auf die betriebliche Herkunft der Ware aufgefaßt zu werden. Es kann sich deshalb nur fragen, ob die konkret gewählten Farben eine Verwechslungsgefahr begründen. Insoweit beschränkt sich aber die Übereinstimmung beider Aufmachungen auf die rote Schreibweise der Silbe zon, während für die beiden ersten Silben erheblich abweichende Farben (grün bzw. schwarz) verwendet werden.

Das Berufungsgericht zieht zur Bejahung der Verwechslungsgefahr ferner den sog. Seriongedanken heran; es geht daher anscheinend selber davon aus, daß die beiden Aufmachungen an sich hinreichend unterschieden werden. Dem Berufungsgericht kann aber in seinem Gedanken, ein Wettbewerbsverstoß sei auch bei einer Ausstattungs a n w a r t - s c h a f t unter dem Gesichtspunkt des Serionzeichens zu bejahen, nicht beigetreten werden.

Serionzeichen sind Warenzeichen, die erkennbar voneinander abweichen, jedoch einen gemeinsamen Stammbestandteil aufweisen, der von einem nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise als Hinweis auf dieselbe betriebliche Herkunftsstätte aufgefaßt wird (BGHZ 32, 299, 301 - Almglocke; BGH GRUR 1967, 660, 661 - Sirax m. v. Nachv.). Auch ein einzelnes Element einer Ausstattung kann an sich den Anknüpfungspunkt einer derartigen Vorstellung bilden; die nach § 25 WZG geschützte Ausstattung ist dem eingetragenen Warenzeichen daher auch in dieser Frage grundsätzlich gleichzustellen. Während sich aber bei dem eingetragenen Warenzeichen der Schutzbereich danach bestimmt.

wie die Gefahr der Verwechslung bei normaler Benutzung des Zeichens zu beurteilen wäre, die Verwechslungsgefahr also unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens bei entsprechender Eignung des Stammbestandteils auch dann zu bejahen sein kann, wenn das Zeichen zur Zeit noch nicht oder in geringem Umfang benutzt wird und sich eine entsprechende Herkunftsvorstellung in bezug auf den Stammbestandteil noch nicht gebildet hat, ist bei nicht eingetragenen Kennzeichnungen, die Schutz nur nach § 25 WZG erlangen können, Voraussetzung für die Annahme der Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens, daß innerhalb der geschützten Ausstattung ein bestimmtes Merkmal oder eine Merkmalskombination den Charakter eines Herkunftszeichens bereits errungen hat. Denn nur dann kann gesagt werden, daß der Verkehr der Gefahr unterliegt, eine andere Aufmachung, die er als abweichend erkennt, mit Rücksicht auf den übereinstimmenden "Stammbestandteil" als bloße Abwendung dieser Ausstattung aufzufassen. Liegt aber nur eine sog. Ausstattungsanwartschaft vor, so fehlt es an der Voraussetzung, daß wenigstens ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise irgendein Element dieser Aufmachung als Hinweis auf die Herkunft der Ware der Klägerin auffaßt. Es würde nach Ansicht des Senats zu weit gehen, in der Übernahme des Elements einer Aufmachung einen Sittenverstoß schon dann zu erblicken, wenn nicht einmal ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise dieses Element als Stammbestandteil auffaßt. Hat ein bestimmtes Gestaltungselement einer Ausstattungsanwartschaft dagegen von Natur aus besondere Kennzeichnungskraft und kehrt es in der angegriffenen Aufmachung wieder, so wird es überdies der Heranziehung des Rechtsgedankens des Serienzeichens überhaupt nicht bedürfen, um die Verwechslungsgefahr zu bejahen und damit

den Inhaber der Ausstattungsanwartschaft im Rahmen des Wettbewerbsrechts in angemessener Weise gegen Nachahmungen zu schützen.

4. Scheidet hiernach der Gedanke des Serienzeichens aus, so ist der Verurteilung aufgrund des § 1 UWG der Boden entzogen.

V. Einer Zurückweisung der Sache bedarf es jedoch nicht, denn der Rechtsstreit ist zur Entscheidung im Sinne der Klageabweisung insoweit reif, da eine Verwechslungsgefahr auch bei Annahme der von der Klägerin behaupteten Verkehrsgeltung ihrer Aufmachung im Sinne des § 25 WZG zu verneinen ist und damit auch z e i c h e n r e c h t - l i c h e Ansprüche der Klägerin nicht gegeben sind.

1. Die von der Klägerin verwendete Aufmachung ist aus Wort- und Bildbestandteilen zusammengesetzt. Der Wortbestandteil halazon wirkt als Phantasiebezeichnung und somit als typisches Markenwort. Diese Wirkung wird durch die Art seiner Anbringung und Hervorhebung auf der Verpackung unterstützt. Durch die relative Größe und die Alleinstellung dieser Markenbezeichnung wird seine Beachtung durch den Verbraucher zusätzlich sichergestellt. Ferner ist nichts ersichtlich, was im Streitfall die allgemeine Regel außer Kraft setzen könnte, daß der Verkehr bei Kennzeichnungen, die aus Wort und Bild zusammengesetzt sind, in erster Linie den Wortbestandteil als Herkunftshinweis auffaßt, wenn dieser dazu geeignet erscheint.

Unter den hiernach für die Frage der Verwechslungsgefahr ohnehin weniger bedeutsamen Bildelementen der von der Klägerin verwendeten Aufmachung ist es in erster Linie

die grüne Farbe, die als merkfähig angesehen werden kann. Diese aber kehrt bei der angegriffenen Aufmachung der Beklagten nicht wieder.

2. Auch unter Berücksichtigung der bereits erörterten grafischen Ausgestaltung reichen die Übereinstimmungen in den Endsilben zon und in der in Rot gehaltenen farblichen Absetzung dieser Silbe von den beiden vorangehenden Silben nicht aus, um die Verwechslungsgefahr nach dem Gesamtausdruck der Aufmachungen zu bejahen. Zunächst ist dabei zu berücksichtigen, daß der Streitfall Besonderheiten aufweist: Die Beklagte ist Inhaberin des rangälteren Wortzeichens DUROZON; nach der Feststellung des Berufungsgerichts hatte sie ferner in der Vergangenheit andere "Duro"-Zeichen in der Weise verwendet, daß der Bestandteil "Duro" durch getrennte Schreibweise und durch andersfarbige Ausgestaltung vom nachfolgenden Zeichenbestandteil abgehoben wurde.

Allerdings würde die Beklagte nicht berechtigt sein, Elemente der Ausstattung der Klägerin in verwechslungsfähiger Weise zu verwenden, für welche diese Verkehrsgeltung errungen hat. Zu diesen Elementen könnte an sich auch eine besonders eigenartige Schreibweise oder Farbe gehören. Denn zwar ist das nicht farbig eingetragene Warenzeichen DUROZON der Beklagten für alle Farben geschützt (BGHZ 8, 202, 205 - Kabelkennstreifen, st. Rspr.). Sogar bei einem an sich verwechslungsfähigen jüngeren Wortzeichen ist es denkbar, daß dieses infolge Verwendung einer unterscheidungskräftigen Farbe einen anderen Gesamteindruck erweckt und für die gewählte Farbgestaltung Verkehrsgeltung erlangt mit der Wirkung, daß der ältere Zeicheninhaber diese Farbgestaltung nicht mehr wählen darf. Aber

auch insoweit fehlt es an einer hinreichenden Klagegrundlage. Die Farbkombination Grün-Rot hinsichtlich des Wortes halazon kann außer Betracht bleiben, weil die Beklagte die davon deutlich verschiedene Farbkombination Schwarz-Rot verwendet. Daß die Klägerin aber an dem Ausstattungselement der Farbe Rot für die Silbe zon Verkehrsgeltung erworben haben könnte, so daß wegen der Übernahme dieser Farbe für diese Silbe in Verbindung mit sonstigen Merkmalen der Ausstattung die Gefahr von Verwechslungen zu befürchten wäre, ist angesichts der Vielzahl der auf dem Gebiete der Spray-Erzeugnisse angebotenen farbigen Aufmachungen (vgl. LG Düsseldorf WRP 1967, 462, 463) als ausgeschlossen anzusehen. Die Verwendung von Farben zur Hervorhebung bestimmter Worte oder Elemente auf Warenverpackungen ist allgemein üblich, und die Zahl der dafür geeigneten Grundfarben ist nur gering. Deshalb kann die Anerkennung eines Ausstattungsschutzes jedenfalls an einer Grundfarbe nur mit Zurückhaltung bejaht werden (BGH GRUR 1957, 369, 371 - rosa-weiß-Packung; Hefermehl, Festschrift für Möhring, S. 225, 226). Gerade Rot ist eine der zur Hervorhebung am häufigsten verwendeten und beliebtesten Farben; der Verkehr ist daran gewöhnt, sie auf Verpackungen anzutreffen. Der Verkehr begegnet auf dem Gebiete der kosmetischen Zahn- und Mundpflegemittel so vielen farblich verschiedenen Aufmachungen, daß es ihm schwer fällt und er im allgemeinen auch nicht dazu neigt, sich einzelne Aufmachungen schon aufgrund ihrer farblichen Gestaltung nach einer verhältnismäßig kurzen Vertriebszeit - im Streitfall drei Monate - zu merken. Ungewöhnliche Farben mögen dabei eine Ausnahme bilden; um eine solche handelt es sich im Streitfall jedoch nicht.

Die Silbe zon hat die Bedeutung eines Stammbestandteils eines Serienzeichens auch nicht durch die farbliche

Absetzung gegenüber den voranstehenden, farblich nicht minder hervorgehobenen Silben hala erworben, denen überdies gegenüber der Endsilbe die erheblich stärkere Kennzeichnungskraft zukommt.

Bei der gebotenen Gesamtbetrachtung beider Aufmachungen kommt schließlich in Betracht, daß der von der Beklagten verwendete Wortbestandteil Duro vom Verkehr auch deshalb stark beachtet wird, weil er ihm auf dem Gebiete der Mund- und Zahnpflegemittel aus dem bekannten Warenzeichen Durodont bekannt ist. Die Annahme, daß dem Verkehr die Bezeichnung halazon als ein abgewandeltes Zeichen von Eurozon erschiene, muß auch aus diesem Grunde als fernliegend bezeichnet werden, wobei dahingestellt bleiben kann, ob und in welchem Maße dem Verkehr bereits bekannt ist, daß - wie das Berufungsgericht festgestellt hat - die Beklagte weitere Warenzeichen benutzt, die aus dem Wortbestandteil Duro und einem farblich - darunter auch in Rot - davon abgesetzten weiteren Wortbestandteil bestehen.

3. Auch ein ergänzender wettbewerbsrechtlicher Schutz unter dem Gesichtspunkt der noch nicht zur Verwechslungsgefahr führenden A n n ä h e r u n g an eine fremde Ausstattung scheidet bei der gegebenen Sachlage aus. Die unter III 1 dargelegten Voraussetzungen, unter denen ausnahmsweise ein wettbewerbsrechtlicher Schutz ohne Verwechslungsgefahr gewährt werden kann, sind in Streitfall nicht gegeben. Es fehlt schon an der besonderen Eigenart der von der Klägerin gewählten Aufmachung. Ferner hatte die Beklagte, wie auch das Berufungsgericht annimmt, hinreichenden Anlaß, entsprechend ihrer bisherigen Übung auch die Marke Durozon in getrennter Schreibweise und in verschiedenen Farben zu benutzen, um einerseits den Bestand-

teil Duro deutlich hervortreten zu lassen, andererseits aber auch mittels der Endsilbe zon ihr neues Erzeugnis von ihren übrigen abzuheben. Der geschäftliche Anstand gebietet nicht, dabei die Wahl der Farbe Rot allein deshalb zu unterlassen, weil die Klägerin drei Monate vorher mit der Werbung für ein gleichartiges Erzeugnis unter der Marke halazon begonnen hatte, mag diese Werbung auch umfangreich gewesen sein. In der schwarz-weiß gehaltenen Fernsehwerbung der Klägerin konnte diese Farbe ohnehin keine Rolle gespielt haben.

VI. Auf die Revision der Beklagten war hiernach das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit es dem Klageantrag zu I 1 a) und den darauf zurückbezogenen Anträgen auf Auskunft und Feststellung der Schadensersatzpflicht stattgegeben hat. Insoweit war die Klage auf die Berufung der Beklagten unter entsprechender Abänderung des landgerichtlichen Urteils abzuweisen. Im übrigen verbleibt es bei der von der Revision nicht angefochtenen Verurteilung.

Die den erledigten Teil der Klage betreffenden Kosten sind vom Berufungsgericht nach § 91 a ZPO mit Recht der Beklagten auferlegt worden; diese hat hiergegen auch keine Angriffe erhoben. Die Entscheidung

über die weiteren Kosten des Rechtsstreits ergibt
sich aus § 92 ZPO.

Pehle

Mösl

Alff

Simon

Bundesrichter Dr. Merkel
ist infolge Urlaubsabwe-
senheit an der Unterschrifts-
leistung verhindert.

Pehle