

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 49/71

URTEIL

Verkündet am

20. Oktober 1972
Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma K [REDACTED] - M [REDACTED] GmbH & Co. KG,
[REDACTED] O [REDACTED] im Taunus,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Heiner H. R [REDACTED], [REDACTED] M [REDACTED], T [REDACTED]straße 21,

Kläger und Revisionsbeklagter,

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

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 20. Oktober 1972
durch die Richter Alff, Dr. Sprenkmann, Dr. Merkel,
Dr. Frhr. v. Gamm und Schwerdtfeger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
6. Zivilsenats des Bayerischen Ober-
landesgerichts München vom 4. Februar 1971
wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger vertreibt in Deutschland unter anderem
Kleinlederwaren und Gürtel, die jeweils mit einer gold-
farbenen metallenen Ausprägung des beim Deutschen
Patentamt am 9. März 1965 angemeldeten und am 9. Mai 1969
unter der Nr. 857 367 eingetragenen Bildzeichens versehen
sind. Das Zeichen gibt in hufeisenförmiger Ausführung das
Bild des Buchstabens A wieder, wobei die unteren Enden
der beiden Schenkel nach außen abgewinkelt sind und im
oberen hufeisenförmigen Bogen ein kleiner Zacken nach
innen geführt ist. Als Inhaber dieses unter anderem für
Sattler-, Riemer-, Täschner- und Lederwaren eingetragenen
Bildzeichens ist in der Zeichenrolle Etienne Aigner in
New York eingetragen. Die Beklagte vertreibt ebensolche
Lederwaren, die sie an den gleichen Stellen wie auf den
entsprechenden Modellen des Klägers mit einem ebenfalls
goldfarbenen Metallstück versieht, das aus einem Hufeisen
besteht, dessen Innenraum durch den Buchstaben K ausgefüllt
wird.

- 3 -

Der Kläger ist der Ansicht, die Beklagte verletze durch die Anbringung dieser mit ihrem Zeichen verwechslungsfähigen Metallstücke die Zeichenrechte der Firma Aigner und handele zudem wettbewerbswidrig, weil sie die Aigner-Modelle nachahme und durch kennzeichenmäßige Anlehnung aus dem Geschäftserfolg des Klägers Nutzen zu ziehen suche.

Der Kläger hat behauptet, Aigner habe ihn ermächtigt, seine Ansprüche gegen die Beklagte in eigenem Namen geltend zu machen und hat sich dazu auf die Schreiben Etienne Aigners vom 8. Dezember 1965 und vom 2. Dezember 1969 (Beiakten LG München I, 1 HKO 184/69, Bl. 14, 23) berufen. Der Kläger hat neben anderen, teils inzwischen rechtskräftig erledigten, teils noch nicht in die Revisionsinstanz gelangten Ansprüchen beantragt, der Beklagten zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr Lederwaren mit dem dem Klageantrag beigefügten Zeichen zu versehen oder in Verkehr zu bringen, außerdem die Verpackung und Umhüllung der von ihr vertriebenen Lederwaren, weiter Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen und dgl. mit diesem Zeichen zu versehen, ferner die Beklagte zur Auskunft über ihre Umsätze usw. seit 8. Mai 1969 zu verurteilen.

Die Beklagte, die ursprünglich die Prozeßführungsbefugnis des Klägers bestritten hatte, ließ diesen Einwand im Landgerichtstermin vom 11. Mai 1970 fallen. Sie bestreitet die Verwechslungsgefahr und hält ihr Vorgehen für wettbewerbsrechtlich zulässig. Das Landgericht hat - durch Teilurteil - den vorstehenden Klageanträgen im wesentlichen stattgegeben. Die Beklagte hat sich dagegen mit der Berufung, der Kläger im Umfang der Abweisung mit der Anschlußberufung gewandt. Am 2. Februar 1971, nach Schluß



der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht, jedoch vor Urteilsverkündung, hat die Beklagte beantragt, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen und hat unter Beweisantritt behauptet, sie habe soeben erfahren, daß Aigner seinen gesamten Geschäftsbetrieb am 26. Juni 1967 an eine Firma V [REDACTED] Industries Inc., Denver, Colorado übertragen habe. Habe er dabei das Zeichen mitübertragen, so sei die Aktivlegitimation des Klägers fortgefallen; habe er dagegen das Zeichen nicht mitübertragen, so sei es löschungsreif und die Geltendmachung von Rechten daraus mißbräuchlich.

Das Berufungsgericht hat ohne Wiedereröffnung der Verhandlung die Berufung der Beklagten in dem hier umstrittenen Umfang zurückgewiesen sowie der Anschlußberufung des Klägers stattgegeben. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klagabweisungsantrag in diesem Umfang weiter. Der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht bejaht zunächst die Berechtigung des Klägers, Unterlassungs- und Auskunftsansprüche der Firma Aigner im eigenen Namen geltend zu machen, denn Aigner habe den Kläger dazu ermächtigt und insoweit habe die Beklagte im zweiten Rechtszuge keine Einwendungen mehr erhoben; auf den Antrag der Beklagten, die Verhandlung deswegen wieder zu eröffnen, ist das Berufungsgericht nicht ausdrücklich eingegangen. Darin sieht die Revision eine Verletzung des § 156 ZPO, der das Gericht ermächtigt und eventuell verpflichtet, eine bereits geschlossene Verhandlung wieder zu eröffnen. Im Streitfall, so meint die

Revision, hätte das Berufungsgericht die Verhandlung wieder eröffnen müssen, weil die behauptete Geschäftsveräußerung die Prozeßführungsbefugnis des Klägers ausschließe, von ihr, der Beklagten, aber nicht früher habe geltend gemacht werden können. Diese Rüge ist nicht begründet. Entgegen der Annahme der Revision nötigt der Umstand, daß die Urteilsgründe dazu keinerlei Ausführungen enthalten, nach den Besonderheiten des Streitfalls nicht zu der Annahme, daß das Berufungsgericht nicht einmal erwogen habe, ob die Verhandlung wieder hätte eröffnet werden müssen. Das neue Vorbringen war zwei Tage vor der Verkündung des Urteils eingegangen. Der Vorsitzende hat es ausweislich des Aktenvermerks am gleichen Tage zur Kenntnis genommen, die beisitzenden Richter am nächsten Tage. Zu diesem Zeitpunkt waren, wie sich aus den Akten ergibt, die Urteilsgründe bereits abgesetzt, denn sie lagen bereits vollständig, unterschrieben und mit Abschriften vor, wie sich aus dem Beglaubigungsvermerk der Urkundsbeamtin ergibt. Wenn unter solchen Umständen die Urteilsgründe keine Ausführungen zu dem neuen Vorbringen enthalten, ist der Schluß nicht zwingend, das Berufungsgericht habe das Vorbringen nicht einmal erwogen. Vielmehr liegt es näher anzunehmen, daß die mangelnde Erwähnung im Berufungsurteil lediglich darauf beruht, daß die Urteilsgründe bereits fertiggestellt waren und das Berufungsgericht davon ausging, daß die Gründe der Ablehnung sich aus dem Prozeßstoff hinreichend ergeben. Sachlich ist die Ablehnung der Wiedereröffnung nicht zu beanstanden. Nach ständiger Rechtsprechung kann neues Vorbringen nur dann Anlaß zur Wiedereröffnung der Verhandlung geben, wenn sich aus ihm ergibt, daß die bisherige Verhandlung lückenhaft und eine angemessene Ausübung des

Fragerechts unterblieben war, während sonst die Wiedereröffnung in das Ermessen des Gerichts gestellt und die Ausübung dieses Ermessens vom Revisionsgericht nicht nachzuprüfen ist (RGZ 102, 262, 266; BGHZ 30, 60, 65). Eine Verletzung des Fragerechts kann nicht in Betracht kommen, nachdem die Beklagte den Einwand zuvor in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich fallengelassen hatte. Die Ablehnung kann auch nicht als Ermessensmißbrauch betrachtet werden, nachdem die Beklagte den Einwand erst 1 1/2 Jahre später und erst zwei Tage vor dem Verkündungstermin wieder aufgenommen und nichts dafür dargetan hat, daß sie die zuletzt angestellten Nachforschungen nicht bereits früher hätte anstellen können. Außerdem durfte das Berufungsgericht den neuen Sachvortrag ohne Rechtsfehler als nicht hinreichend substantiiert ansehen, da sich der Veräußerungsakt nach Lage der Akten auch lediglich auf eines der mehreren Unternehmen bezogen haben konnte, die Etienne Aigner nach seinen Angaben im Ermächtigungsschreiben betrieb; dafür könnte auch sprechen, daß Aigner die Ermächtigung später, im Jahre 1969 ausdrücklich und gerade für den vorliegenden Prozeß wiederholt und klargestellt hat.

II. 1. Den Unterlassungsanspruch erkennt das Berufungsgericht aufgrund der §§ 24, 31 WZG zu. Insoweit ist nur die Verwechslungsgefahr im Streit. Dazu führt das Berufungsgericht aus, für einen jedenfalls nicht unerheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise werde der Gesamteindruck des Klagezeichens durch das Bild eines hufeisenförmigen Bogens und kleiner, an den Enden nach außen weisender Spitzen beherrscht, während der Querbalken in der Mitte des hufeisenförmigen Bogens und der Zusatz am Scheitel des Innenbogens demgegenüber zurücktrete. In

dieser Erscheinungsform komme dem Zeichen von Hause aus eine normale Kennzeichnungskraft zu. Eine Schwächung dieser Kennzeichnungskraft durch - wie die Beklagte behaupte - häufige Verwendung von Hufeisenemblemen bei Lederwaren könne nicht festgestellt werden, denn die Beklagte habe weder über die Art und Weise noch über die Häufigkeit einer solchen Verwendung ausreichende Tatsachen dargelegt und Beweise angeboten. Auch soweit die Beklagte auf das für Uhren-Lederarmbänder verwendete OMEGA-Zeichen verweise, fehle es an hinreichender Darlegung der Häufigkeit dieser Verwendung. Schließlich sei es auch kein ausreichendes Indiz für die Schwächung, daß es sechs weitere Warenzeichen - wie die Beklagte behaupte -, "im Bereich der Warennähe" gebe, die in der Warenzeichenrolle eingetragen seien; vielmehr sei das für die Zeit von 1904 bis 1963 eine sehr geringe Zahl, die nicht auf eine Schwächung der Kennzeichnungskraft hindeute. Der Gesamteindruck der von der Beklagten verwendeten Bezeichnung werde ebenfalls wesentlich durch einen hufeisenförmigen Bogen und kleine, an den Enden dieses Bogens nach außen weisende Zusätze bestimmt, während die graphische Darstellung des Buchstabens K für den Gesamteindruck dieses Zeichens keine solche Bedeutung gewinne, daß die Gefahr von Verwechslungen dadurch hinreichend ausgeschlossen werde.

2. Die dagegen gerichteten Angriffe sind nicht begründet.

a) Die Revision meint offenbar, die Verwechslungsgefahr sei schon deshalb zu verneinen, weil das Patentamt durch die spätere Eintragung des Zeichens der Beklagten in die Zeichenrolle für die Gerichte bindend festgestellt habe, daß beide Zeichen nicht verwechslungsfähig

seien. Damit wird aber verkannt, daß das Patentamt grundsätzlich nicht von Amts wegen prüft, ob ein zur Eintragung angemeldetes Zeichen mit einer früheren Eintragung verwechslungsfähig ist. Vielmehr bleibt es nach der gesetzlichen Regelung der Entscheidung des Inhabers der früheren Eintragung überlassen, ob er der Eintragung des jüngeren Zeichens mit dem Einwand der Zeichenübereinstimmung entgegentreten will, wofür ihm das Widerspruchsverfahren eröffnet ist (§ 5 WZG). Anders liegt es lediglich, wenn das angemeldete Zeichen nach allgemeiner Kenntnis innerhalb der beteiligten inländischen Verkehrskreise bereits von einem anderen als Warenzeichen für gleiche oder gleichartige Waren benutzt wird (§ 4 Abs. 2 Ziff. 5 WZG). Daß es sich beim Klagezeichen um ein solches Zeichen handelt, hat die Beklagte selbst nicht behauptet, vielmehr sogar dessen Verkehrsgeltung bestritten. Danach läßt sich aus der Tatsache der Eintragung des Zeichens der Beklagten nichts gegen die Annahme der Verwechslungsgefahr herleiten.

b) Auch soweit die Revision dem Klagezeichen jegliche Unterscheidungskraft mit der Begründung absprechen will, die Abbildung eines Hufeisens sei ein "neutraler" Gegenstand, kann ihr nicht beigetreten werden. Da das Klagezeichen vom Patentamt in die Warenzeichenrolle eingetragen worden ist, hat diese Behörde auch festgestellt, daß dem Zeichen als ganzem nicht jegliche Unterscheidungskraft fehlt. Daran ist das Gericht, vor dem der Verletzungsprozeß geführt wird, gebunden. Im übrigen würde eine etwa fehlende Unterscheidungskraft des hufeisenförmigen Bogens nur eines von mehreren Elementen des Zeichens betreffen, nicht aber die Kennzeichnungskraft des Zeichens als ganzes. Die Revision kann danach nur das Ausmaß der Kennzeichnungskraft des Klagezeichens dahin in Frage stellen, ob dieses

etwa von Hause aus oder aufgrund der Benutzungslage im Verkehr eine so geringe Kennzeichnungskraft hat, daß die Abweichungen des Verletzungszeichens von dem Klagezeichen bereits ausreichen, um die Gefahr von Verwechslungen auszuschließen. Soweit die Revision das Berufungsurteil dazu mit der Begründung angreift, das Hufeisenbild sei für Lederwaren ein Freizeichen, hat sie keinen Erfolg. Einmal handelt es sich bei dem Klagezeichen, wie vom Berufungsgericht zutreffend ausgeführt, nicht nur um das Bild eines Hufeisens. Aber auch davon abgesehen greift der Freizeicheneinwand nicht durch. Bei Freizeichen handelt es sich um solche, die sich für bestimmte Waren, für die sie der Verkehr kennt, im freien Gebrauch einer größeren Anzahl nicht miteinander in Verbindung stehender Unternehmen befinden, so daß sie nicht mehr als Kennzeichen eines bestimmten Betriebes gelten (GRUR 1955, 421 - Forellenschild). Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler festgestellt, daß die Beklagte für einen solchen verbreiteten Gebrauch nichts Zureichendes dargelegt hat. Offenbar will die Revision mit dem Freizeicheneinwand auch nur auf eine erhebliche Schwächung des Klagezeichens durch einen verbreiteten Gebrauch des Hufeisenbildes für Lederwaren hinweisen. Auch insoweit sind aber die Ausführungen des Berufungsgerichts über die mangelnde Substantiierung dieses Einwandes rechtlich nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hätte hinzufügen können, daß auch der behauptete Gebrauch von Hufeisen als bloßer Dekor nicht als schwächend wirken muß, soweit solche Verwendung vom Verkehr eben als Dekor, also nicht als Warenzeichen gewertet wird und eine solche Verwendung in der Lederbranche den von der Beklagten im Prozeß vorgetragenen Umfang nicht überschreitet.

Nach alledem ist die Feststellung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, daß das Klagezeichen jedenfalls eine normale Kennzeichnungskraft besitzt. Unter solchen Umständen kann es auch nicht als rechtsfehlerhaft angesehen werden, daß das Berufungsgericht die vorhandenen Abweichungen zwischen dem Klagezeichen und dem Verletzungszeichen (insbesondere der Querbalken zum A bzw. das K) nicht als ausreichend angesehen hat, um die Verwechslungsgefahr auszuschließen. Der Unterlassungsanspruch ist danach ohne Rechtsfehler zuerkannt worden.

III. Zum Auskunftsanspruch leugnet die Revision ohne nähere Darlegung das Verschulden der Beklagten. Die Ausführungen des Berufungsurteils zu dieser Frage geben jedoch keinen Anlaß zu rechtlichen Bedenken.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Alff

Sprenkmann

Merkel

v. Gamm

Schwerdtfeger