

BUNDESGERICHTSHOF

2009 039

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 32/67

URTEIL

Verkündet am

12. März 1969

Werner,
Justizobersekretär

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

der S[REDACTED]-Elektrogeräte GmbH, vertreten durch die
Geschäftsführer Horst Bi[REDACTED] und Heinz M[REDACTED], B[REDACTED]
(S[REDACTED]stadt), Ga[REDACTED] Straße [REDACTED] - [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof.Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

die Bu[REDACTED] Werke Aktiengesellschaft, vertreten durch den
Vorstand, die Herren Kl[REDACTED] und He[REDACTED], B[REDACTED]
Ri[REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Februar 1969 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Pehle, Alff, Dr. Simon und Dr. Merkel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 16. Dezember 1966 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte vertreibt seit 1963 ein elektrisch betriebenes Gerät, das an die Wasserleitung angeschlossen wird und kochendes Wasser liefert (Kochendwassergerät). Sie benutzt dafür die Warenbezeichnung "A ^m". Die Klägerin beanstandet die Benutzung dieses Zeichens als Verletzung ihr zustehender Zeichenrechte. Für sie sind im Warenzeichenregister die folgenden Zeichen für die nachgenannten Waren eingetragen:

1. A - mit Priorität vom .1919 - für Gas- und Wasserarmaturen,
2. A - mit Priorität vom .1919 - für Wasserleitungs-, Bade- und Klosettanlagen,
3. A X - mit Priorität vom .1919 - für Heizungs- und Kochapparate, Wasserleitungs-, Bade- und Klosettanlagen, Armaturen für Gas-, Wasser- und Dampfanlagen, Haus- und Küchengeräte usw.,

- 3 -

4. A[REDACTED]AT [REDACTED] [REDACTED] - mit Priorität vom [REDACTED].[REDACTED].1930 - für Heizungs- und Kochapparate, Wasserleitungs-, Bade- und Klosettanlagen usw.,
5. A[REDACTED]T [REDACTED] [REDACTED] - mit Priorität vom [REDACTED].[REDACTED].1959 - für Wasserleitungsanlagen, Wasserarmaturen, Heizungs- und Kochapparate usw..

Die Beklagte hat 1963 die Eintragung der Bezeichnung A[REDACTED]m in die Zeichenrolle gemäß § 6 a WZG erwirkt (Nr. [REDACTED] [REDACTED]). Auf den Widerspruch der Klägerin hat das Patentamt durch den nicht rechtskräftigen Beschluß vom 4. Mai 1964 die Übereinstimmung des Zeichens A[REDACTED]m mit den für die Klägerin eingetragenen Zeichen A[REDACTED]x, A[REDACTED]t und A[REDACTED]at festgestellt und seine Löschung angeordnet. Zugleich hat es hinsichtlich des Zeichens A[REDACTED] die Warengleichartigkeit verneint.

Die Klägerin stellt auf den Warengebieten ihres Warenverzeichnisses unter anderem Armaturen für Wasser-, Gas- und Dampfleitungen, sanitäre Armaturen, Laboratoriumsarmaturen und Gas-Warmwasserbereiter nach ihrem Katalog Nr. [REDACTED] (aus dem Jahre 1939) her, sowie gasbeheizte Kochendwassergeräte, sogenannte Sparsieder, wie sie in den vorgelegten Prospekten aus den Jahren 1951, 1955 und 1959 beschrieben sind. Sie benutzt für ihr gesamtes Verkaufsprogramm das Zeichen A[REDACTED], jedoch für Urinalspüler A[REDACTED]-[REDACTED]x und für Selbstschlußventile mit Lichtstrahlsteuerung A[REDACTED]t.

Die Klägerin hat beim Landgericht beantragt,

1. der Beklagten unter Androhung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe gegen



ihren Vorstand bis zu 6 Monaten zu untersagen,

im geschäftlichen Verkehr Kochendwassergeräte unter der Warenbezeichnung "A■■■■■M" anzupreisen und/oder in den Verkehr zu bringen,

2. die Beklagte zu verurteilen, ihr Auskunft darüber zu erteilen, wieviele Kochendwassergeräte "A■■■■■M" sie zu welchen Preisen veräußert hat,
3. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihr den Schaden zu ersetzen, der ihr durch die Handlungen der Beklagten gemäß dem Klageantrag zu 1 entstanden ist oder noch entstehen wird,
4. die Beklagte zu verurteilen, in die Löschung des unter Nr. ■■■■■ in der Zeichenrolle des Deutschen Patentamts eingetragenen Warenzeichens "A■■■■■M" zu willigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat die Gleichartigkeit ihres Gerätes mit den im Verzeichnis für die A■■■■-Zeichen (■■■■■ und ■■■■■) aufgeführten Waren bestritten und hinsichtlich der Zeichen A■■■■■x, A■■■■■t und A■■■■■at die Verwechslungsgefahr in Abrede gestellt, unter anderem auch, weil der Schutzzumfang dieser Zeichen durch Benutzung zahlreicher Dritt-

zeichen, die im einzelnen angeführt sind, nur gering sei. Gegenüber dem Schadensersatzanspruch hat sie jedes Verschulden geleugnet.

Das Landgericht hat durch eine Verkehrsbefragung über Industrie- und Handelskammern Beweis erhoben und danach der Klage wegen Verletzung der A--Zeichen in vollem Umfang stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Kammergericht die Klage auf Auskunftserteilung und Schadensersatz abgewiesen, das Urteil auf Unterlassung und Einwilligung in die Löschung jedoch aufrechterhalten. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten mit dem Antrag, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht prüft den Unterlassungsanspruch der Klägerin zunächst unter dem Gesichtspunkt des § 24 WZG dahin, ob die Klägerin Schutz auf Grund ihrer Warenzeicheneintragung verlangen kann. Im Gegensatz zum Landgericht verneint es das, soweit die eingetragenen A--Zeichen in Betracht kommen. Aus diesen Zeichen, so führt es aus, könne die Klägerin Ansprüche nicht herleiten, weil der von der Beklagten vertriebene Wassererhitzer nicht gleichartig sei mit den Waren, für die die A--Zeichen der Klägerin eingetragen seien. Das gelte auch, soweit A- für Wasserleitungs- und Badeanlagen eingetragen sei, denn Kochendwassergeräte hätten

keinen Zusammenhang mit Badeanlagen, sondern dienten ausschließlich zur Schnellbereitung heißen Wassers in kleinen Mengen. Auch zu Wasserleitungsanlagen bestehe nur ein äußerer Zusammenhang, der den beklagten Verkehrskreisen den Schluß auf einen gemeinsamen Herstellungsbetrieb nicht nahelege.

2. Diese Beurteilung begegnet Zweifeln insofern, als die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts Warmwasserbereiter zur Erhitzung von Badewasser (Gasbadeöfen) führt und solche Gasbadeöfen einerseits dem Begriff der Badeanlagen zugeordnet werden könnten, andererseits aber als Wassererhitzer auch gleichartig mit den von der Klägerin vertriebenen elektrischen Durchlauferhitzern sein könnten. Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob das A- m-Gerät der Beklagten gleichartig ist mit den für die A- Zeichen im Warenverzeichnis eingetragenen Waren und es kann auch offenbleiben, ob die Klageansprüche überhaupt auf die durch Eintragung entstandenen Zeichenrechte gestützt werden können. Ebenfalls kann unerörtert bleiben, ob die Klageansprüche, wogegen nicht unerhebliche Bedenken bestehen, auf die eingetragenen Zeichen A- x, Aquadrat und A- t gestützt werden könnten.

3. Soweit die Klägerin ihr Klagbegehren auf Ausstattungsschutz an ihrem Warenzeichen A- stützt, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß Gleichartigkeit der unter diesem Zeichen vertriebenen Warmwasserbereiter (Gasbadeöfen) und gasbeheizten Kochendwassergeräte (sog. Sparsieder) der Klägerin mit dem Heißwasserge- rät der Beklagten festgestellt. Dem steht nicht entgegen,

daß die Geräte der Klägerin mit Gas, diejenigen der Beklagten aber elektrisch betrieben werden. Denn das Berufungsgericht stellt in anderem Zusammenhang fest, es müsse durchaus damit gerechnet werden, daß ein nicht unerheblicher Teil der Verkehrskreise trotz der unterschiedlichen Heizquellen auf die Herkunft aus dem gleichen Unternehmen schließen werde, wenn solche Geräte unter Warenzeichen vertrieben würden, die sich stark ähnelten. Daraus folgt, daß dieser Schluß erst recht bei übereinstimmender Bezeichnung gezogen werden würde, worauf es für die zeichenrechtliche Warengleichartigkeit ankommt (GRUR 1958, 398 - Anker-Zeichen; GRUR 1963, 572, 573 - Certo). Das Berufungsgericht weist zwar besonders auf die Endverbraucher als solche Verkehrskreise hin, die bei ähnlicher Bezeichnung auf gleiche Herkunftsstätten schließen könnten, doch erstreckt es seine Feststellung auch auf in Betracht kommende Fachkreise. Das widerspricht der Lebenserfahrung nicht, wenn man sich den Fall vor Augen führt, daß unter der Bezeichnung Aqua sowohl gasbeheizte als auch elektrisch beheizte Kochendwassergeräte vertrieben würden. Das Berufungsgericht hätte in diesem Zusammenhang noch darauf hinweisen können, daß nach den Auskünften einer Reihe von Industrie- und Handelskammern schon das abweichend bezeichnete A- m-Gerät der Beklagten von Fachleuten mit den unter der Bezeichnung A- vertriebenen Erzeugnissen der Klägerin in Verbindung gebracht wurde.

II. Dagegen kann dem Berufungsgericht nicht gefolgt werden, soweit es eine für einen Ausstattungsschutz ausreichende Verkehrsgeltung des A- Zeichens für Wassererhitzer verneint. Hierzu führt das Berufungs-

gericht aus, die befragten Verkehrskreise hätten nur zu 36,7 % bestätigt, daß ihnen Wassererhitzer mit dem Zeichen A [REDACTED] als Waren der Klägerin bekannt seien. Daß dieser Bekanntheitsgrad nicht die Behauptung einer Verkehrsgeltung zu rechtfertigen vermöge, werde ganz augenscheinlich, wenn aus dem Kreise der vom Landgericht Befragten nur diejenigen berücksichtigt würden, die allein für die Erzeugnisse beider Parteien als beteiligte Verkehrskreise in Betracht kämen. In diesem Fall sinke der Bekanntheitsgrad auf 6,8 %.

Sollte das Berufungsgericht, was nicht ganz deutlich wird, einen Bekanntheitsgrad von 36,7 % unter den hier gegebenen Voraussetzungen nicht als ausreichend für die Entstehung des Ausstattungsschutzes ansehen, so könnte dem nicht beigetreten werden. Das Ausmaß der zur Entstehung eines Ausstattungsrechtes erforderlichen Verkehrsgeltung läßt sich zwar nicht abstrakt bestimmen, hängt vielmehr innerhalb eines gewissen Rahmens von den Umständen des Einzelfalles ab. Es genügt jedoch in der Regel, daß ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs in der Bezeichnung einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft sieht (BGHZ 19, 367, 376 - W 5). Dem ist hier genügt, wenn mehr als 1/3 der beteiligten Fachkreise das A [REDACTED]-Zeichen als Herkunftshinweis auf die Klägerin ansieht, soweit es sich um Kochendwassergeräte handelt. Dabei wird noch unberücksichtigt gelassen, daß die Verkehrsgeltung im Fachgroß und -einzelhandel, der allein Geräte der beiden Parteien vertreibt, noch höher ist und lediglich durch die sachlich kaum gerechtfertigte Zusammenrechnung mit den Befragungsergebnissen bei Klempnermeistern und Installationsbetrieben auf 36,7 % herab-

gedrückt wird. Soweit das Berufungsgericht die Verkehrsdurchsetzung nur auf 6,8 % bemißt, verkennt es den Begriff der beteiligten Verkehrskreise im Sinne des § 25 WZG. Es berücksichtigt als solche nur die Architekten und Baugesellschaften, die es offenbar als Letztkäufer bzw. deren Vertreter betrachtet. Eine derartige Beschränkung ist aber fehlsam, denn zu den beteiligten Verkehrskreisen im Sinne des § 25 WZG gehören grundsätzlich alle jene, für deren wirtschaftliches Verhalten der aus der Ausstattung folgende Herkunftshinweis Bedeutung hat. Dazu zählen als Käufer und Wiederverkäufer regelmäßig der Groß- und Einzelhandel, wovon abzugehen für den vorliegenden Fall kein Anlaß besteht. Es steht auch der Annahme ausreichender Verkehrsgeltung nicht entgegen, daß diese Geltung bei Architekten und Baugesellschaften nicht festgestellt ist, denn die Verkehrsgeltung nach § 25 WZG setzt nicht voraus, daß der Herkunftshinweis in allen in Betracht kommenden Verkehrskreisen bekannt ist, es genügt die Durchsetzung in einem Teil, der für den wirtschaftlichen Verkehr mit dieser Ware nicht unerheblich ist. Das durfte das Berufungsgericht hier für den sanitären Groß- und Einzelhandel als einen regulären Vertriebsweg nicht verneinen. Es hat danach der Klägerin zu Unrecht den Ausstattungsschutz für die Bezeichnung Aqua auf dem Gebiet der Wassererhitzungsgeräte abgesprochen.

III. Ob zwischen den Bezeichnungen A■■■ und A■■■-■■■m Verwechslungsgefahr besteht, hat das Berufungsgericht folgerichtig nicht unmittelbar erörtert, weil es hinsichtlich der eingetragenen A■■■-Zeichen die Warenähnlichkeit und hinsichtlich des Ausstattungsschutzes die Entstehung des Rechts verneint hat. Mittelbar hat es

sie jedoch bejaht, indem es der Bezeichnung A■ eine wenigstens durchschnittliche Kennzeichnungskraft zugebilligt hat, die den anderen Klagezeichen A■x, A■t und A■at als Serienzeichen zugute gekommen sei, denen dann ihrerseits das A■m-Zeichen der Beklagten als weiteres Serienzeichen verwechslungsfähig nahekomme. Auf die gegen diese Verknüpfung gerichteten Revisionsangriffe braucht nicht eingegangen zu werden, denn das Berufungsgericht ist dahin zu verstehen, daß, wenn es die Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens schon zwischen den durch die Kennzeichnungskraft von A■ verstärkten weiteren Klagezeichen (A■x usw.) einerseits und A■m andererseits bejaht, es diese erst recht bejaht, wenn es der Zwischenschaltung dieser weiteren Zeichen nicht bedarf, vielmehr nur die Bezeichnungen A■ und A■m in Vergleich gesetzt werden. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen.

Auf eine Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens gestützte Ansprüche setzen zunächst voraus, daß die beiden Vergleichszeichen den gleichen Wortstamm aufweisen und daß dieser Stammbestandteil für die Betriebsstätte des rangbesseren Benutzers Hinweischarakter besitzt (BGHZ 34, 299, 301 - Almglocke; GRUR 1967, 660 - Sirax). Da das Klagezeichen A■ nach den rechtsirrtumsfreien Feststellungen des Berufungsgerichtes in sich als einheitlich aufgefaßt wird und keine weiteren Bestandteile enthält, andererseits in der angegriffenen Bezeichnung A■m der Bestandteil ■, wenn auch nicht unbedingt in seinem Sinn erfaßt, so doch gegenüber A■ als eigenständig

erkannt wird, sind die Voraussetzungen für ein Stammzeichen gegeben. Zwar ist, wie in der Pentavenon-Entscheidung (GRUR 1969, 40) näher dargelegt, Zurückhaltung geboten bei der Anerkennung eines Zeichenbestandteils als Stammbestandteil, wenn dieser Teil seinerseits als Herkunftshinweis nur schwach kennzeichnend wirkt. Das gilt besonders, wenn der Verkehr Anlaß hat, einen solchen Bestandteil etwa als Hinweis auf die Zweckbestimmung der so gekennzeichneten Ware aufzufassen. Der Bestandteil A■■■■, dessen deutsche Übersetzung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in den hier in Betracht kommenden Fachkreisen bekannt ist, mag aus diesem Grunde, wie die Revision hervorhebt, v o n H a u s e a u s nur schwach kennzeichnen und deshalb als Stammwort im Verkehr nur schwer Anerkennung finden. Das Berufungsgericht stellt aber hier Umstände fest, die eine solche Anerkennung als rechtsfehlerfrei dargelegt erscheinen lassen. Das gilt in erster Linie für die starke Hinweiskraft, die A■■■■ in den beteiligten Fachkreisen gewonnen hat. Das Berufungsgericht stellt insoweit auf Grund der von den Industrie- und Handelskammern durchgeführten Umfrage einen Bekanntheitsgrad von 74,6 % fest.

Die Revision beanstandet diese Umfrage und ihr Ergebnis zu Unrecht, Auf die Einwände, die die Beklagte auf das unterschiedliche Ergebnis der hier verwerteten Umfrage gegenüber der ähnlichen Umfrage in einem früheren Prozeß der Klägerin gegen eine andere Firma stützt, ist das Berufungsgericht nicht ausdrücklich eingegangen und wollte sich offenbar insoweit die Gründe des Landgerichts zu eigen machen. Die dort angeführten Gründe,

daß die zum Vergleich herangezogene Anfrage auf einen fünf Jahre früheren Zeitpunkt abgestellt war, in dem die maßgebliche Baukonjunktur noch nicht wie seitdem eingesetzt hatte und daß keinerlei Umstände ersichtlich seien, die auf eine vorsätzlich falsche Beantwortung schließen lassen könnten, sind jedenfalls dann rechtlich bedenkenfrei, wenn man in Betracht zieht, daß die Beklagte nicht behauptet hat, daß die Antworten jeweils von den gleichen Firmen stammen. Insoweit liegt nach dem eigenen Vortrag der Beklagten, daß nur ein verhältnismäßig kleiner Teil der in den einzelnen Bezirken ansässigen Firmen geantwortet hat, eine denkbare Erklärung für die unterschiedlichen Ergebnisse vor. Im übrigen übersieht dieser Einwand, daß derartige Befragungsergebnisse nicht die relative Genauigkeit demoskopischer Umfragen haben können, aber auch zu ihrer prozessualen Verwertung nicht haben müssen, weil sie unter dem Gesichtspunkt, ob eine Bezeichnung Hinweis kraft als Stammwort eines Serienzeichens hat, nur eines unter mehreren Indizien sind.

Auch soweit die behauptete Schwächung der Klagezeichen durch A--Zeichen dritter Unternehmen vom Berufungsgericht verneint wird, ist kein Rechtsfehler zu erkennen. Insbesondere ist der Angriff der Revision unbegründet, daß Zeichen, die auf benachbarten Warengebieten liegen, unberücksichtigt geblieben seien. Die Revision nennt solche Zeichen nicht ausdrücklich. Die im Schriftsatz der Beklagten vom 9. November 1965 aufgeführten Zeichen können jedenfalls den Schwächungseinwand nicht stützen, denn es handelt sich im wesentlichen um Zeichen für Waren, die der Wasseraufbereitung oder sonstigen Zwecken dienen, und die außerhalb des Waren gleichartigkeitsbereiches liegen.

Für die Eignung von A [REDACTED] als Stammwort einer Serie, die Aquatherm umfaßt, spricht weiter die Farblosigkeit des Bestandteils therm, dem gegenüber A [REDACTED] als der kennzeichnungskräftigere Teil erscheint. Schließlich ist auch die Nähe der beiderseits unter diesem Zeichen vertriebenen Kochendwassergeräte von Bedeutung, die sich lediglich in der Heizquelle unterscheiden. Diese Umstände zusammen lassen die Annahme nicht als rechtsfehlerhaft erscheinen, daß unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens Verwechslungsgefahr zwischen A [REDACTED] und A [REDACTED] besteht.

Die Revision war danach mit der Kostenentscheidung aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland

Pehle

Alff

Simon

Merkel