

I ZR 31/60

Verkündet

am 25. April 1961
Lüneburg, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma H [REDACTED] GmbH, O [REDACTED], H [REDACTED] str. [REDACTED]
vertreten durch ihren Geschäftsführer Dr. Hartmut K [REDACTED]
[REDACTED]

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

die Firma a [REDACTED] Arbeitsgemeinschaft für den Ver-
trieb von Konsumgütern GmbH, W [REDACTED] (Holstein), ver-
treten durch ihren Geschäftsführer R [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 25. April 1961 unter Mitwir-
kung der Bundesrichter Dr. Bock, Dr. Krüger-Nieland,
Dr. Weiß, Jungbluth und Pehle

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das
Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseati-
schen Oberlandesgerichts zu Hamburg vom
7. Januar 1960 wird auf Kosten der Be-
klagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, eine in W [REDACTED] (Holstein) ansässige Gesellschaft mit beschränkter Haftung, ist seit dem 11. Juni 1949 unter der Firma a [REDACTED] Arbeitsgemeinschaft für den Vertrieb von Konsumgütern GmbH in das Handelsregister eingetragen. Sie vertreibt Lebensmittel, insbesondere Kaffee, und verfügt über 150 Verkaufsstellen, vor allem in Schleswig-Holstein und Niedersachsen. Seit ihrer Gründung benutzt sie das Firmenschlagwort " a r k o ". Ihr sind mehrere Warenzeichen mit dem Zeichen "arko" geschützt (unter den Nummern 627 979, 642 763, 648 404, 663 981 und 694 816, von denen das Wort-Bildzeichen Nr. 627 979 am 1. Oktober 1948 angemeldet und am 9. Oktober 1952 für die Klasse 26 d u.a. mit der Ware Kaffee, eingetragen worden ist).

Die Beklagte, eine in O [REDACTED] ansässige Gesellschaft mit beschränkter Haftung, ist seit dem 30. Dezember 1955 unter der Firma " H A R K O S GmbH " in das Handelsregister eingetragen. Sie vertreibt ebenfalls Lebensmittel, vorzugsweise Kaffee. Sie ist Rechtsnachfolgerin der von ihrem Geschäftsführer betriebenen Firma "Dr. Hartmut K [REDACTED] ". Diese Firma meldete mehrere Warenzeichen mit dem Wort "HARKOS" zur Eintragung an, zuerst am 10. Januar 1952 das Wortzeichen "'HARKOS'-Kaffee", gegen dessen Eintragung die Klägerin am 6. Mai 1953 Widerspruch erhob. Nachdem die Prüfungsstelle des Patentamtes den Widerspruch am 23. April 1954 zurückgewiesen hatte, stellte der Beschwerdesenat am 6. Februar 1957 die Übereinstimmung des angemeldeten Zeichens mit dem Zeichen Nr. 648 404 der Klägerin fest und versagte die Eintragung. Auch gegen die übrigen Anmeldungen von HARKOS-

- 3 -

Zeichen durch die Beklagte legte die Klägerin Widerspruch ein. Mit Schreiben ihrer Prozeßbevollmächtigten vom 18. April 1957 forderte die Klägerin die Beklagte auf, die Warenzeichenanmeldungen zurückzunehmen und die Firmenbezeichnung "HARKOS GmbH" aufzugeben. Die Beklagte zog daraufhin die Anmeldung zurück. Wegen der Benutzung des Wortes "HARKOS" in warenzeichen- und firmenrechtlicher Beziehung wurde zwischen den Parteien in der Folgezeit ein umfangreicher Schriftwechsel geführt, in dem die Beklagte um Gewährung und Verlängerung einer Aufbrauchsfrist bat.

Am 29. August 1957 fand in Hamburg eine Besprechung statt. Unter dem 17. Februar 1958 schrieben die Prozeßbevollmächtigten der Klägerin an die Anwälte der Beklagten in O [REDACTED]: "Darf ich zurückkommen auf die Besprechungen, die wir am 29. August v.J. in H [REDACTED] in obiger Sache gehabt haben. Es wurde damals eine Aufbrauchsfrist bis zum 1. Februar d.J. vereinbart. Es würde mich interessieren, zu welcher Bezeichnung sich Herr Dr. K [REDACTED] jetzt entschlossen hat. Ferner bitte ich um Bestätigung, daß das Wort HARKOS nun nicht mehr benutzt wird, entsprechend der damaligen Vereinbarung". Die Beklagte antwortete durch ihre Osnabrücker Anwälte am 24. Februar 1958: "In Beantwortung Ihres Schreibens vom 17. d.M. bitte ich freundlichst, sich noch kurze Zeit mit der endgültigen Stellungnahme der Firma H [REDACTED] zu gedulden, da wir vor dem Oberlandesgericht Oldenburg ein obsiegendes Urteil erstritten haben, inhaltlich dessen die Firma H [REDACTED] berechtigt ist, den Kaffee als "Dr. K [REDACTED]'s Harkos-Kaffee" zu bezeichnen. Wir möchten noch gern die Begründung abwarten, die wir täglich erwarten. Das Urteil ist bereits am 17.1.58 verkündet." Auf die erneute Aufforderung der Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom 25. Februar 1958 zu bestätigen, "daß entsprechend unserer damaligen Abmachung das Wort "Harkos" nun nicht mehr benutzt wird", bat die Beklagte, "sich wegen der endgültigen Wortfassung noch bis zum 15. Mai d.J. zu gedulden."



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Im Verlauf des weiteren Schriftwechsels bat die Beklagte mehrfach um weitere Geduld, gab aber die verlangte Bestätigung, das Zeichen "HARKOS" nicht mehr zu benutzen, nicht ab.

Die Klägerin meint, zwischen dem Zeichen "HARKOS" der Beklagten und ihrem Zeichen "arko" bestehe Verwechslungsgefahr. Sie verlangt, daß die Beklagte das Zeichen "HARKOS" weder als Warenzeichen noch in ihrer Firma verwende. Ihren Anspruch stützt sie im übrigen auch darauf, daß bei der Besprechung vom 29. August 1957 eine entsprechende Einigung erzielt worden sei.

Die Klägerin hat beantragt,

I. die Beklagte zu verurteilen,

1. zu unterlassen,

a) zur Kennzeichnung der von ihr vertriebenen Waren, insbesondere Kaffee, das Wort "HARKOS" warenzeichenmäßig oder schlagwortartig zu benutzen,

b) sich im geschäftlichen Verkehr zur Kennzeichnung ihres Unternehmens, der Firma "HARKOS GmbH" zu bedienen;

2. in die Löschung ihrer Firma "HARKOS GmbH" beim Handelsregister in O [REDACTED] einzuwilligen;

3. der Klägerin darüber Auskunft zu erteilen, seit wann und in welchem Zusammenhange sie ihre Bezeichnung "HARKOS" als Firmenschlagwort und als Warenzeichen im geschäftlichen Verkehr benutzt;

II. festzustellen,

daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der dieser durch die Benutzung des Wortes "HARKOS" in der Firma und

- 2 -

als Warenzeichen seitens der Beklagten
entstanden ist und noch entstehen wird.

Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie hat vorgebracht, eine Einigung sei zwischen den Parteien nicht zustande gekommen. Sie habe die Aufgabe der Benutzung des Wortes "HARKOS" stets davon abhängig gemacht, daß sie eine andere Bezeichnung finden und benutzen könne. Das Bedenken der Klägerin sei schon deshalb unbegründet, weil zwischen den Zeichen "arko" und "HARKOS" Verwechslungsgefahr nicht bestehe. Die Beklagte hat behauptet, bereits in den Jahren 1949/50 einen Besitzstand an dem Warenzeichen "HARKOS" erworben zu haben. Zumindest in Nordrhein-Westfalen habe sie sich mit diesem Zeichen im Verkehr durchgesetzt. Ihr Umsatz in "HARKOS"-Kaffee habe im Jahre 1949 fast 1/2 Million DM, im Jahre 1950 sogar DM 600.000,-- betragen. Sie habe diesen Besitzstand gutgläubig erworben, da sie zu dieser Zeit von dem Zeichen der Klägerin nichts gewußt habe. Aus diesem Grunde könne sie der Klägerin den Einwand der Verwirkung entgegenhalten, zumal die Klägerin sie erst im Jahre 1957 abgemahnt habe.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die hiergegen eingelegte Berufung der Beklagten blieb erfolglos. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht führt einleitend aus, daß die Klage bereits aufgrund der am 29. August 1957 zwischen den Parteien getroffenen Abmachung berechtigt sein dürfte. Es hat

jedoch über diese Frage nicht abschließend entschieden, weil unabhängig von dieser vertraglichen Vereinbarung die Begründetheit der Klageanträge aus § 24 WZG, § 16 UWG, §§ 12, 823, 1004 BGB folge.

Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem Landgericht und dem Beschwerdesenat des Deutschen Patentamtes das Bestehen einer Verwechslungsgefahr zwischen dem Zeichen "arko" der Klägerin und dem Zeichen "HARKOS" der Beklagten bejaht. Es führt hierzu aus:

Das Zeichen der Klägerin sei in dem der Beklagten voll enthalten. Die Abweichungen - das Anlaut-H und der Endbuchstabe s im Zeichen der Beklagten - reichten nicht aus, um eine Unterscheidung zu gewährleisten. Das "H" sei ein Hauchlaut ohne eigene Klangfarbe und daher nicht geeignet, dem Zeichen der Beklagten einen von dem der Klägerin wesentlich abweichenden Klangcharakter zu geben. Der flüchtige Durchschnittshörer werde, insbesondere bei wenig sorgfältiger Aussprache, den klanglichen Unterschied oft gar nicht wahrnehmen. Da bei beiden Zeichen die Betonung auf der ersten Silbe liege, werde das Schluß-S im Zeichen der Beklagten regelmäßig ebenfalls klanglich kaum wahrgenommen werden. Die Beklagte irre, wenn sie meine, gegen die Übereinstimmung der Zeichen spreche, daß das "o" in ihrem Zeichen offen, in dem der Klägerin aber geschlossen gesprochen werde. Einmal sei nicht gewährleistet, daß in den Abnehmerkreisen der Parteien beide Worte derart unterschiedlich ausgesprochen würden, zum anderen würde auch dadurch eine hinreichende Unterscheidung nicht gegeben sein. Dabei sei auch die berechnete Besorgnis des Patentamts zu berücksichtigen, der Endbuchstabe des Zeichens der Beklagten könne im Verkehr als Genitiv-S verstanden werden.

Es könne unterstellt werden, daß es bisher nicht zu Verwechslungen der beiden Zeichen gekommen sei. Daraus ergebe sich aber nicht, daß keine Verwechslungsgefahr bestehe. Langes ungestörtes Nebeneinanderbestehen ähnlicher Zeichen spreche zwar gegen die Gefahr einer Verwechslung, wenn davon ausgegangen werden könne, daß der Verkehr sich daran gewöhnt habe, auch auf geringere Unterschiede zu achten (BGH in GRUR 1951, 159, 161 - "Störche" - Baumbach/Hefermehl § 31 Anm. 25 m.w.Nachw.). Im vorliegenden Fall könne aber dieser Grundsatz schon deshalb nicht zugunsten der Beklagten Platz greifen, weil die Parteien, wie die Beklagte selbst in der Berufungsbegründung vortrage, in der Vergangenheit verschiedene Absatzgebiete hatten, von einem längeren ungestörten Nebeneinanderbestehen der Zeichen daher keine Rede sein könne.

Es möge sein, daß die Beklagte nur an Einzelhändler und nicht an Letztverbraucher liefere. Dadurch werde die Verwechslungsgefahr jedoch nicht ausgeschlossen. Es brauche nicht erörtert zu werden, ob nicht auch im Einzelhandel die Gefahr der Verwechslung der Zeichen der Parteien bestehe, da die mit dem Zeichen HARKOS gekennzeichnete Ware der Beklagten in die Hand des Letztverbrauchers gelange und bei diesem die Gefahr der Verwechslung auf jeden Fall gegeben sei.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts werden von der Revision zu Unrecht als rechtsirrig beanstandet.

- a) Soweit die Revision geltend macht, die überwiegende Mehrzahl aller Abnehmer der Parteien werde nach der Art der Werbung vorwiegend durch das Schriftbild, nicht das Klangbild der miteinander konkurrierenden Zeichen angesprochen, was sich schon aus der auffallenden und völlig verschiedenen

Schreibweise der beiden Zeichen (arko mit vier kleinen Buchstaben, HARKOS zumeist mit fünf großen Buchstaben) ergebe, verkennt sie, daß es nach feststehender Rechtsprechung für die Annahme einer Verwechslungsgefahr ausreicht, wenn lediglich die Klangwirkung zu einer Verwechslung führen kann, mag auch das Wortbild so unterschiedlich gestaltet sein, daß die Gefahr einer Täuschung aufgrund des optischen Eindrucks der in Vergleich zu setzenden Bezeichnungen ausscheidet (BGH GRUR 1952, 35 - Widia-Ardia; BGH GRUR 1957, 561, 562 - Rei-Chemie). Dies folgt zwangsläufig daraus, daß Warenzeichen wie Firmenbezeichnungen auch ohne optische Unterlage durch druckschriftliche Werbemittel oder dergleichen, beispielsweise bei mündlichen Anpreisungen oder Bestellungen im Verkehr benutzt werden, ihre Verwechslungsfähigkeit insoweit aber allein von der Übereinstimmung in der Klangwirkung abhängt.

- b) Die Angriffe der Revision gegen die Annahme einer Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Klangwirkung sind gleichfalls unbegründet. Aus den Wortbeispielen, die die Revision anführt, um darzutun, daß der Lautwert des Anfangskonsonanten "H" und des Schlußkonsonanten "S" im Zeichen der Beklagten für den deutschen Hörer durchaus bedeutsam sei und deshalb eine Verwechslung der Zeichen ausschließe, läßt sich schon deshalb nichts für die Entscheidung des Rechtsstreits gewinnen, weil es sich bei diesen Beispielen um Worte mit jedem verständlichen ausgeprägtem Sinngehalt handelt. Bei solchen Worten aber erfaßt der Hörer die klanglichen Unterschiede in der Regel wesentlich leichter als bei Kennzeichnungen der hier strittigen Art, die keinen solchen der alltäglichen Vorstellungswelt entnommenen Sinn aufweisen, sondern als Fantasieworte aufgefaßt werden (BGH GRUR 1956, 321 - Synochem-Firmochem; BGHZ 28, 320 - Quick).

Auch die Erwägung der Revision, das Zeichen der Beklagten sei für jeden deutschen Hörer ohne weiteres als Fremdwort erkennbar, das im Genitiv kein "S" zu erhalten pflege, auch sei die Verwendung eines Genitivs in einem Firmenschlagwort völlig ungebräuchlich, stellt wiederum zu Unrecht allein die Begegnung mit dem Schriftbild der fraglichen Kennzeichnung in den Vordergrund der Betrachtung. Wird dagegen beispielsweise mündlich "HARKOS"-Kaffee bestellt, so liegt auf der Hand, daß der Empfänger der Bestellung, der einen Kaffee mit der Bezeichnung "arko" kennt, auch wenn er das "S" am Schluß der Bezeichnung genau heraushört, durchaus dem Irrtum unterliegen kann, es werde ein Kaffee der Firma der Klägerin gewünscht. Es läßt hiernach keinen Rechtsirrtum erkennen, wenn das Berufungsgericht im Einklang mit dem Patentamt hervorgehoben hat, der Endbuchstabe im Zeichen der Beklagten könne im Verkehr als Genitiv-S des Zeichens der Klägerin verstanden werden.

- c) Die Revision kann aber auch keinen Erfolg haben, soweit sie geltend macht, selbst im Fall einer klanglichen Verwechslungsfähigkeit der in Vergleich zu setzenden Kennzeichnungen entbehre die Annahme einer Verwechslungsgefahr deshalb der Grundlage, weil das Berufungsgericht nicht das Vorhandensein wettbewerblicher Beziehungen zwischen den Parteien festgestellt und andererseits unterstellt habe, daß bislang Verwechslungen nicht vorgekommen seien. In diesem Zusammenhang habe das Berufungsgericht unter Verletzung von § 286 ZPO das Vorbringen der Beklagten übergangen, wonach die Beklagte nur an Einzelhändler, niemals an Letztverbraucher liefere, während die Klägerin eigene Filialen unterhalte, die deutlich als "arko"-Läden gekennzeichnet seien und in denen ausschließlich die Erzeugnisse der Klägerin vertrieben würden.

Einer ausdrücklichen Feststellung wettbewerblicher Beziehungen zwischen den Parteien bedurfte es schon deshalb nicht, weil nach dem unstreitigen Sachverhalt beide Parteien unter den fraglichen Kennzeichnungen Lebensmittel, insbesondere Kaffee vertreiben, somit eine Warengleichartigkeit gegeben ist.

Da der Schutz des eingetragenen Warenzeichens für das gesamte Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Platz greift, könnte die Verschiedenheit der bisherigen Absatzgebiete der Parteien überhaupt nur für die Frage bedeutsam sein, ob etwa der firmenrechtliche Schutz der Klägerin auf den Raum ihrer bisherigen Verkaufstätigkeit beschränkt ist. Grundsätzlich ist auch der Namens- und Firmenschutz (§ 12 BGB, § 16 UWG) nicht an örtliche Grenzen innerhalb des Bundesgebietes gebunden (BGH GRUR 1955, 299, 300 r.Sp. - Koma). Eine Beschränkung der Schutzwirkung auf einen bestimmten Wirtschaftsraum kommt bei unterscheidungskräftigen Firmenbezeichnungen in der Regel nur in Betracht, wenn der Tätigkeitsbereich des fraglichen Unternehmens entsprechend seiner Eigenart ortsgebunden ist, wie dies im allgemeinen bei Gaststätten zutrifft (BGH GRUR 1957, 550, 551 f - Tabu II; vgl. auch BGHZ 11, 214, 221 - KfA). Ist aber ein Unternehmen wie das der Klägerin darauf angelegt, Waren unter ihrer Firma an verschiedensten Plätzen der Bundesrepublik über ein Filialnetz zu vertreiben, so ist der Schutzbereich des Firmennamens nicht räumlich auf den Bezirk der gegenwärtigen Verkaufsstellen begrenzt. Bei Prüfung der Verwechslungsgefahr ist deshalb nicht nur vom Umfange des gegenwärtigen Geschäftsbetriebes der Klägerin auszugehen, sondern auch die Möglichkeit einer künftigen räumlichen Ausdehnung ihres Unternehmens zu berücksichtigen (BGHZ 8, 387, 392 - Fernsprechnummer; 11, 214, 219 - KfA; BGHZ 24, 238, 244 - Tabu I; RGZ 108, 272, 273). Auch wird der Schutzanspruch schon durch die Möglichkeit von Verwechslungen ausgelöst. Es be-

darf deshalb nicht der Feststellung tatsächlicher Verwechslung (BGHZ 10, 211, 214 - Nordona; BGH GRUR 1958, 143, 146 r.Sp. - Schwarzmann).

Die naheliegende Möglichkeit von Verwechslungen aber hat das Berufungsgericht angesichts der weitgehenden Übereinstimmung der strittigen Kennzeichnungen nach ihrer Klangwirkung, der wirtschaftlichen Nähe der unter diesen Kennzeichnungen vertriebenen Waren sowie des räumlich nicht fest abgegrenzten Geschäftsbereiches der Klägerin rechtsirrtumsfrei bejaht. Zwar gilt der Erfahrungssatz, daß die Gefahr von Verwechslungen durch die Flüchtigkeit und Oberflächlichkeit begründet wird, mit der der durchschnittliche Käufer Waren- und Firmenbezeichnungen aufzunehmen pflegt, im allgemeinen nur für den Letztabnehmer, während der Händler in der Regel genauer auf Herkunft und Bezeichnung der Waren achtet (BGH GRUR 1955, 299, 301 f - Koma; GRUR 1958, 143, 146 l.Sp. - Schwarzmann). Da aber, wie das Berufungsgericht zu Recht hervorhebt, auch die Waren der Beklagten unter der verwechslungsfähigen Bezeichnung dem Letztabnehmer angeboten werden, konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß für die Frage der Verwechslungsgefahr auf dessen flüchtiges Erinnerungsbild abstellen. Dem steht nicht entgegen, daß die Klägerin ihre Waren ausschließlich über ihre eigenen als "arko"-Läden gekennzeichneten Verkaufsstätten vertreibt. Denn das schließt nicht aus, daß die in Betracht kommenden Verkehrskreise gleichwohl Lebensmittel, die ihnen in anderen Geschäften unter der verwechslungsfähigen Bezeichnung der Beklagten angeboten werden, der Klägerin als Herkunftsstätte zuschreiben oder doch mindestens aufgrund der Ähnlichkeit von Firmenschlagwort und Warenbezeichnung geschäftliche oder organisatorische Beziehungen zwischen den Parteien vermuten.

2. Ohne Rechtsverstoß ist das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, daß der Klägerin sowohl hinsichtlich der Benutzung des Firmenschlagwortes "arko" als auch in bezug auf ihre Warenzeichen mit dem Wort "arko" die Priorität zusteht. Die Revision bemängelt in diesem Zusammenhang, das Berufungsgericht habe zwar unterstellt, daß die Beklagte an dem Zeichen "HARKOS" einen wertvollen Besitzstand erworben habe. Es habe aber, obwohl dies entscheidungserheblich gewesen sei, keine Feststellung darüber getroffen, von welchem Zeitpunkt an die Beklagte einen solchen Besitzstand errungen habe. Auch habe das Berufungsgericht zu Unrecht offengelassen, wann die Klägerin ihre Warenzeichen in Benutzung genommen habe. Wenn aber die Klägerin ihre Warenzeichen erst benutzt habe, nachdem die Beklagte für ihr Zeichen HARKOS Verkehrsgeltung erworben habe, würde dem sachlichen Ausstattungsrecht der Beklagten gegenüber dem formalen Zeichenrecht der Klägerin der Vorrang gebühren. Aber auch wenn die Beklagte vor Benutzung des Warenzeichens der Klägerin nur einen schutzwürdigen Besitzstand an dem Zeichen HARKOS errungen habe, der noch nicht zur Verkehrsgeltung erstarkt sei, würde sie dies unter dem Gesichtspunkt eines Vorbenutzungsrechtes berechtigen, ihr Zeichen weiterzuführen.

Es ist richtig, daß das Berufungsgericht weder eine Feststellung darüber getroffen hat, wann die Klägerin ihre Warenzeichen für die eingetragenen Waren in Benutzung genommen hat, noch, ob und in welchem Zeitpunkt die Beklagte einen wertvollen Besitzstand an ihrer Warenbezeichnung erworben hat. Diese Fragen konnten aber auch auf sich beruhen, da die Klagansprüche in jedem Fall aufgrund der Prioritätsälteren Firma der Klägerin gerechtfertigt sind. Die Klägerin hat nach dem Tatbestand des Berufungsurteils ihr Firmenschlagwort "arko" seit ihrer Gründung, also seit dem 11. Juni 1949 benutzt. Der Schutz der Firma aber beginnt

mit ihrer Ingebrauchnahme, falls der Firmenname, wie dies bei der Firma der Klägerin zutrifft, von Natur aus unterscheidungskräftig und deshalb geeignet ist, Namensfunktion auszuüben (BGH GRUR 1957, 125, 128 - Troika). Bei dem Wort "arko" handelt es sich um eine unterscheidungskräftige Abkürzung der vollständigen Firma der Klägerin, die ihrer Art nach im Vergleich zu den übrigen Firmenbestandteilen geeignet erscheint, sich als schlagwortartiger Hinweis auf das Unternehmen der Klägerin durchzusetzen. Deshalb ist der Schutz für diesen Firmenbestandteil aus § 16 Abs. 1 UWG auch ohne Verkehrsgeltung gegeben (BGHZ 11, 214 - KfA; BGH GRUR 1954, 457, 458 - Urus/Irus; BGH GRUR 1957, 428, 429 - Bücherdienst; BGHZ 24, 238, 240 - Tabu I; BGH GRUR 1957, 281, 282 - Karo-As). Aufgrund von § 16 Abs. 1 UWG kann aber nicht nur der firmenmäßige, sondern auch der warenzeichenmäßige Gebrauch von jüngeren Bezeichnungen untersagt werden, die mit dem geschützten Firmenbestandteil verwechslungsfähig sind (BGH GRUR 1956, 172, 175 - Magirus).

Die Beklagte hat nun zwar behauptet, die Bezeichnung "HARKOS" bereits 1949 in Benutzung genommen zu haben. Wenn sie aber geltend machen wollte, sie habe bereits vor Ingebrauchnahme der Firma der Klägerin an dieser Bezeichnung Verkehrsgeltung oder doch einen schutzwürdigen Besitzstand errungen, so hätte sie dies substantiiert darlegen und unter Beweis stellen müssen. Lediglich ihre Behauptung, sie habe 1949/50 für die Bezeichnung "HARKOS" zumindest für Nordrhein-Westfalen Verkehrsgeltung erworben, genügt nicht, der Klägerin die Priorität an ihrem Firmenschlagwort "arko" streitig zu machen, zumal die Beklagte sich auf die angebliche Verkehrsdurchsetzung ihrer Warenbezeichnung nur zur Begründung des von ihr erhobenen Verwirkungseinwandes, der in der Regel nur zur Verteidigung eines prioritätsjüngeren Rechts in Betracht kommt, berufen hat.

Eine Verwirkung der geltend gemachten Ansprüche hat das Berufungsgericht aus folgenden Erwägungen verneint: Zur Verwirkung wäre erforderlich, daß die Klägerin längere Zeit untätig geblieben wäre und daß die Beklagte das Verhalten der Klägerin nach Treu und Glauben dahin hätte verstehen können und dürfen, diese dulde die Benutzung des Zeichens HARKOS. Die Klägerin habe aber keineswegs längere Zeit zugewartet, sondern habe sofort Widerspruch eingelegt, als sie von der Warenzeichenanmeldung der Beklagten erfahren habe. Daß die Klägerin vorher bereits Kenntnis von der Benutzung des Zeichens durch die Beklagte gehabt hätte oder hätte haben müssen, sei nicht dargetan und auch nicht anzunehmen, weil nach dem eignen Vortrag der Beklagten die Parteien verschiedene Absatzgebiete hätten. Daß die Klägerin dann zunächst die Entscheidung des Patentamts über ihren Widerspruch bzw. ihre Beschwerde abgewartet habe, bevor sie die Beklagte aufgefordert habe, das Zeichen nicht mehr zu benutzen, sei durchaus verständlich und entspreche den Gepflogenheiten des Geschäftslebens. Nachdem die Klägerin gegen die Eintragung des Zeichens "HARKOS" aber Widerspruch eingelegt hätte, habe für die Beklagte kein Anlaß bestanden anzunehmen, die Klägerin werde die Benutzung des Zeichens dulden.

Auch diese Ausführungen des Berufungsgerichts lassen entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Ein Treu und Glauben widersprechendes Zuwarten der Klägerin mit der Geltendmachung ihres Anspruchs kann schon deshalb nicht angenommen werden, weil die Klägerin nach der eigenen Darstellung der Beklagten erst 1953 von dem Zeichen der Beklagten Kenntnis erlangt hat.

Auch die Verurteilung der Beklagten zur Auskunfterteilung sowie die Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht unterliegt keinen rechtlichen Bedenken.

a) Es entspricht ständiger Rechtsprechung, daß für die Feststellung einer Schadensersatzpflicht die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts genügt. Zu Unrecht meint die Revision, von einem bereits eingetretenen Schaden könne schon deshalb nicht die Rede sein, weil das Berufungsgericht unterstellt habe, daß es bisher nicht zu Verwechslungen zwischen den beiden Zeichen gekommen sei. Das Berufungsgericht hat jedoch ohne Rechtsverstoß die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts bereits aus der Erwägung bejaht, daß die Beklagte sich nach ihrer eigenen Darstellung jahrelang mit Erfolg bemüht hat, ihrem Zeichen Geltung zu verschaffen, woraus zwangsläufig folge, daß die Klägerin erheblich größere Werbeaufwendungen machen müsse, wenn sie im Absatzgebiet der Beklagten ihr Zeichen als Herkunftshinweis bekannt machen wolle, als wenn die Beklagte nicht mit ihrem verwechslungsfähigen Zeichen in den Verkehr gelangt wäre. Auch Aufwendungen für eine verstärkte aufklärende Werbung, die zur Beseitigung einer Marktverwirrung erforderlich werden, welche durch Verwendung verwechslungsfähiger Bezeichnungen eingetreten ist, sind aber bei einem Antrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht zu berücksichtigen (BGH GRUR 1954. 457 - Irus/Urus).

b) Schließlich greifen auch die Angriffe der Revision gegen die Annahme eines Verschuldens der Beklagten nicht durch. Dieses Verschulden erblickt das Berufungsgericht darin, daß die Beklagte es unterlassen habe, bevor sie ihr Zeichen in Gebrauch nahm, sich über entgegenstehende Zeichen zu unterrichten und sogar die Benutzung ihres Zeichens fortgesetzt habe, nachdem sie durch den Widerspruch der Klägerin von deren Rechten Kenntnis erlangt hatte. Vom Zeitpunkt dieser Kenntniserlangung war jedenfalls ein fahrlässiges Verhalten der Beklagten ohne weiteres zu bejahen. Zu Recht hebt das Berufungsgericht hervor, daß die Beklagte sich auf

die Entscheidung der Prüfungsstelle des Patentamtes, die die beiden Zeichen nicht für verwechslungsfähig gehalten hat, nicht verlassen durfte (vgl. BGH GRUR 1956, 118, 123 unter IV 1 - Boykott).

Es ist aber auch rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht eine Erkundigungspflicht der Beklagten hinsichtlich verwechslungsfähiger Bezeichnungen bereits vor der erstmaligen Ingebrauchnahme ihrer Warenbezeichnung, die die Beklagte für das Jahr 1949 behauptet, angenommen hat.

Jeder Gewerbetreibende, der eine neue Warenkennzeichnung benutzen will, hat die Pflicht, sich sorgfältig zu vergewissern, daß er damit nicht in den geschützten Rechtskreis eines Dritten eingreift. Hierbei ist es Frage des Einzelfalles, ob dieser Erkundigungspflicht durch Nachforschungen aufgrund der Eintragungen in die Zeichenrolle des Deutschen Patentamtes - das am 1. Oktober 1949 nach dem 2. Weltkrieg in München neu eröffnet worden ist - oder Überprüfung geeigneter Nachschlagewerke genügt wird (BGH GRUR 1960, 186 - Arctos). Da die Beklagte nicht dargetan hat, daß sie überhaupt Erkundigungen nach dem Vorhandensein gleicher oder verwechslungsfähiger Zeichen angestellt hat, hat das Berufungsgericht sie ohne Rechtsverstoß für verpflichtet gehalten, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch die firmen- und warenzeichenmäßige Benutzung der beanstandeten Bezeichnung erwachsen ist.

Die Revision war nach alledem mit der Kostenfolge aus
§ 97 ZPO zurückzuweisen.

Bock

Krüger-Nieland

Weiß

Jungbluth

Pehle