

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 5/67

URTEIL

Verkündet am

27. November 1968

Z u g ,
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma D [REDACTED]-Kelterei Fritz D [REDACTED], U [REDACTED],
G [REDACTED] str. [REDACTED], Inhaber Fritz D [REDACTED], S [REDACTED], und
Dietrich D [REDACTED], U [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma M [REDACTED] & P [REDACTED], Lebensmittel-Import, Packerei,
U [REDACTED], B [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. November 1968 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Dr. Mösl, Alff, Dr. Simon und Dr. Merkel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das den Parteien an Verkündungs Statt am 24. Oktober 1966 zugestellte Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Inhaberin folgender Warenzeichen für alkoholfreie Getränke, Fruchtsäfte und Limonaden:

"Cecrola" (Nr. 749 673, angemeldet am 21. April 1959, eingetragen am 8. Juni 1961),

"Cecrola" (Nr. 736 172, angemeldet am 11. September 1959, eingetragen am 2. Mai 1960; unter Nr. 244 204 international registriert am 12. Juni 1961. Das Warenverzeichnis wurde durch Teillöschung, u.a. von Fruchtkonserven, am 7. April 1961 beschränkt).

Für beide Warenzeichen sind in der Zeichenrolle die Warenklassen 16c und 26a angegeben.

- 3 -

Die Beklagte hat unter dem Zeichen "COROLA" über den Großhandel an Gaststätten, Konditoreien und ähnliche Betriebe spanischen Aprikosen-Pulp vertrieben; dabei handelt es sich um eine zum Tortenbelag bestimmte, nicht gezuckerte Obstkonserve.

Die Klägerin erblickt in der Verwendung des Zeichens "COROLA" einen Eingriff in ihre Rechte an den oben wiedergegebenen Warenzeichen. Sie meint, daß zwischen Fruchtsäften und Obstkonserven Warengleichartigkeit bestehe und daß die beiderseitigen-Wortzeichen verwechslungsfähig seien. Bei den von ihr, der Klägerin, vertriebenen Fruchtsäften handle es sich um Halbfabrikate, die zu Süßmost oder in anderer Weise verarbeitet würden; es stünden sich daher die Halbfabrikate "Fruchtsaft" einerseits und "Pulp" andererseits gegenüber. Beide Erzeugnisse würden von der obstverarbeitenden Industrie hergestellt und vom gleichen Interessentenkreis abgenommen, nämlich von Konditoreien, Milchbars und der guten Gastronomie mit eigener Konditorei. Die Beschränkung des Warenverzeichnisses bei dem Zeichen "C-rola" führe nicht dazu, das Verbotungsrecht auf Waren zu beschränken, die mit den eingetragenen Waren gleich seien.

Die Klägerin hat beantragt, der Beklagten bei Meldung von Strafe zu verbieten,

Obstkonserven, insbesondere eine Aprikosenpulp unter der Bezeichnung "Corola" feilzuhalten oder in Verkehr zu setzen, oder auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen das Zeichen "Corola" anzubringen;

sie hat ferner beantragt, die Verpflichtung der Beklagten zum Schadensersatz vom 1. September 1964 an festzustellen und sie zur Erteilung von Auskunft vom gleichen Zeitpunkt an zu verurteilen.



Die Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Sie hat behauptet, den in Rede stehenden Aprikosenpulp seit 1963 unter der Bezeichnung "COROLA" von einer spanischen Firma bezogen zu haben, wobei der Wert des Gesamtumsatzes bis September 1964 etwas über 1 Million DM betragen habe. Der Pulp sei ein Halbfertigfabrikat; es bestehe keine Warengleichartigkeit mit den von der Klägerin vertriebenen Fruchtsäften, die Fertigerzeugnisse seien. Die Warenzeichen seien auch nicht verwechslungsfähig. Mit der Löschung der Warenart "Fruchtkonserven" in dem Warenverzeichnis für "C-rola" habe sich die Klägerin des Verbotungsrechts bezüglich dieser Warengattung begeben.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Warengleichartigkeit zwischen den im Streit stehenden Erzeugnissen der Parteien verneint; es hat zu diesem Zweck das unter dem Zeichen "Cerola" vertriebene Fruchtgetränk der Klägerin und den von der Beklagten unter dem Zeichen "COROLA" vertriebenen Aprikosenpulp verglichen.

Das Erzeugnis der Klägerin, so führt das angefochtene Urteil aus, werde auf dem im Berufungsverfahren vorgelegten Prospekt und auf dem Flaschenetikett als "Fruchtgetränk" bezeichnet, während es die zu den Akten

gebrachte schriftliche "Anleitung ... zur Diät" unter "Fruchtsäfte" einreihe. Dieser Widerspruch bedürfe keiner Klärung, auch könne es dahingestellt bleiben, ob "Cerola" als Fruchtsaft im Sinn der Verordnung über Obsterzeugnisse vom 15. Juli 1933 (RGBl I 495) zu beurteilen sei; denn jedenfalls wende sich die Klägerin mit ihrer Prospektwerbung, mit der Auslieferung ihres Getränkes in 3/4 l - Flaschen und durch den Verkauf in Reformhäusern an einen Abnehmerkreis, der ihr Erzeugnis zum unmittelbaren Genuß erwerben solle; danach stelle "Cerola" ein Fertigerzeugnis dar.

Demgegenüber sei der Aprikosenpulp der Beklagten unbestritten ein Halbfertigfabrikat. Er diene im Konditorci- und Bäckereigewerbe als Tortenbelag und werde nur in 5 kg-Dosen über den Großhandel ausgeliefert. Es sei daher davon auszugehen, daß dem von der Klägerin mit "Cerola" angesprochenen Endverbraucher bei seinem Kauf im Reformhaus oder sonst im Einzelhandel der Aprikosenpulp "COROLA" nicht entgegentrete. Es möge sein, daß sich bestimmte Abnehmerkreise, z.B. Krankenhäuser, Werkskantinen und Großgaststätten mit eigener Konditorei für beide Erzeugnisse interessierten und sie beim Einkauf im Großhandel sähen; gleichwohl würden diese Kreise die Waren nicht als gleichartig ansehen, da auch ihnen erkennbar sei, daß es sich im einen Fall um ein Fertigerzeugnis und im anderen Fall um ein Halbfabrikat handele. Es seien keine besonderen Umstände ersichtlich, die es ausnahmsweise rechtfertigten, ein Halbfabrikat und ein Fertigerzeugnis als gleichartig anzusehen; der Umstand, daß beide Erzeugnisse aus dem Grundstoff "Obst" hergestellt werden, reiche dafür nicht aus.

Danach komme es, so legt das Berufungsgericht weiter dar, auf die Frage der Verwechslungsfähigkeit der Zeichen und auf den Gesichtspunkt der etwaigen Verwirkung nicht mehr an. Daß der Anspruch der Klägerin nicht aus Vertrag begründet sei, habe das Landgericht zutreffend dargelegt; diese Ausführungen habe die Berufung nicht angegriffen.

II. Die gegen diese Ausführungen gerichteten Angriffe der Revision führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils.

1. Waren sind zeichenrechtlich als gleichartig anzusehen, wenn sie nach ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und Verwendungsweise, nach ihrer Beschaffenheit und Herstellung, insbesondere auch hinsichtlich ihrer regelmäßigen Herstellungs- und Verkaufsstätten so enge Berührungspunkte miteinander haben, daß nach der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise der Schluß naheliegt, die Waren entstammten demselben Geschäftsbetrieb (BGH GRUR 1957, 126 - Troika; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9. Aufl. § 5 WZG Rdz. 21). Dabei sind im Verletzungsstreit bei Prüfung der Warengleichheit oder -gleichartigkeit grundsätzlich alle Waren heranzuziehen, für die das Klagezeichen eingetragen ist; auszuscheiden sind - auf Einrede des als Verletzer in Anspruch Genommenen - jedoch Waren, die der Zeicheninhaber überhaupt nicht führt und von denen er auch nicht nachweist, daß er seinen Geschäftsbetrieb in angemessener Zeit auf diese Waren ausdehnen wird (BGH GRUR 1965, 86, 89 - Schwarzer Kater - m.w.Nachw.; Reimer/Trüstedt, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 4. Aufl. 1. Bd. 14. Kap. Rdz. 10).

Zu Recht beanstandet danach die Revision, daß das Berufungsgericht nur das von der Klägerin unter dem Zeichen "Cerola" vertriebene Fruchtgetränk bei der Prüfung

der Warengleichartigkeit berücksichtigt hat und nicht auch die übrigen Erzeugnisse der Klägerin, soweit sie unter das den Warenzeichen beigegebene Warenverzeichnis fallen; sie rügt in diesem Zusammenhang den Vortrag der Klägerin als übergegangen, daß sie einen Fruchtverwertungsbetrieb unterhalte, zu dessen Verarbeitungsprogramm Fruchtsäfte und Pulpen zählten (Berufungsbegründung vom 8. November 1965 S.7). Diesen Vortrag hat die Beklagte nicht substantiiert bestritten. Da das Berufungsgericht dazu keine Feststellungen getroffen hat, ist für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß die Klägerin auch Fruchtsäfte herstellt, die - wie es nach der noch darzulegenden lebensmittelrechtlichen Regelung im Normalfall sein wird - als Halbfabrikate vertrieben werden.

2. Im Warenverzeichnis des Zeichens "Cerola" sind aufgeführt "alkoholfreie Getränke, Fruchtsäfte, Limonaden (GK 16 c, 26 a)"; zu diesen Waren gehören zwar die Pulpen nicht, doch umfaßt das gemäß § 15 WZG auf "Waren der angemeldeten Art" beschränkte Verbotsrecht auch die mit den auf Grund der Anmeldung eingetragenen Waren gleichartigen Waren (RGZ 108, 34, 37; Reimer/Trüstedt, aaO Rdz. 4). Das Verbotsrecht der Klägerin erstreckt sich danach auch auf Pulpen, wenn diese mit den für die Klägerin eingetragenen und tatsächlich geführten Fruchtsäften gleichartig sind. Dies gilt auch für das Warenzeichen "C-rola"; denn durch die Beschränkung des diesem Warenzeichen beigegebenen Warenverzeichnisses entfällt nicht das Verbotungsrecht im Warengleichartigkeitsbereich (BGHZ 34, 1 - Mon Chéri).

a) Obstpulp ist ein nicht zum unmittelbaren Genuß geeignetes, aus frischem Obst hergestelltes Halberzeugnis, das neben Obstbestandteilen in breiig-stückiger Form auch unzerteilte Früchte und große Fruchtstücke enthält (§ 3

Abs. 1 der Verordnung über Obsterzeugnisse - ObstVO - vom 15. Juli 1933 (RGBl I 495) i.d.F. vom 17. August 1938 (RGBl I 1048) - abgedruckt bei Holthöfer/Juckenack/Nüse, Deutsches Lebensmittelrecht, 4. Aufl. Bd. IV S. 218). Auch wenn es sich im Wortsinn dieser Verordnung dabei nicht um eine Konserve handelt, da die Herstellung von Obstkonserven einer Regelung außerhalb der Verordnung vorbehalten bleiben sollte (Amtl. Begründung zu § 1 ObstVO), fällt dieses Erzeugnis jedenfalls entweder unter den Begriff Konserven oder den Begriff Obst der Warenklasse 26 a.

b) Unter die Warenklasse 26 a fallen auch die "Fruchtsäfte" im Gegensatz zu den "alkoholfreien Getränken" der Warenklasse 16 c. Zwar ist die Warenklasseneinteilung für die Beurteilung der Warengleichartigkeit grundsätzlich ohne Belang (st. Rspr.; Baumbach/Hefermehl, aaO § 5 WZG Rdz. 26), doch kann sie im hier gegebenen Fall zusammen mit den anderen Umständen als Indiz für die Gleichartigkeit dienen. Dabei kann im Streitfall dahingestellt bleiben, ob unter den "Fruchtsäften" der Warenklasse 26 a nur solche Säfte zu verstehen sind, die nicht zum unmittelbaren Genuß bestimmt sind (§§ 15, 17 ObstVO), oder ob entsprechend den von der Lebensmittelbuch-Kommission beschlossenen Leitsätzen für Fruchtsäfte (Süßmoste), veröffentlicht vom Bundesminister für Gesundheitswesen durch Bekanntmachung vom 30. September 1966 (BAnz. Nr. 195; vgl. Holthöfer/Juckenack/Nüse, aaO Bd. VI S. 872), Fruchtsäfte und Süßmoste gleichzustellen sind; jedenfalls dienen die von der Begriffsbestimmung des § 15 ObstVO erfaßten Fruchtsäfte der Weiterverarbeitung (Amtl. Begründung zu § 15 ObstVO), so daß auch dann, wenn nach dem Sprachgebrauch der Warenklasseneinteilung auch solche Fruchtsäfte darunterfielen, die wie Getränke

genossen werden können (vgl. BPatGE 3, 121, 215), die Warengleichartigkeit der in der Regel als Halbfabrikate hergestellten Fruchtsäfte mit dem ebenfalls aus Obst gewonnenen Halbfabrikat Pulp nicht verneint werden könnte. Dementsprechend ist seit jeher die Warengleichartigkeit zwischen Fruchtsäften und Obstkonserven angenommen worden (Richter, Warengleichartigkeit, 3. Aufl. S. 36).

c) Das Berufungsgericht hat die Warengleichartigkeit allein mit der Begründung verneint, daß zwischen Fertig- und Halbfertigwaren in der Regel keine Gleichartigkeit bestehe; es hat nicht verkannt, daß dieser Grundsatz in der Rechtsprechung nicht ausnahmslos angewendet worden ist, hat aber gemeint, der im Urteil des erkennenden Senats vom 25. Februar 1966 (BGH GRUR 1966, 432, 435 - Epigran) angesprochene Ausnahmefall, daß das Zeichen des Halbfabrikats nach den Gepflogenheiten der Branche auch an der Fertigware erscheine, liege im Streitfall nicht vor. Diese Beurteilung erschöpft die Besonderheit des Streitfalles nicht. Sollte die erneute Berufungsverhandlung ergeben, daß die Klägerin nur Fruchtgetränke als Fertigware, nicht aber auch Fruchtsäfte als Halbfabrikate herstellt und vertreibt, so wäre gleichwohl noch zu prüfen, ob es auch in diesem Geschäftszweig nichts Ungewöhnliches ist, daß im selben Obstverarbeitungsbetrieb Säfte sowohl der einen als auch der anderen Art hergestellt werden und es daher gerechtfertigt sein könnte, insoweit Gleichartigkeit zwischen Fertigwaren und Halbfabrikaten anzunehmen, weil es bei solcher Sachlage für den Durchschnittsabnehmer nahe liegt, bei gleichen Zeichen - normale Kennzeichnungskraft unterstellt - auf die Herkunft aus dem gleichen Geschäftsbetrieb zu schließen.

3. Danach kann das Revisionsgericht mangels der erforderlichen tatsächlichen Grundlagen nicht abschließend beurteilen, ob zwischen Erzeugnissen, die von der Klägerin geführt werden und unter das Warenverzeichnis der Klagzeichen fallen und dem von der Beklagten vertriebenen Pulp Warengleichartigkeit besteht; die Frage der Verwechslungsfähigkeit hat das Berufungsgericht, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, bisher noch nicht geprüft.

III. Nach allem war auf die Revision der Klägerin das angefochtene Urteil aufzuheben; die Sache war zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Krüger-Nieland

Mösl

Alff

Simon

Merkel