

12

Nachschlagewerk: ja
Ämtliche Sammlung: nein

WZG § 5

M e ß m e r - T e e

Die für die Beurteilung zeichenrechtlicher Gleichartigkeit von Waren entscheidende Auffassung des Verkehrs darüber, welche Warengattung ihm entgegentritt, kann auch durch die Art der Werbung bestimmt werden, mit der die Eigenschaften, Vorzüge und Verwendungsarten einer Ware herausgestellt werden. Ein Bronchial-Kräutertee ist daher mit echtem Tee jedenfalls dann gleichartig, wenn der Verkehr in ihm aufgrund der veranstalteten Werbung kein eigentliches Arzneimittel, sondern ein natürlicher Lebensweise dienendes Genußmittel erblicken muß.

BGH, Urt. v. 27. Januar 1961 - I ZR 95/59

OLG Frankfurt (Main)

LG Frankfurt (Main)

12
I ZR 95/59

Verkündet

am 27. Januar 1961

Justizhauptsekretär,
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma Ed. Messmer KG, Fr [REDACTED], H [REDACTED]
straße [REDACTED], vertreten durch den persönlich haftenden
Gesellschafter Gerhard Sp [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma He [REDACTED], Fabrik pharmazeutisch-kosmetischer Präparate
Franz Gr [REDACTED] KG, Mü [REDACTED]-G [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],
vertreten durch die persönlich haftenden Gesellschafter Franz
Gr [REDACTED] sen. und Albert Bu [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 20. Januar 1961 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Prof. Dr. h. c. Wilde sowie der Bundesrich-
ter Dr. Krüger-Nieland, Dr. Weiß, Pehle und Dr. Spengler
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird unter entsprechender
Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des
6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt (Main)
vom 2. April 1959 teilweise aufgehoben und, wie folgt,
geändert:

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 6.
Zivilkammer des Landgerichts in Frankfurt (Main) vom
9. Juli 1958 unter Zurückweisung der Berufung im übrigen
dahin abgeändert:

1. Der Beklagten wird bei Meidung einer vom Gericht festzusetzenden Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu 6 Monaten für jeden Fall der Zuwiderhandlung untersagt, auf Verpackungen oder Umhüllungen, in der Werbung oder im sonstigen geschäftlichen Verkehr die Worte "im Nu" für Bronchialtee in der Weise zu verwenden, daß diese Worte in einem schwarzen oder farbigen, schräg von links unten nach rechts oben verlaufenden Rechteck oder auch ohne eine solche Umrahmung herausgestellt werden, insbesondere wenn sie in der nachfolgenden Ausführungsform verwendet werden:

und die so bezeichnete Ware in Verkehr zu setzen.

2. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin unter Angabe der Lieferpreise, Liefermengen und Lieferzeiten Auskunft zu erteilen, in welchem Umfang sie Ware unter Zuwiderhandlung gegen Ziffer 1 in den Verkehr gebracht hat.
3. Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen durch die Zuwiderhandlung gegen Ziffer 1 entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden zu 2/3 der Beklagten und zu 1/3 der Klägerin auferlegt.

Von Rechts wegen



Tatbestand:

Die Klägerin, eine bekannte Teefirma, ist u.a. Inhaberin der beiden folgenden Warenzeichen:

1. des Wortzeichens Nr. [REDACTED] 66 "Meßmer-Tee im Nu",
eingetragen am 24. März 1936 für die Ware "Tee";
2. des Wort-Bildzeichens Nr. [REDACTED] 300 "Meßmer im Nu",
eingetragen am 25. März 1954.

Das Warenverzeichnis umfaßt neben anderen Waren: "Tee, Tee-Erzeugnisse, Tee-Tabletten, Tee-Extrakt, Teekonzentrat, Tee-aroma, Tee-Aufgußbeutel".

Das zu 2 genannte, in schwarz-weiß eingetragene Warenzeichen besteht aus einem stilisierten Rahmen, in dem sich in der oberen Hälfte das Wort "Meßmer" in Fraktur-Schrift und in der Mitte - in einer schräg von unten nach oben verlaufenden Richtung - die Worte "im Nu" in lateinischen Schriftzeichen befinden. Die Worte "im Nu" sind ihrerseits von einem rhombus-artigen Rahmen eingefasst, dessen untere und rechtsseitige Begrenzung den Eindruck hervorrufen, als ob sie einen Schatten werfen. In der unteren Hälfte des Zeichens befindet sich ein großer schwarzer Punkt.

Unter Benutzung des Wort-Bildzeichens Nr. [REDACTED] 300 vertreibt die Klägerin Tee-Aufgußbeutel, auf deren Vorderseite die Worte "Meßmer-Tee" in einem rechteckigen Rahmen und unter diesem die Worte "im Nu" entsprechend der geschilderten bildlichen Ausgestaltung des Warenzeichens in verschiedenen Farbtönen angeordnet sind.

Die Beklagte stellt her und vertreibt seit Oktober 1957 einen Kräutertee in Aufgußbeuteln unter der Bezeichnung "Heil-
Bronchial-Tee im Nu". Auf den Aufgußbeuteln, Faltschachteln und Werbeschriften befinden sich in lateinischen Schriftzeichen die Worte "im Nu" unter dem Wort "Bronchial-Tee" in einem schwarzen oder farbigen, stets schräg von links unten nach rechts oben verlaufenden Rechteck. Die Ausstattung der Faltschachteln, die die gleiche Anordnung der Worte "im Nu" zeigt, ist der Beklagten seit dem 4. Juli 1958 als Warenzeichen für die Waren "Arzneimittel, pharmazeutische Drogen" eingetragen.

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen,

1. es bei Meidung einer gerichtlich festzusetzenden Geld- oder Haftstrafe für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen, auf Verpackungen oder Umhüllungen, in der Werbung oder im sonstigen geschäftlichen Verkehr die Worte "im Nu" für Bronchial-Tee warenzeichenmäßig zu benutzen und die so bezeichnete Ware in Verkehr zu setzen;
2. der Klägerin unter Angabe der Lieferpreise, Liefermengen und Lieferzeiten Auskunft zu erteilen, in welchem Umfange Ware unter Zuwiderhandlung gegen Ziffer 1 in den Verkehr gebracht worden ist;
3. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen durch die Zuwiderhandlung gegen Ziffer 1 entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

Sie ist der Ansicht, daß die Beklagte durch die warenzeichenmäßige Verwendung der Worte "im Nu" ihre Schutzrechte verletzt. Da der Tee, den sie herstellt, als Schwarzer Tee und Kräutertee sind, so führt sie aus, gleich-

12

artige Waren im Sinne des Warenzeichengesetzes. Die Worte "im Nu", die in den Klagezeichen in einem vom gewöhnlichen Sprachgebrauch abweichenden Sinn schlagwortartig gebraucht würden, stellten einen unterscheidungskräftigen Bestandteil der Klagezeichen dar, der sich auch als selbständiger Herkunftshinweis auf ihren Betrieb durchgesetzt habe. Er habe die Aufgabe, ein bestimmtes Fabrikat ihrer zahlreichen Meßmer-Waren zu kennzeichnen. Die Verwechslungsgefahr werde durch die Nachahmung der zeichnerischen Ausgestaltung noch vergrößert. Das geschehe planmäßig in der Absicht, den guten Ruf, den die Meßmer-Waren genossen, auszubeuten.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat insbesondere bestritten, daß sich die Worte "im Nu" im Verkehr als Hinweis auf die Betriebsstätte der Klägerin durchgesetzt hätten. Auch bei Berücksichtigung des Gesamteindrucks beider Zeichen bestehe keine Verwechslungsgefahr.

Beide Parteien haben sich für ihre gegensätzlichen Auffassungen hinsichtlich der Kennzeichnungskraft und der Verkehrsdurchsetzung der Worte "im Nu" auf das von der Beklagten eingeholte Gutachten des Em-XXXX-Institutes für Verbrauchsforschung berufen, das auf demoskopischen, im Oktober/November 1957 durchgeführten Erhebungen beruht.

Das Landgericht hat die Beklagte nach den Klageanträgen verurteilt. Das Oberlandesgericht hat auf die Berufung der Beklagten die Klage in vollem Umfange abgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Die Beklagte hat sich in der mündlichen Verhandlung unter Übernahme einer Konventionalstrafe von 100 DM für jeden Fall der Zuwiderhandlung verpflichtet, die Worte "im Nu" für Bronchialtee nicht in einem schräg gestellten Rechteck wiederzugeben, auch in der Werbung die Worte "im Nu" nicht in einer schrägen Alleinstellung zu verwenden. Im übrigen hat sie um Zurückweisung der Revision gebeten. Die Klägerin hat ihre früheren Anträge wiederholt.

Entscheidungsgründe:

I. Gegenüber der in der mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärung der Beklagten, bei Vermeidung einer Vertragsstrafe Worte "im Nu" nicht mehr in der bisherigen bildlichen Ausgestaltung bei der Werbung zu verwenden, hat die Klägerin ihren Unterlassungsantrag aufrechterhalten. Der Senat ist der Sache entschieden, ob dieser Antrag begründet ist, durch die Erklärung der Beklagten nicht enthoben. Voraussetzung eines Unterlassungsanspruches ist zwar stets die Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen, indessen ist für die Frage, ob eine solche Besorgnis im Einzelfall besteht, allein das in der Zeit bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht festgestellte Verhalten der Beklagten maßgebend (MuW XXV 115, 117). Ein etwaiger späterer Wegfall ist nach § 561 ZPO unbeachtlich. Auch die Behauptung der Beklagten, sie habe die bisherige Werbung bereits vor zwei Jahren aufgegeben, stellt einen neuen Sachvortrag dar, der in der Revisionsinstanz keine Berücksichtigung mehr finden kann.

II. Die Revision der Klägerin wendet sich in erster Linie gegen die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung, daß die von der Beklagten in Portionsbeuteln unter der Bezeichnung "Heilmittel Nr. 5 Bronchial-Tee im Nu" vertriebenen Kräutertees rechtlich nicht gleichartig mit dem von der Klägerin unter den Klagezeichen "Meßmer-Tee im Nu" vertriebenen schwarzen Tee seien.

1. Das Berufungsgericht hat die Warengleichartigkeit der beiden sich gegenüberstehenden Teearten im wesentlichen mit der Begründung verneint, daß der von der Beklagten vertriebene Tee ein Heilmittel, aber kein Genußmittel sei. Die Herstellung medizinischer Tees erfolge, so führt das Berufungsgericht auch nach anderen Gesichtspunkten und in anderen Betrieben als der "Herstellung" von Teesorten, die lediglich Genußzwecken dien-

ten. Die Ungleichartigkeit zwischen den beiden Teearten werde auch nicht durch den verkehrsüblichen Oberbegriff "Kräutertee" in Frage gestellt, weil dieser weit gefaßte Begriff im Verkehr nicht zu einer Verwischung des Unterschiedes zwischen Kräutertee als Genußmittel und Kräutertee als Heilmittel geführt habe. Das Berufungsgericht unterstellt, daß Teegroßhandelsfirmen auch Gesundheitstee herstellen und vertreiben. Es meint aber, daß die Klägerin selber nicht vorgetragen habe, sie oder andere Teegroßhandelsfirmen stellten auch medizinische Kräutertees her. Es sei auch keineswegs üblich, daß medizinische Tees in Lebensmittelgeschäften oder Genußmitteltees in Apotheken oder Drogerien verkauft würden. Etwaige lokale Ausnahmen könnten für die Beurteilung nicht ins Gewicht fallen.

Es ist der Revision zuzugeben, daß diese Auffassung des Berufungsgerichts rechtlichen Bedenken unterliegt.

Auch das Berufungsgericht will ersichtlich die ständige Rechtsprechung des Patentamts nicht in Frage stellen, nach der schwarzer Tee und Kräutertee grundsätzlich gleichartig sind (Busse, Warenzeichengesetz 3. Aufl. § 5 zu Klasse 26 c S. 193; Richter, Warengleichartigkeit, 2. Aufl. S. 75). Diese Rechtsprechung trägt dem gemeinsamen Verwendungszweck beider Teearten als möglicher Genußmittel sowie der auch vom Berufungsgericht unterstellten Verkehrsübung Rechnung, daß von Teegroßhandelsfirmen echter Tee und Kräutertee häufig in den gleichen Verkaufsstätten vertrieben werden. So ergeben z.B. die von der Klägerin eingereichten Prospekte und Preislisten ihrer Firma, daß auch von ihr jedenfalls bis zum Jahre 1950 Kräutertees, nämlich Brombeerblätterttee sowie Pfefferminztee zum Verkauf angeboten worden sind, und zwar teilweise - im Jahre 1950 - neben echtem schwarzem Tee. Auch die Prospekte und Aufgußbeutel der Firma T. [REDACTED] weisen auf einen gemeinsamen Vertrieb von schwarzem Tee und Pfefferminztee durch diese Firma hin, ebenso wie in den zu den Akten überreichten Pro-

spekten der Firmen "V-K-Werk" und "Qu-Werke" gleichzeitig Tee und Kräutertee angeboten werden.

Nach ständiger Rechtsprechung kommt es für die Frage der Warengleichartigkeit im Sinne des Warenzeichengesetzes nicht darauf an, ob die miteinander zu vergleichenden Waren ihrem Wesen, insbesondere dem Stoff nach verschieden sind. Für die Beurteilung einer zeichenrechtlichen Warengleichartigkeit ist vielmehr, wie der Senat im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts oftmals ausgesprochen hat, zu fragen, ob die miteinander zu vergleichenden Waren ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und Verwendungsweise nach, insbesondere ihrer regelmäßigen Fabrikations- und Verkaufsstätten, so enge Berührungspunkte haben, daß der Schluß naheliegt, die Waren entstammten demselben Geschäftsbetrieb. Diese Begriffsbestimmung soll allerdings lediglich eine im Hinblick auf typische Fälle entwickelte Hilfe für die Anwendung des Gesetzes darstellen und nicht daran hindern, je nach Lage des Falles auch andere Umstände in den Vordergrund zu rücken (BGH GRUR 1958, 437 - Tricolore).

Für die Beurteilung der Gleichartigkeit ist im Einzelfall stets entscheidend, ob die Abnehmer bei dem Gebrauch verwechslungsfähiger Zeichen der Gefahr ausgesetzt werden, Waren für Erzeugnisse ein und desselben Betriebes anzusehen. Ohne Bedeutung ist daher die wissenschaftliche Klassifikation der Waren (Busse, Warenzeichengesetz aaO § 5 Anm. 10). Ebensowenig sind die von den Parteien erörterten Fragen erheblich, ob der Bronchial-Tee der Beklagten ein Lebensmittel im Sinne des Gesetzes über den Verkehr mit Lebensmitteln und Bedarfsgegenständen in der Fassung vom 21.12.1958 (BGBl I, 950) ist oder etwa nach der Lebensmittel-Kennzeichnungsverordnung vom 8.5.1935 (RGBl I, 590 ff) einer Kennzeichnungspflicht unterliegt. Ob zwei Waren untereinander gleichartig sind, kann nicht aus Gesetzesbestimmungen hergeleitet werden, die dem breiten Publikum zum großen Teil unbekannt sind. Entscheidend bleibt immer, ob der

Verkehr, d.h. der für die Erzeugnisse in Betracht kommende Durchschnittskäufer aus den übereinstimmenden (oder verwechslungsfähigen) Kennzeichen auf eine gemeinsame Ursprungsstätte schließen wird. Die Auffassung des Verkehrs darüber, welche Warengattung ihm entgegentritt, wird aber nicht zuletzt durch die Art der Werbung bestimmt, mit der eine Ware den Kunden angepriesen wird. Die Eigenschaften, Vorzüge und Verwendungsarten einer Ware, die in der Werbung besonders herausgestellt werden, um den Kunden zum Kauf der Ware zu veranlassen, müssen den Abnehmer in seinem Urteil über die Zweckbestimmung der Ware maßgeblich beeinflussen. Das hat das Berufungsgericht nicht genügend beachtet und ist daher zu einer rechtsfehlenden Beurteilung gelangt.

Unter diesem Blickpunkt kann es im Streitfall ganz dahingestellt bleiben, ob die Annahme des Berufungsgerichts zutrifft, daß Kräutertees, die eindeutig und nur als Heilmittel in den Verkehr gebracht werden, mit schwarzem Tee nicht gleichartig sind. Selbst wenn die Richtigkeit dieser Auffassung unterstellt wird, kann die Beklagte hieraus in Anbetracht der von ihr für ihre Kräutertees betriebenen Werbung, wie im folgenden zu erörtern ist, keine Rechte herleiten.

Für ihre Werbung verwendet die Beklagte u.a. einen vierseitigen Prospekt, den sie mit der stark herausgestellten, schlagwortartigen Überschrift versieht "Der Gesundheit zuliebe natürlicher leben - Kräutertee trinken!". Auf der zweiten Seite des Prospektblattes wird unter der Überschrift: "Aus der Natur kommen die Kräfte ..." im einzelnen dargestellt, daß für den wohlschmeckenden He-~~---~~-Kräutertee wertvolle Bestandteile in der freien Natur gesammelt würden. Die Werbung warnt den Leser vor aufpeitschenden Mitteln und Getränken, verweist ihn darauf, die Kräfte der Natur zu nützen, und fordert ihn auf: "Trinken Sie zu den Mahlzeiten den Ihnen gemäßen Gesundheits-Kräutertee. Sie werden bald fühlen, wie gut das tut."

Der hier streitige "He [REDACTED] Nr. 5 Bronchial-Tee", der zu dem auf der dritten Seite des Prospektes unter der Überschrift: "Der Kräuter Kraft Gesundheit schafft" aufgeführten zwölf "He [REDACTED]-Kräutertees" gehört, stellt - trotz der für ihn gewählten Bezeichnung - entsprechend den Hinweisen und Erläuterungen des Prospektblattes, die in Heft 27/9/der Zeitschrift "Film und Frau" in ähnlicher Form wiederholt werden, ebenfalls nur einen Gesundheitstee dar. Zwar betont der Prospekt u.a., daß dieser von der Beklagten als Kräutertee-Extrakt vertrieben Tee die natürliche Abwehrfunktion der Atmungsorgane unterstützt und der Verhütung von katarrhalischen Infektionen diene. Gleichzeitig wird indessen hervorgehoben, daß dieser Tee im Winter und auch in der Übergangszeit, d.h. also für den größten Teil des Jahres das ideale Frühstücks- und Abendgetränk sei. "Im wirke eine Tasse dieses Tees "wohltuend und wärmend". Dieser Hinweis stimmt mit der für alle Teearten in dem Prospekt der Beklagten einleitend ausgesprochenen Empfehlung überein, man solle es, "wie abertausend gesunde lebensfrohe Menschen" machen, nämlich zu den Mahlzeiten den "entsprechenden Gesundheits-Kräutertee" trinken. An einer anderen Stelle des Prospektes (S. 2) heißt es: "Wählen Sie zur notwendigen Unterstützung und Kräftigung bestimmter Organfunktionen - je nach Veranlagung und Lebensweise - den richtigen He [REDACTED]-Kräutertee. Wenn Sie ihn dann regelmäßig und über einen längeren Zeitraum trinken, dann werden Sie Ihren "schwachen Punkt" überwinden und sich Ihre Gesundheit, Ihre Jugendfrische und Spannkraft lange bewahren." Der Käufer soll danach veranlaßt werden, die Kräutertees, deren gesundheitsfördernde Eigenschaften allerdings jeweils herausgestellt werden, in der gleichen Weise regelmäßig zu trinken, wie das sonst bei echtem Tee geschieht. Es ist der Revision zuzugeben, daß dies eine reine Konsumwerbung zur Steigerung des Absatzes von Kräutertees ist, deren Dauergenuß anstelle des schwarzen Tees empfohlen wird. Davon macht auch der Bronchial-Tee der Beklagten keine Ausnahme. Der Verkehr erblickt auch in ihm angesichts der Art der Werbung der

klagen für die Verwendung von Kräutertees und der Aufforderung, auch den "so besonders wohlschmeckenden" "He [REDACTED] Nr. 5 Bronchial-Tee im Nu" über den größten Teil des Jahres zu trinken, kein eigentliches pharmazeutisches Heilmittel, also kein echtes Arzneimittel oder eine medizinische Droge, sondern ein in erster Linie der natürlichen Lebensweise und dem Wohlbefinden dienendes Genußmittel, dem nur zusätzlich noch besondere Abwehrfunktionen nachgesagt werden. Stellt sich hiernach aber auch dieser Bronchial-Tee den Abnehmerkreisen nur als ein gesundheitsförderndes Getränk dar, so kann seine warenzeichenrechtliche Gleichartigkeit mit schwarzem Tee durch die vom Berufungsgericht angestellten Erwägungen nicht in Frage gestellt werden.

2. Das Berufungsgericht hat in seinen folgenden Ausführungen die Warengleichartigkeit unterstellt und die Frage der Verwechslungsgefahr der sich gegenüberstehenden Zeichen geprüft. Hierbei hat es sich im Hinblick auf die unterschiedlichen Firmennamen auf einen Vergleich der beiden übereinstimmenden Bestandteile "im Nu" beschränkt. Bei dieser Prüfung ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, daß eine Verwechslungsgefahr in bezug auf das ganze Zeichen auch dann gegeben sein kann, wenn nur ein Teil der angegriffenen Kennzeichnung mit einem Bestandteil des Klagezeichens übereinstimmt, sofern nach der Bedeutung, die diesem Bestandteil innerhalb des ganzen Zeichens zukommt, damit zu rechnen ist, daß die Vorstellung der in Frage kommenden Kreise auf den Geschäftsbetrieb des Zeicheninhabers gelenkt wird. Allerdings ist eine hinreichende Unterscheidungskraft des in Betracht kommenden Bestandteils vorausgesetzt. Liegt diese Voraussetzung nicht vor, so ist es für sich allein schutzfähig im Sinne des § 4 Abs. 2 Ziff. 1 WZG und muß dann bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr jedenfalls im Grundsatz unberücksichtigt bleiben (BGHZ 19, 367, 371 - W 5; BGHZ 21, 182, 186 - Funkberater).

Das Berufungsgericht vertritt den Standpunkt, daß die Worte "im Nu" eine dem allgemeinen Sprachschatz entnommene und charakteristische Eigentümlichkeit aufweisende Wendung darstelle, die lediglich auf den Zweck oder die Beschaffenheit der Waren hinweise. Im Zusammenhang mit Tee könnten diese Worte, so führt das Berufungsgericht aus, nur dahin verstanden werden, daß der Tee schnell zubereitet werde und "im Nu trinkfertig" sei.

- a) Entgegen der Rüge der Revision läßt diese Auffassung des Berufungsgerichts keinen Rechtsfehler erkennen, soweit eine Verwechslungsgefahr hinsichtlich der Klangwirkung und des Sinngehalts der Worte in Betracht kommt. Es widerspricht nicht der Erfahrung, daß die Worte "im Nu", wenn sie in einem für Tee eingetragenen Warenzeichen und in betontem Zusammenhang mit dem Wort "Tee" gebraucht werden, die angesprochenen Verkehrskreise auf die Möglichkeit einer schnellen Zubereitung dieses Tees hinweisen. In seinem bloßen Wortteil enthält das Zeichen der Klägerin daher nur eine Beschaffenheits- oder Bestimmungsangabe, die in Alleinstellung von Natur aus ungeeignet ist, eine Kennzeichnungsfunktion im Sinne eines Herkunftshinweises auszuüben. Der vom Landgericht vertretene Standpunkt, der Bestandteil "im Nu" entbehre nicht jeglicher Kennzeichnungskraft und sei auch nicht so offenkundig, daß ausgeschlossen werden könne, ein beträchtlicher Anteil von den in erster Linie angesprochenen Hausfrauen werde durch das Schlagwort erst zum Nachdenken über seinen Sinn angeregt, stützt sich ersichtlich auf das Ergebnis einer von der Beklagten vorgelegten demoskopischen Em-Untersuchung, aus der sich ergibt, daß 9 % der besagten Personen die isoliert genannte Bezeichnung "im Nu" als Marke für Tee gekannt hätten. Indessen läßt sich hieraus noch nicht allein der Schluß herleiten, daß den Worten auch eine ausreichende Kennzeichnungskraft im Sinne der Eignung eines Hinweises auf einen bestimmten Geschäftsbetrieb zukommt. Da der Wortbestandteil "im Nu", wie im folgenden noch zu erörtern ist, von der Klägerin in einer

besonderen bildlichen Gestaltung verwendet wird, erscheint es nicht ausgeschlossen, daß die von den Gutachtern in dem genannten Umfang bestätigte Kenntnis der Hausfrauen von diesem Zeichen nur auf seiner Bildwirkung beruht. Das Ergebnis der genannten Untersuchung kann jedenfalls allein noch nicht als ein ausreichendes Beweisanzeichen dafür angesehen werden, die Verwendung der Worte "im Nu" liege ungeachtet der Natur der Waren, für die sie verwendet werden, nicht nahe.

Allerdings kann auch eine Beschaffenheitsangabe sich innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichnungsmittel für die Warenherkunft aus einem Betrieb gegenüber Waren anderer Betriebe durchsetzen. Das Berufungsgericht ist indessen aufgrund der erwähnten demoskopischen Umfrage zu dem Ergebnis gelangt, daß eine solche Verkehrsdurchsetzung für die Wortbestandteile "Im Nu" nicht stattgefunden hat. Es hat dargelegt, von den 9 % der befragten Personen hätten nur 4 % eine Herstellerfirma angeben können, wobei die Firma der Klägerin nur zu 1 % genannt worden sei. Diese Begründung begegnet allerdings insoweit Bedenken, als das Berufungsgericht ersichtlich für die Bejahung einer Verkehrsgeltung fordern will, die beteiligten Verkehrskreise müßten auch den Namen (Firma) des Unternehmens kennen, auf den ein Zeichen hinweist. Nach feststehender Rechtsprechung reicht es indessen aus, daß der Verkehr der Annahme ist, die Waren stammten aus ein- und derselben, wenngleich ihm nicht näher bekannten Quelle. Es ist daher entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ohne rechtliche Bedeutung, daß verschiedene Befragte über die Quelle unterschiedliche Vorstellungen gehabt haben. Das Berufungsgericht hat aber abschließend zum Ausdruck gebracht, daß selbst ein Anteil von 9 % aller erwachsenen Personen noch nicht die Annahme einer Verkehrsdurchsetzung rechtfertigen könne, weil bei Beschaffenheits- oder Bestimmungsangaben, an deren Freihaltung der Verkehr interessiert sei, besonders hohe Anforderungen an die Verkehrsgeltung ge-

stellt werden müßten. Diese Auffassung ist rechtlich nicht zu beanstanden.

Es liegt bereits im Wesen einer Beschaffenheitsangabe, daß sie die Eigenschaft einer Ware, nicht aber deren Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen angibt. Aus diesem Grunde hat auch der Senat stets die Auffassung vertreten, daß an Nachweis einer solchen Verkehrsanerkennung, die einen Bedeutungswandel darstellt, strenge Anforderungen gestellt werden müssen. Beispielsweise kann bei Beschaffenheitsangaben ohne jegliche Eigenart, an deren Freihaltung ein Bedürfnis besteht, im Einzelfall die nahezu einhellige Durchsetzung innerhalb der beteiligten Verkehrskreise erforderlich werden (BGH GRUR 1960, 83, 87 - Nährbier). Ob der Verkehr an der Freihaltung einer Bezeichnung wie "im Nu" ein besonders starkes Interesse hat, mag auf sich beruhen. Jedenfalls ist auch im Streitfall zu fördern, daß zumindest eine beträchtliche, wirklich ins Gewicht fallende Zahl der Abnehmer in den Worten "Nu" eine Herkunftsbezeichnung erblickt. Ein Anteil von 9 % genügt nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Auffassung des Berufungsgerichts nicht, um dem Wortbestandteil "im Nu" einen selbständigen Schutz zu gewähren.

Da die streitigen Worte von Haus aus keine Kennzeichnungskraft besitzen, brauchte das Berufungsgericht auch nicht auf die Frage einzugehen, ob die Schwäche ihrer Kennzeichnungskraft etwa durch die große Werbekraft der Bezeichnung Meßmer ausgeglichen werden könnte (vgl. BGH GRUR 1958, 604, 605 - Wella-Perla). Stellen die Worte "im Nu" bereits ihrer Natur nach keine unterscheidungskräftigen Zeichenbestandteile dar, so ist auch für die Annahme kein Raum, die Werbekraft der Bezeichnung "Meßmer" könne etwa im Sinne der zitierten Entscheidung einen Ausgleich gegenüber den einer Kennzeichnungskraft entbehrenden Worten "im Nu" darstellen.

- b) Die Rechtslage ist indessen abweichend zu beurteilen, soweit der optische Eindruck des Bild-Wortzeichens Nr.  300 in Frage steht. Bei diesem Zeichen ist, wie auch das Berufungsgericht hervorhebt, der Bestandteil "im Nu" durch eine besondere bildliche Ausgestaltung gekennzeichnet. Die Worte "im Nu" sind von einem gleichsam schattenwerfenden Rhombus eingerahmt und sind in einprägsamer Schreibschrift gehalten, die sich von dem in Fraktur-Schrift wiedergegebenen Wort "Meßmer" auffällig abhebt. Sie fallen vor allem auch dadurch auf, daß sie in einer schräg von unten nach oben verlaufenden Richtung angeordnet sind. Da der Klägerin das Zeichen im Schwarzdruck eingetragen ist, sind ihr alle Wiedergaben in beliebigen anderen Farbtönen gleichfalls geschützt. Tatsächlich verwendet die Klägerin das Zeichen bei ihrer Werbung auch in den verschiedensten Farben, wobei diese Farbgebung den Wortbestandteil "im Nu" noch zusätzlich besonders heraushebt.

Diese bildliche Ausgestaltung des streitigen Wortbestandteils des Klagezeichens verleiht dem Gesamtbild des Zeichens eine nicht zu übersehende Eigenart und bestimmt seinen Gesamteindruck, wie stark die Kennzeichnungskraft dieses Zeichenbestandteils eingeschätzt werden muß, bedarf im einzelnen keiner Erörterung. Jedenfalls kann dem Berufungsgericht nicht darin gefolgt werden, daß die Bildwirkung der Worte "im Nu" in dem Klagezeichen Nr.  300 ohne jegliche Kennzeichnungskraft und daher ungeeignet sei, als Hinweis auf die Herkunft des Tees aus einem bestimmten Betrieb zu dienen. Selbst wenn man die Kennzeichnungskraft als relativ schwach ansehen wollte, so würde hier, wo es um die bildliche Wirkung geht, eine solche Schwäche durch die auch vom Berufungsgericht angenommene große Werbekraft der Bezeichnung "Meßmer" ausgeglichen werden. Ähnlich wie in dem vom Senat entschiedenen Wella-Perla-Fall (GRUR 1958, 605) ist davon auszugehen, daß auch bei dem mit dem Wort "Meßmer" zusammengesetzten Warenzeichen der Klägerin, die die

verschiedensten Teesorten vertreibt, die Verkehrsübung nahe-
liegt, sich zur kurzen Kennzeichnung der streitigen Tecart
eines seiner Natur nach unterscheidungskräftigen Zeichenbe-
standteils zu bedienen. Diese Voraussetzung wird durch die
besondere bildliche Gestaltung des streitigen Zeichenbestan-
teils erfüllt. Die Worte "im Nu" müssen daher als Zeichenbe-
standteil im Rahmen der für das Gesamtzeichen der Klägerin
bestehenden Schutzes insoweit als schutzfähig angesehen wer-
den, als ihre den Gesamteindruck des Zeichens bestimmende
bildliche Ausgestaltung in Betracht kommt. In diesem Zusamme-
hang erscheint es angängig, auch das Ergebnis der demoskopi-
schen Em--Erhebung als Beweisanzeichen dafür zu würdigen,
daß der streitige Bestandteil des Klagezeichens nicht jegli-
cher Kennzeichnungsfähigkeit entbehrt. Denn aus ihr ergibt
sich, wie dargelegt, daß jedenfalls 9 % der befragten Person
die isoliert genannte Bezeichnung "im Nu" als Marke für Tee
gekannt haben. Es ist daher mindestens der Schluß gerechtfen-
tigt, der Zeichenbestandteil müsse sich im Verkehr jedenfalls
als geeignet erwiesen haben, kennzeichnend bei den beteiligten
Verkehrskreisen zu wirken.

Auch auf den von der Beklagten vertriebenen Portionsbeuteln
und in der Werbung befinden sich die Worte "im Nu" unter dem
Wort Bronchial-Tee in einem schwarz-weißen oder farbigen, sch-
von links unten nach rechts oben verlaufenden Rechteck oder
auch ohne eine solche Umrahmung, wobei die Worte "im Nu" ent-
gegen der in Fraktur-Schrift wiedergegebenen Worte "He- Nr
Bronchial-Tee" - ebenso wie bei der Klägerin - in lateinische
Schrift und in einer andersfarbigen Umrahmung herausgestellt
sind. Es ist der Revision zuzugeben, daß im Hinblick auf die-
se übereinstimmende bildliche Ausgestaltung der Werbung eine
Verwechslungsgefahr zwischen den sich gegenüberstehenden Zei-
chenbestandteilen besteht. Auch das Berufungsgericht meint,
daß die Beklagte den streitigen Zeichenbestandteil in einer
zwar nicht völlig gleichen, aber doch angenäherten bildlichen

12

Ausgestaltung verwende. Wenn es gleichwohl eine Verwechslungsfähigkeit verneint hat, so hat es dabei ersichtlich nicht genügend berücksichtigt, daß es maßgeblich nicht so sehr auf die Unterschiede als auf Übereinstimmungen zweier Zeichen ankommt. Geht man mit der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung davon aus, daß bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr Übereinstimmungen oder Abweichungen von nebensächlichen Teilen außer Betracht bleiben müssen und berücksichtigt man die flüchtige Betrachtungsweise des Publikums, so ist die Auffassung gerechtfertigt, der Verkehr werde trotz der etwas unterschiedlichen Ausgestaltung der Warenbezeichnung der Beklagten zu der Annahme verleitet, daß es sich bei den Waren der Beklagten, die unter Benutzung der in besonderer Weise ausgestalteten Worte "im Nu" angeboten werden, um solche aus dem Betrieb der Klägerin handle. Keinesfalls kann es für den Ausschluß der Verwechslungsgefahr als ausreichendes Unterscheidungsmerkmal angesehen werden, daß bei der Verletzungsform die Worte "im Nu" nicht in einem Rhombus, sondern in einem Rechteck erscheinen, das keine Schatten wirft, daß ferner zeitweilig diese Einrahmung überhaupt fehlt oder daß hinter den Worten ein Ausrufungszeichen steht. Vielmehr reicht die im übrigen übereinstimmende bildliche Ausgestaltung der Wortbestandteile aus, um eine Verletzung des Klagezeichens zum mindesten unter dem vom Berufungsgericht nicht erörterten Gesichtspunkt einer erweiterten Verwechslungsgefahr zu bejahen, die nach feststehender Rechtsprechung immer dann gegeben ist, wenn beim Publikum der unrichtige Eindruck vermittelt wird, es beständen organisatorische oder sonstige geschäftliche Zusammenhänge zwischen den beiden Unternehmen.

3. Der Beklagten schlechthin die warenzeichenmäßige Verwendung der Worte "im Nu" zu untersagen, rechtfertigt sich nach der im Ergebnis zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht aus dem Gesichtspunkt eines Wettbewerbsverstoßes (§ 1 UNG). Das gilt selbst dann, wenn eine zielbewußte Annäherung

der Beklagten bei der Verwendung der Worte "im Nu" unterstellt wird. Denn diesen Worten allein kann, wie im Vorstehenden dargelegt, keine genügende Eigenart zugebilligt werden, um bei einer Teewerbung die Gefahr einer Irreführung des flüchtig losenden Verkehrs herbeizuführen. Allerdings wird die Beklagte bei der zukünftigen Ausgestaltung ihrer Werbung nicht unberücksichtigt lassen dürfen, daß eine eindeutige Abstandnahme von der bisherigen Werbeart notwendig sein wird. Denn nachdem einmal die unzulässigen Werbemaßnahmen der Beklagten den Verbrauchern bekannt geworden sind, würde bei einer nicht genügend abgewandelten Form der Werbung die Gefahr bestehen, daß die durch das bisherige Verhalten der Beklagten erweckten Vorstellungen bei dem flüchtigen durchschnittlichen Verbraucher zum Nachteil der Klägerin fortwirken könnten. Die Früchte ihrer Rechtsverletzung dürfen der Beklagten aber nicht erhalten bleiben (BGH GRUR 1958, 86, 89 -Ei-fein; vgl. auch Anm. von Moser v. Filseck zu BGH GRUR 1958, 143, 148 - Schwarzmann).

III. Über die Unterlassungsverpflichtung hinaus haftet die Beklagte der Klägerin auch gemäß § 24 Abs. 2 WZG in gleichem Umfang auf Schadenersatz. Die weitgehende bildliche Übereinstimmung der Beschriftungen der Portionsbeutel sowie die große Bekanntheit der Marke "Meßmer" rechtfertigen die Auffassung - ohne daß hierfür weitere tatsächliche Feststellungen des Tatsachengerichters erforderlich wären -, daß die Beklagte, der die Werbung der Klägerin selbstverständlich bekannt war, zumindest grob fahrlässig gehandelt hat. Das Feststellungsinteresse der Klägerin an der Schadenersatzpflicht der Beklagten folgt daraus, daß sie ihren Schaden erst beziffern kann, wenn die Beklagte die erforderliche Auskunft erteilt hat.

IV. Eine Aufbrauchsfrist für die beanstandeten Portionsbeutel war der Beklagten im Hinblick auf ihre Erklärung, sie verwende diese Beutel seit zwei Jahren nicht mehr, nicht zu gewähren.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 92 ZPO.

Wilde

Krüger-Nieland

Weiß

Pehle

Spengler