

Beglaubigte Abschrift!

15

I. ZR 62/50

Verkündet am:

19. Dezember 1950

ges. Grunau, Justizsekretär
als Urkundsbeamt der Ge-
schäftsstelle.

Im Namen des Volkes!

In dem Rechtsstreit

der Firma Ernst L. [REDACTED] - Söhne KG., [REDACTED]-[REDACTED],
[REDACTED]str. 20,

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägerin,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
Karlsruhe -

g e g e n

die Firma Robert K. [REDACTED] KG., [REDACTED]-[REDACTED],
[REDACTED]strasse,

Klägerin, Berufungsklägerin und
Revisionsbeklagte,

- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED],
[REDACTED] -

hat der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes in Karls-
ruhe auf die mündliche Verhandlung vom 19. Dezember 1950
unter Mitwirkung des Bundesrichters Prof. Dr. Lindenmaier
als Vorsitzenden und der Bundesrichter Dr. Heidenhain,
Dr. Birnbach, Wilde und Dr. Selowsky

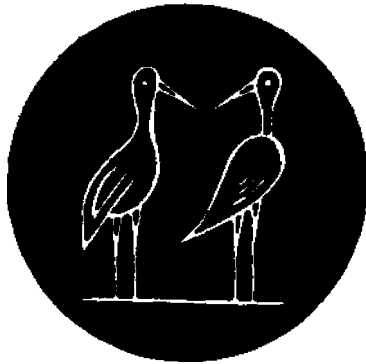
zur Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düssel-
dorf vom 25. April 1950 wird auf ihre Kosten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen.

Tatbestand:

Die Klägerin, die seit mehr als 100 Jahren besteht, stellt hochwertige Schneidwaren her, wie Taschenmesser, Haushaltsmesser, Scheren und dgl. Sie ist Inhaberin des (nebenstehend abgebildeten) Warenzeichens auf die Anmeldung vom 13. November 1893 für sie am 25. August 1897 unter der Nummer 26091 eingetragenen Warenzeichens für folgende Waren der Klasse 9 b: Taschen-, Feder- und Rasiermesser sowie Scheren.



Das Warenzeichen stellt zwei nebeneinander stehende Störche in natürlichem Aussehen dar. Der rechts befindliche Storch wendet seinen Kopf etwas zurück und berührt mit der schräg nach unten gehaltenen Schnabelspitze beinahe die ebenso gehaltene Schnabelspitze des anderen Storches. Ausserdem wurde für die Klägerin am 23. Dezember 1907 unter Nummer 296071 das Wortzeichen

"Störche" als Warenzeichen für Waren

Klasse 9 b eingetragen. Die Klägerin verwendet das ihr geschützte Bildzeichen auf den von ihr hergestellten Waren, deren Umhüllungen und auf ihren Drucksachen.

Die Beklagte stellt ebenfalls Taschenmesser her, jedoch einfacher Ausführung und billiger Preislage. Die Messer werden lose verkauft oder - auf Pappkartons zu 10 oder mehr Stück aufgeschnürt - in Warenhäusern, Einheitspreisgeschäften und Gemischtwarenhandlungen angeboten. Der weitaus grössere Teil der Messer wird exportiert. Für die Beklagte ist auf die Anmeldung vom 11. November 1937 am 19. Januar 1938 für Waren der Klasse 9 b das (umstehend abgebildete) Warenzeichen unter Nummer 499341 eingetragen worden, das wie ein Vogel aussieht, dessen Körperteile aber aus Messerklingen und Messerheften zusammengesetzt sind.



Die Beklagte verwendet dieses Zeichen nicht auf den Waren selbst, sondern auf den vorerwähnten Kartons, auf Umhüllungen und Verpackungen. Die Klägerin erblickt hierin eine Verletzung ihrer vorgenannten Warenzeichen sowie des ihr ^{-wie sie behauptet-} durch langjährige umfangreiche Benutzung des Zeichens erwachsenen Ausstattungsschutzes. Sie

hat mit dem Antrage geklagt, die Beklagte zu verurteilen,

- 1) es bei Vermeidung von vom Gericht festzusetzenden Geld- oder Haftstrafen für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen, Verpackungen, Prospekte, sonstige Drucksachen und Aufmachungen für Waren der Klasse 9b, nämlich Messerschneidewaren, insbesondere Taschenmesser und Haushaltsmesser, mit einem Bildzeichen, darstellend einen auf einem Bein stehenden Storch mit aufgeklapptem Schnabel, wie dies die Beklagte bei ihren "Elosi-Reklamen" verwendet, zu versehen, und diese feilzuhalten oder in den Verkehr zu bringen,
- 2) in die Löschung des unter Nr. 41 in der Klasse 9 b der Warenzeichenrolle des Reichspatentamts für Messerschneidewaren eingetragenen Warenzeichens zu willigen,
- 3) der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, in welchem Umfang sie die Zuwiderhandlung zu 1) durch Verwendung des vorgenannten Bildzeichens auf Verpackungen, Prospekten, sonstigen Drucksachen und Aufmachungen begangen hat,
- 4) die in ihrem Besitz befindlichen, mit dem unter 1) beschriebenen Bildzeichen versehenen Verpackungen, Prospekte, Drucksachen und sonstigen Aufmachungen für Messerschneidewaren, insbesondere Taschenmesser und Haushaltsmesser, zu beseitigen, und wenn ihr dies nicht möglich ist, zur Vernichtung dem zuständigen Gerichtsvollzieher herauszugeben.

Sie hat ferner um Feststellung gebeten, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr allen Schaden zu ersetzen, der

ihr durch die in den vorstehenden Anträgen bezeichneten Verletzungshandlungen entstanden ist und in Zukunft noch entstehen wird.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Sie ist der Auffassung, dass eine Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Zeichen nicht bestehe, zumal da das Bild eines Storchs oder storchähnlichen Vogels als Warenzeichen der Klasse 9b auch für 5 andere Firmen eingetragen sei.

Die Beklagte stellt auch jedes Verschulden in Abrede. Das Zeichen sei, so trägt sie vor, ohne ihr Zutun von ihrem Patentanwalt Dr. J. [redacted] in B. [redacted] vorgeschlagen worden, dieser habe ihr mehrere Entwürfe, darunter das streitige Zeichen übersandt. Sie habe zwar zunächst der Möglichkeit gerechnet, dass ein Inhaber eines Storchzeichens ihr bei der Eintragung Schwierigkeiten bereiten könne, habe dies aber angesichts der besonderen Ausgestaltung des Zeichens und entsprechend der Beratung durch ihren Patentanwalt für unberechtigt gehalten.

Die Beklagte hat schliesslich Verwirrung angewandt und dazu vorgetragen, sie habe ihr Zeichen seit 1936 in grosser Menge auf den Aufschnittkartons angebracht (Aufstellung Bl. 19 und 74 GA). Sie habe zwar ihre Anzeigenwerbung nur in Exportzeitschriften betrieben; die Klägerin habe aber das Zeichen bestimmt gekannt, zumal da sie am gleichen Ort wie die Beklagte ansässig sei. Im Jahre 1947 habe die Beklagte auch unmittelbar mit der Klägerin auf Briefbogen mit ihrem Warenzeichen korrespondiert, als es sich darum gehandelt habe, für die Belegschaften gemeinschaftlich Kartoffeln zu beschaffen.

Die Klägerin könne daher jetzt kein Recht mehr aus ihrem Zeichen herleiten, da sonst ein wertvoller Besitzstand der Beklagten zerstört werde.

Die Klägerin hat bestritten, dass die Beklagte einen wertvollen Besitzstand an ihren Zeichen erworben habe, sowie dass sie, die Klägerin, das Zeichen der Beklagten schon früher gekannt habe. Sie habe erst auf der Exportmesse in Hannover im April 1949 festgestellt, dass die Beklagte an ihrem Ausstellungsstand das angegriffene Bildzeichen angebracht habe. Bis dahin sei sie niemals auf dieses Zeichen gestossen, obwohl sie den Markt stets genau beobachtet habe. Das Schreiben der Beklagten aus dem Jahre 1947 sei nie zur Kenntnis der Geschäftsleitung der Klägerin gelangt. Die Kartoffelbeschaffung habe damals in den Händen des Betriebsrates der Klägerin gelegen, dessen Chairman das Schreiben offenbar nach Erledigung der Angelegenheit vernichtet habe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Oberlandesgericht hat die Beklagte antragsgemäss verurteilt. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter, während die Klägerin um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

8 Rm 1951, 159

I.

Die Geltendmachung von Rechten aus einem Alt-Warenzeichen setzt voraus, dass das Warenzeichen durch fristgerechte Antragstellung beim Deutschen Patentamt aufrecht erhalten worden ist (§ 15 des Ersten Gesetzes zur Änderung und Überleitung von Vorschriften auf dem Gebiete

des gewerblichen Rechtsschutzes vom 8. Juli - GBL VerWiGeb 175 - und Erstreckungs-VO vom 24. September 1949 - BGBl S 29 -). Darüber, ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen. Nach der vom Senat eingeholten Auskunft des Deutschen Patentamtes (Dienststelle Berlin) vom 4. Dezember 1950 ist den Anträgen der Klägerin auf Aufrechterhaltung der beiden Klagezeichen stattgegeben worden. Die Berücksichtigung dieser neuen Tatsache ist in der Revisionsinstanz, ungeachtet der Vorschrift des § 561 ZPO, zulässig. Für Alt-Patente hat der Senat dies bereits im Urteil vom 21. November 1950 - I ZR 49/50 - ausgesprochen. Für Alt-Warenzeichen muss sinngemäss das gleiche gelten.

II.

1. Das Berufungsgericht hat die Verwechslungsfähigkeit der streitigen Zeichen bejaht, da auch das Zeichen der Beklagten einen Vogel mit langen Beinen, schräggestellten Rumpf, langem Hals und langem Schnabel darstelle. Es hat hierzu ausgeführt: Einen Vogel in diesen Abmessungen und Grössenverhältnissen der einzelnen Körperteile zueinander werde niemand für etwas anderes als einen Storch halten, denn ein solcher Vogel mit diesen Körperproportionen sei jedem Menschen von Jugend auf geläufig. Es gebe zwar auch andere Vögel mit langen Beinen und langem Schnabel, diese unterschieden sich aber in der Haltung des Schnabels, in der Form des Halses und in den übrigen Körperteilen durch andere Grössenverhältnisse sehr

deutlich von einem Storch. Wenn aber jedermann das Zeichen der Beklagten auf den ersten Blick für einen Storch halte, so folge daraus die Verwechslungsgefahr. Unerheblich sei, dass die Beklagte nur das Bild eines einzelnen Storches benutze, während das Klagezeichen zwei Störche darstelle. Für das Publikum sei die Anzahl der Störche nicht wesentlich, der Beschauer lasse sich im allgemeinen genug damit sein, dass er auf Werbeschriften, Umhüllungen usw. überhaupt das Zeichen des Storches vorfinde. Die Verwechslungsgefahr werde auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Klägerin Fachgeschäfte beliefe, während die Beklagte sich an eine Kundschaft wende, die billige und vereinfacht hergestellte Waren bevorzuge. Denn auch unter den Fachgeschäften werde es einige geben, die auch bescheideneren Ansprüchen der Käufer gerecht werden wollten, und es sei auch nicht ausgeschlossen, dass Kunden eines Fachgeschäftes im Warenhaus kauften. Solche Kunden könnten, wenn sie dort Waren der Beklagten mit deren Zeichen sähen, leicht auf den Gedanken kommen, sie hätten die hochwertigen Messer der Klägerin vor sich. Die Verwechslungsgefahr werde auch nicht dadurch beseitigt, dass die Beklagte ihr Zeichen nicht auf der Ware selbst, sondern nur auf den Kartons anbringe. Wenn auch den mit dem Verkauf betrauten Personen die Zeichenunterschiede geläufig sein möchten, so komme es doch auf die grosse Masse der Käufer an, welche sich die Unterschiede bei derartigen Zeichen nicht genau einprägen werde und daher die Zeichen leicht verwechseln könne.

Das Vorbringen der Beklagten, dass es sich bei dem Klagezeichen um ein sogenanntes schwaches Zeichen handle, weil im Solinger Bezirk schon vielfach Bilder von Störchen für Schneidwaren Verwendung gefunden hätten, sieht das Berufungsgericht als widerlegt an, weil sich ergeben habe, dass ein solches Zeichen von dritter Seite entweder schon lange nicht mehr benutzt werde oder dass es Sensen oder Metallwaren oder Fruchtpressen betreffe oder dass es sich in Wirklichkeit um das Bild eines Strausses handle. Den Nachweis, dass noch andere Storchzeichen für Schneidwaren in Gebrauch seien, habe die Beklagte nicht erbracht. Das Storchzeichen der Klägerin genieße ausserdem Verkehrsgeltung, denn es sei seit mehr als 50 Jahren von der Klägerin benutzt, die stets eine recht ansehnliche Zahl von Arbeitern beschäftigt sowie einen sehr umfangreichen Absatz gehabt habe.

Auf Grund dieser Darlegungen hat das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf §§ 11 Ziff 1, 24, 25, 31 WZG dem Unterlassungs- und Löschungsantrag der Klägerin stattgegeben.

2 a) Die Angriffe der Revision gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts sind nicht gerechtfertigt. Nach ständiger Rechtsprechung ist bei Prüfung der Verwechslungsfähigkeit zweier Kennzeichnungen von der Erfahrungstatsache auszugehen, dass die beiden Zeichen im Verkehr nicht nebeneinander aufzutreten pflegen. Mithin war zu untersuchen, ob das Publikum, das das Klagezeichen (Bildzeichen) in der Regel nur flüchtig betrachtet, auf Grund seiner unsicheren Erinnerung beim Anblick des ange-

angegriffenen Zeichens zu der Annahme verleitet werden könnte, dass es sich bei den unter diesem Zeichen angebotenen Waren um solche aus dem Betrieb der Klägerin handelt (RG GRUR 1933 S. 146, 568; Reimer, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht 1947, 6 Kap. Ann. 19). Für die Frage der Verwechslungsgefahr des angegriffenen Zeichens mit dem Bildzeichen der Klägerin ist daher nicht entscheidend, ob der Verkehr in dem Zeichen der Beklagten die Darstellung gerade eines Storchens sieht. Es genügt vielmehr, wenn bei einem nicht unerheblichen Teil des Publikums beim Anblick des angegriffenen Zeichens die Erinnerung an das Storchzeichen der Klägerin wachgerufen werden kann. Dass diese Gefahr besteht, weil das Zeichen der Beklagten mindestens einen storchähnlichen Vogel mit langen Beinen, langem Hals und langem Schnabel darstellt, hat das Berufungsgericht mit rechtlich einwandfreier Begründung festgestellt. Der Revision kann nicht darin gefolgt werden, dass die Entstehung des Zeichens der Beklagten aus der Darstellung eines aufgeklappten Taschennessers die Verwechslungsgefahr ausschliesse. Kann es schon zweifelhaft sein, ob dem Zeichen der Beklagten, wie die Beklagte meint, für jeden erkennbar das Bild des aufgeklappten Taschennessers zu Grunde liegt - bei einigen der dem Gericht vorliegenden Ausführungen des angegriffenen Zeichens ist diese Annahme ^{durchaus} nicht naheliegend, so würde doch dieser Umstand dem Bestehen einer Verwechslungsgefahr dann nicht entgegenstehen, wenn das Zeichen zugleich so ausgestaltet ist, dass es im Verkehr an einen Storch erinnert. Das ist aber hier der Fall.

Mit Recht hat das Berufungsgericht auch für unerheblich erachtet, dass die Beklagte den storchähnlichen Vogel als Einzelfigur verwendet, während das Bildzeichen der Klägerin zwei Störche darstellt. Denn kennzeichnend für das Klagezeichen ist nicht die Art der Darstellung des Nebeneinanders der zwei Störche, sondern die Tatsache, dass es sich überhaupt um Störche handelt. Die beiden Störche haben zwar eine bestimmte Haltung zueinander, diese ist aber für den Gesamteindruck des Zeichens nicht in solchem Masse beherrschend, dass gerade sie in der Erinnerung des Beschauers haften bleiben wird. Ohne Rechtsirrtum konnte daher das Berufungsgericht davon ausgehen, dass im Verkehr in der Regel nur das Bild von Störchen schlecht im Gedächtnis behalten wird. Wer sich aber gleichwohl gerade an die Darstellung des Doppelstorches der Klägerin erinnern sollte, kann beim Anblick des Einzelstorches der Beklagten leicht zu der Auffassung kommen, dass es sich hierbei nur um eine Abwandlung des Storchzeichens der Klägerin handelt.

Der Revision kann auch nicht darin zugestimmt werden, dass das Klagezeichen gerade deshalb als sogenanntes schwaches Zeichen anzusehen sei, weil der Storch ein jedermann bekannter Vogel sei. In der Rechtsprechung ist allerdings angenommen worden, dass die Unterscheidungskraft von Zeichen "Motiv" für gleichartige oder nahe verwandte Warengebiete von einer ganzen Reihe von Gewerbetreibenden in immer neuer Abwandlung benutzt werde, durch das Nebeneinanderbestehen dieser verschiedenen Zeichen geschwächt

werden könne (RG MuW XXII, 109 /Stern/; MuW XXVI, 254 /Zahnrad/; JW 1930 S 1679 /Stern-Sternteppich/; MuW XXXI, 375 /Pferdemotiv/; GRUR 1933, 145 /Sonne/; GRUR 1936, 961, 965 /Biene/). Einer grundsätzlichen Auseinandersetzung mit der im Schrifttum, insbesondere von Reimer (a.a.O. 6.Kap. Anm. 24-26, 14. Kap. Anm. 1-9), gegen die Verwendung des Begriffes des "schwachen Zeichens" geltend gemachten Bedenken bedarf es hier nicht. Denn Voraussetzung ist nach dieser Rechtsprechung mindestens, dass solche Zeichen auf dem fraglichen Gebiet tatsächlich in einer Weise benutzt worden sind, dass sich das breite Publikum an das Nebeneinander verschiedener Zeichen, denen das gleiche Bildmotiv zu Grunde liegt, gewöhnt hat. Dass solche Umstände hier nicht vorliegen, hat das Berufungsgericht unanfechtbar festgestellt, da die von der Beklagten entgegengehaltenen fünf Vogeldarstellungen, soweit sie überhaupt benutzt werden, nur auf anderen Warengeländen in Gebrauch sind. Der Umstand allein, dass der Storch ein jedermann bekannter Vogel ist, dass also die Bedeutung des Bildes jedermann sofort erkennbar ist, kann der Kennzeichnungskraft des Klagezeichens nicht entgegengehalten werden. Wenn das Reichsgericht in RGZ Bd 98 S 225 für die Darstellung der ehemaligen Deutschen Kaiserkrone einen abweichenden Standpunkt vertreten hat, so rechtfertigt sich dies - ebenso wie im Falle der Darstellung des Lübecker Holstentores (RG GRUR 1939 S 919, 923) - aus dem Umstand, dass die besondere Einzelausführung der Deutschen Kaiserkrone im Gegensatz zu sonstigen Kronen sowie die besondere bau-

liche Ausgestaltung des Holstentores gegenüber anderen ähnlichen Bauwerken dem Verkehr besonders vertraut und deshalb dem Publikum eine bestimmte Erinnerung an dieser individuellen Ausgestaltung vermittelt, der gegenüber über schon geringere Abweichungen die Verwechslungsgefahr auszuschliessen vermögen. Hier handelt es sich um die gewöhnliche Darstellung eines Storches, die nach ihrem Gesamteindruck dem Betrachter nur die allgemeine Vorstellung eines Storches gibt.

b) Für das Wortzeichen der Klägerin ("Störche") hat das Berufungsgericht die Verwechslungsgefahr ebenfalls nach irrtumsfrei bejaht. Nach § 31 WZG kann ein Wortzeichen auch durch eine bildliche Darstellung verletzt werden (vergl. Reimer a.a.O. 1947, 6. Kap. Anm. 8). Entscheidend muss auch hier sein, ob die Gefahr besteht, dass der Verkehr beim Anblick des Bildzeichens der Beklagten an das Wort "Störche" erinnert wird. Da das angegriffene Zeichen, wie dargelegt, mindestens einen storchähnlichen Vogel darstellt, kommt in beiden Zeichen derselbe Sinn zum Ausdruck. Die Annahme des Berufungsgerichts, dass dies zu Verwechslungen führen kann, ist daher aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

3. Das Berufungsgericht hat die Verurteilung der Beklagten unter Bezugnahme auf § 25 WZG auch auf den der Klägerin an ihrem Bildzeichen zustehenden Ausstattungsrechtsschutz gegründet. Aus den vom Berufungsgericht angeführten tatsächlichen Umständen in Verbindung mit der Einlassung der Beklagten, die das Klagezeichen ein "wertvolles"

und "gut eingeführtes" Zeichen genannt hat, konnte das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei schliessen, dass sich dieses Zeichen innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Hinweis auf die Klägerin durchgesetzt hat. Hiergegen wendet sich offenbar auch die Revision nicht. Sie bemängelt aber, dass das Berufungsgericht dem Klagezeichen ohne Beweiserhebung eine "besonders starke Verkehrsgeltung" zuerkannt und unter diesem Gesichtspunkt die Frage der Verwechslungsgefahr zu Ungunsten der Beklagten entschieden habe. Hiervon ist soviel richtig, dass für die Annahme, das Storchzeichen geniesse wegen seiner "Einmaligkeit" und "überragenden Stellung" (RGZ Bd 170 S 137 [151 ff] Bayerkreuz) einen weitergehenden Schutz, die tatsächlichen Unterlagen nicht ausreichen. Von einer solchen Annahme geht aber das Berufungsgericht auch nicht aus. Seine Ausführungen sind vielmehr dahin zu versetzen, dass es mit dem Hinweis auf die Verkehrsgeltung des Klagezeichens lediglich der Auffassung der Beklagten entgegentritt, wonach das Klagezeichen als ein angeblich vielfach benutztes Zeichen nur als sogenanntes schwaches Zeichen anzusehen sei. Damit befindet sich das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Dieses verlangt zwar in Zeichenstreitigkeiten zunächst die Prüfung, ob das Klagezeichen nach seiner allgemeinen Wirksamkeit etwa nur eine geringe Bedeutung hat (Z.B. RG JW 1930 S 1679 [Stern-Sternteppich]), hält es aber für durchaus möglich, dass auch ein Zeichen geringerer Bedeutung infolge Erlangung einer Verkehrsgeltung sich zu einem Zeichen stärkerer Kennzeichnungskraft entwickelt (RG aaO; GRUR 1931 S 531 [Weltkrepp]). In-

dessen bedarf es keines weiteren Eingehens auf die Frage, welcher Grad von Kennzeichnungskraft erforderlich ist, um andere Gewerbetreibende zur Einhaltung eines grösseren Abstandes von dem Klagezeichen für verpflichtet zu halten. Denn im vorliegenden Falle ist jedenfalls die Anerkennung der normalen Verkehrsgeltung nicht zu beanstanden. Da das Berufungsgericht auch die Verwackelungsgefahr, wie schon bei der Prüfung des warenzeichenmässigen Schutzes dargelegt ist, ohne rechtlichen Verstoß bejaht hat, ist die Annahme der Verletzung des Ausstattungsschutzes der Klägerin nicht zu beanstanden.

4. Fehl geht auch die Revisionsrüge, das Berufungsgericht habe das Vorbringen der Beklagten, dass als Teilnehmer der Beklagten nur Händler in Frage kämen und diese wesentlich genauer und achtsamer zu untersuchen pflegten, überhaupt nicht gewürdigt und daher die §§ 551 Ziff 7, 286 ZPO verletzt. Der absolute Revisionsgrund des § 551 Ziff 7 ZPO greift Platz, wenn das Urteil entweder überhaupt keine Entscheidungsgründe enthält oder wenn in den Gründen auf ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht eingegangen ist, es sei denn, dass das übergangene Verteidigungsmittel nicht zu dem von der Revision erstrebten Erfolg führen kann (RGZ Bd 120 S 400, 404; DR 1943 S 455; RGZ Bd 156 S 115 [119]). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Es kann auf sich beruhen, ob das in Rede stehende Vorbringen überhaupt als ein selbständiger Einwand der Beklagten anzusehen ist, oder ob es nicht nur die Geltend-

machung eines tatsächlichen Umstandes darstellt, aus dem die Beklagte für ihren das Vorliegen der Verwechslungsgefahr leugnenden Standpunkt gewisse Schlüsse ziehen will. Denn das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen der Beklagten in Wirklichkeit - mindestens in seinem Kernpunkt - gewürdigt. Das Berufungsgericht hat nämlich ausgeführt (S 6 des Urteils), dass zwar den mit dem Verkauf betrauten Personen die Zeichenunterschiede geläufig seien, dass es aber auf die grosse Masse der Käufer ankomme. Es ist dabei, wie auch aus S 5 unten des Urteils hervorgeht, ersichtlich davon ausgegangen, dass das Publikum in Warenhäusern und ähnlichen Geschäften das Zeichen der Beklagten sieht, weil es auf den Kartons angebracht ist. Dass aber die Ware nicht nur lose, sondern auch auf den Kartons dem letzten Verbraucher angeboten wird, ist in den Tatbestand des angefochtenen Urteils als unstreitige Tatsache aufgenommen. In dem von der Revision erwähnten Schriftsatz vom 2. August 1949 (Bl 15 GA) hat die Beklagte nur vorgetragen, dass ihr Warenzeichen nicht "in die Hand" des letzten Verbrauchers komme, weil es nicht auf den einzelnen Taschenmesser, sondern nur auf den Kartons angebracht sei. Dagegen ist die Behauptung der Revision, dass der letzte Verbraucher das Warenzeichen überhaupt nicht zu Gesicht bekomme, von der Beklagten in diesem Schriftsatz nicht aufgestellt worden. Das Berufungsgericht hat hiernach das in Rede stehende Vorbringen der Beklagten berücksichtigt. Seine Würdigung ist auch rechtlich nicht zu beanstanden, da es für die Verwechslungsgefahr auf den Standpunkt des letzten Verbrauchers ankommt (RG GRUR 1937 S 704 f).

III.

Den Verwirkungseinwand der Beklagten hat das Berufungsgericht für unbegründet erachtet. Es hat erwogen, dass von der Zeit seit der Eintragung des Zeichens der Beklagten (1938) bis zur Klageerhebung (Mitte 1949) die Kriegs- und Nachkriegsjahre bis zur Währungsreform unbeachtet bleiben müssten, weil insoweit keine normalen wirtschaftlichen Verhältnisse bestanden hätten. Die verbleibenden Zeiträume von etwa 1 1/2 Jahren vor dem Kriege und etwa 1 Jahr nach Beginn des normalen wirtschaftlichen Verkehrs seien zu kurz, als dass aus ihnen der Verwirkungseinwand hergeleitet werden könne. Es sei auch unerheblich, ob die Klägerin im Jahre 1947 im Zusammenhang mit der Kartoffelbeschaffung für die Belegschaft einen oder mehrere Briefe mit dem Warenzeichen der Beklagten erhalten habe, da die Briefe keinen auf die Fabrikation oder den Handel mit Messern bezüglichen Inhalt gehabt hätten. Es sei daher sehr wohl möglich, dass der Klägerin, falls sie die Briefe erhalten habe, das Warenzeichen der Beklagten entgangen sei.

Der Revision ist zuzugeben, dass diese Darlegungen nicht ausreichen, um den Verwirkungseinwand zu entkräften. Gleichwohl erweist sich die Auffassung des Berufungsgerichts im Ergebnis als zutreffend. Nach der neueren Entwicklung der Rechtsprechung bedeutet die Verwirkung nichts anderes als die Ablehnung einer verspäteten Rechtsverfolgung als wider Treu und Glauben verstossend (RG GRUR 1937 S 461, 464 [Osram]; 1942

S 560 /Polar/; 1948 S 292 /Vauka/; OLG Frankfurt GRUR 1948 S 302 /Wila/). Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hatte im Laufe der Jahre die Anforderungen, unter denen der Verwirkungseinwand Erfolg haben konnte, allmählich immer mehr herabgesetzt. So wurde es insbesondere für ausreichend angesehen, wenn - ohne Rücksicht auf die tatsächliche Kenntnis des Verletzten von den Verletzungshandlungen des anderen Teiles - der Verletzer nach den Umständen, namentlich nach der Art und dem Umfang seiner Werbung und des Gebrauchs seines Zeichens, annehmen durfte, dass Dritte sich hierdurch nicht verletzt fühlten (RG GRUR 1948 S 291 /Eibumin/), und es ist ferner nicht mehr verlangt worden, dass der Verletzer für sein Zeichen eine Verkehrsgeltung im Sinne des § 25 WZG erworben habe, vielmehr sollte es - mindestens für den Fall, dass dem Verletzer ebenfalls ein eingetragenes Warenzeichen zur Seite stand (weitergehend RG GRUR 1943 S 346/8 /Goldsonne/) - genügen, wenn er einen schutzwürdigen Besitzstand erworben hatte (RG GRUR 1942 S 560 /Polar/ = DR 1942 S 1705; GRUR 1942 S 266 /Nivea/; RGZ Bd 171 S 159, 162 /Standard/).

Diese Rechtsprechung hat im Schrifttum vielfachen Widerspruch gefunden (Reimer a.a.O., 108. Kap. Anm. 6, Droste GRUR 1950 S 560 ff.). Indessen bedarf es hier keiner Entscheidung, ob den in den genannten Urteilen herausgestellten Grundsätzen uneingeschränkt zugestimmt werden kann, da auch vom Standpunkt dieser Rechtsprechung aus der Verwirkungseinwand der Beklagten nicht durchgreifen kann.

Denn das Reichsgericht hat niemals den Ausgangspunkt der ganzen Verwirkungslehre verlassen, dass nämlich nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte die verspätete Geltendmachung des Zeichenrechts dem Verletzer nicht dürfte zugemutet werden können. Bei Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben kann aber vorliegend der Klägerin die Verfolgung ihrer Zeichenrechte selbst dann nicht versagt werden, wenn zu Gunsten der Beklagten unterstellt wird, dass sie einen wertvollen Besitzstand erlangt hat. Denn die Beklagte hat, wie aus ihren Schreiben an Patentanwalt Dr. Joseph vom 6. und 10. September 1937 eindeutig hervorgeht, ohne weiteres angenommen, dass die Klägerin ihrem neuen Zeichen widersprechen würde, sobald sie davon Kenntnis erlange. Wenn sie unter diesen Umständen das Zeichen in Benutzung nahm, tat sie es auf eigene Gefahr und sie kann sich nicht etwa darauf berufen, dass die spätere Entwicklung sie zu der Annahme habe berechtigen können, die Klägerin sei mit der Benutzung einverstanden. Denn die Beklagte hat nach ihrem eigenen Vortrag für ihr Zeichen nur in Exportzeitschriften geworben. Sie hat ferner den weitaus grössten Teil der Messer ins Ausland verkauft, und zwar auch während des Krieges, denn sie hat, wie sie vorträgt, noch bis 1944 nach Rumänien und bis Anfang 1945 in die skandinavischen Länder geliefert. Sie hat schliesslich nicht die Messer selbst mit ihrem Zeichen versehen, sondern nur die Kartons und die sonsti-

ge Verpackung der Ware. Schön im Hinblick auf die Beschränkung ihrer Werbung auf das Ausland musste sie damit rechnen, dass die Benutzung ihres Zeichens der Klägerin entgehen würde. Sie musste sich aber auch sagen, dass in der Kriegszeit, in der alle Unternehmen in ihren nicht kriegswichtigen Fertigungszweigen sachlich^{und} personell mit dem Notwendigsten auszukommen gezwungen und alle Kräfte ~~mit~~^{und} Bemühungen von den Kriegsgegebenheiten aufs Äusserste in Anspruch genommen waren, die Klägerin die Marktbcobachtung und Zeichenüberwachung nicht so sorgfältig vornehmen würde und könnte, wie dies in Friedenszeiten verkehrsüblich war und als verkehrssorgfältig erfordert werden konnte. Das gleiche gilt für die Nachkriegszeit, in der die Zeicheninhaber durch die allgemeine Verwirrung der staatsrechtlichen, wirtschaftlichen und Verkehrsverhältnisse und z.T. auch durch den Mangel an geschultem Personal vielfach gehindert waren, ihre Zeichenrechte ordnungsgemäss wahrzunehmen (vgl. OLG Frankfurt GRUR 1948 S. 302, OLG Stuttgart NJW 1949 S 470 mit Anm. von Alexander-Katz). Es kann auch nicht darauf ankommen, ob die Klägerin im Herbst 1947 von der Beklagten einen mit ihrem Zeichen versehenen Geschäftsbrief erhalten hat. Denn nach dem Inhalt dieses Briefes, der eine gemeinschaftliche Kartoffellieferung für die Belegschaften der beiden Unternehmen betraf, mit dem eigentlichen Geschäftsbetrieb der Parteien also nichts zu tun hatte, konnte sich die Beklagte nach Treu und Glauben nicht

darauf verlassen, dass nunmehr die zuständigen Fachkräfte der Klägerin von der Benutzung des Zeichens der Beklagten Kenntnis erhalten und diese geduldet hätten.

Hinzu kommt schliesslich, dass die Werbewirkung des nur auf den Kartons angebrachten Zeichens verhältnismässig gering ist und dass die Zahl dieser Kartons nach der Behauptung der Beklagten im Jahre 1938 nur 5 896 Stück und im Jahre 1939 20 975 Stück betragen hat. Bis zum Beginn des Krieges kann danach von dem Erwerb eines wertvollen Besitzstandes, der den Verwirkungseinwand rechtfertigen könnte, noch keine Rede sein. Im Jahre 1940 fand eine Steigerung des Umsatzes der Kartons auf 39 262 Stück statt, während von 1941 ab bis Kriegsende eine ständige Verminderung der Umsätze eintrat, nämlich:

1941	auf	21 030 Stück,
1942	"	9 252 " ,
1943	"	5 000 " ,
1944	"	492 " ,

In der zweiten Hälfte des Jahres 1945 begann die Beklagte ihre Produktion wieder mit etwas höheren Umsätzen, die sich bis 1948 allmählich steigerten, die Zahlen der ersten Kriegsjahre aber auch dann noch nicht erreichten. Bei solcher Sachlage kann nicht davon gesprochen werden, dass die verspätete Rechtsverfolgung durch die Klägerin der Beklagten nicht mehr zugemutet werden dürfe.

IV.

Das Berufungsgericht hat die Beklagte auch für schadensersatzpflichtig gehalten, da ihr eine schuldhaft Verletzung der Klagezeichen zur Last zu legen sei.

Dem Umstand, dass das Zeichen der Beklagten vom Reichspatentamt ohne Benachrichtigung der Klägerin eingetragen worden ist, hat das Berufungsgericht für die Verschuldensfrage keine entscheidende Bedeutung beigemessen, da es sehr wohl möglich sei, dass sich die Prüfung des Reichspatentamtes auf die Klagezeichen gar nicht erstreckt habe. Eine Entlastung der Beklagten hat es auch nicht darin erblickt, dass der Patentanwalt Dr. Joseph in Berlin der Beklagten zur Eintragung des Zeichens geraten hatte, weil die Beklagte nichts dafür dargetan habe, dass sie den Patentanwalt über die Warzeichen der Klägerin und ihre Bedeutung unterrichtet habe. Diese Ausführungen sind rechtlich nicht zu beanstanden. Entscheidend ist, dass die Beklagte selbst, wie aus ihrer Korrespondenz mit Patentanwalt Dr. Joseph (Bl. 48 GA) hervorgeht, mit Einsprüchen von Firmen gerechnet hat, für die ein Storchzeichen eingetragen ist. Die Beklagte wusste als ortsansässiges Unternehmen auch besser als ihr in Berlin wohnender Patentanwalt, dass die Klägerin ein alteingeführtes und wertvolles Storchzeichen für Schneidwaren besass. Unter diesen Umständen durfte sie sich auch nicht darauf verlassen, dass ihre Anmeldung zur Eintragung des Zeichens geführt hatte. Sie handelte vielmehr mindestens fahrlässig, wenn sie dieses in Benutzung nahm, ohne sich zuvor mit der Klägerin in Verbindung zu setzen.

Die Revision der Beklagten erweist sich hiernach
als ungerechtfertigt. Sie war mit der Kostenfolge nach
§ 97 ZPO zurückzuverweisen.

gez. Lindenmaier gez. Heidenhain gez. Wilde
gez. Dr. Eirnbach gez. Dr. Selowsky



Beglaubigt

J. J. J.
Justizsekretär

als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
des Bundesgerichtshofs