

24

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

WZG § 11 Abs. 1 Nr. 2; UWG § 16

Z a m e k II

- a) Wenn der Inhaber eines neu eingetragenen Warenzeichens eine in dessen Warenverzeichnis aufgeführte Ware schon vorher lange Jahre im Warenverzeichnis einer fast identischen älteren Marke aufgeführt hat, ohne sie herzustellen und in den Verkehr zu bringen, ist dies jedenfalls dann ein Beweisanzeichen dafür, daß er die Ware auch nach der Neueintragung nicht ernstlich in sein Produktions- und Vertriebsprogramm aufnehmen will, wenn seit der Neueintragung wiederum mehrere Jahre verstrichen sind.
- b) Läßt der Inhaber eines stark durchgesetzten, mit seinem Firmenschlagwort identischen Warenzeichens dieses neu für eine Ware eintragen, die er bislang nicht vertrieben hat, die jedoch im Gleichartigkeitsbereich seiner früheren Warenzeicheneintragungen liegt, so ist im Wege der Interessenabwägung zu ermitteln, ob ein Mitbewerber, der die fragliche Ware unter einer verwechslungsfähigen, jedoch jüngeren Firma bereits führt, die Löschung des Warenzeichens für dieses Warengbiet verlangen kann.

BGH, Urt. v. 26. März 1971 - I ZR 84/69 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 84/69

URTEIL

Verkündet am

26. März 1971

Z u g ,

Justizangestellter

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

1. der Firma Max Z [REDACTED], Kommanditgesellschaft,
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesell-
schafter, den Kaufmann Max Z [REDACTED],
2. der Firma Z [REDACTED]-I [REDACTED] & Co. KG, vertreten durch ihre
persönlich haftende Gesellschafterin, die Kauffrau
Hertha Z [REDACTED]-L [REDACTED],
beide: H [REDACTED]-A [REDACTED], E [REDACTED] Straße [REDACTED],

Klägerinnen und Revisions-
klägerinnen,

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

gegen

1. die Kommanditgesellschaft in Firma Bernhard Z [REDACTED] KG,
Nährmittelfabrik in D [REDACTED]-R [REDACTED], C [REDACTED]
Straße [REDACTED], vertreten durch den persönlich haftenden
Gesellschafter Günther Z [REDACTED],
2. die Z [REDACTED]-Gesellschaft mit beschränkter Haftung, vertreten
durch ihren Geschäftsführer Günther Z [REDACTED], D [REDACTED]-
R [REDACTED], C [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Februar 1971 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Alff, Dr. Merkel, Dr. Schönberg und Dr. Frhr. v. Gamm

für Recht erkannt:

Unter Zurückweisung der Revision im übrigen wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 22. Mai 1969 teilweise aufgehoben. Auf die Berufung der Klägerinnen wird das Urteil der 15. Zivilkammer des Landgerichts Hamburg vom 10. Juli 1968 teilweise abgeändert und wie folgt neu gefaßt:

1. Die Beklagte zu 1 wird verurteilt, darin einzuwilligen, daß
 - a) das zu ihren Gunsten in der Warenzeichenrolle des Deutschen Patentamts unter Nr. 697 060 eingetragene Warenzeichen insoweit gelöscht wird, als es für Glutaminsäure, Backpulver, Speiseeispulver, Vanillezucker und Vanillinzucker eingetragen ist,
 - b) das zu Gunsten der Beklagten zu 1 unter Nr. 808 467 in der Warenzeichenrolle des Deutschen Patentamts eingetragene Warenzeichen insoweit gelöscht wird, als es für Geschmacksstoffe und Essenzen für Back- und Kochzwecke, Fleisch- und Hefeextrakte, diätetische Nahrungsmittel, Back- und Speiseeispulver eingetragen ist,
 - c) das zu Gunsten der Beklagten zu 1 in der Warenzeichenrolle des Deutschen Patentamts unter Nr. 549 478 eingetragene Warenzeichen insoweit gelöscht wird, als es für Backaromen, alkoholische Essenzen für Backzwecke, Backhefe, Backpulver, Vanillinzucker und Backtriebmittel eingetragen ist;



2. die Beklagte zu 2 wird verurteilt, darin einzuwilligen, daß das zu ihren Gunsten in der Warenzeichenrolle des Deutschen Patentamts unter Nr. 759 574 eingetragene Warenzeichen insoweit gelöscht wird, als es für Teigwaren und Getreidekörner sowie Hülsenfrüchte für Nahrungszwecke eingetragen ist.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagten 2/5, die Klägerinnen 3/5.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Gebiet der Herstellung und des Vertriebs von Lebensmittelerzeugnissen. Die Klägerin zu 1 stellt hauptsächlich Salate, Mayonnaisen und Fischkonserven her, daneben Fleisch- und Gemüsekonserven. Dagegen stellen die Beklagten insbesondere in großem Umfang Suppen- und Soßenerzeugnisse her und vertreiben auch Ragout fin in Dosen und gehackte Petersilie in Blechtrommeln. In ihren Firmen führen Klägerinnen wie Beklagte den Familiennamen Zamek, den die Klägerinnen von Max Zamek, die Beklagten von dessen inzwischen verstorbenem Bruder Bernhard Zamek ableiten. Während Bernhard Zamek die Rechtsvorgängerin der Beklagten zu 1 im Jahre 1932 gründete, nahm Max Zamek, der aus Danzig stammt, die Produktion von Nahrungsmitteln nach dem zweiten Weltkrieg in Hamburg auf und gründete 1952 die Klägerin zu 2, die damals Max Zamek KG firmierte. Als die Klägerin zu 2 ebenfalls die Produktion von Suppen aufnehmen wollte, kam es zu einem Rechtsstreit mit der Beklagten zu 1, der durch Urteil des Bundesgerichtshofs (GRUR 1960, 33 ff) dahin entschieden wurde, daß der Firma Max Zamek verboten wurde,

beim Vertrieb von Suppen den Namen Max Zamek schlagwortartig herauszustellen, bzw. unter dieser Firma ohne Unterscheidungskräftige Zusätze Suppen herzustellen und zu vertreiben. Dementsprechend firmierte die Max Zamek KG in Zamek-Lemke & Co. KG um, die jetzige Klägerin zu 2, die das Suppengeschäft fortführte. Den übrigen Geschäftszweig (Salate, Mayonnaisen, Fischerzeugnisse, daneben Fleisch- und Gemüsekonserven) übernahm als Neugründung die Klägerin zu 1, die jetzige Max Zamek KG. Diese Firma vertrieb die teils von ihr hergestellten, teils anderweit bezogenen Fleisch- und Gemüsekonserven teils in neutralen Packungen, teils unter ihrem Warenzeichen "Feinkost Z"; auf den Rechnungen, teils auf den Kartonetiketten sowie auf dem Lieferwagen erschien die Firma Max Zamek KG. Die Klägerinnen haben behauptet, in den Jahren von 1961 bis 1966 für 1,1 Million DM Gemüsekonserven und für rund 376.000 DM Fleischkonserven umgesetzt zu haben.

Für die Beklagte zu 1 sind im Warenzeichenregister beim Deutschen Patentamt eine Reihe von Warenzeichen eingetragen, deren kennzeichnender Bestandteil der Name "Zamek" ist. In dem Warenverzeichnis der älteren Warenzeichen Nr. 549 478, eingetragen am 26. September 1942 ("Zamek" in weißer gotischer Schrift auf dunklem Grund), und Nr. 697 060 (gleiche Form), eingetragen am 12. November 1956, sind neben Suppen- und Soßenerzeugnissen die weiteren in den Klageanträgen aufgeführten Waren genannt, nicht jedoch Fleisch- und Gemüsekonserven.

Am 19. August 1965 wurde für die Beklagte zu 1 das Warenzeichen Nr. 808 467 Wortzeichen "Zamek" (in Antiquaschrift) eingetragen. Am 10. Februar 1966 wurde für die Beklagte zu 1 das Warenzeichen Nr. 815 816 eingetragen.

Dieses Warenzeichen enthält gleichfalls den Namen Zamek und wurde auch farbig erteilt. Die Warenverzeichnisse beider Warenzeichen enthalten unter anderem auch die Waren Fleisch- und Gemüsekonserven, das Warenzeichen Nr. 808 467 enthielt weiterhin die Ware Fischkonserven. Die Klägerinnen sahen dadurch ihre Firmenrechte beim Vertrieb solcher Konserven bedroht und reichten Löschungsklage nach Maßgabe der - soweit für das Revisionsverfahren noch erheblich - nachstehend wiedergegebenen Klageanträge ein, in die sie auch weitere Waren einbezogen, deren Löschung sie gemäß § 11 Abs. 1 Ziff. 2 WZG forderten (Backpulver etc.). Nach Einreichung, aber vor Zustellung der Klage, wurde die Ware Fischkonserven im Warenverzeichnis des Warenzeichens Nr. 808 467 gelöscht. Insoweit erklärten die Klägerinnen die Klage für erledigt, während die Beklagten der Erledigungserklärung widersprachen. Das Landgericht hat der Klage teilweise stattgegeben; insoweit ist das Urteil rechtskräftig. Den abgewiesenen Teil der Anträge, darunter auch die bezüglich der Fleisch- und Gemüsekonserven, haben die Klägerinnen mit der Berufung weiterverfolgt. Insoweit haben sie beantragt,

1. die Beklagte zu 1 zu verurteilen, darin einzuwilligen, daß
 - a) das zu ihren Gunsten in der Warenzeichenrolle des Bundespatentamts unter Nr. 697 060 eingetragene Warenzeichen insoweit gelöscht wird, als es für Glutamat eingetragen ist;
 - b) das zu Gunsten der Beklagten zu 1 unter Nr. 808 467 in der Warenzeichenrolle des Bundespatentamts eingetragene Warenzeichen insoweit gelöscht wird, als es für Geschmacks-

stoffe und Essenzen für Back- und Kochzwecke, Fleisch- und Hefeextrakte, diätetische Nahrungsmittel, Back-, Pudding- und Speiseeispulver, Fleisch- und Gemüsekonserven eingetragen ist;

c)

d) das zu Gunsten der Beklagten zu 1 in der Warenzeichenrolle bei dem Bundespatentamt unter Nr. 815 816 eingetragene Warenzeichen insoweit gelöscht wird, als es für Fleisch- und Gemüsekonserven eingetragen ist;

2. die Beklagte zu 2 zu verurteilen, darin einzuwilligen, daß das zu ihren Gunsten in der Warenzeichenrolle des Bundespatentamts unter Nr. 759 547 eingetragene Warenzeichen insoweit gelöscht wird, als es für Fleisch- und Gemüsekonserven eingetragen ist.

Die Beklagten haben sich, soweit § 11 Abs. 1 Ziff. 2 WZG in Rede steht, gegen die Behauptung der Klägerinnen gewandt, sie hätten nicht ernstlich die Absicht, diese Waren zu führen. Sie haben bestritten, daß die Klägerinnen in größerem Umfang unter schlagwortartiger Herausstellung des Namens Zamek Fleisch- und Gemüsekonserven vertrieben hätten und daß sie einen schutzwürdigen Besitzstand hätten. Die Beklagte zu 2 führe mit dem Vertrieb von Ragout fin und Petersilie Fleisch- und Gemüsekonserven. Im übrigen haben sie sich auf ihre zeichenrechtliche Position berufen.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgen die Klägerinnen ihre Anträge weiter. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I. Aus dem Warenverzeichnis des am 12. November 1956 eingetragenen Warenzeichens Nr. 697 060 (Wort-Bildzeichen Zamek mit weißer Schrift auf dunklem Grund) ist nach der rechtskräftigen Verurteilung durch das Landgericht allein noch die Löschung der Ware Glutamat im Streit. Soweit dieser Anspruch auf § 11 Abs. 1 Ziff. 2 WZG gestützt wurde, hat ihn das Berufungsgericht mit der Begründung versagt, Glutamat sei in der von der Beklagten zu 1 vorgelegten Großküchen-Preisliste aus dem Jahre 1966 enthalten und die Klägerinnen hätten nicht vorgetragen, daß die Beklagte zu 1 entgegen dieser Liste Glutamat tatsächlich nicht führe. Die Revision rügt dazu Übergehung ihres Beweisantrages gemäß Schriftsatz vom 10. Juni 1968 S. 3, mit dem sie unter Zeugenbeweis gestellt hatte, Glutamat werde von den Beklagten unbeschadet der Großküchen-Preisliste nicht unter dem Namen Zamek verkauft, sondern durch eine Firma Dr. Lange unter deren Namen. Die Rüge ist unbegründet, weil dieser Beweisantrag nicht entscheidungserheblich ist. Der auf Nichtbenutzung für eingetragene Waren gestützte Löschungsanspruch des § 11 Abs. 1 Ziff. 2 WZG greift nicht ein, wenn die eingetragene Ware vom Zeicheninhaber tatsächlich geführt wird, mag er sie auch nicht unter dem Warenzeichen vertreiben, in dessen Warenverzeichnis die Ware aufgeführt ist (vgl. BGH GRUR 1957, 126 - Troika). Im Streitfall wollen die Klägerinnen offenbar nicht bestreiten, daß die Beklagte zu 1 Glutamat herstellt. Sie haben lediglich unter Beweis gestellt, daß die Beklagte Glutamat nicht unter dem Zeichen "Zamek", sondern unter der Firma Dr. Lange in den Verkehr bringt. Da es darauf nicht ankommt, liegt in der Übergehung des Beweisantrages kein Verstoß gegen § 286 ZPO.

Das Berufungsgericht hat auch geprüft, ob die Eintragung oder der Vertrieb von Glutamat unter dem Warenzeichen Zamek die Klägerinnen in deren Namens- oder Firmenrechten verletzte. Es verneint dies im wesentlichen mit der Begründung, die Klägerinnen könnten gegenüber den zeitlich vorrangigen Zeichen- und Firmenrechten der Beklagten allenfalls durchdringen, wenn sie für die Benutzung ihrer Firmen im Handel mit Glutamat einen schutzwürdigen Besitzstand erworben hätten. Daran fehle es aber, weil die Klägerinnen Glutamat weder herstellten noch vertrieben. Die Revision rügt, damit würde der Begriff des schutzwürdigen Besitzstandes zu eng gefaßt. Besitzstände könnten für einzelne Waren eines Geschäftsbetriebes, der eine Vielzahl von Waren führe, nicht sicher festgestellt werden. Deshalb müsse gefragt werden, wo die Grenzen des Gesamtassortiments lägen und ob die Ware Glutamat sich in das Produktionsprogramm der einen oder anderen Prozeßpartei einfüge. Das Berufungsgericht habe insoweit seine Aufklärungspflicht verletzt, denn sie, die Klägerinnen, hätten bei entsprechender Befragung unter Angebot eines Sachverständigengutachtens vorgetragen, daß Glutamat ohne weiteres zum Sortiment der Klägerin zu 1 gehöre.

Diese Rügen sind schon deshalb unbegründet, weil Glutamat, das nach dem Akteninhalt als ein Wirkstoff zur Geschmacksverbesserung angeboten wird, jedenfalls auch zum Sortiment der Beklagten gehört, die ausweislich der Großküchen-Preisliste neben Glutamat Suppenwürzen ("Original"- und "Spezial"-Würzen), "Pro Pur Streuwürzmittel" ("zur Geschmacksabrundung aller Speisen") und Suppengrün führt und auch in der Einzelhandelspreisliste "Original-Suppenwürze" in Kunststoffkanistern und in Tischflaschen

anbietet. Bei dieser Sachlage und nachdem die Klägerinnen Glutamat überhaupt nicht führen, könnte der Tatsache, daß Glutamat sich etwa auch in das Sortiment der Klägerinnen zwanglos einfügen würde, unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt Bedeutung zukommen. Es kann deshalb hier dahingestellt bleiben, welche Bedeutung einem Besitzstand in diesem Zusammenhang überhaupt beizumessen wäre und ob der Begriff des schutzwürdigen Besitzstandes unter Umständen auf ein ganzes Sortiment bezogen werden müßte.

II. Aus dem - umfassenderen - Warenverzeichnis des am 19. August 1965 für die Beklagte zu 1 eingetragenen Warenzeichens Nr. 808 467 - Wortzeichen "Zamek" in Antiquaschrift - begehren die Klägerinnen Streichung der Waren

"Geschmacksstoffe und Essenzen für Back- und Kochzwecke, Fleisch- und Hefeextrakte, diätetische Nahrungsmittel, Back-, Pudding- und Speiseeispulver, Fleisch- und Gemüsekonserven".

Sie berufen sich darauf, daß die Beklagten diese Waren nicht führen und auch nicht die Absicht hätten, sie zu führen, ferner daß sie, die Klägerinnen, für die Benutzung des Namens Zamek beim Vertrieb von Fleisch- und Gemüsekonserven einen schutzwürdigen Besitzstand erworben hätten.

Das Berufungsgericht verneint insoweit Löschungsansprüche aus § 11 Abs. 1 Ziff. 2 WZG mit der Begründung, es könne angesichts des nur dreijährigen Abstandes zwischen der Eintragung dieses Zeichens und der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht nicht davon ausgegangen

werden, daß die Beklagte zu 1 die aufgeführten Waren nicht innerhalb angemessener Zeit in ihr Produktionsprogramm aufnehmen werde. Damit knüpft das Berufungsgericht an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an, wonach der auf die Löschung von Waren aus dem Warenverzeichnis gerichtete Anspruch nicht schon dann gegeben ist, wenn die eingetragenen Waren zur Zeit der Eintragung tatsächlich nicht geführt werden, sondern daß dem Zeicheninhaber, wenn er nur den ernstlichen Willen hat, die Waren demnächst zu führen, eine angemessene Zeitspanne einzuräumen ist, innerhalb deren er die Waren in den Vertrieb aufnehmen kann, ohne sich dem Lösungsanspruch auszusetzen (vgl. BGH GRUR 1959, 25 - Triumph; 1965, 8691 - Schwarzer Kater). Ein Zeitraum von drei Jahren, wie er hier bis zum Berufungsurteil vergangen ist, liegt dabei innerhalb der als angemessen anzusehenden Frist, wie den Ausführungen des oben angegebenen Urteils zu entnehmen ist. Diese Grundsätze stellt die Revision auch nicht infrage, rügt aber, daß das Berufungsgericht nicht berücksichtigt habe, daß die Beklagte zu 1 die vorgenannten Waren - außer Puddingpulver und Fleisch- und Gemüsekonserven - bereits im Warenverzeichnis ihrer am 26. September 1942 und am 12. November 1956 eingetragenen gleichlautenden Zamek-Warenzeichen Nr. 549 478 und 697 060 aufgeführt habe, ohne diese Waren aber geführt zu haben. Diese Zeitspannen müßten bei der Beurteilung, ob der Vertrieb innerhalb angemessener Zeit aufgenommen worden sei, mitberücksichtigt werden.

Das Berufungsgericht hat das mit der Begründung abgelehnt, im Rahmen des § 11 Abs. 1 Ziff. 2 WZG seien die Warenverzeichnisse verschiedener Zeichen grundsätzlich einer gesonderten Beurteilung zu unterziehen; da sämtliche

Waren im Produktionsbereich der Beklagten zu 1 lägen, könne im August 1965 und in der Folgezeit durchaus die Absicht bestanden haben, auf Grund veränderter Marktlage oder Rentabilität diese Erzeugnisse wieder in das Produktionsprogramm der Beklagten aufzunehmen und die Klägerinnen hätten keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, daß die Beklagte zu 1 nicht die Absicht oder Möglichkeit habe, diese Waren in ihr Produktionsprogramm aufzunehmen.

Diese Ausführungen greift die Revision mit Erfolg an. Allerdings ist es richtig, daß im Rahmen des § 11 Abs. 1 Ziff. 2 WZG jedes Warenzeichen und die dazu eingetragene Ware rechtlich gesondert darauf zu überprüfen ist, ob die Benutzung der eingetragenen Waren in angemessener Zeit aufgenommen worden ist oder ob ein ernstlicher Benutzungswille besteht, der in angemessener Zeit zum Erfolg führen wird. Es verbietet sich deshalb eine mechanische Anrechnung der Zeit der früheren Eintragung solcher Waren auf die spätere gleichlautende Eintragung. Gleichwohl kann eine solche frühere Eintragung bei der Beurteilung nicht völlig außer Betracht bleiben; denn wenn der Inhaber eines neu eingetragenen Zeichens eine in dessen Warenverzeichnis aufgeführte Ware schon vorher lange Jahre im Warenverzeichnis einer fast identischen älteren Marke aufgeführt hat, ohne sie herzustellen und in den Verkehr zu bringen, ist dies jedenfalls dann ein Beweisanzeichen dafür, daß er die Ware auch nach der Neueintragung nicht ernstlich in sein Produktions- und Vertriebsprogramm aufnehmen will, wenn seit der Neueintragung wiederum, wie hier, mehrere Jahre verstrichen sind. In einem solchen Falle ist es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht Sache des Löschungsklägers, sondern

des Zeicheninhabers, durch geeigneten Tatsachenvortrag darzutun, daß er ernstlich beabsichtigt, die Ware demnächst zu führen und daß er diese Absicht in absehbarer Zeitverwirklichen wird. Diese Beurteilung steht im Einklang mit der oben angegebenen Rechtsprechung (vgl. aaO - Schwarzer Kater), wonach für die Beurteilung der angemessenen Zeit auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen ist; sie steht auch nicht im Widerspruch zu § 11 Abs. 1 Ziff. 4 WZG, wenn dort dem Zeicheninhaber die Beweislast für die Unzumutbarkeit der Benutzungsaufnahme erst nach Ablauf von fünf Jahren nach der Eintragung auferlegt wird. Denn diese Regelung geht ersichtlich davon aus, daß das Zeichen erstmalig für die verzeichnete Ware eingetragen ist.

Das Berufungsgericht hätte deshalb die Eintragung der Waren "Backaromen, alkoholische Essenzen für Backzwecke" im Warenverzeichnis des Zeichens Nr. 549 478 und der Waren "Fleisch- und Hefeextrakte, diätetische Nährmittel sowie Back- und Speiseeispulver" im Warenverzeichnis des Zeichens Nr. 679 060 berücksichtigen und gemäß § 11 Abs. 1 Ziff. 2 WZG dem Antrag auf Löschung der Waren "Geschmacksstoffe und Essenzen für Back- und Kochzwecke, Fleisch- und Hefeextrakte, diätetische Nährmittel, Back- und Speiseeispulver" stattgeben müssen, da die Beklagten nicht konkret dargetan haben, daß sie diese Waren in absehbarer Zeit aufnehmen werden, sich auch der Verurteilung zur Löschung dieser Waren aus den Verzeichnissen der Warenzeichen Nr. 549 478 und Nr. 697 060 gebeugt haben. Dagegen ist die Revision zurückzuweisen, soweit die Klägerinnen damit auch den Löschungsanspruch bezüglich Puddingpulver weiterverfolgen, denn diese Ware führt die Beklagte zu 1 nach den von der Revision insoweit nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts.

2. Der Löschungsantrag zum Warenverzeichnis des Warenzeichens Nr. 808 467 erstreckt sich schließlich noch auf die Waren "Fleisch- und Gemüsekonserven". Diese sind in den Warenverzeichnissen der älteren Zeichen Nr. 549 478 und Nr. 697 060 nicht enthalten, mithin bei Schluß der mündlichen Verhandlung erst etwa drei Jahre eingetragen gewesen, so daß das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler zu dem Ergebnis gelangen konnte, die angemessene Frist für die Aufnahme der Benutzung sei noch nicht abgelaufen. Die Klägerinnen stützen ihren Löschungsanspruch insoweit jedoch auch auf Verletzung ihrer Namens- und Firmenrechte im Sinne der §§ 12 und 16 UWG. Das Berufungsgericht verneint den Löschungsanspruch auch auf dieser Grundlage und führt dazu aus, den Beklagten stünde das bessere Recht an dem Firmenbestandteil Zamek zu, weil die Beklagte zu 1 aus der 1932 gegründeten Einzelhandelsfirma Bernhard Zamek hervorgegangen sei, während die Klägerinnen sich lediglich auf den Zeitpunkt der im Jahre 1952 gegründeten Firma Max Zamek berufen könnten. Diese Priorität komme auch den nach 1952 eingetragenen Zamek-Warenzeichen der Beklagten zugute, da sich der Inhaber eines älteren Firmenrechts gegenüber einer jüngeren Warenzeicheneintragung dann nicht auf den Zeitvorrang berufen könne, wenn dem Inhaber des jüngeren Warenzeichens gleichzeitig ein Firmenrecht zustehe, das älter als das Firmenrecht sei, auf das sich die Klagepartei berufe. Lediglich wenn die Eintragung des Warenzeichens in einen schutzwürdigen Besitzstand des Firmeninhabers eingreife, könne sich der Warenzeicheninhaber nicht auf den durch sein älteres Firmenrecht vermittelten Zeitvorrang berufen. Einen solchen Besitzstand, so führt das Berufungsgericht aus, hätten die Klägerinnen aber nicht dargetan.

Schon der behauptete Umsatz von 1,1 Millionen bei Gemüsekonserven in den Jahren 1961 bis 1966 sowie der jährliche Umsatz von ca. 75 000 DM bei Fleischkonserven, sei nicht bedeutend. Entscheidend sei aber, daß ein kennzeichenrechtlich schutzwürdiger Besitzstand nur dann vorliegen könne, wenn die Klägerin zu 1 diese Konserven schlagwortartig unter dem Namen Zamek vertrieben hätte, was nicht der Fall gewesen sei. Daß der Name Zamek auf den Rechnungen und auf dem Firmenwagen erschienen sei, reiche für den Erwerb einer entsprechenden Verkehrsbekanntheit nicht aus, zumal die Klägerin zu 1 auf Etiketten, Rechnungen und Lieferungen neben ihrer Firma auch ein Warenzeichen "Feinkost Z" verwendet habe.

Diese Beurteilung hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung stand. Zu sehr stellt das Berufungsgericht allerdings den Prioritätsgrundsatz in den Vordergrund. Grundsätzlich ergibt sich zwar bei der Kollision von Kennzeichnungsrechten das bessere Recht aus dem Zeitvorrang. Doch gilt dies nicht uneingeschränkt; so ist z.B. in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, daß neu auftretende Kollisionen nicht nach dem ursprünglichen Zeitvorrang, sondern unter Abwägung der in Streit stehenden Interessen zu lösen sind, wenn auf gleichem oder verwandtem Warengelbiet zwei verwechslungsfähige Firmen lange Zeit unangefochten nebeneinander bestanden haben (vgl. BGH GRUR 1953, 252 - Hochbau-Tiefbau); ähnliches gilt auch im Recht der Gleichnamigen, soweit dem jüngeren Namensträger das Recht zur Führung seines Namens an sich nicht verweigert werden kann (vgl. BGH GRUR 1957, 342 - Underberg). Zwar liegt der vorliegende Fall insofern anders, als nicht die Kollision zweier Firmen, sondern

einer älteren Firma und eines für die umstrittene Ware jüngeren Warenzeichens in Rede steht. Die besondere Fallgestaltung und die gesamte firmen- und warenzeichenrechtliche Situation zwischen den Streitparteien verbieten jedoch auch für diesen Fall eine strikt auf den Prioritätsgrundsatz abgestellte Entscheidung und legen die entsprechende Anwendung der aus dem Recht der Gleichnamigen und dem Bestehen einer Gleichgewichtslage entwickelten Grundsätze nahe. Das Berufungsgericht hat dem dadurch gerecht zu werden versucht, daß es geprüft hat, ob den Klägerinnen ein schutzwürdiger Besitzstand an der Verwendung des Namens Zamek für Fleisch- und Gemüsekonserven zuzubilligen sei, was das Berufungsgericht im Hinblick auf Umfang und Art der Benutzung verneint hat. Diese Betrachtungsweise ist jedoch zu eng, denn selbst wenn den Klägerinnen ein beachtlicher Besitzstand, wie die Revision geltend macht, auf Grund der bisherigen Verwendung ihrer Firma auf diesem Warengbiet zuge wachsen sein sollte, kommt es weiter darauf an, ob nicht die Beklagten gleichwohl an der Verwendung des Warenzeichens Zamek für Fleisch und Gemüsekonserven Interessen geltend machen können, die denen der Klägerinnen vorgeordnet werden müssen. So aber liegt es hier, so daß dahingestellt bleiben kann, ob die Revision es mit Recht rügt, daß das Berufungsgericht den Klägerinnen trotz ihrer Umsätze keinen beachtlichen Besitzstand zuerkannt hat.

Als die Klägerinnen im Jahre 1952 begannen, sich auf dem Nahrungsmittelgebiet unter der Firma Max Zamek zu betätigen, wußten sie, daß sich auf diesem Gebiet bereits die Beklagten unter der verwechslungsfähigen Firma

Bernhard Zamek betätigten und daß diese auf dem Gebiet der Suppen- und Soßenkonserven ihr bereits seit 1942 bestehendes Zeichen "Zamek" führten und im Laufe der Zeit stark durchgesetzt hatten. Daß sie, die Klägerinnen, als die jüngeren Firmen nach den für die Namensgleichen geltenden Grundsätzen gehalten waren, bei kennzeichenrechtlichen Konflikten für eine genügende Abgrenzung zu sorgen, wurde zwischen den Parteien spätestens durch das Urteil des erkennenden Senats vom 18. September 1959 (GRUR 1960, 33 ff) klargestellt, das dann zu der im Urteil des Senats vom 14. Juni 1968 (I ZR 56/66) bestätigten Umfirmierung der Klägerin zu 2 in "Zamek-Lemke" geführt hat. Allerdings handelte es sich dabei stets nur um die Frage, ob die Klägerinnen unter der Firma Max Zamek Suppen- und Soßenerzeugnisse vertreiben durften. Aber auch bei der Aufnahme des Vertriebes von Fleisch- und Gemüsekonserven unter der Firma Max Zamek KG durfte die Klägerin zu 1 nicht ohne weiteres davon ausgehen, daß eine Abgrenzung nicht erforderlich und rechtlich nicht geboten war. Fleisch- und Gemüsekonserven sowie Suppen- und Soßenkonserven gehören demselben Warenggebiet, der Nahrungsmittelerzeugung an, die Waren stehen sich besonders nahe, so daß die Beklagten im Jahre 1961 der Klägerin zu 1 aus ihrem Recht an der Firma Bernhard Zamek den Gebrauch der Firma Max Zamek für Fleisch- und Gemüsekonserven streitig machen konnten, ohne selbst schon Konserven dieser Art zu führen. Ein solches Verbotungsrecht, dessen Ausübung die Klägerinnen offenbar befürchten und das zu vereiteln der von ihnen dargelegte Anlaß der vorliegenden Klage war, steht zwar den Beklagten nicht mehr zu, nachdem diese ihre Verbotungsrechte in dem erstgenannten Prozeß nur für das von ihnen damals allein bearbeitete Warenggebiet ausgeübt

hatten und seitdem dem Gebrauch der Firma Max Zamek KG in deren Betätigungsraum für das Gebiet der Fleisch- und Gemüsekonserven nicht entgegengetreten sind. Aus der Einräumung dieses rechtlichen Freiraumes für ihre Firma erwächst den Klägerinnen aber nach Lage des Falles nicht ihrerseits ein Recht, die Ausdehnung der Benutzung des alt eingeführten und bekannten Warenzeichens Zamek von Suppen- und Soßenkonserven auf die warengleichartigen Fleisch- und Gemüsekonserven zu verbieten. Schutzwürdige Interessen der Klägerinnen werden dadurch nicht in unzumutbarer Weise beeinträchtigt. Dabei ist in Betracht zu ziehen, daß die Übereinstimmung der beiderseitigen Firmen durch den Gebrauch des Namens Zamek ohnehin eine gewisse Verwechslungsgefahr mit sich bringt, die als unvermeidlich hingenommen werden muß und daß die Klägerinnen auch den Gebrauch des Warenzeichens "Zamek" der Beklagten für Suppen- und Soßenkonserven schon wegen der Priorität dieses Warenzeichens nicht verbieten können. Unter diesen Umständen ist die Erhöhung der Verwechslungsgefahr, wenn die Beklagten das Warenzeichen "Zamek" künftig auch für Fleisch- und Gemüsekonserven benutzen, nicht als so schwerwiegend zu betrachten, daß den Beklagten zugemutet werden müßte, auf den Gebrauch ihres durch seine Bekanntheit besonders wertvollen Warenzeichens "Zamek" für Fleisch- und Gemüsekonserven zu verzichten. Dieser Beurteilung steht nach den Umständen des vorliegenden Falles auch nicht das Interesse der Allgemeinheit an der Verhütung von Herkunftsverwechslungen entgegen; denn die Parteien beliefern, soweit ersichtlich, nur Wiederverkäufer, die eher die Unterschiede in den beiderseitigen Firmen beachten, und den Letztverbrauchern treten die Erzeugnisse unter den nicht verwechs-

lungsfähigen Marken "Zamek" und "Feinkost Z" gegenüber, soweit die Klägerinnen sich nicht überhaupt, wie das Berufungsgericht feststellt, weitgehend auf eine rein firmenmäßige Bezeichnung im Sinne des § 16 WZG beschränken. Danach begegnet es keinen rechtlichen Bedenken, wenn das Berufungsgericht den Klageanspruch auf Löschung der Waren Fleisch- und Gemüsekonserven nicht für begründet angesehen hat.

III. Die Ansprüche auf Löschung der Eintragung "Fleisch- und Gemüsekonserven" in dem Warenzeichen Nr. 815 816 der Beklagten zu 1 sowie in dem Warenzeichen Nr. 759 574 der Beklagten zu 2 sind aus den gleichen Erwägungen unbegründet, wobei die zwischen den Parteien streitige Frage dahingestellt bleiben kann, ob Ragout fin in Dosen und gehackte Petersilie in Blechtrommeln als Fleisch- bzw. Gemüsekonserven im Sinne des Warenverzeichnisses anzusehen sind.

IV. Die Revision beanstandet schließlich, daß das Berufungsgericht die Klage bezüglich der Löschung der Ware "Fischkonserven" aus dem Warenverzeichnis des Zeichens Nr. 808 467 nicht für erledigt erklärt, sondern als unbegründet abgewiesen hat. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, die Eintragung sei am 3. März 1966, also vor der Klagezustellung, bereits gelöscht worden. Daß die Klage bereits vor der Löschung - nämlich am 28. Februar 1966 - bei Gericht eingereicht worden war, sei demgegenüber unerheblich. Dem ist im Ergebnis beizutreten, denn der Löschungsanspruch war auch insoweit aus den zu den Waren Fleisch- und Gemüsekonserven erörterten Gründen von Anfang an unbegründet.

64

Danach erweist sich die Revision als begründet, soweit es sich um die Löschung der Waren Geschmacksstoffe und Essenzen für Back- und Kochzwecke, Fleisch- und Hefeextrakte, diätetische Nährmittel, Back- und Speiseeispulver, in dem Warenverzeichnis des Warenzeichens Nr. 808 467 handelt. Unbegründet ist sie hinsichtlich des Klageantrages auf Löschung der Ware Glutamat im Warenverzeichnis des Warenzeichens Nr. 697 060, der Waren Puddingpulver, Fleisch- und Gemüsekonserven im Warenverzeichnis des Warenzeichens Nr. 808 467, der Ware Fleisch- und Gemüsekonserven im Warenverzeichnis des Warenzeichens Nr. 815 816 und derselben Waren im Warenverzeichnis des Warenzeichens Nr. 759 547.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 92 ZPO.

Krüger-Nieland

Alff

Merkel

Schönberg

v. Gamm