

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 76/72

URTEIL

Verkündet am

6. Juli 1973

Spengler,  
Justizangestellte

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

S [REDACTED], M [REDACTED], T [REDACTED] A [REDACTED]/I [REDACTED],  
La-G [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

K [REDACTED], Michael, Mü [REDACTED], H [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagter und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juli 1973 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Dr. Sprenkman, Dr. Merkel, Dr. Schönberg und Schwerdtfeger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Bayerischen Oberlandesgerichts München vom 13. April 1972 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Mit schriftlichem Vertrag vom 20. Januar 1969 räumte der Kläger dem Beklagten gegen Zahlung von 50.000,- DM das "ausschließliche Alleinverwertungsrecht" an dem Film "Israelischer Sechstagekrieg" für die Bundesrepublik Deutschland und Westberlin auf 10 Jahre ein.

Der Vertrag enthält u. a. folgende Bestimmungen:

"II.

Der Kaufpreis von DM 50.000,- ist wie folgt zu bezahlen:

- 3 -

|                                      |             |
|--------------------------------------|-------------|
| Nach Unterzeichnung dieses Vertrages | DM 15.000,- |
| am 15. Mai 1969                      | DM 10.000,- |
| am 15. Juni 1969                     | DM 10.000,- |
| am 15. Juli 1969                     | DM 15.000,- |

.....

### III.

Sollte der Käufer mit mindestens einer Rate drei Tage in Verzug sein, so fallen sämtliche Rechte aus diesem Vertrage an den Verkäufer wieder zurück und sind alle in unten angeführter Aufstellung aufgeführten Gegenstände (Ziffer IX) sowie etwaige weitere Kopien des Filmes oder sonstiges Werbematerial, welches mit dem Film in Zusammenhang, vom Käufer an den Verkäufer auszuhändigen.

Hierbei ist der Käufer insbesondere auch verpflichtet, die ausgeschnittenen Streifen, die bei einem etwaigen Schneiden des Filmes anfallen, zurückzugeben.

Der Käufer hat solche ausgeschnittenen Streifen bis zur Begleichung des vollen Kaufpreises von DM 50.000,- aufzuheben.

In diesem Falle des Verzuges hat der Verkäufer einen Anspruch auf die erste Rate von DM 15.000,- bzw. verbleiben diesem die bereits bezahlten DM 15.000,- der ersten Rate. Der Verkäufer verzichtet dann seinerseits auf die Zahlung der noch offenstehenden Summe aus diesem Vertrage, sobald der Käufer die in unten aufgeführter Aufstellung aufgeführten Gegenstände (Ziffer IX) sowie etwaige weitere Kopien des Filmes oder sonstiges Werbematerial, welches mit dem Film im Zusammenhang steht, in der Kanzlei von Rechtsanwalt Dr. Erich Sedlmaier, München 15, Bayerstraße 13/II gegen Empfangsbestätigung hinterlegt hat."

Der Beklagte bezahlte die erste Rate in Höhe von 15.000,- DM bei Vertragsabschluß. Außerdem wurde der Nettoerlös einer geschlossenen Vorstellung in Höhe von 1.338,04 DM auf den Kaufpreis verrechnet.



Mit Schreiben vom 28. März 1969 ließ der Beklagte dem Kläger im Hinblick auf behauptete Täuschungen vor Vertragsabschluß und angebliche Schlechterfüllung des Vertrages ein Vergleichsangebot unterbreiten, das der Kläger mit Schreiben vom 6. Juni 1969 ablehnen ließ. Am Ende des letztgenannten Schreibens heißt es:

"Ich habe nun Ihre Partei zu bitten, die bereits am 15.5.1969 fällig gewesene weitere Rate von DM 10.000,- und die am 15.6.1969 fällig werdende weitere Rate von DM 10.000,- bis spätestens 27. Juni 1969 gemäß den Vertragsbestimmungen auf mein Anderkonto Nr. 22 18 69/11 bei der D[REDACTED] Bank in M[REDACTED], P[REDACTED]platz zur Überweisung zu bringen.

Sollte Ihr Herr Mandant nicht gewillt sein, die fälligen Beträge bis zu dem genannten Zeitpunkt zu leisten, so tritt Ziffer III des abgeschlossenen Vertrages vom 20.1.1969 in Kraft, und Ihr Herr Mandant hat sämtliche auf Grund dieses Vertrages erhaltenen Gegenstände lt. Ziffer IX des Vertrages innerhalb von weiteren drei Tagen zu Händen meiner Kanzlei zurückzugeben."

Der Beklagte hat weder gezahlt noch die erhaltenen Gegenstände zurückgegeben.

Mit der am 5. Mai 1971 erhobenen Klage begehrt der Kläger die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des restlichen Nutzungsentgelts in Höhe von 33.661,96 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht hat durch Versäumnisurteil vom 8. Juni 1971 nach dem Klagantrag erkannt.

Gegen dieses Versäumnisurteil hat der Beklagte Einspruch eingelegt. Zur Begründung hat er ausgeführt, daß er seine Pflichten aus Nr. III des Vertrages erfüllt habe.

Er habe unter dem 26. Juni 1969 ein Schreiben an den Prozeßbevollmächtigten des Klägers abgesandt, in dem er angefragt habe, wohin er das Material gemäß den Nrn. III, IX des Vertrages senden solle. Hierauf habe der Kläger aber nicht geantwortet. Hilfsweise hat der Beklagte sich auf die Anfechtung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung berufen. Vorsorglich hat der Beklagte noch mit einer angeblichen Gegenforderung von 1.203,- DM (Kosten einer neuen Kopie, die er habe ziehen lassen müssen, weil die vom Kläger übergebene unbrauchbar gewesen sei), von 20.000,- DM (Aufwendungen für die Propagierung des Filmes) und von 15.000,- DM (Rückzahlung der ersten Rate) aufgerechnet.

Der Kläger hat erwidert, bei seinem Prozeßbevollmächtigten sei das Schreiben des Beklagten vom 26. Juni 1969 nicht eingegangen. Dieses Schreiben sei erst nachträglich im Hinblick auf den vorliegenden Rechtsstreit angefertigt worden.

Am 23. August 1971 wollte der Beklagte seiner Rückgabepflicht nach Ziffer III des Vertrages nachkommen, indem er verschiedene Gegenstände durch zwei Beauftragte in das Büro des Prozeßbevollmächtigten des Klägers bringen ließ. Dieser lehnte jedoch die Annahme im Hinblick auf die inzwischen verstrichene Zeit ab.

Das Landgericht hat das Versäumnisurteil aufrechterhalten.

Zur Begründung der von ihm eingelegten Berufung hat der Beklagte ferner vorgetragen: Da der Kläger das an dessen Prozeßbevollmächtigten gerichtete Schreiben des

Beklagten vom 26. Juni 1969 nicht beanstandet habe, habe der Kläger arglistig gehandelt, als er am 23. August 1971 die Annahme verweigerte. Hilfsweise rechnet der Beklagte mit Schadensersatzforderungen aus § 263 StGB, § 823 Abs. 2 BGB auf. Der Kläger habe nämlich bei den Vertragsverhandlungen wahrheitswidrig vorgespiegelt, daß überall ein starkes Interesse an dem Film "Israelischer Sechstagekrieg" bestehe und daß der Film von der Freiwilligen Selbstkontrolle bereits freigegeben worden sei. Der Kläger habe dem Beklagten als Filmmaterial einen Trailer vorgeführt, der im Gegensatz zum tatsächlichen Film Szenen enthalten habe, die im Film überhaupt nicht vorgekommen seien. Die im Film fehlenden Szenen seien aber die besten gewesen. Schließlich sei ihm vorgemacht worden, ihm würden einwandfreie Kopien übergeben, tatsächlich seien sie aber unbrauchbar gewesen, so daß der Beklagte eine neue Kopie habe anfertigen lassen müssen.

Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger den Antrag weiter, die Berufung des Beklagten gegen das Endurteil des Landgerichts zurückzuweisen. Der Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

#### Entscheidungsgründe

Es kann dahinstehen, ob unter den vom Berufungsgericht festgestellten Umständen das Verlangen des Klägers nach Zahlung des Restkaufpreises als rechtsmißbräuchlich anzusehen ist, wie der Beklagte geltend gemacht hat. Jeden-

Das Berufungsgericht, das das Landgerichtsurteil insoweit abgeändert hat, als es die Beklagte statt nach dem Hilfsantrag nach dem Hauptantrag zur Löschung verurteilt hat, sieht darin lediglich eine Klarstellung des wirklichen Inhalts der Urteilsformel des Landgerichts. Das Berufungsgericht bejaht schließlich auch das Verschulden der Beklagten und stellt deshalb die Schadenersatzpflicht der Beklagten fest - wie schon das Landgericht.

II. Die dagegen gerichtete Revision ist im wesentlichen unbegründet.

1. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht die Verwechslungsfähigkeit der Bezeichnungen Etimex und etirex bejaht. Es widerspricht nicht der Lebenserfahrung, wie die Revision meint, daß das Berufungsgericht die von der klanglichen und schriftbildlichen Übereinstimmung nahegelegte Verwechslungsfähigkeit nicht durch den Sinngehalt von eti-rex als "Etiketten-König" als aufgehoben angesehen hat. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die beteiligten Verkehrskreise etirex ganz überwiegend als Fantasiebezeichnung ohne eigenen Sinngehalt ansehen und daß kaum einer der Angesprochenen auf den Gedanken kommen werde, daß es Etikettier-König bedeuten solle, ist zumindest insoweit nicht rechtsfehlerhaft, als darin auch die Feststellung enthalten ist, daß jedenfalls ein nicht unerheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise einen solchen Sinngehalt nicht ohne weiteres erkennen wird. Dies gilt auch dann, wenn man mit der Revision davon ausgeht, daß die Silbe eti im Zusammenhang mit dem Angebot von Etikettier- bzw. Preisauszeichnungsgeräten vielfach als Hinweis auf Etiketten verstanden werden wird.

2. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht auch den Einwand der Beklagten verworfen, die Tätig-

keitsbereiche der Parteien lägen so weit auseinander, daß der Verkehr trotz der Verwechslungsfähigkeit der Firmenbezeichnungen die Unternehmen nicht verwechseln werde. Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß die Verwechslungsgefahr einerseits weder ein Wettbewerbsverhältnis noch Warengleichartigkeit voraussetzt, andererseits aber doch ausgeschlossen sein kann, wenn die Tätigkeitsbereiche so weit voneinander entfernt sind, daß der Verkehr trotz der Ähnlichkeit der Bezeichnungen nicht mehr auf die Identität der Unternehmen oder auf rechtliche oder wirtschaftliche Verbindungen zwischen ihnen schließt. Es hat auch die dazu in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aufgestellten Grundsätze über die mögliche Wechselwirkung zwischen dem Grad der Ähnlichkeit der Bezeichnungen und dem Grad der Branchenverschiedenheit nicht außer acht gelassen (vgl. BGH GRUR 1959, 484 - Condux; 1965, 540 - Hudson; 1966, 267 - White Horse). Die Revision will für die Frage der wirtschaftlichen Nähe oder Ferne maßgeblich auf den Verwendungszweck der Produkte abgehoben sehen und meint, Kunststoffbeutel, Tuben und Säcke seien als Verpackungsmittel von Preisauszeichnungsgeräten grundsätzlich verschieden, weil letztere mit der Verpackung von Waren schlechthin nichts zu tun hätten. Aber auch wenn man dem folgen will, mußte das Berufungsgericht deshalb nicht die relevante Warennähe verneinen. Denn für diese ist es nicht entscheidend, ob die Waren fabrikationstechnisch oder nach ihrer Funktion verschieden sind. Zwar können dies Anhaltspunkte für die Beurteilung sein, maßgeblich ist aber letztlich die Auffassung der Verkehrskreise, an die sich die Parteien wenden, hier also nach den Feststellungen

Aus dem Umstand, daß der Beklagte die beiden Raten nicht fristgemäß bis zum 27. Juni 1969 gezahlt hatte, war für den Kläger ersichtlich, daß dieser die Filmauswertungsrechte nicht mehr ausüben wollte. Einer ausdrücklichen Erklärung dieses Inhalts seitens des Beklagten bedurfte es nach dem Vertrage nicht.

Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Besprechung, in der der Beklagte die Rückgabe des Materials mit der Begründung verweigert habe, er müsse das von ihm für die Propagierung des Films aufgewandte Geld erst noch herausspielen, habe vor dem 29. Mai 1969 stattgefunden, ist entgegen der Rüge der Revision verfahrensrechtlich nicht zu beanstanden. Sie beruht nach dem Zusammenhalt der Entscheidungsgründe (BU 10) auf dem übereinstimmenden Sachvortrag der Parteien in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht. Ein Antrag, diese tatsächliche Feststellung zu berichtigen, ist nicht gestellt worden. Ist das Berufungsgericht aber verfahrensrechtlich unangreifbar davon ausgegangen, die Besprechung habe vor dem 29. Mai 1969 stattgefunden, so hätte es auf den im zweiten Rechtszug erfolgten Vortrag des Klägers, die Besprechung habe nach dem angeblichen Schreiben des Beklagten vom 26. Juni 1969 stattgefunden, nicht mehr einzugehen brauchen. Wenn es gleichwohl ausführt (BU 11), der Kläger habe nicht im einzelnen vorgetragen, wann und unter welchen Umständen der Beklagte sich - was er bestritten habe - auch noch nach dem 27. Juni 1969 geweigert haben solle, das Filmmaterial herauszugeben, auch fehle es an einem Beweisantritt dafür, daß dies nach dem 27. Juni 1969 geschehen sein solle, so liegt hierin kein Verfahrensverstoß. Denn auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe verfahrenswidrig

das diesbezügliche Vorbringen des Klägers in beiden Rechtszügen nicht im Zusammenhang gewürdigt, hat keinen Erfolg. Zwar hatte der Kläger im ersten Rechtszug, jedoch ohne einen Zeitpunkt für das Stattfinden der Besprechung anzugeben, für deren Inhalt Zeugenbeweis angetreten (Schrifts. v. 22. September 1971 S. 2 f). Für die im zweiten Rechtszug aufgestellte Behauptung, die Besprechung habe erst nach dem angeblichen Schreiben des Beklagten vom 26. Juni 1969 stattgefunden, hat der Kläger jedoch keinen Beweis angetreten (Schrifts. s. 28. Februar 1972 S. 4). Bei dieser Sachlage hat aber für das Berufungsgericht kein Anlaß bestanden, von sich aus den Beweisantritt für den Inhalt der Besprechung auch auf den Zeitpunkt ihres Stattfindens zu beziehen. Ob das Berufungsgericht im Rahmen der ihm nach § 139 ZPO obliegenden Aufklärungspflicht den Kläger hätte befragen müssen, ob sich der Beweisantritt für den Inhalt der Besprechung auch auf deren Zeitpunkt beziehen sollte, kann dahinstehen. Denn die Revision hat nicht vorgetragen, der Kläger würde eine entsprechende Frage des Gerichts bejaht haben.

Somit hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, der Beklagte habe dem Kläger nach dem 27. Juni 1969 keinen Anhalt dafür gegeben, daß er den Film weiter auswerten wolle.

Bestand aber für den Kläger trotz der Nichtrückgabe des Materials keine Ungewißheit darüber, ob der Beklagte den Film weiter auswerten wollte, sondern war für ihn infolge der Nichtzahlung der Kaufpreistraten ersichtlich, daß der Beklagte an einer weiteren Filmauswertung nicht interessiert war, so entstand durch die Verzögerung der

auch dies als unzureichenden Sachvortrag behandelt hat. Es kann offenbleiben, ob und inwieweit die vorherige Einholung von Rechtsrat die Partei vom Vorwurf der Fahrlässigkeit befreien könnte, jedenfalls müßte der Sachvortrag aber erkennen lassen, ob der Rat bei einer unabhängigen fachlichen Autorität eingeholt worden ist und zu welchem Ergebnis die Begutachtung im einzelnen geführt hat. Dies darzulegen ist Sache der Partei, die sich so entlasten will. Eine Verletzung der Fragepflicht durch das Berufungsgericht, wie sie die Revision hier rügt, scheidet schon deshalb aus, weil die Beklagte schon vom Landgericht auf die Mängel ihres Vortrages hingewiesen worden ist.

IV. Mit Erfolg rügt es die Revision jedoch, daß das Berufungsgericht die Beklagte nach dem Hauptantrag zur Löschung der vollen Firma verurteilt hat, statt es bei der Verurteilung zur Löschung des Firmenbestandteils etirex zu belassen. Das Berufungsgericht begründet diese von ihm als Klarstellung bezeichnete Abänderung zu Unrecht mit der Erwägung, daß der Hilfsantrag weitergehe als der Hauptantrag, das Landgericht aber inhaltlich nur dem weniger weitgehenden Hauptantrag habe stattgeben wollen. Es entnimmt dies der Formulierung des Landgerichts, es sei ausreichend, daß die Beklagte den Firmenbestandteil löschen lasse. Zu Recht hat aber das Landgericht den Hauptantrag als den weitergehenden angesehen, denn die Löschung der vollen Firma ist ein weitergehender Eingriff in die Rechtsstellung der Beklagten als die Löschung des Firmenbestandteils. Das Berufungsgericht beachtet nicht, daß es sich um einen Löschungs- nicht aber um einen Unterlassungsantrag handelt. Bei letzterem ist es zwar richtig, daß das Verbot des Bestandteils weitergeht als das der vollen

Firma, weil es die Verwendung auch in jeder anderen Kombination ausschließt. Dagegen steht eine Verurteilung zur Löschung eines Firmenbestandteils der Eintragung und Verwendung dieses Bestandteils innerhalb einer anderen Kombination nicht zwingend entgegen. Der Antrag auf Löschung der vollen Firma geht deshalb weiter als der auf die Löschung eines Firmenbestandteils gerichtete, weshalb für eine "Klarstellung" hier kein Raum war. Die weitere Frage, ob das Landgericht dem Hauptantrag etwa als sachlich begründet hätte stattgeben und sein Urteil deshalb hätte geändert werden müssen, durfte das Berufungsgericht nicht entscheiden, weil das nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens war (§§ 536, 308 ZPO). Nachdem das Landgericht in Ziffer 1 und 4 den Hauptantrag zu 1 abgewiesen und die Beklagte ausdrücklich nach dem Hilfsantrag verurteilt hatte, hat die Klägerin gegen die teilweise Abweisung zwar Anschlußberufung eingelegt, diese jedoch ausdrücklich nicht gegen die Abweisung des Hauptanspruchs, sondern allein gegen die Auferlegung eines Teils der Kosten gerichtet. Angesichts dieser eindeutigen Prozeßerklärungen bestand für das Berufungsgericht keine Möglichkeit, insoweit die Entscheidung des Landgerichts abzuändern, ohne gegen § 536 zu verstoßen.

V. Dagegen ist die Entscheidung des Berufungsgerichts, der Beklagten die gesamten Kosten der ersten Instanz aufzuerlegen, rechtlich nicht zu beanstanden. Eine andere Kostenentscheidung war auch durch das - formelle - Teilunterliegen in der ersten Instanz nicht geboten, weil § 92 Abs. 2 ZPO entsprechend anzuwenden war. Diese Vorschrift gestattet es, einer Partei die gesamten Kosten aufzuerlegen, wenn die Zuvielforderung der anderen Partei

hinsichtlich seiner Rückgabepflicht in Verzug gesetzt worden wäre. Da es, wie bereits dargelegt, am Nachweis einer Mahnung fehlt, scheidet diese Rechtsgrundlage für den Klaganspruch aus. Abgesehen hiervon handelt es sich insoweit bei den Ausführungen der Revision zum Schadenseintritt um neues tatsächliches Vorbringen, das in der Revisionsinstanz keine Berücksichtigung finden kann.

Da die Revision des Klägers nach alledem nicht gerechtfertigt ist, ist sie mit der Kostenfolge aus § 97 Absatz 1 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Krüger-Nieland

Sprenkman

Merkel

Schönberg

Schwerdtfeger