

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 252; WZG § 24; ZPO § 256

C h e r i

- a) Sind für einen Geschäftsbetrieb die Warenzeichen "Mon Cheri" und "Cheri" eingetragen, so liegt in der Benutzung von "Mon Cheri" nicht zugleich eine Benutzung von "Cheri" als ³²⁷⁶⁾vollständiges Warenzeichen.
- b) Zur Unterscheidung von prozessualem Feststellungsinteresse und der Wahrscheinlichkeit einer Schadensentstehung als materiellrechtlicher Klagebegründung.
- c) Die Möglichkeit einer Schadensberechnung nach Lizenzanalogie enthebt den Verletzten nicht von der Darlegung der Wahrscheinlichkeit einer tatsächlichen Schadensentstehung.

BGH, Urt. v. 19. November 1971 - I ZR 72/70 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 72/70

URTEIL

Verkündet am
19. November 1971
Zug,
Justizsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma F GmbH, vertreten durch ihren
Geschäftsführer Severino Ch. , F ,
Ha. Weg ,

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte
und -

gegen

die Firma M GmbH, vertreten durch ihren
Geschäftsführer, A. ,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Oktober 1971 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Alff, Dr. Sprenkman, Dr. Merkel und Dr. Frhr. v. Gamm

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 30. April 1970 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat im Jahr 1959 im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland Kirschpralinen unter der Bezeichnung "Mon Cheri" auf den Markt gebracht. Sie vertreibt diese in seit 1962 äußerlich im wesentlichen unveränderten Verpackungen und hat bei einem Werbeaufwand von 25,1 Millionen DM bis Ende 1968 einen Gesamtumsatz zu Endverbraucherpreisen von 459,3 Millionen DM erzielt. Sie ist Inhaberin der beim Deutschen Patentamt eingetragenen Warenzeichen:

Nr. 822 303 Wort-Bildzeichen "Mon Cheri", eingetragen für Pralinen mit Kirschen- und Spirituosenfüllungen, angemeldet am 28. August 1965,



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

ferner die u. a. für Schokolade und Schokoladenwaren eingetragenen Zeichen

Nr. 755 700 Wort-Bildzeichen "Mon Cheri", angemeldet am 13. August 1957,

Nr. 755 701 Wort-Bildzeichen "Cheri", angemeldet am 13. August 1957 und

Nr. 831 085 Wortzeichen "Cherio", angemeldet am 16. Dezember 1966.

Die Beklagte ist eine Tochtergesellschaft der Firma L. Mo GmbH. Sie vertreibt seit 1965 eine Packung mit Weinbrand-Kirschen unter der Bezeichnung "Cérisio". Bisher wurden unter dieser Bezeichnung und unveränderter Aufmachung 800.000 Packungen zum Endverbraucherpreis von DM 800.000.- verkauft. Seit 1965 wird die Packung in sämtlichen Katalogen der Beklagten angeboten.

Mit Schreiben vom 10. August 1967 ließ die Klägerin erstmals die Beklagte auffordern, die Verwendung der Bezeichnung "Cérisio" zu unterlassen. Die Beklagte bat mit Schreiben vom 28. August 1967 um Angabe der Gründe, die die Klägerin zu der Annahme veranlaßt hätten, daß eine Verletzung ihrer Zeichen- und Ausstattungsrechte gegeben sei. Dieses Schreiben wurde von der Klägerin nicht beantwortet. Ohne sich auf ihr Schreiben vom 10. August 1967 zu beziehen, beanstandete die Klägerin Ende 1968 erneut erfolglos die Verwendung der Kennzeichnung "Cérisio" durch die Beklagte.

Die Klägerin wendet sich gegen die Zeichenbenutzung der Beklagten als Verletzung ihrer Warenzeichen "Mon Cheri",

"Cheri" und "Cherio". Sie beruft sich ferner auf einen Schutz ihrer berühmten Marke "Mon Cheri" gegen Verwässerung sowie auf einen Wettbewerbsschutz. Sie hat mit der Klage die Beklagte wegen der Verwendung der Bezeichnung "Cérisio" für Kirschpralinen auf Unterlassung in Anspruch genommen, ferner ihre Verurteilung zur Auskunftserteilung und Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht begehrt.

Die Beklagte bestreitet das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr, zumal der Schutzbereich der Klagezeichen durch die für Schokoladenwaren bzw. für Süßigkeiten benutzten Drittzeichen "Chérie" der Fa. Franz S KG, "polar cherry" der Fa. L und "Cherry Nougat" geschwächt sei. Überdies seien die Zeichen "Cheri" und "Cherio" unbenutzte Abwehrzeichen, auf die sich die Klägerin nicht stützen könne. Schließlich beruft sich die Beklagte auf die Verwirkung der Klageansprüche.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Klägerin dem Unterlassungsanspruch stattgegeben, im übrigen aber die Berufung zurückgewiesen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin weiterhin ihren Auskunftsanspruch und den Anspruch auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht hat dem Unterlassungsanspruch aus dem Klagezeichen "Cherio", das ein schutzfähiges Vorratszeichen sei, stattgegeben. Zwischen diesem

Zeichen und der von der Beklagten benutzten Bezeichnung "Cérisio" bestehe Verwechslungsgefahr. Der Unterlassungsanspruch sei auch nicht verwirkt, da hierfür der Zeitablauf seit der Abmahnung vom 10. August 1967 bis zur Klageerhebung zu kurz sei. Dagegen fehle ein Rechtsschutzinteresse an einer Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten; da jedenfalls derzeit keine Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts bestehe. Ein künftiger Schaden, etwa durch Marktverwirrung, sei zwar denkbar, jedoch im vorliegenden Fall nicht erkennbar. Die Klägerin könne daher zur Zeit noch keinen Schadensersatzanspruch geltend machen. Deshalb könne ihr auch kein Auskunftsanspruch zugebilligt werden, da dieser ein bloßer Hilfsanspruch zur Ermittlung der Schadenshöhe sei.

Auf die "Mon Cheri"-Zeichen könne die Klage nicht gestützt werden; mit diesen Zeichen sei das Zeichen "Cérisio" der Beklagten nicht verwechslungsfähig. Die Klägerin könne sich auch nicht auf ihr "Cheri"-Zeichen stützen, da dieses als Abwehrzeichen nicht mehr geschützt sei, nachdem das Hauptzeichen "Mon Cheri" mehr als eine normale Verkehrsgeltung erlangt habe. Im übrigen fehle auch eine Verwechslungsgefahr zwischen dem Klagezeichen "Cheri" und der angegriffenen Bezeichnung "Cérisio". Ferner scheide ein Verwässerungsschutz des "Mon Cheri"-Zeichens aus, da sich dieser nicht über den Verwechslungsbereich dieses Zeichens hinaus erstrecken könne; eine Verwechslungsgefahr liege aber nicht vor. Für eine wettbewerbswidrige Anlehnung an die Klagezeichen fehle schließlich jeglicher Anhaltspunkt.

2. Das Berufungsurteil ist rechtskräftig, soweit es dem Unterlassungsanspruch stattgegeben hat. Die Revision wendet sich - jedoch ohne Erfolg - gegen die Abweisung des Schadensersatzfeststellungs- und Auskunftsanspruchs aus den Klagezeichen "Mon Cheri", "Cheri" und "Cherio".

II. 1. Das Berufungsgericht hat Ansprüche aus den im Vordergrund der Klagebegründung stehenden "Mon Cheri"-Warenzeichen und der Ausstattung an dieser Wortverbindung abgelehnt, da zwischen diesem vom Verkehr als Begriffseinheit verstandenen Zeichen und dem Verletzungszeichen "Cérisio" keine Verwechslungsgefahr bestehe.

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

Nach Meinung der Revision kann das Zeichen "Mon Cheri" nicht als Begriffseinheit aufgefaßt werden; kennzeichnend sei vielmehr der Zeichenbestandteil "Cheri"; mit diesem sei aber "Cérisio" verwechslungsfähig. Der Bundesgerichtshof ist zwar in seiner Entscheidung vom 17. November 1960 (BGHZ 34, 1, 12 Mon Chéri I) noch davon ausgegangen, daß das Zeichen "Mon Chéri" der damaligen Beklagten in seinem Gesamteindruck von dem Wort "Chéri" beherrscht werde. Gleichwohl konnte das Berufungsgericht im vorliegenden Rechtsstreit auf Grund der jahrelangen, intensiven Benutzung des "Mon Cheri"-Zeichens durch die jetzige Klägerin und auf Grund ihrer umfangreichen Werbung (mit einem Aufwand von 25,1 Millionen DM in der Zeit von 1959 bis Ende 1968) ohne Rechtsverstoß feststellen, daß nunmehr dieses Zeichen auf Grund seiner Verkehrsgeltung mit

dem außerordentlich hohen Bekanntheitsgrad von 92 % vom Verkehr als einheitliche Wortverbindung verstanden werde und für den Verkehr nunmehr dieses Gesamtzeichen gerade in seiner Gesamtheit eindrucksvoll und einprägsam sei, also der Zeichenbestandteil "Cheri" nicht allein kennzeichnend sei. Diese Feststellung konnte das Berufungsgericht ohne weitere Ermittlungen über die Verkehrsauffassung treffen, nachdem es zugunsten der Klägerin von ihrer behaupteten intensiven Zeichenbenutzung, ihren hohen Werbeaufwendungen und dem Ergebnis der von der Klägerin veranlaßten Meinungsbefragung über die Zeichendurchsetzung ausgegangen war. Aus diesen Umständen und der vom Berufungsgericht weiter festgestellten Art der Werbung der Klägerin, durch die dem Verkehr immer wieder der Begriffsinhalt der Wortverbindung "Mon Cheri" nahegebracht worden sei, konnte das Berufungsgericht aus eigener Sachkunde und aus der allgemeinen Lebenserfahrung entnehmen, daß der Verkehr die Wortverbindung "Mon Cheri" als Zeicheneinheit auffasse.

Ausgehend von der danach für die Verkehrsauffassung maßgebenden Wortverbindung "Mon Cheri" als Zeicheneinheit hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr nach Begriff, Bild und Klang verneint.

Eine begriffliche Verwechslungsgefahr scheidet nach Auffassung des Berufungsgerichts aus, da der Verkehr auf Grund der umfangreichen Werbung der Klägerin deren Zeichen "Mon Cheri" mit "Mein Liebling" übersetze und mit diesem Begriffsinhalt verbinde, während bei dem Verletzungszeichen "Cérisio" niemand an "Liebling" denke.

Diese Beurteilung ist ohne Rechtsfehler, insbesondere bedurfte es entgegen der Meinung der Revision keiner Meinungsbefragung über den vom Publikum mit der Bezeichnung "Mon Cheri" verbundenen Begriffsinhalt. Bei fremdsprachlichen, nicht in den deutschen Sprachgebrauch aufgenommenen Bezeichnungen kann zwar im allgemeinen nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß diese Bezeichnungen in breiten Bevölkerungskreisen zutreffend übersetzt und verstanden werden. Im vorliegenden Fall besteht jedoch die Besonderheit, worauf es das Berufungsgericht zutreffend abgestellt hat, daß die beteiligten Verkehrskreise durch die umfangreiche Werbung der Klägerin mit deren Warenzeichen "Mon Cheri" in einem solchen Ausmaß bekanntgemacht worden sind, daß nach dem Ergebnis der von der Klägerin veranlaßten Meinungsbefragung ein Bekanntheitsgrad von 92 % erreicht worden ist. Dem steht nicht entgegen, wie die Revision meint, daß "Mon Cheri" ausschließlich als Herkunftskennzeichen der Klägerin bekannt worden sei, da die Klägerin nach den weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts dem Publikum dabei auch die Wortbedeutung immer wieder nahegebracht hat.

Eine Verwechslungsgefahr nach dem Schriftbild hat das Berufungsgericht verneint, da das Klagezeichen aus zwei Worten bestehe, während das Verletzungszeichen nur ein Wort umfasse. Zu Unrecht, wie bereits ausgeführt worden ist, wendet sich die Revision auch insoweit dagegen, daß das Berufungsgericht das Zeichen "Mon Cheri" als eine Einheit angesehen hat.

Diesen Einwand erhebt die Revision auch zu Unrecht gegen die Verneinung einer klanglichen Verwechslungsge-

fahr, da nach den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts der Verkehr das Zeichen "Mon Cheri" in seiner Gesamtheit als einprägsam ansieht und den Zeichenbestandteil "Cheri" nicht als allein kennzeichnend wertet (siehe oben). Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist die Zusammensetzung des Klagezeichens aus zwei Worten gegenüber dem nur aus einem Wort bestehenden Verletzungszeichen auch für das Fehlen der klanglichen Verwechslungsgefahr von Bedeutung. Eine klangliche Verwechslungsgefahr werde ferner durch die unterschiedliche Vokalfolge (beim Klagezeichen: o - e - i; beim Verletzungszeichen: e - i - i - o) sowie durch den dem Verbraucher bekannten Begriffsinhalt des "Mon Cheri"-Zeichens der Klägerin ausgeschlossen. Diese Beurteilung ist frei von Rechtsirrtum. Insbesondere hat das Berufungsgericht die Rechtsprechung zum Einfluß der dem Verkehr geläufigen begrifflichen Bedeutung eines Zeichens auf die klangliche Verwechslungsgefahr nicht verkannt. Es hat die den Verbrauchern auf Grund der diesbezüglichen Werbung der Klägerin bekannte begriffliche Bedeutung von "Mon Cheri" als "mein Liebling" nur unterstützend in seine Gesamtbeurteilung miteinbezogen. Das ist aber kein Rechtsfehler, selbst wenn mit der Revision davon ausgegangen wird, daß sich dieser Sinngehalt dem Hörer nicht sofort aufdrängt.

Entgegen der Meinung der Revision hat das Berufungsgericht auch nicht verkannt, daß der Schutzbereich eines berühmten Zeichens weiter zu bemessen ist als eines im Verkehr weitgehend unbekannten Zeichens (vgl. BGH GRUR 70, 302, 303 - Hoffmann's Katze -). Das Berufungsgericht hat jedoch hier eine Erweiterung des Ver-

wechselsbereichs abgelehnt, da die Stärke des dem Verkehr durch eine umfangreiche Werbung der Klägerin nahegebrachten Zeichens "Mon Cheri" gerade darin bestehe, daß sie eine vom deutschen Verbraucher verstandene französische Wortverbindung enthalte. Das habe zur Folge, daß der deutsche Verbraucher der Gefahr einer Verwechslung nicht unterliege, wenn er ein anderes Zeichen wahrnehme, in welchem er den Begriff "Mein Liebling" nicht unterbringen könne. In dieser Beurteilung liegt kein Rechtsfehler. Daß das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang das Klagezeichen "Mon Cheri" als "starkes Zeichen" und nicht als "berühmtes Zeichen" bezeichnet hat, enthält, wie sich aus der weiteren Urteilsbegründung ergibt, insoweit keine Wertung. Denn das Berufungsgericht hat sich weiterhin mit dem nur für eine berühmte Marke in Frage kommenden Verwässerungsschutz befaßt und diesen nicht wegen fehlender Berühmtheit, sondern deshalb abgelehnt, weil der zeichenmäßige Ähnlichkeitsbereich, in den unter dem Gesichtspunkt einer Verwässerung nicht eingedrungen werden dürfe, im allgemeinen enger zu ziehen sei als bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr. Auch diese Beurteilung ist rechtsfehlerfrei. Der für den Verwässerungsschutz maßgebende Ähnlichkeitsbereich erreicht im allgemeinen nicht den Verwechslungsbereich (BGHZ 19, 23, 31 - Magirus -); das gilt sowohl für die Beurteilung nach Klang und Bild als auch nach dem Sinngehalt. Doch braucht letzterer von der Revision zur Nachprüfung gestellten Frage nicht weiter nachgegangen werden, da der Verwässerungsschutz keine allgemeine Ergänzung und Erweiterung des Warenzeichenschutzes beinhaltet, sondern berühmte Zeichen lediglich davor schützen soll, daß iden-

tische oder nahezu identische Zeichen unter Ausnutzung der fehlenden Warengleichartigkeit auf einem gleichwohl benachbarten Warenggebiet die Werbekraft der berühmten Marke ausnutzen. Bei der hier gegebenen Warengleichartigkeit ist daher für einen Verwässerungsschutz kein Raum (vgl. BGHZ 28, 320, 330 - Quick -).

2. Das Berufungsgericht hat ferner wettbewerbsrechtliche Ansprüche aus einer angeblich unlauteren Annäherung des Verletzungszeichens "Cérисіo" an das "Mon Cheri"-Zeichen der Klägerin ohne Rechtsverstoß abgelehnt. Dabei kann dahinstehen, ob das Berufungsgericht auf Grund der "glaubhaften" Darlegungen der Beklagten, daß sie ihr Zeichen als eine Ableitung von dem französischen Wort "Cerise" gebildet habe, bereits eine Annäherungsabsicht ausschließen konnte. Denn die Beklagte hatte, wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat, den objektiven Tatbestand einer verwerflichen Annäherung nicht näher dargelegt. Die Beklagte hatte sich insoweit in ihrer Berufungsbegründung (Bl. 115/116 GA) auf die angeblichen Anklänge der Erzeugnisse der Beklagten an das Erzeugnis und die Aufmachung der Klägerin sowie auf die angeblich verwechslungsfähige Kennzeichnung und schließlich auf das bereits in dieser Hinsicht wiederholte entsprechende Vorgehen der Beklagten bezogen. Einzelheiten hierzu sowie sonstige besondere Umstände, die das Vorgehen der Beklagten als sittenwidrig kennzeichnen könnten, hat die Beklagte nicht angeführt. Wenn das Berufungsgericht bei diesem Sachverhalt hinreichende Darlegungen für ein wettbewerbswidriges Verhalten der Beklagten vermißt hat, so kann das aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Eine Verletzung

des § 139 ZPO liegt nicht vor. Die richterliche Fragepflicht dient nur der Ergänzung des tatsächlichen Vorbringens; sie erstreckt sich aber nicht darauf, die Parteien erst zu einem substantiierten Vorbringen zu einer zunächst allgemein gehaltenen Behauptung und zur Stellung von fehlenden Beweisanträgen zu veranlassen (vgl. BGH GRUR 60, 382, 384 - Verbandstoffe -).

III. Das Berufungsgericht hat aus dem weiteren Zeichen der Klägerin "Cheri" Ansprüche versagt, da dieses Zeichen nur ein Abwehrzeichen sei, das dem Zeichen "Mon Cheri" Entwicklungshilfe habe geben sollen. Einer solchen Entwicklungshilfe bedürfe aber das "Mon Cheri"-Zeichen nicht mehr. Im übrigen reiche der Schutzzumfang des Abwehrzeichens nicht weiter als der Schutzzumfang des Hauptzeichens; mit diesem sei aber das Zeichen "Cérисіo" der Beklagten nicht verwechslungsfähig. Überdies bestehe auch keine Verwechslungsgefahr mit dem Zeichen "Cheri".

Die gegen diese Beurteilung gerichteten Revisionsrügen greifen nicht durch. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob das Verletzungszeichen "Cérисіo" mit dem Zeichen "Cheri" der Klägerin verwechslungsfähig ist. Denn letzteres Zeichen ist nach den rechtsirrtumsfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ein unbenutztes Abwehrzeichen, das der Entwicklung des Hauptzeichens "Mon Cheri" dienen sollte und aus dem jedenfalls nach Abschluß der Entwicklung des Hauptzeichens keine weitergehenden Ansprüche als aus diesem geltend gemacht werden können (vgl. BGHZ 32, 133, 142 - Dreitannen -). Unter diesen Umständen bedarf es keiner näher-

ren Auseinandersetzung mit der teilweise in der Literatur vertretenen Meinung, die Abwehrzeichen - insbesondere nach Einführung des mittelbaren Benutzungszwangs - überhaupt für unzulässig hält.

Das Berufungsgericht hat den Charakter des Zeichens "Cheri" als Abwehrzeichen aus der unterbliebenen Zeichenbenutzung seit seiner am 13. August 1957 erfolgten Anmeldung hergeleitet. Es hat in der Benutzung des Hauptzeichens "Mon Cheri" keine gleichzeitige Benutzung des darin enthaltenen Zeichens "Cheri" gesehen, da beide Zeichen einen im Gesamteindruck voneinander abweichenden Inhalt hätten. Dieser Beurteilung ist im Ergebnis zu folgen, wenn auch die Auffassung des Berufungsgerichts vom abweichenden Gesamteindruck der Bezeichnungen "Mon Cheri" und "Cheri" nicht geteilt werden kann, wie bereits in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 17. November 1960 (BGHZ 34, 1, 12) zum Ausdruck gekommen ist, in der das Bestehen einer Verwechslungsgefahr zwischen "Chérie" und "Mon Chéri" bejaht worden ist. Doch kommt es auf diesen Rechtsfehler nicht an.

Inhalt und Umfang des Zeichenrechts bestimmen sich nach der Eintragung in der Warenzeichenrolle, insbesondere nach der dort eingetragenen Zeichenform (BGH GRUR 58, 610, 611 - Zahnrad); nachträgliche Änderungen des durch die Eintragung konstitutiv entstehenden Zeichenrechts sind unzulässig, da das Warenzeichen von seiner Anmeldung ab eine unteilbare und unveränderliche Einheit darstellt (BGH GRUR 58, 185, 186 - Wyeth; 66, 35, 38 - Multi-kord). Dementsprechend kann auch nur, soweit eine Zeichenbenutzung zur Aufrechterhaltung des Zeichenrechts

notwendig ist, eine der eingetragenen Zeichenform entsprechende Benutzung die für den Fortbestand des Zeichenrechts erforderlichen Rechtswirkungen erzeugen. Die Benutzung einer von der Rolleneintragung abweichenden Zeichenform genügt daher grundsätzlich nicht als Benutzungshandlung für das eingetragene Warenzeichen. Ob und in welchem Ausmaß geringfügige Abweichungen der Benutzungsfom von dem eingetragenen Zeichen insoweit unschädlich sind, bedarf hier keiner Entscheidung. Maßgebend für die Beurteilung des vorliegenden Rechtsstreits ist der Umstand, daß es sich ungeachtet der zwischen "Cheri" und "Mon Cheri" bestehenden Gemeinsamkeiten im Gesamteindruck (vgl. BGHZ 34, 1, 12 - Mon Chéri. I) um zwei selbständige Warenzeichen handelt, wobei die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts durch ihre umfangreiche, diesbezügliche Werbung erreicht hat, daß der Verkehr ihr Warenzeichen "Mon Cheri" als zusammengehörige, einheitliche Wortverbindung auffaßt, innerhalb deren der Zeichenbestandteil "Cheri" nicht mehr als allein kennzeichnend herausragt (oben Ziff. II, 1). Wenn die Klägerin unter diesen Umständen allein ihr bekanntes Warenzeichen "Mon Cheri" benutzt hat und benutzt, so tritt dem Verkehr auch nur dieses einheitliche Warenzeichen mit seiner auf dieser einheitlichen Gesamtwirkung beruhenden Herkunftsfunktion entgegen; die Bezeichnung "Cheri" erscheint nur als bloßer, unselbständiger Bestandteil der Gesamtkennzeichnung ohne eigene Herkunftshinweisfunktion. Eine solche Benutzung als bloßer, in der Gesamtkennzeichnung "Mon Cheri" untergeordneter Zeichenbestandteil enthält noch keine Benutzung des an sich selbständigen Warenzeichens "Cheri" unter Ausnutzung von dessen eigener, selbständiger Herkunftshinweisfunktion.

Das danach seit 1957 unbenutzte Zeichen "Cheri", das Bestandteil des Warenzeichens "Mon Cheri" ist und in dessen Verwechslungsbereich liegt, konnte daher vom Berufungsgericht ohne Rechtsfehler als Abwehrzeichen zugunsten des Hauptzeichens "Mon Cheri" gewertet werden. Daß dieses nach den Feststellungen des Berufungsgerichts berühmte Zeichen keiner Entwicklungshilfe mehr bedarf, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß ausgeführt. Bei dieser Sachlage stellt die Berufung auf das Abwehrzeichen "Cheri" zumindest einen Mißbrauch des formalen Zeichenrechts dar.

IV. 1. Bei seiner Entscheidung der geltend gemachten Klageansprüche aus dem Warenzeichen "Cherio" ist das Berufungsgericht von der Schutzfähigkeit dieses bislang unbenutzten Zeichens als Vorratszeichen ausgegangen. Gegen die Annahme eines bloßen Abwehrzeichens spreche der Umstand, daß das Zeichen "Mon Cheri" im Zeitpunkt der Anmeldung des Zeichens "Cherio" bereits keiner Entwicklungshilfe mehr bedurft habe. Es fehle auch jeder Anhaltspunkt dafür, daß die Klägerin zur Zeit der Anmeldung ihres "Cherio"-Zeichens bereits das Verletzungszeichen gekannt habe und dieses mit der Anmeldung habe zu Fall bringen wollen. Als Vorratszeichen sei das "Cherio"-Zeichen noch geschützt; die Klägerin sei ein größeres Unternehmen mit einem anzuerkennenden Bedürfnis, für neue Waren Zeichen bereitzuhalten. Demgegenüber habe die Beklagte einen fehlenden Benutzungswillen nicht nachweisen können. Diese Beurteilung greift die Revision als ihr günstig nicht an.

Das Berufungsgericht hat weiter das Vorliegen einer klanglichen Verwechslungsgefahr zwischen dem Klagezeichen

"cherio" und dem angegriffenen Zeichen "Cérisio" der Beklagten bejaht, da die Vokalfolge ("e-i-o" und "e-i-i-o") weitgehend ähnlich sei, ferner die Anfangsilben "Che" und "Ce" Ähnlichkeiten aufwiesen, zumal ein Teil der Verbraucher die Anfangssilbe von "Cérisio" wie "Tsche" aussprechen werde; schließlich seien die Silben "ri" und die Endbuchstaben "io" identisch; die Einfügung der Silbe "si" im Verletzungszeichen trage als wenig einprägsame und nur flüchtig ausgesprochene Zwischensilbe nicht hinreichend zur Unterscheidung bei. Auch diese Ausführungen werden von der Revision als ihr günstig nicht in Frage gestellt.

Die Revision wendet sich - im Ergebnis jedoch ohne Erfolg - dagegen, daß das Berufungsgericht bei dieser rechtlichen Beurteilung nur den Unterlassungsanspruch zugebilligt, dagegen die Ansprüche auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht abgewiesen hat.

2. Den Anspruch auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten hat das Berufungsgericht wegen eines fehlenden Feststellungsinteresses als unzulässig abgewiesen, da es an jeder Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts fehle. Mit dieser Beurteilung hat das Berufungsgericht die notwendige Unterscheidung zwischen der besonderen Prozeßvoraussetzung des nach § 256 ZPO erforderlichen Feststellungsinteresses und der sachlichen Begründetheit der Feststellungsklage verkannt. Das prozessuale Erfordernis des rechtlichen Interesses an der begehrten Feststellung ist lediglich die besondere Ausgestaltung des bei jeder Rechtsver-

folgung vorausgesetzten Rechtsschutzinteresses (vgl. BGHZ 18, 98, 106). Es ist regelmäßig gegeben, wenn eine tatsächliche Unsicherheit das behauptete Rechtsverhältnis gefährdet. Dagegen gehört die Frage, ob das behauptete Rechtsverhältnis besteht, zur sachlichen Begründetheit der Klage. Die rein prozessuale Zulässigkeit der Klageerhebung ist auch bei der Feststellungsklage nicht davon abhängig, ob die begehrte Feststellung materiellrechtlich getroffen werden kann, die Klage also sachlich begründet ist.

Das von der Klägerin behauptete und der beantragten Feststellung unterstellte Rechtsverhältnis ist insoweit die Schadensersatzpflicht der Beklagten aus einer Verletzung des Warenzeichens "Cherio" der Klägerin durch die Bezeichnung "Cérisio" der Beklagten. Da nur eine Feststellung der Schadensersatzpflicht dem Grunde nach verlangt wird, kommt es auf die Schadenshöhe nicht an (vgl. bereits die Vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts im Beschluß vom 28.6.1888, RGZ 21, 382 sowie die nachfolgende Rspr.). Doch setzt jede Schadensersatzverpflichtung auch sachlich die Entstehung eines Schadens voraus. Die Verpflichtung zum Schadensersatz ist daher nur dann begründet, wenn tatsächlich ein Schaden mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten steht (RG GRUR 32, 466, 468 - Naftalan -; 40, 114, 116 - Baupfähle -; BGH GRUR 59, 31, 33 - Feuerzeug als Werbebeschenk -; 60, 193, 196 - Frachtenrückvergütung -). Damit gehört aber die Wahrscheinlichkeit einer Schadensentstehung zur materiellen Klagebegründung; sie ist keine bloße Prozeßvoraussetzung (vgl. die vorbezeichnete Rspr.).

Das Berufungsgericht hat danach rechtsirrig das Feststellungsinteresse unter Hinweis auf die fehlende Schadenswahrscheinlichkeit abgelehnt. Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt ist jedoch das Interesse der Klägerin an einer alsbaldigen Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten zu bejahen. Zwar hätte die Klägerin auch die rechtliche Möglichkeit, im Wege der Stufenklage die Leistungsklage mit dem erhobenen Auskunftsanspruch zu verbinden. Indessen ist die Feststellungsklage trotz an sich möglicher Leistungsklage gegeben, wenn sie durch prozeßökonomische Erwägungen geboten ist (BGHZ 2, 250, 253; BGH GRUR 60, 193, 196 - Frachtenrückvergütung -). Das ist hier, wie im allgemeinen im gewerblichen Rechtsschutz, der Fall, da selbst nach erteilter Auskunft die Begründung des Schadensersatzanspruchs Schwierigkeiten bereitet und noch einer eingehenden tatsächlichen Prüfung bedarf, während die Feststellungsklage den Verletzten vor einer drohenden Verjährung schützt (BGH GRUR 60, 193, 196 - Frachtenrückvergütung - mit der Klarstellung der "Perglutan"-Entscheidung des BGH in GRUR 56, 93, 96).

3. Dagegen hat das Berufungsgericht die - zur materiellen Klagebegründung gehörende (oben Ziff. IV 2) - Wahrscheinlichkeit einer Schadensentstehung ohne Rechtsverstoß verneint. Es hat zwar einen künftigen Schaden durch Marktverwirrung für denkbar gehalten, ihn jedoch derzeit als nicht erkennbar bezeichnet, da das Klagezeichen "Cherio" ein unbenutztes Vorratszeichen sei; selbst wenn dieses Zeichen einmal in fernerer Zukunft benutzt werden sollte, sei nicht mehr damit zu rechnen, daß die dann der Vergangenheit angehörende Benutzung

des Verletzungszeichens "Cérisio" noch eine marktverwirrende Folge zu Lasten des Zeichens "Cherio" ausüben werde, zumal die Beklagte mit ihrem Verletzungszeichen nicht erheblich in den Verkehr getreten sei.

Für die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts reicht zwar dessen nur ungewisse Möglichkeit noch nicht aus (RG GRUR 32, 466,468 - Naphtalan -). Andererseits braucht aber die Entstehung eines Schadens weder für den gegenwärtigen Zeitpunkt noch für die Zukunft bereits endgültig feststehen. Es ist erforderlich, aber auch genügend, wenn nach den Erfahrungen des Lebens der Eintritt des Schadens in der Zukunft mit einiger Sicherheit zu erwarten steht (RGZ 97, 118,120; RG GRUR 42, 258,260 - Sämereiauslese -; BGH GRUR 54, 457,459 - Irus/Urus -). Das ist aber bei Kennzeichnungsverletzungen im allgemeinen der Fall; nach der Lebenserfahrung kann zumindest von einem Marktverwirrungsschaden ausgegangen werden, der sich daraus ergibt, daß das verletzte Zeichen durch die Benutzung des Verletzungszeichens in seiner Kennzeichnungskraft beeinträchtigt wird (BGH aaO). Dabei können, wie in der Rechtsprechung anerkannt ist (BGH aaO, ferner BGH GRUR 57, 222,223 - Sultan -; 68, 367,369 - Corrida -), grundsätzlich keine Bedenken daraus hergeleitet werden, daß das verletzte Zeichen derzeit und möglicherweise auch in unmittelbarer Zukunft nicht benutzt wird. Die Herkunftsfunktion des verletzten (unbenutzten) Zeichens kann gleichwohl durch das Auftreten eines verwechslungsfähigen Kennzeichens im geschäftlichen Verkehr in Mitleidenschaft gezogen und das Zeichen dadurch in seinem Wert gemindert werden (BGH aaO).

Das bedeutet jedoch nicht, daß bei einem verletzten, unbenutzten Zeichen stets ein Marktverwirrungsschaden zu bejahen wäre. Vielmehr kann im Einzelfall die Wahrscheinlichkeit einer solchen Schadensentstehung zu verneinen sein, wenn die Rechtsverletzung von so kurzer Dauer und so geringer Intensität war, daß von einer ernsthaften Verletzung der Interessen des Zeicheninhabers keine Rede sein kann (BGH GRUR 68, 367, 369 - Corrida -). In einem solchen Fall wird dann der Umstand von Bedeutung, daß das verletzte Klagezeichen bislang unbenutzt war. Bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, daß das bislang unbenutzte Zeichen in absehbarer Zukunft in Benutzung genommen wird, kann im allgemeinen nicht davon ausgegangen werden, daß eine zeitlich und sachlich verhältnismäßig geringfügige Verletzungshandlung auf die erst in ungewisser, weiter Zukunft erfolgende Ausnutzung der Herkunftsfunktion des verletzten Zeichens Einfluß gewinnen kann. Es gehört daher in solchen Fällen zur Wahrscheinlichkeit einer Schadensentstehung, daß das bislang unbenutzte, verletzte Zeichen in absehbarer Zeit tatsächlich in Benutzung genommen wird. Diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht gerecht geworden, wenn es festgestellt hat, daß es an Anhaltspunkten für das Bestehen einer Benutzung des Zeichens "Cherio" durch die Klägerin fehle und bei einer in fernerer Zukunft erfolgenden Zeichenbenutzung nicht mehr damit zu rechnen sei, daß die nicht erhebliche Verletzungshandlung noch eine marktverwirrende Folge zu Lasten des Zeichens "Cherio" haben werde.

Die Wahrscheinlichkeit eines Schadens kann zwar auch darin liegen, daß der Klägerin auf Grund der Verletzungshandlung und einer dadurch eingetretenen Beeinträchtigung der Kennzeichnungskraft ihres Warenzeichens dessen Verwertung durch eine entgeltliche Gebrauchsüberlassung, etwa anläßlich einer Lizenzfertigung erschwert worden ist (vgl. BGH GRUR 68, 367, 369 - Corrida -). Hierzu hat die Klägerin jedoch nichts in den Tatsacheninstanzen vorgetragen. Ihre Revisionsrüge geht insoweit allein dahin, das Berufungsgericht habe verkannt, daß die Verletzung auch eines nicht benutzten Zeichens in jedem Fall Schadensersatzansprüche auf der Grundlage der Lizenzanalogie auslöse. Damit übersieht jedoch die Revision, daß die sog. Lizenzanalogie nur als eine der drei möglichen Berechnungsarten für einen tatsächlich entstandenen Schaden anerkannt ist und keinen selbständigen Schadensgrund bildet (vgl. BGHZ 44, 372, 378, 380 - Meßmer Tee II -). Die Klägerin ist daher durch die Möglichkeit einer solchen Schadensberechnungsmethode noch nicht der Darlegung der Wahrscheinlichkeit einer tatsächlichen Schadensentstehung enthoben (vgl. Kroitzsch, Festschrift Hefermehl, 1971, S. 123, 130 ff).

V. Da das Berufungsurteil auch sonst keinen Rechtsfehler aufweist, war die Revision der Klägerin mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland

Alff

Sprenkmann

Merkel

v. Gamm