

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

WZG §§ 16, 31, 24

O l d t i m e r

- a) Zur Frage des zeichenmäßigen Gebrauchs der Darstellung eines altertümlichen Autos auf Warenverpackungen und Warenetiketten.
- b) Verwechslungsgefahr zwischen Wortzeichen "Oldtimer" und einer bestimmten Darstellung eines altertümlichen Autos.
- c) Keine allgemeine Überwachungspflicht im Hinblick auf neu auftretende Gegenzeichen für denjenigen, der - ohne Erlangung eines eigenen Kennzeichnungsrechts - eine Warenkennzeichnung zeichenrechtlich einwandfrei in Benutzung genommen hat.

BGH, Urt. v. 26. Februar 1971 - I ZR 67/69 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 67/69

URTEIL

Verkündet am
26. Februar 1971
Z u g ,
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma A. [REDACTED] Cosmetics Gesellschaft mit beschränkter Haftung, gesetzlich vertreten durch ihren Geschäftsführer, Generaldirektor Peter K. S. [REDACTED], M. [REDACTED], T. [REDACTED]-straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma J. G. M. [REDACTED] & Co., Das Haus der Postkutsche, gesetzlich vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter, die M. [REDACTED]-Verwaltungsgesellschaft mbH, F. [REDACTED] (M. [REDACTED]), M. [REDACTED]-Straße [REDACTED] - [REDACTED], diese vertreten durch Dr. Walter B. [REDACTED], B. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Februar 1971 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Dr. Sprenkmann, Dr. Merkel, Dr. Schönberg und Dr. Frhr. v. Gamm

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 25. April 1969 im Kostenauspruch und insoweit aufgehoben, als es die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der 4. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 6. Juni 1968 nach dessen Ziff. I, 2, a und Ziff. II, soweit diese auf Ziff. I, 1 dieses Urteils Bezug nimmt, zurückgewiesen hat. In diesem Umfang wird der Rechtsstreit an das Berufungsgericht, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird, zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Parteien befassen sich mit der Herstellung und dem Vertrieb von kosmetischen Erzeugnissen.

Die Klägerin, die ihre Erzeugnisse über den ortsansässigen Einzelhandel vertreibt, ist Inhaberin zahlreicher Warenzeichen, u.a. des Wortzeichens Nr. 803 190 "Oldtimer", das am 9. Juni 1964 angemeldet und am 20. April 1965 u.a. für Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Seifen (aus englisch sprechenden Ländern oder für den Export bestimmt), Parfümerien und ätherische Öle eingetragen ist. Dieses Warenzeichen wird seit Sommer 1968 in geringem Umfang zur Kennzeichnung von Seifen verwendet.

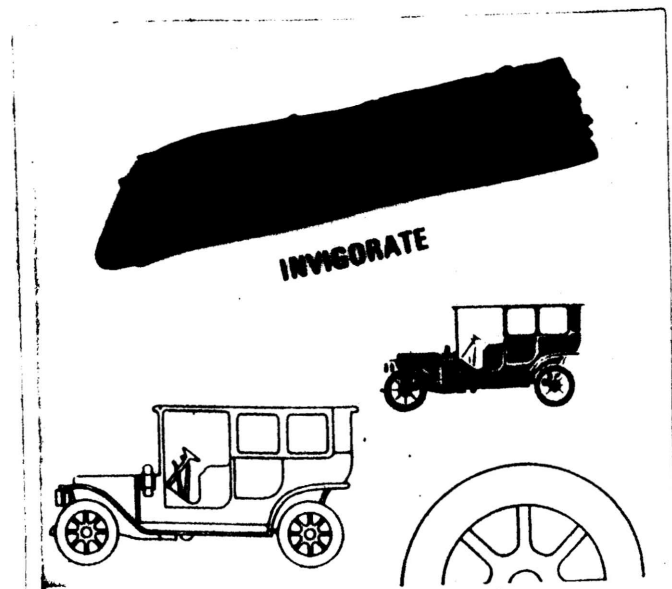
Die Beklagte vertreibt ihre Körperpflegemittel mit Hilfe ihrer "A-~~BERATER~~-Beraterinnen", die die Kunden zu Hause aufsuchen und auf Grund von Mustern und Katalogen Bestellungen entgegennehmen. Bei einigen ihrer Herrenkosmetikartikel hat sie die Verpackungskartons, die Flaschenetiketts, die Behälter und Tuben mit der Darstellung eines altertümlichen Autos versehen, wobei das Fahrzeug teils nur einmal teils aber auch mehrfach erscheint.

Die Klägerin sieht durch die Verwendung der Darstellung des altertümlichen Autos ihre Warenzeichenrechte verletzt. Ferner hat sie sich, gestützt auf ihr weiteres Wortzeichen Nr. 636 072 "Posthorn", gegen die zeitweilige Benutzung der Abbildung eines Signalhorns durch die Beklagte gewandt.

Die Klägerin hat beantragt,

I. die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Meidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbegrenzter Höhe oder Haftstrafe bis zu sechs Monaten zu unterlassen, Körperpflegemittel oder ihre Verpackung oder Umhüllung warenzeichenmäßig mit einer oder mehreren Darstellungen altertümlicher Automobile (sogenannter "Oldtimer") zu versehen, die so bezeichneten Waren in Verkehr zu setzen sowie diese Darstellungen auf Ankündigungen, insbesondere Katalogen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen anzubringen, insbesondere, wenn dies in der nachstehenden Form geschieht:



2. der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen,
in welchem Umfange die Beklagte

- a) die im Klageantrag I 1 bezeichneten
Handlungen begangen hat,
- b) Körperpflegemittel in einer Verpackung
in Verkehr gesetzt oder feilgehalten hat,
die mit der Darstellung eines Signalhorns
versehen waren,

und zwar für beide Handlungen unter Angabe
der Liefermengen, -preise und -zeiten sowie
unter Angabe der Art und des Umfanges der
von der Beklagten betriebenen Werbung, wobei
alle Angaben nach Bundesländern und Viertel-
jahren aufzuschlüsseln sind;

II. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet
ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen.
der dieser durch die in den Klageanträgen zu
I 1 und I 2 b bezeichneten Handlungen der Be-
klagten entstanden ist und noch entstehen wird.

Die Beklagte ist der Auffassung, daß die beanstandete
Verwendung der Darstellung des altertümlichen Autos nicht
als warenzeichenmäßige Benutzung angesehen werden könne.
Seit einer Reihe von Jahren sei es zunehmend in Mode ge-
kommen, die Darstellung von alten Autos als Schmuckelement
auf Waren des täglichen Bedarfs zu benutzen. Der Verkehr
werte daher die Darstellung altertümlicher Autos als dekora-
tive Ausschmückung und nicht als individuelles Herkunfts-
kennzeichen. Das Klagezeichen sei ferner ein Defensiv-
zeichen, das lediglich den Schutz von Wort und Bild einer

altertümlichen Postkutsche - dem Zeichen, unter dem die Klägerin bekannt sei - über den Bereich der Verwechslungsgefahr hinaus auch auf andere nicht mehr im Ähnlichkeitsbereich liegende Zeichen erweitern solle. Soweit die Klägerin nunmehr dazu übergegangen sei, Seife mit dem Wort "Oldtimer" zu bezeichnen, sei dies ausschließlich mit Rücksicht auf den vorliegenden Rechtsstreit geschehen. Zwischen dem Wortzeichen Nr. 803 190 "Oldtimer" und der angegriffenen Abbildung des altertümlichen Autos bestehe schließlich auch keine Verwechslungsgefahr. Das Wort "Oldtimer" sei keine naheliegende, ungezwungene und erschöpfende Benennung der von der Beklagten benutzten Bilddarstellung.

Das Landgericht hat der Klage - jedoch unter Einschränkung der Auskunfterteilung und Schadensersatzfeststellung auf die Zeit ab 5. Mai 1965 (nämlich ab Eintragung des Warenzeichens Nr. 803 190 zuzüglich einer Überlegungsfrist von zwei Wochen) - stattgegeben. Die Berufung der Beklagten, die sich nicht gegen ihre Verurteilung wegen der Posthorndarstellung gewandt hat, ist zurückgewiesen worden. Auf die Anschlußberufung der Klägerin hat das Berufungsgericht das Verbot auf die konkrete Verletzungsform nach Maßgabe der abgebildeten sowie weiterer im Berufungsurteil wiedergegebener Autodarstellungen beschränkt. Wegen der in dieser Beschränkung liegenden teilweisen Klagerücknahme hat es der Klägerin teilweise die Verfahrenskosten auferlegt. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte weiterhin die Klageabweisung, soweit es sich nicht um ihre Verurteilung wegen der Posthorndarstellung handelt. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die zeichenmäßige Verwendung der angegriffenen Autodarstellung der Beklagten zur Herkunftskennzeichnung ihrer - mit den Waren des Warenverzeichnisses des Klagezeichens gleichen - Waren bejaht. Bei zeichnerischen Darstellungen auf Verpackungen und Etiketten bestehe eine Vermutung für ihren zeichenmäßigen Gebrauch, die nur dann nicht Platz greife, wenn unzweideutig festzustellen sei, daß im Einzelfall beim Durchschnittsbetrachter die Auffassung, es handle sich um einen Herkunftshinweis, nicht aufkommen könne. Eine solche zweifelsfreie Feststellung lasse sich hier nicht treffen. Die neuerdings häufige Verwendung von Darstellungen und kleinen Modellen altertümlicher Autos, insbesondere zur Ausschmückung, veranlasse den Verkehr noch nicht, die angegriffene Autodarstellung der Beklagten ausschließlich als dekoratives Element anzusehen. Vielmehr werde sich der Verkehr sagen, daß die Beklagte die derzeitige Moderichtung geschickt mit der besonders werbewirksamen Darstellung eines altertümlichen Autos als ihr Kennzeichnungsmittel für bestimmte Herrenkosmetikartikel einsetze. Diese Auffassung werde gestützt durch die für Kennzeichnungsmittel typische Art von immer nur ein und derselben Darstellung des gleichen Autotyps in stilisierter Form sowie durch die ebenfalls für Kennzeichnungsmittel typische Verwendung in blickfangmäßiger Heraushebung in blickmäßigem Zusammenhang mit dem Firmenschlagwort "Avon" auf allen Verpackungsaufmachungen, Etiketten, Tuben und Dosen einer ganzen Herrenkosmetikserie.

Den gegen diese Beurteilung gerichteten Revisionsangriffen muß der Erfolg versagt bleiben.

II. 1. Zu Unrecht rügt die Revision, das Berufungsgericht habe anstelle einer eigenen Urteilsbegründung lediglich die Begründung der "Corrida"-Entscheidung des erkennenden Senats (GRUR 68, 367) wiederholt und die dort für einen andersartigen Sachverhalt gegebene Beurteilung einfach übernommen. Das Berufungsgericht hat sich insoweit auf eine Wiedergabe der allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Frage des zeichenmäßigen Gebrauchs beschränkt und diese Grundsätze zutreffend zur Grundlage seiner eigenen Beurteilung gemacht. Es hat dabei keineswegs die Besonderheiten des in der "Corrida"-Entscheidung maßgebenden Sachverhalts übersehen, sondern nach Maßgabe der dort angeführten allgemeinen Rechtsgrundsätze in eigener Tatsachenwürdigung den Eigenheiten des vorliegenden Rechtsstreits Rechnung getragen und damit zutreffend unter Beachtung der besonderen Verhältnisse des Einzelfalles entschieden (vgl. BGH GRUR 68, 367, 369 - Corrida m.w.Nachw.).

2. Von einer Beweiserhebung über die Verkehrsauffassung zur Frage des zeichenmäßigen Gebrauchs konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß absehen. Entscheidend für das Vorliegen eines zeichenmäßigen Gebrauchs ist die Auffassung der beteiligten Verkehrskreise, wobei es auf den flüchtigen Durchschnittsbetrachter als Endabnehmer abzustellen ist. Zu diesen angesprochenen Verkehrskreisen konnten sich bei den hier in Frage stehenden Waren unbedenklich auch die Richter des Berufungsgerichts zählen und auf Grund ihrer eigenen Lebenserfahrung feststellen, ob die beteiligten Verkehrskreise der Autodarstellung und Benutzungsform der Beklagten eine Eignung zur Herkunftskennzeichnung der Ware zumessen. Dabei nötigte, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat, der besondere Vertriebsweg der Beklagten durch Einschaltung

117

ihrer "Avon-Beraterinnen" zu keiner anderen Abgrenzung der beteiligten Verkehrskreise, da auch auf diesem Weg die Endabnehmer angesprochen werden und die behauptete besondere Aufklärung (über den Betrieb der Beklagten und seine Herkunftskennzeichnung) durch die "Avon-Beraterinnen" - anders als die fragliche Herrenartikelserie selbst - nicht über den Kreis der unmittelbar beratenen Personen hinausreicht.

3. Das Berufungsgericht hat für die konkrete Darstellung eines altertümlichen Autos in der konkreten Benutzungsform der Beklagten einen zeichenmäßigen Gebrauch festgestellt. Dabei hat es ohne Verstoß gegen Denkgesetze den Sachverhalt erschöpfend gewürdigt. Insbesondere hat es nicht übersehen, daß es sich bei der Darstellung altertümlicher Autos um ein beliebtes und üblich gewordenes Dekor handelt, das einer gewissen Moderichtung entspricht. Wenn das Berufungsgericht gleichwohl auf Grund der konkreten Art der angegriffenen Darstellungsform sowie ihrer konkreten Verwendungsweise eine zeichenmäßige Benutzung bejaht hat, so kann das nicht als Rechtsfehler beanstandet werden. Das Berufungsgericht ist insoweit zutreffend von dem anerkannten Grundsatz ausgegangen, daß der Begriff der warenzeichenmäßigen Benutzung weit zu ziehen ist und daß eine unmittelbare Anbringung der fraglichen Darstellung auf der Ware, ihrer Verpackung und Etikettierung sowie auf Prospekten oder sonstigen Ankündigungen der Ware für einen zeichenmäßigen Gebrauch spricht. Hierzu hat der erkennende Senat als Ausnahme anerkannt, daß beschreibende Angaben auch bei einer Anbringung auf dem Warenetikett oder der Warenverpackung, selbst bei einer besonderen Hervorhebung, noch nicht ohne weiteres als Herkunftshinweis angesehen werden können

(BGH GRUR 68, 365, 366 - praliné; 69, 274, 275 - Mokka-Expreß). Einen solchen beschreibenden Charakter der angegriffenen konkreten Autodarstellung hat das Berufungsgericht aber rechtsirrtumsfrei verneint, da der Verkehr aus der Darstellung eines altertümlichen Autos keinen Hinweis auf die Beschaffenheit oder Verwendungsart des so angebotenen Körperpflegemittels entnehmen könne. In Frage kommt nach der Unterstellung des Berufungsgerichts allenfalls ein Hinweis auf eine sportlich-männliche Note des Körperpflegemittels. Dieser nur mittelbare Hinweis auf die Warenbeschaffenheit schließt aber den angeführten Grundsatz noch nicht ohne weiteres aus. Es unterliegt daher keinem Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht es demgegenüber darauf abstellt, daß im konkreten Fall die angegriffene Autodarstellung in einer für Kennzeichnungsmittel typischen stilisierten Darstellungsform und zwar stets des gleichen Autotyps sowie in einer ebenfalls für Kennzeichnungsmittel typischen blickfangmäßigen Hervorhebung in Zusammenhang mit dem Firmenschlagwort "Avon" benutzt werde. Der Schluß des Berufungsgerichts, daß dem flüchtigen Durchschnittsbetrachter auf Grund dieser Darstellungsform des altertümlichen Autos und der konkreten Benutzungsweise die Annahme eines Herkunftshinweises nahegelegt werde, verstößt nicht gegen die Denkgesetze. Vielmehr ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß eine solche Herausstellung einer Bezeichnung oder Bilddarstellung zwar nicht stets für sich allein, aber in Verbindung mit weiteren Begleitumständen, hier durch die Form der Bilddarstellung sowie durch ihren Zusammenhang mit dem herausgehobenen Firmenschlagwort "A■■■■", dem flüchtigen Verbraucher den Eindruck einer Herkunftskennzeichnung vermitteln kann (BGH GRUR 70, 305, 306 - Löscafé m.w.Nachw.).

Dabei kommt, wie das Berufungsgericht mit Recht betont, der gemeinsamen Herausstellung des Firmenschlagworts zusammen mit der angegriffenen Darstellung besondere Bedeutung zu, da dadurch der Verkehr die Herkunftshinweiskfunktion des Firmenschlagworts mit auf die beigefügte Autodarstellung erstreckt (vgl. die insoweit gegenteilige Fallgestaltung in der "Anker Export"-Entscheidung, BGH GRUR 69, 348, 351).

III. 1. Das Berufungsgericht hat das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr zwischen dem Klagezeichen "Oldtimer" und der beanstandeten Bilddarstellung bejaht. Es ist dabei von der Schutzzfähigkeit des Klagezeichens als Vorratszeichen mit einer normalen Kennzeichnungskraft ausgegangen. Für einen Defensivzeichencharakter hat das Berufungsgericht keinen Anhaltspunkt gesehen, da das Zeichen gewissermaßen in der historischen Entwicklungslinie des "Postkutschen"-Zeichens der Klägerin liege. Es diene nicht zur bloßen Absicherung des "Postkutschen"-Zeichens, wie sich insbesondere daraus ergebe, daß die Klägerin zahlreiche andere Zeichen benutze, die nichts mit der Postkutschendarstellung zu tun hätten.

Ob letzterer Überlegung des Berufungsgerichts gefolgt werden kann, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls kann aus dem umfangreichen Zeichenbestand der Klägerin und ihrer Benutzung zahlreicher, vom "Postkutschen"-Zeichen abweichender Zeichen noch nicht mit der Revision ohne weiteres umgekehrt auf den Defensivcharakter des Klagezeichens geschlossen werden. Die weitere tatrichterliche Würdigung, daß das Klagezeichens gewissermaßen in der historischen Entwicklungslinie des "Postkutschen"-Zeichens liege und kein gegen den Zeichenbenutzungswillen sprechender Anhalts-

punkt festzustellen sei, trägt die Verneinung des Defensivcharakters des Klagezeichens; diese tatrichterliche Würdigung ist möglich und enthält keinen Verstoß gegen Denkgesetze. Das Berufungsgericht hat auch keinen diesbezüglichen Beweisantrag übergangen. Der von der Revision hierzu angeführte Beweisantrag bezog sich auf einen fehlenden echten Benutzungswillen der Klägerin bei ihrer Benutzungsaufnahme für Seife (Bl. 160 GA). Selbst wenn diese Benutzungsaufnahme für Seife nur zu Prozeßzwecken und ohne echten Benutzungswillen erfolgt sein sollte, wie auch das Berufungsgericht unterstellt hat, so folgt daraus noch nicht zwingend, daß die Klägerin das Klagezeichen überhaupt niemals ernstlich benutzen wolle.

2. Auf Grund seiner rechtsfehlerfreien Feststellungen darüber, daß kein Anhaltspunkt für einen Defensivzeichencharakter vorliege (oben Ziff. III, 1), hat das Berufungsgericht das Klagezeichen als Vorratszeichen angesehen. Es hat die hierfür erforderliche Benutzungsabsicht bejaht, da bei der Kürze der Zeit seit der Zeichenanmeldung und -eintragung noch keine Vermutung gegen die Benutzungsabsicht spreche. Darin liegt kein Rechtsfehler. Die Benutzungsabsicht wird zunächst bei jeder ordnungsgemäßen Zeichenanmeldung vermutet (BGH GRUR 57, 224, 225 - Odorex; 58, 233, 235 - Wipp). Erst die Überschreitung eines angemessenen Zeitraumes zur Aufnahme der tatsächlichen Zeichenbenutzung ist im allgemeinen ein Beweisanzeichen dafür, daß dem Zeicheninhaber der Benutzungswille fehlt (BGHZ 10, 211, 213 - Nordona; 32, 133, 139 - Dreitannen). Den Zeicheninhaber trifft dann die Darlegungs- und Beweislast, daß er nach wie vor eine Zeichenbenutzung beabsichtigt und trotz des langen Zeitablaufs noch ein schützenswertes Interesse an dem Zeichen besitzt

(BGH GRUR 63, 533, 534 - Windboy; 65, 665, 668 - Liquiderma; 69, 604, 605 - Slip; BGH NJW 68, 1827, 1828 - Alcacyl). Das Berufungsgericht hat zu letzteren Fragen keine Stellung genommen, da es bereits den Zeitraum von nicht ganz vier Jahren seit der Zeicheneintragung bzw. von vier Jahren und neun Monaten seit der Zeichenanmeldung (bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht) nicht als so erheblich angesehen hat, um auf Grund dessen die Vermutung der Benutzungsabsicht zu entkräften. Diese Beurteilung kann aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Die Wertung des hierfür entscheidenden Zeitraums unterliegt im wesentlichen der tatrichterlichen Würdigung. Die hier in Frage stehende Zeitspanne ist jedenfalls nicht so lang, daß es als Rechtsfehler angesehen werden könnte, daß das Berufungsgericht den Zeichenbenutzungswillen noch als gegeben zugrunde gelegt hat. Dabei hätte das Berufungsgericht als maßgebend nicht bereits die Zeit seit der Zeichenanmeldung, sondern erst seit der Zeicheneintragung zu berücksichtigen brauchen. Denn dem Zeicheninhaber kann billigerweise eine Benutzungsaufnahme vor der Eintragung seines Warenzeichens nicht zugemutet werden (BGH GRUR 69, 604, 605 - Slip). Dementsprechend geht auch die Neufassung der §§ 5 Abs. 7, 11 Abs. 1 Ziff. 4 und Abs. 5 WZG mit der Einführung des sog. aufgeschobenen Benutzungszwangs für die Berechnung der dortigen 5-Jahresfrist auch erst von der Zeicheneintragung aus.

Auf die Frage eines schutzwürdigen Interesses an der Aufrechterhaltung des Klagezeichens kommt es daher nicht mehr an (vgl. BGH GRUR 69, 604, 605 - Slip). Ebensowenig bedarf es einer Entscheidung, ob angesichts der Neuregelung durch das Gesetz vom 4. September 1967

die bisherige Rechtsprechung zu den Vorratszeichen einer Überprüfung bedarf. Aus der Neuregelung kann jedenfalls nicht entnommen werden, daß Vorratszeichen nunmehr überhaupt unzulässig sein sollten oder auch nur für ihren Bestand eine erheblich geringere Frist als die nach der Neuregelung vorgesehene 5-Jahresfrist maßgebend sein sollte (vgl. BGH GRUR 69, 604, 605 - Slip). Vielmehr ist davon auszugehen, daß der angemessene Zeitraum zur tatsächlichen Benutzungsaufnahme nunmehr grundsätzlich fünf Jahre beträgt.

3. Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr hat das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei bejaht. Es ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Verwechslungsfähigkeit eines Bildzeichens mit einem Wortzeichen dann gegeben ist, wenn das Wort die naheliegende, ungezwungene und erschöpfende Benennung des Bildes beinhaltet (vgl. BGH GRUR 67, 355, 358 - Rabe; BPatGerE 5, 172, 175 - Mohrenbild). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wird zwar das Wort "Oldtimer" ganz allgemein dazu benutzt, bestimmte Personen und Gegenstände mit bestimmten Eigenschaften zu charakterisieren; wird aber das Wort ohne Bezugnahme auf eine bestimmte Person oder Sache gebraucht, so versteht der Verkehr hierunter nach dem üblichen Sprachgebrauch ein altertümliches Auto. Insoweit ist daher, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, das Wort "Oldtimer" die naheliegende, ungezwungene und erschöpfende Benennung für ein altertümliches Auto. Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob etwa jede Form eines altertümlichen Autos vom Schutzbereich des Klagezeichens erfaßt wird. Jedenfalls liegt in den weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts kein Rechtsfehler, die von der Beklagten benutzte Autodarstellung gebe die typische, geradezu

klassische Form eines "Oldtimers" wieder, so daß ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs beim Anblick dieser Autodarstellung an das Wort erinnert werde und den Wortbegriff im Bild wiederfinde. Damit liegt aber eine Verwechslungsgefahr im Sinne des § 31 WZG vor (vgl. BGH aaO), die nicht dadurch beseitigt wird, daß die Beklagte ihre angegriffene Kennzeichnung nur im Zusammenhang mit ihrem Firmenschlagwort "Avon" benutzt. Daran kann auch der unterschiedliche Vertriebsweg der Parteien nichts ändern.

IV. Die Beklagte hat zwar in den Vorinstanzen wiederholt eine nicht unerhebliche eigene Vorbenutzung mit ihrer Autodarstellung zeitlich vor der Anmeldung des Klagezeichens behauptet. Sie hat jedoch niemals daraus ein eigenes prioritätsälteres Ausstattungsrecht abgeleitet oder auch nur - im Hinblick auf die Anwendung des § 1 UWG - eine Ausstattungsanwartschaft behauptet. Das Berufungsgericht hatte daher keine Veranlassung, auf diese Fragen näher einzugehen, zumal die Beklagte selbst niemals verkannt hat, daß es einen Schutz der bloßen Vorbenutzung im deutschen Kennzeichnungsrecht nicht gibt (vgl. BGH GRUR 61, 413, 416 - Dolex; 67, 490, 492 - Pudelzeichen). Der an sich von Amts wegen zu prüfenden Frage einer Anspruchsverwirkung (BGH GRUR 66, 623, 625 - Kupferberg) brauchte das Berufungsgericht ebensowenig nachzugehen, da für die behauptete Vorbenutzung und die Benutzung bis zum Einschreiten der Klägerin kein längerer, gegebenenfalls eine Verwirkung rechtfertigender Zeitraum vorgetragen worden war. Schließlich bestand ohne einen weiteren diesbezüglichen Sachvortrag der hierfür darlegungspflichtigen Beklagten für das Berufungsgericht keine Veranlassung, die Zeichenanmeldung der Klägerin und die Geltendmachung von Ansprüchen aus diesem Zeichen unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs

zu prüfen (vgl. BGH GRUR 69, 190 - halazon; 69, 607 - Recrin).

V. Das Berufungsgericht hat danach ohne Rechtsirrtum den Unterlassungsanspruch aus dem Warenzeichen Nr. 803 190 gegenüber den im Urteilssatz des Berufungsgerichts näher bezeichneten Verletzungshandlungen der Beklagten gebilligt.

Dagegen wendet sich die Beklagte mit Recht gegen ihre Verurteilung zur Auskunfterteilung und die Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht, soweit es sich um die Benutzung der beanstandeten Autodarstellung handelt. Das Berufungsgericht hat rechtsirrig das hierfür vorausgesetzte Verschulden unter Überspannung der Sorgfaltsanforderungen bejaht. Es hat sich insoweit auf den Hinweis beschränkt, die Beklagte hätte bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen müssen, daß sie durch die Verwendung der angegriffenen Darstellung für eine gleiche Ware das Klagezeichen verletze. Dabei hat das Berufungsgericht jedoch übersehen, daß die Beklagte nach ihrer Behauptung - was für die Revisionsinstanz als richtig zu unterstellen ist - die angegriffene Autodarstellung in nicht unbedeutendem Umfang zeitlich vor der Anmeldung des Klagezeichens benutzt haben will. Hatte aber die Beklagte ihr Kennzeichen zu einem Zeitpunkt in Benutzung genommen, zu dem die Klägerin noch keine einschlägigen besseren Kennzeichnungsrechte besaß und die Beklagte von etwa bereits bestehenden Anmeldeabsichten der Klägerin keine Kenntnis haben konnte, so würde es eine Überspannung ihrer Sorgfaltspflicht darstellen, ihr ganz allgemein eine Überwachungspflicht im Hinblick auf neu auftretende Gegenzeichen aufzuerlegen. Nach ständiger Rechtsprechung trifft zwar denjenigen,

der ein Kennzeichen neu in Benutzung nimmt und/oder zur Warenzeicheneintragung anmeldet, die Verpflichtung zu einer eingehenden Unterrichtung über die Zeichenbenutzungslage sowie über den Stand der Warenzeicheneintragungen und -anmeldungen (vgl. BGH GRUR 57, 222, 223 - Sultan; 60, 186, 187 - Arctos). Diese grundsätzlich strengen Anforderungen an die Sorgfaltspflicht gehen jedoch nicht so weit, daß bei einer zeichenrechtlich einwandfrei aufgenommenen Vorbenutzung die Zeichenanmeldungen ständig danach überwacht werden müßten, ob nachträglich ein verwechslungsfähiges Kennzeichen für die gleichen Waren zur Warenzeicheneintragung angemeldet wird und sich auf Grund des neu entstehenden absoluten Zeichenrechts die Vorbenutzung nunmehr als Warenzeichenverletzung darstellt. Mit einer solchen Änderung der Rechtslage braucht der Vorbenutzer nicht ohne weiteres zu rechnen, wenn ihn auch bei einer eigenen (nachträglichen) Zeichenanmeldung und damit bei einer Veränderung seiner eigenen Rechtsposition erneut - wie bei seiner ersten Benutzungsaufnahme - eine Überwachungs- und Erkundigungspflicht trifft (vgl. BGH GRUR 67, 490, 494 - Pudelzeichen). Bei Anlegung dieses gebotenen Maßstabes könnte es der Beklagten nicht als Verschulden angelastet werden, wenn sie die Verwendung der angegriffenen Autodarstellung fortsetzte, ohne die nachträglichen Neuansmeldungen und -eintragungen verwechslungsfähiger Warenzeichen zu überwachen. Erst nach einer etwaigen - vom Berufungsgericht nicht festgestellten - Verwarnung aus dem Warenzeichen Nr. 803 190, zuzüglich einer angemessenen Überlegungsfrist, könnte von einem Verschulden der Beklagten ausgegangen werden.

Das Berufungsurteil kann danach insoweit keinen Bestand haben. Auf die Revision der Beklagten war es - einschließlich des Kostenausspruchs - in diesem Umfang aufzuheben und zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Dem Berufungsgerichts war die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen.

Krüger-Nieland

Sprenkman

Merkel

Schönberg

v. Gamm