

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 60/82

URTEIL

Verkündet am

20. Juni 1984
Roth

Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Firma Werner G. Rathausstraße 52, Wilster,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

gegen

Carl M. GmbH & Co. KG, S.straße 14 - 22, Bad Z.,
gesetzlich vertreten durch ihre persönlich haftende Gesell-
schafterin, die Firma R. B.-GmbH, diese ver-
treten durch ihre Geschäftsführer, Herren Kurt R. und
Christian R.,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat
auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juni 1984 durch
den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die
Richter Dr. Merkel, Dr. Piper, Dr. Teplitzky und
Dr. Mees

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts
Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 25. März 1982
aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung - auch über die Kosten der Revision -
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

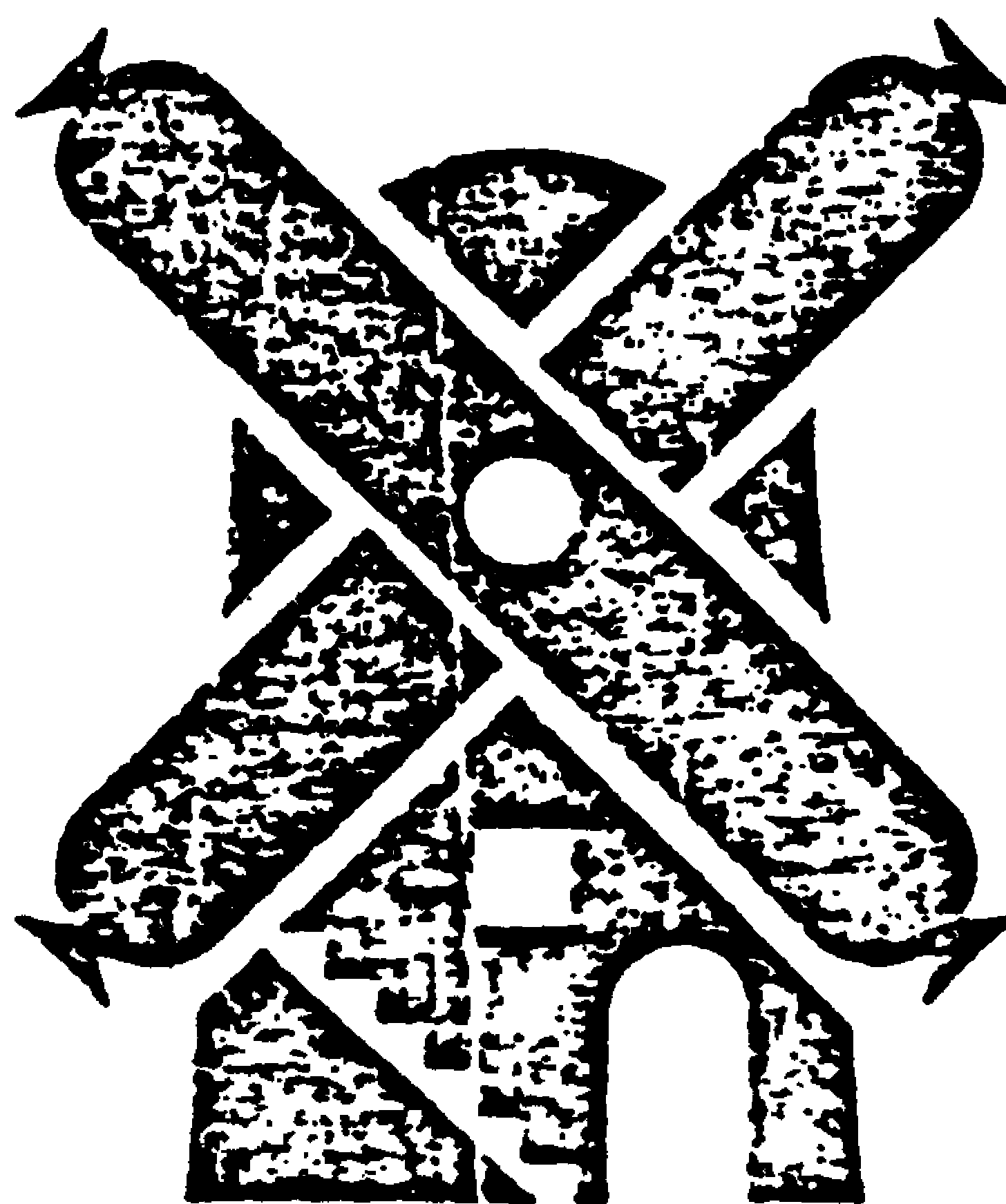
Die Parteien sind Hersteller von Fleisch- und Wurstwaren.

Für die Klägerin sind für diese Waren die beiden folgenden
Warenzeichen in die Zeichenrolle eingetragen:

862284



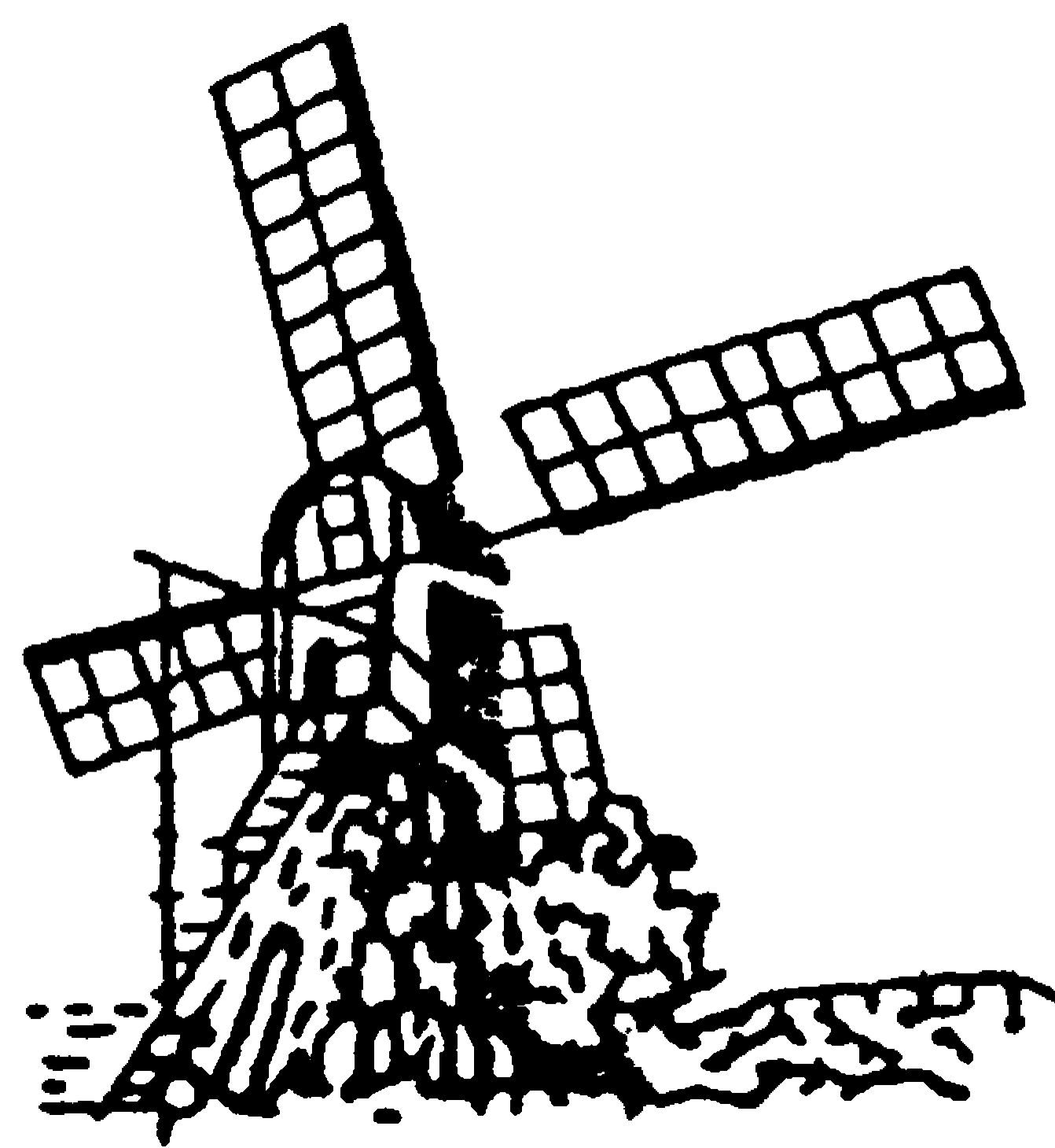
867076



- 3 -

Das erstere dieser Zeichen - Nr. 862 284 - ist am 29. August 1968 angemeldet und am 24. Oktober 1969 eingetragen worden, das zweite - Nr. 867 076 - am 13. Dezember 1968 angemeldet und am 11. März 1970 eingetragen.

Die Beklagte ist Inhaberin des am 31. Januar 1978 angemeldeten und am 6. Februar 1979 in die Warenzeichenrolle eingetragenen folgenden Bildzeichens Nr. 981 739:



Sie benutzt dieses Zeichen, das nach ihrer Behauptung die am Sitz ihrer Betriebsstätte gelegene W[REDACTED] Mühle darstellen soll, zur Kennzeichnung einer von ihr hergestellten und vertriebenen Mettwurst.

Die Klägerin greift das Zeichen der Beklagten als verwechslungsfähig mit ihren beiden dargestellten Zeichen an. Sie hat vorgetragen, daß das Warenzeichen 867 076 für ihr gesamtes Sortiment verwendet werde; alle Waren seien in einer dem Zeichen 862 284 gleichen Gestaltung - nur mit jeweils unterschiedlichen Produktbezeichnungen und Farbgebungen - mit dem Mühlenzeichen versehen. Dadurch sei - in Anbetracht ihres hohen Jahresumsatzes und dem somit gegebenen großen Benutzungsumfang - eine erhöhte Verkehrsgeltung für das Zeichen eingetreten.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte - hinsichtlich des Antrags 2 unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel - zu verurteilen,

1. durch Erklärung gegenüber dem Deutschen Patentamt in die Löschung ihres Warenzeichens 981 739 einzuwilligen;

2. es zu unterlassen,

geräucherte Mettwurst unter der Darstellung des Warenzeichens Zeichen-Nr. 981 739 anzubieten, feilzuhalten und/oder zu vertreiben.

Die Beklagte hat die Verwechslungsfähigkeit der Zeichen sowie eine Benutzung des Zeichens 867 076 durch die Klägerin bestritten. In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht hat sie erklärt, daß sie die "Einrede der mangelnden Benutzung" fallenlasse.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Im Berufungsverfahren hat die Beklagte sich wieder auf die Lösungsreife des Zeichens 867 076 berufen, und zwar mit der Behauptung, daß das Zeichen ab Einführung des Benutzungszwanges über 5 Jahre lang nicht benutzt worden sei. Die Klägerin habe in der fraglichen Zeit dieses Zeichen stets nur in der dem Zeichen 862 284 entsprechenden wappenartigen Emblemform benutzt; dies sei keine Benutzung des Bildzeichens 867 076 mit der isoliert stehenden Mühle.

Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hat den Löschungs- und den Unterlassungsantrag für begründet gehalten.

1. Es hat die Löschungsreife des Klagezeichens 867 076 mit der Begründung verneint, daß das Zeichen zwar nicht - wie in der Warenzeichenrolle eingetragen - in der Form einer stilisierten Mühle ohne wappenartige Umrandung benutzt werde, daß aber seine Verwendung in einer dem Warenzeichen Nr. 862 284 bis auf die geänderten Beschriftungen gleichenden Form mit emblemartiger Umrandung als eine für die Rechtsbeständigkeit des Zeichens ausreichende Benutzung anzusehen sei.

2. Dies wird von der Revision mit Erfolg angegriffen.

a) Allerdings liegt - entgegen der Meinung der Klägerin in der Revisionserwiderung - kein Rechtsfehler darin, daß das Berufungsgericht die Frage der Benutzung des Zeichens 867 076 als streitig angesehen hat. Es konnte nämlich in der Erklärung der Beklagten vor dem Landgericht, sie lasse die Einrede der mangelnden Benutzung fallen, weder ein Geständnis i. S. des § 288 Abs. 1 ZPO noch ein wirksames Nichtbestreiten i. S. des § 138 ZPO sehen; denn als Tatsache, die unstreitig gestellt werden konnte, hatte

die Klägerin bis dahin selbst ausschließlich die Benutzung des Zeichens in der emblemartigen Umrandung, nicht auch in isolierter, der Eintragung in die Warenzeichenrolle selbst ganz entsprechender Form vorgetragen. Ob aber in dieser Form eine Benutzung i. S. des § 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG gesehen werden kann, ist weitgehend eine Frage der rechtlichen Beurteilung, die sich dem Zugeständnis einer Partei entzieht.

b) Das Berufungsgericht hat angenommen, daß es für die Frage, ob eine abgewandelte Benutzungsform als Benutzung eines eingetragenen Warenzeichens anerkannt werden kann, darauf ankommt, ob der Verkehr Eintragung und Benutzungsform als ein- und dasselbe Zeichen ansieht. Das ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Denn hier liegt nicht ein Fall der Abwandlung eines Warenzeichens i. S. des Senatsurteils vom 4. Juli 1980 - I ZR 56/78 (= GRUR 1981, 53, 54 f - Arthrexforte) vor, bei dem sich die Frage der Verkehrsanschauung erst dann stellt, wenn die Abwandlung eine (objektiv) bestimmungsgemäße und verkehrsübliche oder durch den praktischen Gebrauch gebotene Art der Benutzung ist. Vielmehr geht es hier ebenso wie in dem vom Bundesgerichtshof (Arthrexforte aaO S. 55) erörterten Fall des Beschlusses vom 13. Juli 1979 (I ZB 25/77 = GRUR 1979, 856 = WRP 1979, 786 - Flexiole) um eine unveränderte Verwendung der eingetragenen Zeichenform, jedoch zusammen mit nicht eingetragenen Zusätzen. Für diese Fälle kommt es darauf an, wie der Verkehr die Kombination auffaßt, insbesondere ob er die beigelegten Teile als zeichenmäßig bedeutungslose austauschbare Zutat oder als ein den Gesamteindruck wesentlich mitprägendes Element ansieht (BGH-Flexiole aaO S. 858 r.Sp.).

Das Berufungsgericht hat zu dem Gesamteindruck, den die Benutzungsform vermittelt, keine ausdrücklichen

Feststellungen getroffen, eine Eigenwirkung des Gesamteindrucks jedoch ersichtlich mit der Begründung verneinen wollen, daß die wappenartige Umrandung ebenso wie die farbliche Gestaltung für den Verkehr nur ein Mittel der graphischen Darstellung, nämlich den Untergrund des Zeichens 867 076 bedeute. Mit dieser Begründung hat das Berufungsgericht jedoch die vorgetragenen Tatsachen unvollständig und teilweise erfahrungswidrig gewürdigt.

Es hat dabei nicht hinreichend beachtet, daß die allein verwendete wappenartige und - bis auf die jeweils wechselnden Warenbezeichnungen und unterschiedlichen Farben - stets gleichbleibende Emblemform dank ihrer geschlossenen und einprägsam wirkenden Gestaltung und dank der die Einheitlichkeit jeweils betonenden Farbgebung ihrerseits eine jedenfalls nicht unbeachtliche Eignung aufweist, vom Verkehr als eigenständige - in der typischen Form eines Wortbildzeichens auftretende - Herkunftskennzeichnung angesehen zu werden. Dafür könnte auch sprechen, daß die Klägerin selbst zunächst das ganze Emblem (mit dem Wortaufdruck "R  Teewurst") zur Eintragung als Wortbildzeichen in die Warenzeichenrolle angemeldet hatte und dabei ersichtlich von einer zeichenmäßigen Wirkung des Gesamteindrucks ausgegangen ist. Erst später hat die Klägerin auch die isolierte Mühle als Bildzeichen angemeldet und eintragen lassen. Auch die Tatsache, daß die Klägerin viele Jahre lang und ausschließlich die Emblemform zur Kennzeichnung ihrer Waren benutzt hat, könnte dafür sprechen, daß das Gesamtemblem zur eigenständigen Herkunftskennzeichnung geeignet ist und wegen seiner ständigen Verwendung als Einheit gegebenenfalls auch vom Verkehr in seiner Gesamtheit als herkunftskennzeichnend angesehen wird. Soweit

das Berufungsgericht demgegenüber angenommen hat, der Verkehr werde in den Gesamtgestaltungen als Zeichen die (isolierte) Mühle wiedererkennen, stößt dies schon deshalb auf Bedenken, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts dieses Zeichen dem Verkehr isoliert überhaupt noch nie begegnet war, es also zumindest zweifelhaft und näher prüfungsbedürftig ist, ob der Verkehr darin überhaupt ein eigenes, also auch außerhalb des Emblemzusammenhangs bestehendes Herkunftszeichen sieht.

3. Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Frage der Verwechslungsgefahr sind nicht frei von Rechtsfehlern.

Für die Verwechslungsfähigkeit des Warenzeichens der Beklagten mit einem oder - wie das Berufungsgericht angenommen hat - beiden Klagezeichen kommt es maßgeblich auf den Gesamteindruck an, den die Zeichen im Verkehr erwecken (BGH Urt. v. 19. Juni 1951 - I ZR 77/50 = GRUR 1952, 35, 36 - Widia/Ardia; st. Rspr. und allg. Meinung), sowie darauf, ob und in welchem Umfang Übereinstimmungen des maßgeblichen Gesamteindrucks bestehen (BGH Urteile vom 27. Januar 1961 - I ZR 95/59 = GRUR 1961, 343 = WRP 1961, 226 - Meßmer Tee; 27. September 1963 - I b ZR 27/62 = GRUR 1964, 71 = WRP 1964, 60 - Personifizierte Kaffeekanne; st. Rspr. und allg. Meinung). Hierzu hat das Berufungsgericht keine hinreichenden Feststellungen getroffen.

a) Als übereinstimmende bildliche Gestaltungsmerkmale hat das Berufungsgericht festgestellt, daß die Zeichen das Bauwerk einer Mühle mit rundem Flachdach darstellen,

deren Flügel das Dach überragen. Darüber hinaus hat es zu den Bildwirkungen lediglich Feststellungen getroffen, die Unterschiede der Zeichen betreffen. Es hat dazu ausgeführt, daß in den Zeichen der Klägerin die Mühlen stilisiert und die zwei Flügel sich kreuzende Würste seien, während im Zeichen der Beklagten die Darstellung der Mühle naturgetreu sei und die Flügel in erheblicherem Umfang als in den Klagezeichen über das Dach der Mühle hinausgingen; außerdem seien sie auf der dem Beschauer abgewandten Seite angebracht, während sich die wurstförmigen Flügel der anderen Zeichen auf der dem Beschauer zugewandten Seite befänden. Darüber hinaus hätte das Berufungsgericht als weiteren Unterschied nennen können, daß das Mühlenzeichen der Beklagten auch durch die Darstellung eines den Mühlenkörper teilweise verdeckenden Hügels mitgeprägt wird, während die Mühle im Klagezeichen jeden Landschaftsbezug vermissen läßt. Ergänzungsbedürftig sind schließlich auch die Feststellungen des Berufungsgerichts zur Verschiedenheit der Flügelgestaltungen, die sich - wie aus den im Tatbestand wiedergegebenen Abbildungen deutlich erkennbar ist - optisch weitaus stärker und beherrschender auf den Bildeindruck auswirken, als es in den Ausführungen des Berufungsgerichts zum Ausdruck kommt.

b) Das Berufungsgericht hat es im Ergebnis weniger auf eine Ähnlichkeit der Mühlenabbildungen abgestellt als auf den Umstand, daß alle Zeichen überhaupt das Bild einer Mühle darstellen. Es hat dazu näher ausgeführt, daß der Verkehr, sobald er sich erst einmal gemerkt habe, daß für Fleischwaren das Bild einer Mühle verwandt werde, aufgrund seines hinsichtlich der Einzelheiten verwischten Erinnerungsbildes annehme, es handele sich um dasselbe Zeichen, wenn er Fleischwaren mit einem in

seinen Einzelheiten anders ausgestalteten Mühlenbild gekennzeichnet vorfinde.

Mit dieser von den Einzelheiten der Bilddarstellung abstrahierenden Erwägung stellt es das Berufungsgericht auf den übereinstimmenden Sinngehalt (Windmühle) der beiden Zeichen ab. Auch insoweit sind seine Erwägungen jedoch nicht frei von Rechtsfehlern.

aa) In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist wiederholt ausgesprochen worden, daß der Verkehr bei der Begegnung mit einem Zeichen, dem ein sehr allgemeiner Sinngehalt zugrunde liegt, im Regelfall keinen Anlaß sieht, sich den Sinngehalt als betrieblichen Herkunftshinweis zu merken (vgl. BGH Beschluß v. 8. Februar 1974 - I ZB 5/71 = GRUR 1974, 467, 468 - Sieben-Schwaben-Motiv - m.w.N.). Da der Begriff "Windmühle" weithin bekannt ist und seine Verwendung als Objekt bildlicher Darstellung und als Motiv naheliegt, hätte das Berufungsgericht näher prüfen müssen, ob allein sein Sinngehalt überhaupt zur Herkunftskennzeichnung geeignet ist. Der Hinweis auf den fehlenden Bezug zwischen ihm und Fleischwaren sowie auf die Seltenheit der Benutzung dieses Bildmotivs zur Kennzeichnung solcher Waren genügt hierfür nicht. Insbesondere durfte das Berufungsgericht für die Beurteilung einer etwaigen Kennzeichnungsschwäche die Frage der generellen Häufigkeit des Windmühlenmotivs nicht ungeprüft lassen, wobei es auch auf eingetragene unbenutzte Zeichen ankommen kann und bei diesen wie bei den benutzten Zeichen auch nicht nur auf reine Bildzeichen, sondern auch auf Wort- und Kombinationszeichen, bei denen der (Sinn-) Begriff "Windmühle" ebenfalls eine Rolle spielt.

bb) Das Berufungsgericht hat weiter nicht hinreichend berücksichtigt, daß zwischen dem Sinngehalt eines Zeichens und seiner bildlichen Gestaltung eine Wechselwirkung besteht. Das Motiv einer Darstellung wird umso weniger die für den Verkehr prägende und herkunftsbestimmende Rolle spielen, je einprägsamer, charakteristischer und individueller seine bildliche Gestaltung ist. Hier hätte schon im Hinblick auf die vom Berufungsgericht festgestellte Stilisierung der Mühle in den Klagezeichen, insbesondere die den Vordergrund beherrschenden Flügel in Form zweier Würste, näher geprüft werden müssen, ob und in welchem Umfang eine etwaige Wirkung des Motivs durch die charakteristische, das Motiv selbst verfremdende bildliche Darstellung in den Hintergrund gedrängt werden kann.

cc) Schließlich käme es dann, wenn die Prüfung einen Einfluß auch des Motivs auf die Herkunftsfunktion der Klagezeichen ergäbe, weiter auch darauf an, ob die Verwechslung nicht trotz der Gleichheit des Motivs im angegriffenen Zeichen schon deshalb ausgeschlossen sein könnte, weil in allen wesentlichen Einzelheiten Abweichungen der bildnerischen Gestaltung vorliegen (vgl. BPatGE 5, 177, 180; v. Gamm § 31 WZG Rdnr. 46). Auch dies wird das Berufungsgericht gegebenenfalls aufgrund seiner eigenen und nach den vorstehenden Ausführungen näher zu ergänzenden Feststellungen über die vielfältigen Unterschiede charakteristischer Bildmerkmale erneut und eingehender zu prüfen haben.

II. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

v. Gamm

Merkel

Piper

Teplitzky

Mees