

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

GeschmMG §§ 1 Abs. 2, 7

a) Zur Frage der Offenbarung des ästhetischen Gehalts  
eines plastischen Musters durch die niedergelegte  
Abbildung.

b) Voraussetzungen des Schutzes einer Unterkombination.

BGH, Urt. v. 21. Januar 1977 - I ZR 49/75 - OLG Karlsruhe  
LG Mannheim

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 49/75

### URTEIL

Verkündet am  
21. Januar 1977  
Schnurr,  
Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma B[REDACTED] AG, vertreten durch den Vorstand Dr. Rudolf G[REDACTED], Karl B[REDACTED], Dr. Fritz E[REDACTED], Hagen G[REDACTED], Ernst K[REDACTED], Dr. Edmund S[REDACTED], Albrecht S[REDACTED], Dr. Hans S[REDACTED], Alfred M. H[REDACTED], F[REDACTED], R[REDACTED]  
Straße 22,

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma Wilhelm Z[REDACTED], Apparatebau, F[REDACTED],  
G[REDACTED]straße 22,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Januar 1977 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Alff, Dr. Frhr. v. Gamm, Schwerdtfeger und Rebitzki

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 8. Januar 1975 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

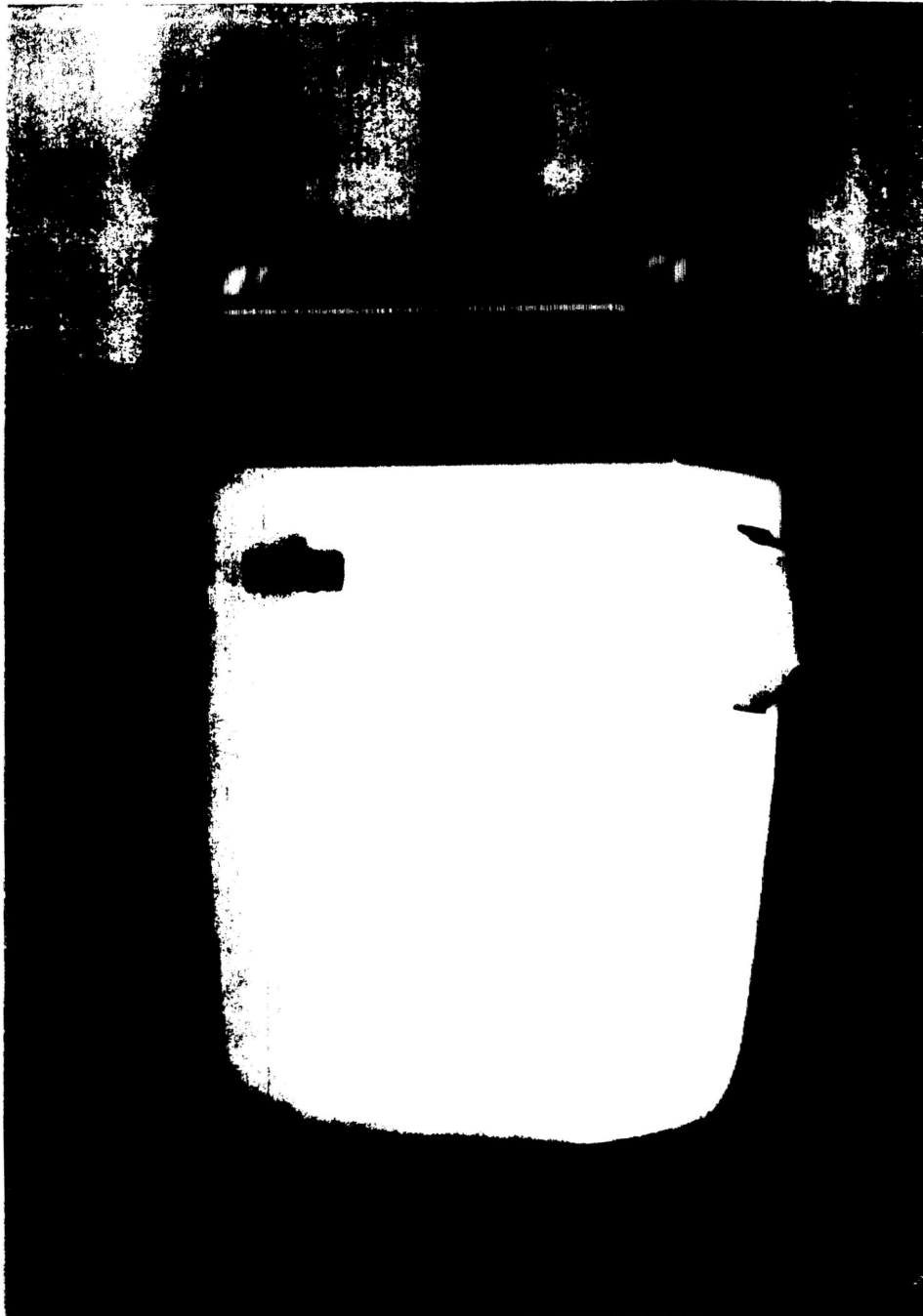
Von Rechts wegen

### Tatbestand

Die Parteien sind Wettbewerber in der Herstellung und dem Vertrieb von elektrischen Trockenrasierern. Die Klägerin nimmt die Beklagte wegen Verletzung von Geschmacksmuster-, Warenzeichen- und Ausstattungsrechten sowie wegen unlauteren Wettbewerbs auf Unterlassung, Rechnungslegung und Schadensersatz in Anspruch.

Die Klägerin hat einen elektrischen Trockenrasierapparat mit abnehmbarem Scherkopf, Fabrikbezeichnung SM 3, gemäß niedergelegter Abbildung am 13. Januar 1960 als Geschmacksmuster für plastische Erzeugnisse angemeldet (Nr. 73 MR 6616 Amtsgericht Frankfurt/Main). Die Abbildung zeigt in schwarz-weiß den Apparat schräg von vorn mit hellem Gehäuse und metallisch glänzendem Scherkopf wie folgt:





Die Schutzdauer dieses Geschmacksmusters war bis zum 13. Januar 1975 verlängert.

Die Klägerin hat elektrische Trockenrasierer mit der Bezeichnung SM 3 und einer im wesentlichen ihrem Geschmacksmuster entsprechenden Gestaltung und Farbgebung ab Juli 1960

hergestellt und vertrieben. Ab September 1962 hat sie das Modell SM 3 durch das Modell "sixtant" ersetzt, das sich äußerlich nur durch die Farbkombination aus mattschwarzem Motorengehäuse und matt verchromtem Scherkopf von dem Vormodell SM 3 unterscheidet.

Die Klägerin ist ferner Inhaberin des am 10. August 1965 angemeldeten und am 6. Oktober 1965 eingetragenen deutschen Warenzeichens Nr. 810 554, das aus einer Abbildung des Trockenrasierers "sixtant" und dem darüber angebrachten Namen der Klägerin "B[REDACTED]" besteht.

Für die Farbkombination aus mattschwarzem Motorengehäuse und matt verchromtem Scherkopf bei Trockenrasierern mit Scherfolie genießt die Klägerin spätestens seit Anfang 1968 Verkehrsgeltung.

Die Beklagte hat Ende 1967 einen elektrischen Rasierapparat mit Scherfolie, der ein mattschwarzes Gehäuse und einen matt verchromten Scherkopf aufwies, in einer Vorserie in geringer Stückzahl hergestellt und sodann zu Probezwecken verteilt. In einer Anzeige in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 5. Januar 1968, die eine Aufnahme dieses Trockenrasierers schräg von oben und vorn zeigt, hat sie Interessenten für den regionalen Alleinvertrieb gesucht. Im Laufe des Rechtsstreits hat die Beklagte für diesen Rasierapparat mit mattschwarzem Gehäuse und matt verchromtem Scherkopf eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgegeben, so daß sich der diesbezügliche Unterlassungsantrag der Klägerin in der Hauptsache erledigt hat.

Seit September 1968 produziert und vertreibt die Beklagte diesen Trockenrasierer unter der Bezeichnung "Oxford 70" in gleicher plastischer Gestaltung, wobei

jedoch der Scherkopf glänzend verchromt und das Gehäuse farbig gehalten sowie auf der Vorderseite mit einem großen Metallschild versehen ist, das die Modellbezeichnung "Oxford 70" und den Firmenbestandteil der Beklagten "Zäch" trägt. Das Gerät hat folgende Vorderansicht:



Von vorn und schräg oben aufgenommen bietet es folgendes Bild:



Auf die zunächst noch verwendete dunkelgraue Ausführung des Gehäuses dieses Trockenrasierers hat die Beklagte während des Rechtsstreits unter Vertragsstrafeversprechen verzichtet.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, beide Modelle des Trockenrasierers der Beklagten seien widerrechtliche Nachbildungen ihres Geschmacksmusters, da sie in ihrer Gesamtgestaltung, vor allem aber in Bezug auf die geschützte Unterkombination der optischen Wechselwirkung zwischen Gehäuse und Scherkopf, des spezifischen Kurvenverlaufs des Scherkopfs und des harmonischen Übergangs des Scherkopfs in das Gehäuse ohne technische Notwendigkeit die gleichen Formelelemente aufwiesen und einen übereinstimmenden optischen Eindruck hervorriefen. Die Beklagte verletze auch ihr Warenzeichen, da sie die äußere Form ihres Erzeugnisses zu Kennzeichnungszwecken benutze, und ihr, der Klägerin, Ausstattungsrecht an der Farbkombination mattschwarz/mattsilber, für welche sie gesteigerte Verkehrsgeltung genieße. Schließlich verstoße die Beklagte gegen § 1 UWG, da sie nicht alles Zumutbare getan habe, um mit ihren Geräten einen ausreichenden Abstand von dem "B. sextant" zu halten; die Beklagte nutze vor allem mit der ähnlichen Erscheinungsform des "Oxford 70" den ausgezeichneten Ruf des "B. sextant" in unlauterer Weise für sich aus.

Das Landgericht hat ein Gutachten des Vorsitzenden des Rates für Formgebung in Darmstadt, Prof. G., darüber eingeholt, ob die Beklagte mit ihren Trockenrasierern "Oxford" und "Oxford 70" das Geschmacksmuster der Klägerin verletze. Es hat sodann der Klage, soweit sie nicht in der Hauptsache erledigt ist (Unterlassungsantrag bezüglich der ersten Gestaltungsform der angegriffenen Modelle), auf Unterlassung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, daß die Beklagte das Geschmacksmuster der Klägerin widerrechtlich und schuldhaft durch ihr erstes Modell "Oxford" nachgebildet habe und durch das neue Modell "Oxford 70" nachbilde.

Das Oberlandesgericht hat die Klage ohne Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens abgewiesen.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Die Beklagte beantragt, die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe

Die Revision hat keinen Erfolg.

I. Der Unterlassungsantrag der Klägerin in Bezug auf das insoweit allein noch im Streit befindliche zweite Modell der Beklagten (Oxford 70 mit großem Metallschild an der Vorderseite) kann auf ein Geschmacksmusterrecht der Klägerin nicht mehr gestützt werden, da dieses Recht mit dem 13. Januar 1975 abgelaufen ist. Diese nach Verkündung des Berufungsurteils eingetretene Rechtsänderung ist auch in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen. Dagegen behält das frühere Geschmacksmuster der Klägerin seine Bedeutung für die Klageanträge auf Rechnungslegung und Feststellung der Verpflichtung zum Schadensersatz.

1. a) Das Berufungsgericht hat die ästhetische Wirkung, die Modellfähigkeit und die gewerbliche Verwertbarkeit sowie die formellen Schutzvoraussetzungen des Klagegeschmacksmusters zutreffend bejaht und die Neuheit und Eigentümlichkeit zu Gunsten der Klägerin unterstellt. Davon ist für die Revisionsinstanz auszugehen. Das Gericht hat den ästhetischen Eindruck des Klagemodells als ganzes nach der niedergelegten Abbildung in dem Zusammenklang der folgenden Merkmale gesehen:

a. Das Motorengehäuse und der mit einem Scherblatt und einem Langhaarschneider ausgestattete Scherkopf des Trocken-

rasierers sind plastisch als einheitlicher geschlossener und verhältnismäßig flacher Körper von im wesentlichen rechteckigem Querschnitt mit glatt ineinander übergehenden Seitenwänden ausgebildet.

b. Der Gerätekörper ist an allen Ecken und Kanten abgerundet und auf der Breitseite symmetrisch nach oben und unten verjüngt; seine Schmalseiten sind seitlich nach außen gewölbt.

c. Der Umriß der Seitenwand des Scherkopfs hat in deren das Scherblatt seitlich abdeckendem Teil die Form einer asymmetrischen Parabel, deren längerer Ast auf der Rückseite an der Oberkante des Motorengehäuses beginnt und deren kürzerer Ast auf der Vorderseite in einem stumpfen Winkel nach außen in den dort auf halber Höhe des Scherkopfs angeordneten einzeiligen Langhaarschneider übergeht, unterhalb dessen die Vorderseite des Scherkopfs sich senkrecht in die des Motorengehäuses fortsetzt.

d. Der plastisch einheitliche Körper des Trockenrasierers ist durch Wechsel von Material und Farbe optisch wohlproportioniert in Motorengehäuse und Scherkopf gegliedert.

e. Unterhalb des Langhaarschneiders sind am Scherkopf die Köpfe von zwei Schrauben sichtbar, die zur Befestigung des Scherblatts dienen; an der einen Seitenwand des Motorengehäuses befindet sich im oberen Teil ein länglicher Kipp-schalter; das Motorengehäuse trägt auf der Vorderseite oben links die Bezeichnung "B" in schlanken großen Druckbuchstaben, von denen das "A" die anderen überragt.

Für den Gesamteindruck des abgebildeten Modells sind nach Auffassung des Berufungsgerichts nicht alle diese Merkmale von gleicher Bedeutung. Während die zu e. erwähnten

nur nebensächliche Einzelheiten betreffen, seien insbesondere die unter b. für die Gestaltung des Modells charakteristisch.

Diese Beurteilung des Berufungsgerichts entspricht im wesentlichen den Feststellungen in dem Gutachten von Prof. Hans Ess, Eidgenössische Technische Hochschule in Zürich, das die Klägerin mit ihrer Klage vorgelegt hat. Die Revision stimmt ihr zu; sie ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Die von Prof. E., so fährt das Berufungsgericht fort, zeichnerisch ermittelten unterschiedlichen Radien der Querschnitte der abgerundeten Kanten seien für einen auf diesem Gebiet tätigen und mit der Entwicklung seines Formenschatzes vertrauten durchschnittlichen Formgestalter lediglich aus der niedergelegten Abbildung nicht mit hinreichender Deutlichkeit erkennbar. Der Auslösedrucker für den Scherkopf und der Spannungsschalter auf dem Gehäuseboden seien auf der Abbildung nur als Strich und nicht in ihrer Formgestaltung erkennbar. Die Abmessungen des Geräts, die Aufsteckvorrichtung für das Anschlußkabel im Gehäuseboden, die Schrauben des Motorengehäuses auf der Rückseite und das Typenschild unter dem Scherkopf seien ebenfalls nicht aus der niedergelegten Abbildung ersichtlich. Diese Merkmale hätten daher bei der Bestimmung der geschützten Formgestaltung außer Betracht zu bleiben.

Die dagegen von der Revision erhobenen Einwände können im Ergebnis keinen Erfolg haben. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß sich Inhalt und Umfang des Geschmacksmusters bei der Hinterlegung von Abbildungen des Modells danach bestimmen, welche konkrete, das ästhetische Empfinden ansprechende Form die Abbildung erkennbar macht, wobei es auf das Anschauungsvermögen eines durchschnittlichen, auf dem betreffenden Gebiet tätigen Modellgestalters ankommt (BGH GRUR 1967 S. 375, 377 - Kronleuchter). Was sich an äußerer Form aus der Abbildung nicht ergibt,

wird auch nicht geschützt (Furler, Geschmacksmustergesetz, 3. Aufl. 1966, § 7 Nr. 7; v. Gamm, Geschmacksmustergesetz, 1966, § 7 Nr. 11). Zu Unrecht meint die Revision, es genüge für die Bestimmung des ästhetischen Gehalts, daß er sich aus der niedergelegten Abbildung zumindest "erahnen" lasse. Eine solche Ausweitung des Schutzzumfangs des Geschmacksmust in den Bereich des subjektiven, nicht nachprüfbaren Empfindens würde zu einer untragbaren Rechtsunsicherheit führen. Sie ist auch im Interesse der Anmelder nicht erforderlich, da es ihnen frei steht, den Gegenstand des in Anspruch genommenen Schutzes durch die Niederlegung m e h r e r e r Abbildungen genau festzulegen, wenn sie das Modell selbst nicht niederlegen wollen oder können.

Bedenklich ist dagegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die von dem Gutachter der Klägerin ermittelten unterschiedlichen Radian der Querschnitte der abgerundeten Kanten seien aus der niedergelegten Abbildung nicht deutlich genug erkennbar. Falls das Gericht damit meint, daß die Radian in ihrer genauen Länge und genauen Verkürzung zum oberen Teil des Scherkopfes hin der Abbildung nicht zu entnehmen seien, so wäre das richtig, aber für die Berücksichtigung dieser Maßverhältnisse im Rahmen des Geschmacksmusterschutzes nicht schädlich. Bei der Wiedergabe einer plastischen Form durch eine Abbildung kann nicht in jedem Falle und vor allem bei komplizierten Formen nicht erwartet werden, daß sich die genauen Maße, Radian von Kreisausschnitten, Krümmungen unregelmäßiger Kurven und andere Maßverhältnisse der Abbildung - wie einer Konstruktionszeichnung - entnehmen lassen. Das ist aber auch nicht erforderlich. Es genügt vielmehr, daß die Formelemente des abgebildeten Modells so weit aus der Abbildung hervorgehen, daß sich der ästhetische Gesamteindruck hinreichend deutlich ergibt. Denn dieser ist für den Inhalt und Umfang des Geschmacksmusterrechts und für die Frage einer Nachbildung entscheidend (vgl. zuletzt BGH GRUR 1976 S. 261, 263 - Gemäldewand).

rs Falls das Berufungsgericht aber angenommen haben sollte, daß die Radien der Querschnitte der abgerundeten Kanten am Ansatz des Scherkopfes und in dessen halber Höhe sich auch in diesem weiteren Sinne aus der Abbildung nicht ergeben, so wäre das ebenfalls unzutreffend. Die niedergelegte Abbildung, die zum unstreitigen Sachverhalt gehört, so daß das Revisionsgericht die diesbezügliche Bewertung des Berufungsgerichts nachprüfen kann (BGH GRUR 1965 S. 198, 199, 200 - Küchenmaschine), zeigt vielmehr an der vorderen, vom Betrachter her gesehen rechten Kante im Bereich des Scherkopfes deutlich die Verjüngung der Kantenrundung in Richtung auf das Scherblatt und damit die Verringerung der Radien der Querschnitte der abgerundeten Kanten, derart, daß ihre Bedeutung für den ästhetischen Gesamteindruck des Modells offenbart wird. Denn die allseits gerundete flache Form des Geräts erhält dadurch eine noch gesteigerte Eleganz. Dies ist bei dem Vergleich des Klagemodells mit den angegriffenen Gestaltungsformen zu berücksichtigen.

Die übrigen von dem Berufungsgericht in diesem Zusammenhang angeführten Merkmale des Trockenrasierers SM 3 hat das Gericht dagegen mit Recht unberücksichtigt gelassen, da sie entweder gar nicht oder nicht hinreichend deutlich aus der niedergelegten Abbildung hervorgehen.

b) Das Berufungsgericht hat im Gegensatz zum Landgericht und den beiden Sachverständigen die objektive Nachbildung des Streitgeschmacksmusters als ganzes durch die Beklagte verneint. Es hat folgenden ästhetischen Eindruck der beiden angegriffenen Ausführungsformen der Trockenrasierer der Beklagten festgestellt:

a. Das Motorengehäuse und der mit einem Scherblatt und einem Langhaarschneider ausgestattete Scherkopf bilden zwar einen einheitlichen geschlossenen Körper von rechteckigem Querschnitt, sind aber dadurch, daß ihre Schmalseiten stumpfe

Winkel miteinander bilden, auch plastisch erkennbar voneinander abgesetzt. Der Gerätekörper wirkt in der oberen Hälfte dicker als das Streitgeschmacksmuster.

b. Der Gerätekörper verjüngt sich vom oberen Rand des Motorengehäuses mit gerade verlaufenden abgerundeten Seitenkanten allseitig zum Boden hin, dessen Kanten eckig sind. Auch die schwache Wölbung der Schmalseiten tritt optisch nicht in Erscheinung. Zusätzlich gerade Kanten werden durch die stumpfen Winkel gebildet, in denen die Schmalseiten von Motorengehäuse und Scherkopf aufeinander zulaufen.

c. Der Umriß des Scherkopfs besteht auf der Schmalseite aus einer asymmetrischen Parabel und einem fast ebenso hoch stehenden Rechteck nebeneinander, wobei der längere Ast der Parabel auf der Vorderseite an der Oberkante des Motorengehäuses beginnt und der kürzere auf der Rückseite oberhalb der halben Höhe des Scherkopfs in einer breiten Rinne endet, an die sich der zweireihig auf der Oberseite angeordnete und senkrecht in die Rückwand des Gerätekörpers abfallende Langhaarschneider anschließt.

d. Der Gerätekörper ist durch Wechsel von Material und Farbe auch optisch in Motorengehäuse und Scherkopf aufgliedert, wobei die Trennungslinie etwas höher liegt als beim Klagegeschmacksmuster.

e. An der Rückwand des Scherkopfs befindet sich unterhalb des Langhaarschneiders ein geriffelter Auslösedrucker für diesen. An den Schmalseiten des Motorengehäuses sind ein Auslösedrucker für den Scherkopf und ein Schiebeschalter zur Bedienung des Geräts angeordnet, beide fast quadratisch und andersfarbig als das Motorengehäuse. Dieses trägt auf der Vorderseite bei der ersten angegriffenen Ausführungsform in der linken oberen Ecke ein kleines andersfarbiges

Schild mit der Bezeichnung "OXFORD" in großen Druckbuchstaben, bei der zweiten angegriffenen Ausführungsform ein andersfarbiges Schild, das fast die ganze Fläche einnimmt und in der oberen Hälfte in Kurrentschrift schräg die Bezeichnung "Oxford" und rechts darunter die Zahl "70" sowie in der linken unteren Ecke die Bezeichnung "ZÄCH" in großen Druckbuchstaben trägt.

Das Berufungsgericht fährt sodann fort:

Der für die Beurteilung der objektiven Nachbildung maßgebende Gesamteindruck der beiden angegriffenen Ausführungsformen werde bestimmt einmal durch den wuchtigen Doppelscherkopf, zu dem sich der Gerätekörper von unten her erweitere, zum anderen durch die gerade verlaufenden Seitenkanten. Die angegriffenen Ausführungsformen erschienen dadurch eckig, plump und unhandlich, als solide Handwerksarbeit ohne besondere Phantasie.

Demgegenüber, so heißt es in dem angefochtenen Urteil weiter, wirke das Streitgeschmacksmuster durch die allseitige Abrundung des flachen Gerätekörpers und dessen Verjüngung nach oben und unten sowie durch den schmalen Scherkopf ebenso elegant wie handlich und lasse eine formgestalterische Meisterleistung erkennen. Damit böten das Streitgeschmacksmuster und die angegriffenen Ausführungsformen dem für Geschmacksfragen aufgeschlossenen und mit ihnen einigermaßen vertrauten unbefangenen Durchschnittsbetrachter deutlich voneinander abweichende, unverwechselbare Erscheinungsbilder, so daß eine objektive Nachbildung des Streitgeschmacksmusters hinsichtlich der Gesamtkombination seiner formgestalterischen Merkmale durch die angegriffenen Ausführungsformen zu verneinen sei.

Diese Ausführungen greift die Revision ohne Erfolg an.

Wie der Augenschein der Abbildungen der angegriffenen Formen und der bei den Akten befindlichen Muster des Geräte "Oxford 70" ergibt, hat das Berufungsgericht die Formelemente der Trockenrasierer der Beklagten und den ästhetischen Gesamteindruck im wesentlichen zutreffend beschrieben. Dabei hat es zugleich die Übereinstimmungen zwischen dem Klagemuster und den angegriffenen Gestaltungsformen angeführt, so daß die Beanstandung der Revision, das Gericht sei nicht von den Übereinstimmungen ausgegangen, unrichtig ist. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht jeweils zugleich auch die Abweichungen berücksichtigt hat, die einem übereinstimmenden ästhetischen Gesamteindruck entgegenstehen können und die insgesamt zu der Feststellung des grundlegend abweichenden Gesamteindrucks der angegriffenen Modelle führen.

Dieses Ergebnis wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß das Berufungsgericht die Verjüngung der Abrundungen der Seitenkanten im Bereich der Scherköpfe der Modelle beider Parteien rechtsirrtümlich unberücksichtigt gelassen hat. Ungeachtet der Tatsache, daß Prof. G. [REDACTED] an zwei Stellen eine vollständige Übereinstimmung der Radier festgestellt hat, wirkt auch in diesem Teilbereich die Form des "Oxford" und des "Oxford 70" plumper und weniger geschmeidig als die des B. [REDACTED] SM 3, was darauf zurückzuführen sein mag, daß die Schmalseiten von Motorengehäuse und Scherkopf bei den Geräten der Beklagten in einem stumpfen Winkel aufeinandertreffen. Zu berücksichtigen ist ferner, daß die Geräte auch insofern voneinander abweichen, als sich bei dem Muster der Klägerin der Langhaarschneider auf der abgebildeten Seite befindet und bei den Geräten der Beklagten nicht. Die Übereinstimmung der Verjüngung der Abrundungen verändert nach alledem, wie schließlich auch der Augenschein ergibt, den Gesamteindruck der Geräte der Beklagten, die eckig, plump, schwer und wenig handlich wirken,

nicht in entscheidender Weise und führt nicht zu einer unerlaubten Annäherung an die glatte, flache und geschmeidig-elegante Form des Klagemodells.

Daß das Berufungsgericht seine Feststellungen entgegen den Gutachten von Prof. E. und Prof. G. und ohne Einholung eines weiteren Gutachtens getroffen hat, was die Revision als Verstoß gegen § 286 ZPO rügt, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Es liegt im Ermessen des Tatrichters, ob er zum Beweis entscheidungserheblicher Tatsachen das Gutachten eines Sachverständigen einholt. Das Berufungsgericht war nicht gehindert, sich im Gegensatz zu dem Gericht des ersten Rechtszuges die notwendige Sachkunde selbst zuzutrauen, um den Formgehalt und den ästhetischen Gesamteindruck der Modelle der Parteien zu ermitteln und miteinander zu vergleichen. Die Revision hat auch nicht dargelegt, welche Merkmale des Klagemodells ein anderer Sachverständiger der niedergelegten Abbildung hätte entnehmen können, die das Berufungsgericht - mit Ausnahme der von dem erkennenden Senat zusätzlich berücksichtigten Radienverringering der Rundungen im Bereich des Scherkopfes - nicht in seiner Analyse der einzelnen Formelemente festgestellt hätte. Einer Auseinandersetzung mit dem Gutachten von Prof. E. bedurfte es schon deshalb nicht, weil dieser eine Nachbildung nicht dem Vergleich der Geräte als ganze entnommen und von der niedergelegten Abbildung ausgehend festgestellt hat, sondern einer Unterkombination ausgewählter Merkmale unter Benutzung des farblich abweichenden Modells "B. sextant", wobei er auf den Farbkontrast des dunklen Gehäuses zu dem hellen Scherkopf besonderes Gewicht gelegt hat. Mit dem Gutachten von Prof. G. hat sich das Berufungsgericht dagegen ausführlich und zutreffend auseinandergesetzt, wenn es ausführt, daß der Sachverständige die Begrenzung auf die aus der niedergelegten Abbildung ersichtlichen Formmerkmale des Klagemusters verkannt habe und sich bei der Beurteilung

der objektiven Nachbildung auf die wahllose Gegenüberstellung wesentlicher und unwesentlicher Merkmale und die einfache Addition ihrer Übereinstimmungen beschränkt habe, statt den Gesamteindruck der einander gegenüberstehenden Formgestaltungen zu ermitteln und zu vergleichen. Über diese entscheidende Frage enthält das Gutachten in der Tat keine Feststellungen.

2. Den von der Klägerin in Anspruch genommenen Teilschutz für eine Unterkombination aus den Merkmalen: optische Wechselwirkung zwischen Gehäuse und Scherkopf, spezifischer Kurvenverlauf des Scherkopfs und harmonischer Übergang des Scherkopfs in das Gehäuse mit deutlichen optischen Kontrasten hat das Berufungsgericht mit der Begründung abgelehnt, diese Merkmale umschrieben nicht die in der niedergelegten Abbildung konkret zum Ausdruck kommende Gestaltung, sondern höchstens eine allgemeine Lehre, die als solche nicht geschmacksmusterschutzfähig sei. Das Gericht konkretisiert sodann die Umschreibung der Klägerin auf gewisse Gestaltungsmerkmale, die bei den einander gegenüberstehenden Modellen übereinstimmen, und stellt fest, daß diese im wesentlichen durch das vorverbreitete Modell der Klägerin "combi" vorweggenommen seien. Der Tatbestand der objektiven Nachbildung sei daher auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Teilschutzes zu verneinen.

Dieses Ergebnis ist bereits deshalb zutreffend, weil sich aus den Darlegungen der Klägerin keine Unterkombination ergibt, die selbständig schutzfähig wäre.

Es ist in Rechtsprechung und Lehre anerkannt, daß auch ein in sich geschlossener Teil eines hinterlegten Geschmacksmusters am Musterschutz selbständig teilnehmen kann, sofern er für sich allein den Erfordernissen der Neuheit und Eigentümlichkeit genügt (BGH GRUR 1962 S. 258, 260 - Moped-Modell;

GRUR 1965 S. 198, 199 - Küchenmaschine; GRUR 1966 S. 97, 98 - Zündaufsatz; GRUR 1967 S. 375 - Kronleuchter; Furler aaO § 1 Nr. 88; v. Gamm aaO § 5 Nr. 22). Zur selbständigen Schutzfähigkeit der dafür beanspruchten Elemente gehört aber über Neuheit und Eigentümlichkeit hinaus eine gewisse Eigenständigkeit und Geschlossenheit der Form, die es überhaupt möglich macht, einen von der Gesamtform unabhängigen ästhetischen Gesamteindruck der Unterkombination festzustellen und mit einer entsprechenden angegriffenen Gestaltungsform zu vergleichen. Eine solche Geschlossenheit fehlt im Streitfalle vollkommen: Vielmehr hat die Klägerin nicht etwa Schutz für den - möglicherweise ausreichend abgegrenzten - Scherkopf ihres Geschmacksmusters begehrt, sondern für eine Reihe von Elementen des Gesamtmusters, die sich aus diesem nicht herauslösen lassen. Dem Übergang zwischen Scherkopf und Gehäuse und der optischen Wechselwirkung zwischen diesen beiden Teilen des Geschmacksmusters fehlt es an jeder Geschlossenheit und Selbständigkeit der Form, wie sie etwa bei einer Küchenmaschine ohne die auswechselbaren Aufsätze, bei dem Zündaufsatz eines Feuerzeuges oder bei den Armen eines Kronleuchters vorliegt (BGH aaO). Das gleiche gilt für den Verlauf einer einzelnen Kurve an der Schmalseite des Scherkopfs. Die Zusammenfassung dieser Elemente zu einer "Zone" stellt eine bloße Abstraktion dar, die in den tatsächlichen Gegebenheiten der der Klägerin geschützten Form keine Grundlage findet und die zur Folge hat, daß für den Gesamteindruck der Modelle beider Parteien wesentliche Formelemente ausgeschieden werden und auf diese Weise zu Unrecht bei dem Vergleich unberücksichtigt bleiben.

II. Die Verletzung des Warenzeichens der Klägerin hat das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, die Beklagte benutze die angegriffenen Trockenrasierer nicht dazu, um eine andere Ware ihrer Herkunftsstätte nach von gleichen Waren anderen Ursprungs zu unterscheiden. Vielmehr

gehörten die äußeren Merkmale der angegriffenen Trockenrasie die allein mit dem Bildbestandteil des Klagezeichens verwechselbar sein könnten, zum Wesen der Ware selbst. Da die Ware selbst nicht warenzeichenmäßig gebraucht werden könne, scheitert eine Warenzeichenverletzung aus.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen. Wie bereits das Reichsgericht und sodann mehrfach der Bundesgerichtshof entschieden haben, liegt in dem Vertrieb einer Ware, deren äußeres Erscheinungsbild mit einem geschützten Bildzeichen übereinstimmt oder verwechslungsfähig ist, keine Warenzeichenverletzung, wenn das Erscheinungsbild das Wesen der Ware selbst ausmacht, weil es dann an einem warenzeichenmäßigen Gebrauch fehlt (RGZ 115, 235, 239 - Bandmaster; BGHZ 11, 129, 132 - Zählkassette, für Ausstattung; BGH GRUR 1959 S. 423, 424 - Fußballstiefel, für Ausstattung; GRUR 1962 S. 144, 148 - Buntstreifensatin, für Ausstattung; GRUR 1966 S. 681, 685 - Laternenflasche). Entscheidend dafür ist, ob der Verkehr mit den Gestaltungsmitteln der angegriffenen Warenform die Vorstellung verbindet, sie dienten der kennzeichnungsmäßigen Unterscheidung gegenüber gleichartigen Erzeugnissen anderer Hersteller. Diese Unterscheidungsfunktion kann aber die im wesentlichen der Funktion als Elektrorasierer mit Doppelscherkopf entsprechende Gesamtgestalt der Geräte der Beklagten nicht erfüllen. Denn Merkmale, die der Ware als solcher ihre charakteristische, für die Nachfrage der Käufer entscheidende Eigenart verleihen, sind nicht geeignet, die fragliche Ware von gleichen Erzeugnissen anderer Hersteller zu unterscheiden. Auch würde die Anerkennung eines Warenzeichenschutzes an derartigen, das Wesen einer Ware bestimmenden Merkmalen einem Alleinherstellungsrecht an der Ware gleichkommen und sich damit als Sperre gegen den Vertrieb gleicher oder gleichartiger Waren durch andere auswirken. Dies aber wäre

mit dem begrenzten Zweck eines Warenkennzeichnungsmittels unvereinbar (BGH GRUR 1962, S. 144, 148).

Vergeblich rügt die Revision, das Berufungsgericht habe nicht beachtet, daß die Beklagte auch die Abbildung ihres Rasierers in Zeitungsinseraten veröffentlicht habe. Stellt der Vertrieb einer Ware selbst keinen zeichenmäßigen Gebrauch dar, so gilt das auch für die Abbildung dieser Ware in Inseraten, Werbeschriften und dergleichen, soweit nur erkennbar aus ihr hervorgeht, daß nichts weiter dargestellt ist als eine handelbare Ware als solche. Denn auch dann fehlt es an der Unterscheidungsfunktion gegenüber gleichartigen Erzeugnissen anderer Hersteller. So liegt der Fall hier. Die von der Klägerin überreichte Anzeige in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 5. Januar 1968 zeigt, daß die Beklagte dort ihren Trockenrasierer in der Absicht abgebildet hat, Vertriebsfirmen dafür zu werben. Von einem warenzeichenmäßigen Gebrauch kann daher auch hier nicht gesprochen werden.

Gebraucht die Beklagte die Form ihrer Trockenrasierer "Oxford" und "Oxford 70" nicht warenzeichenmäßig, so können die Klageanträge auf das Warenzeichen der Klägerin schon deshalb nicht gestützt werden. Die Angriffe der Revision gegen die Hilfsbegründung des angefochtenen Urteils, es fehle auch an der Verwechslungsgefahr, können daher auf sich beruhen.

III. 1. Zur Verletzung einer Ausstattung der Klägerin führt das Berufungsgericht aus, die Farbkombination mattschwarz/mattsilber habe sich bei Trockenrasierern mit Scherfolie unstreitig schon vor der Aufnahme der Produktion und des Vertriebs der angegriffenen Ausführungsformen durch die Beklagte als Herkunftshinweis auf die Klägerin im Verkehr durchgesetzt. Der - in der Hauptsache erledigte - Unterlassungsanspruch in Bezug auf die erste angegriffene

Ausführungsform des Trockenrasierers der Beklagten mit mattschwarzem Gehäuse und matt verchromtem Scherkopf sei nach § 25 Abs. 1 WZG als vorbeugender Anspruch begründet gewesen. Der jetzt noch geltend gemachte Schadensersatzanspruch der Klägerin sei dagegen mangels einer Verletzungshandlung nicht gegeben. Denn die Beklagte habe diese Form nur in einer Vorserie in geringer Stückzahl hergestellt und nach ihrer Behauptung zu Erprobungszwecken an ihr durch ein besonderes Vertrauensverhältnis verbundene Personen verteilt, wobei es sich um einen betriebsinternen Vorgang handle, der nicht als geschäftlicher Verkehr anzusehen sei. Das Inserat vom 5. Januar 1968 erfülle zwar den Tatbestand des Feilhaltens im Sinne von § 25 WZG, lasse aber die geschützte Farbkombination nicht mit hinreichender Deutlichkeit erkennen, da sie im Zeitungsdruck nur als dunkel/hell erscheine. Die Gefahr der Verwechslung sei für die Abbildung außerdem deshalb zu verneinen, weil sich das Inserat nicht an flüchtig betrachtende durchschnittliche Endabnehmer, sondern an Kaufleute wende, die für den Vertrieb interessiert werden sollten.

Diese Ausführungen lassen Rechtsfehler nicht erkennen.

Der vom Berufungsgericht nicht gesondert erwähnte Antrag der Klägerin auf Rechnungslegung über den Vertrieb der ersten Ausführungsform ("Oxford" ohne das große Schild auf der Vorderseite) ist allerdings auch deshalb unbegründet, weil die Beklagte bereits vor Beginn des Rechtsstreits und dann in seinem Verlaufe die Auskunft erteilt hat, daß ein Vertrieb nicht stattgefunden habe, und den geltend gemachten Anspruch dadurch erfüllt hat. Diese Auskunft ist enthalten in dem Schreiben der bevollmächtigten Patentanwälte der Beklagten Dr. B. [REDACTED] und Dipl.-Ing. H. [REDACTED] an den von der Klägerin beauftragten

Rechtsanwalt Dr. L. [REDACTED] vom 23. Januar 1968, ferner in der Klageerwiderung vom 24. Februar 1970 und in den Schriftsätzen vom 10. April und 27. Mai 1970.

Zutreffend hat das Berufungsgericht festgestellt, daß die Klägerin keine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung der Beklagten dargetan hat. Die Revision räumt selbst ein, daß die Klägerin dafür beweispflichtig ist, meint aber, sie habe ihrer Beweislast nach den Grundsätzen über den Beweis des ersten Anscheins genügt. Dem kann nicht zugestimmt werden. Die Klägerin hat keinen Tatbestand dargelegt, der nach der Lebenserfahrung darauf hinwiese, daß die Beklagte mit dem Vertrieb der ersten angegriffenen Ausführungsform bereits begonnen hatte. Die von der Revision angeführte Tatsache, daß die Klägerin im Besitz eines solchen Rasierers der Beklagten ist, kommt dafür nicht in Betracht. Denn die Beklagte hat vorgetragen, daß die Klägerin nur durch Vertrauensbruch in den Besitz dieses Gerätes gekommen sein könne und daß sie trotz Aufforderung keinen Aufschluß darüber gegeben habe, woher sie den Apparat erhalten habe. Darauf ist die Klägerin nicht eingegangen, obwohl es ihr ein Leichtes sein müßte, darzulegen und unter Beweis zu stellen, daß sie den Apparat im geschäftlichen Verkehr erworben hätte, wenn das der Fall gewesen wäre. Ihr Schweigen zu diesem Punkt spricht nach der Lebenserfahrung eher dagegen als dafür, daß die Beklagte mit dem Vertrieb des "Oxford" in der ersten Ausführungsform bereits begonnen hatte.

Auch die Anzeige in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung bietet keinen hinreichenden Anhalt dafür, daß die erste Ausführungsform des Rasierers der Beklagten bereits vertrieben worden sei. Denn aus ihr geht hervor, daß die Beklagte zunächst darum bemüht war, ein Vertriebsnetz für das

Gerät aufzubauen; davon, daß der Vertrieb begonnen habe, ist in der Anzeige nicht die Rede.

Auch der Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Abbildung in der vorerwähnten Anzeige keine Verletzung im Sinne von § 25 WZG ist, tritt der erkennende Senat bei. Dem Zeitungsdruck läßt sich nicht ausreichend entnehmen, daß die Farbkombination des abgebildeten Rasierers mattschwarz/mattsilber ist; es kommen für das Motorengehäuse auch andere dunkle Farben in Betracht, die der Klägerin nicht geschützt sind. Ebenso fernliegend ist es, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat, daß die angesprochenen Fachkreise zwischen einem Unternehmen, das für den Aufbau einer Vertriebsorganisation Werbung betreibt, und der weithin berühmten Klägerin besondere wirtschaftliche Beziehungen oder sonstige engere organisatorische Zusammenhänge vermuten. Daß dies der Lebenserfahrung entspreche, kann der Revision nicht zugegeben werden.

## 2. Das Berufungsgericht fährt dann fort:

Die Trockenrasierer mit Scherfolie, welche die Beklagte tatsächlich produziere und vertreibe ("Oxford 70"), wiesen einen glänzend verchromten Scherkopf und ein graues oder buntes Gehäuse auf. Die letztere Gestaltung betrachte die Klägerin selbst nicht als Verletzung ihres Ausstattungsrechts. Zwischen der Farbkombination grau/glänzend silber und der geschützten Ausstattung mattschwarz/mattsilber bestehe ebenfalls keine Verwechslungsgefahr. Auch wenn die Klägerin, wie zu ihren Gunsten unterstellt werden könne, für diese Farbkombination eine gesteigerte Verkehrsgeltung genieße, so könne der Schutzbereich ihrer Ausstattung nicht auf die angegriffene Kombination aus zwei je für sich allenfalls den Farben

der geschützten Kombination ähnlichen Farben erstreckt werden, da deren Zusammenklang einen abweichenden Gesamteindruck hervorriefe. Infolgedessen stünden der Klägerin wegen dieser angegriffenen Ausführungsform auch unter dem Gesichtspunkt der Ausstattungsverletzung keine Ansprüche gegen die Beklagte zu.

Auch diese Ausführungen lassen keine Rechtsfehler zum Nachteil der Klägerin erkennen.

Der auf Ausstattungsschutz gestützte Unterlassungsanspruch der Klägerin ist allerdings bereits deshalb unbegründet, weil die Beklagte in der Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 9. Oktober 1974 eine strafbewehrte Unterlassungserklärung in Bezug auf die konkrete Verletzungsform in dunkelgrauer Farbe abgegeben hat, so daß es insoweit an der Wiederholungsgefahr fehlt. Rechnungslegungs- und Schadensersatzansprüche nach § 25 WZG sind deshalb unbegründet, weil es an einer Verwechslungsgefahr fehlt. Der Senat tritt dieser Beurteilung des Berufungsgerichts ebenfalls bei. Dazu ist noch hervorzuheben, daß sich die Farben und die Oberflächengestaltung auch je für sich deutlich voneinander unterscheiden: Der matt verchromte Scherkopf mit seinem feinen Strich und der geringen Spiegelung wirkt wesentlich moderner und feiner als die konventionelle glänzende Verchromung des Gerätes der Beklagten. Ähnlich liegt es mit dem schwarzen matten Glanz des Gehäuses, dessen Farb- und Oberflächeneindruck dem schlichten glänzenden Dunkelgrau des Gerätes der Beklagten verhältnismäßig fern steht. Beide Unterschiede zusammen schließen eine Verwechslungsgefahr aus.

3. "Nur vorsorglich" weist die Revision endlich darauf hin, daß die Klägerin Ausstattungsschutz nicht nur für die

Farbkombination, sondern für das Gesamtmodell "sixtant" schlechthin geltend gemacht habe. Das ist jedoch unzutreffend. Der in der Klageschrift, Seite 4 oben, erwähnte Ausstattungsschutz für das Gerät "B [REDACTED] sixtant" wird im folgenden dahin erläutert, daß er für die Farbkombination geltend gemacht wird (Seite 5 der Klageschrift). Das gilt auch für die diesbezüglichen Darlegungen in allen weiteren Schriftsätzen der Klägerin.

IV. Einen wettbewerbsrechtlichen Schutz hat das Berufungsgericht der Klägerin deshalb versagt, weil die beiden angegriffenen Ausführungsformen des Trockenrasierers der Beklagten von den Erzeugnissen der Klägerin in ihrer plastischen Gestaltung so verschieden seien, daß eine Verwechslungsgefahr nicht bestehe. Damit fehle es bereits an dem objektiven Tatbestand der Nachahmung, aus dem bei Vorliegen weiterer subjektiver Voraussetzungen der Vorwurf eines Verstoßes gegen § 1 UWG abgeleitet werden könnte.

Es trifft nicht zu, daß das Berufungsgericht gegen § 139 ZPO verstoßen hätte, weil es über diese von der Klägerin geltend gemachte Anspruchsgrundlage entschieden hat, ohne die Parteien darauf hinzuweisen. Jeder Kläger muß damit rechnen, daß über von ihm vorgebrachte Anspruchsgrundlagen entschieden wird, vor allem auch dann, wenn andere, speziellere Vorschriften nicht eingreifen. Dazu macht er sie geltend.

Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht in der Sache eine Verletzung der Klägerin nach § 1 UWG verneint. Indem das Gericht auf seine Feststellungen über das Fehlen einer objektiven Nachbildung im Sinne des Geschmacksmustergesetzes verwiesen hat, hat es zutreffend zum Ausdruck gebracht, daß die Beklagte durch ihre Geräte nicht über deren Herkunft täuscht und den guten Ruf der Klägerin nicht

für sich ausnutzt. Andere Gründe für einen Verstoß gegen § 1 UWG sind von der Klägerin nicht vorgetragen worden und sind auch nicht ersichtlich. Soweit die Beklagte durch das erste Modell in mattschwarz und mattsilber das Ausstattungsrecht der Klägerin gemäß § 25 WZG verletzt hat, mag es auf sich beruhen, ob darin zugleich ein Verstoß gegen § 1 UWG zu sehen ist. Denn ein diesbezüglicher Unterlassungsanspruch ist in der Hauptsache erledigt, der Rechnungslegungsanspruch ist erfüllt und ein Schadensersatzanspruch mangels Verletzungshandlung, wie oben festgestellt, nicht gegeben.

V. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die Kosten des in der Hauptsache erledigten Unterlassungsantrages in bezug auf die erste Ausführungsform der angegriffenen Trockenrasierer nicht der Klägerin auferlegen, sondern anders verteilen müssen, übersieht, daß es sich dabei um eine Entscheidung nach § 91 a ZPO handelt, die im Revisionsrechtszuge nicht nachgeprüft werden kann (BGH LM ZPO § 567 Abs. 3 Nr. 9).

VI. Die Kosten der Revision fallen gemäß § 97 ZPO der Klägerin zur Last.

Krüger-Nieland

Alff

v. Gamm

Schwerdtfeger

Rebitzki