

I ZR 6/55

Verkündet
am 2. November 1956
Grunau, Justizobersekr.
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 W [REDACTED] & M [REDACTED] AG, Ma [REDACTED], I [REDACTED] Straße
[REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand,

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

die Firma Edmund Mü [REDACTED], Spezialfabrik feiner Schuhcreme
und Bohnerwachse, St [REDACTED]-S, T [REDACTED]straße [REDACTED],
Inhaber: Alfred J [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 2. November 1956
unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. h.c. Wilde,
Dr. Bock, Dr. Nastelski, Dr. Weiß und Dr. Spreng

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil
des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart
vom 16. November 1954 wird auf Kosten der Klägerin
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin, die in Ma eine Fabrik zur Herstellung von Schuh- und Fußbodenpflegemitteln sowie einer Reihe anderer chemischer Erzeugnisse betreibt, bringt seit dem Jahre 1901 eine Schuhkreme unter dem in Deutschland allgemein bekannten Zeichen "Erdal" auf den Markt. Sie bedient sich für den Vertrieb einer Dose, deren Deckel außer von dem groß gedruckten Wortzeichen "Erdal" von dem Bild eines roten, auf stilisiertem Untergrund sitzenden Frosches beherrscht wird. Das Wort "Erdal" wird in der Beschriftung des Deckels durch das weitere, etwas kleiner gedruckte Wortzeichen "Rotfrosch" ergänzt. Für die Klägerin sind u.a. folgende Warenzeichen in der Zeichenrolle des Patentamts eingetragen:

Nr 217 895	"Erdal-Perlen"	vom 4. 6. 1917
Nr 239 093	"Erdaldose" (Bildzeichen)	" 27. 11. 1919
Nr 239 696	"Erdal"	" 10. 12. 1919
Nr 243 868	"Erdal"	" 9. 3. 1920
Nr 408 163	"Erdal" (Bildzeichen)	" 2. 10. 1929
Nr 431 582	"Erdal-Polish" (Bildzeichen)	" 9. 4. 1931
Nr 473 347	"Erdal-Rotfrosch" (Bildzeichen)	" 20. 2. 1935
Nr 473 348	"Erdal-Rotfrosch" (Bildzeichen)	" 20. 2. 1935
Nr 485 210	"Erdal-Schuhweiß" (Bildzeichen)	" 13. 5. 1936
Nr 495 798	"Erdal-Walfisch" (Bildzeichen)	" 20. 8. 1937
Nr 501 337	"Erdal"	" 5. 4. 1938

Die Beklagte befaßt sich ebenfalls mit der Herstellung von Schuh- und Fußbodenpflegemitteln. Sie bringt ihre Schuhkreme seit 1921 auf den Markt, wobei sie zunächst die Worte "Emst" und "Emsal" nebeneinander verwendete, später sich jedoch allein auf das Wortzeichen "Emsal" beschränkte.

- 3 -

Als Bildzeichen verwendet sie auf ihren Dosen einen roten Pferdekopf mit der klein gehaltenen Unterschrift "Schachspringer" auf einem als Schachbrett gestalteten grauweißen Untergrund.

Das Wortzeichen "Emsal" ist der Beklagten seit dem 17. Juni 1921, das Bildzeichen "Schachspringer" seit dem 3. Februar 1926 durch Eintragung in die Zeichenrolle des Patentamts geschützt.

Der Fabrikationsbetrieb der Beklagten wurde im Jahre 1944 durch Fliegerbomben weitgehend zerstört. In den letzten Jahren nahm die Beklagte ihre Produktion in zunächst kleinem Umfange mit nur einem Arbeiter wieder auf.

Die Klägerin hat erstmals mit Schreiben vom 11. Juli 1952 die Beklagte unter Hinweis auf ihre Zeichenrechte zur Unterlassung der weiteren Herstellung ihrer Dosen in der bisherigen Aufmachung sowie der Verwendung des Wortes "Emsal" und des schraffierten Dosenrandes aufgefordert.

Sie hat die Auffassung vertreten, die Zeichen der Beklagten seien mit ihren Schutzrechten verwechslungsfähig. Vor dem Jahre 1952 habe sie keine Kenntnis von den Verletzungshandlungen der Beklagten gehabt. Sie könne daher ihre Rechte auch nicht verwirkt haben. Sie hat beantragt:

1. die Beklagte zu verurteilen, es bei Vermeidung einer Geldstrafe in unbegrenzter Höhe oder Haftstrafe bis zur Dauer von sechs Monaten für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen,
 - a) die von ihr hergestellten Erzeugnisse, insbesondere Schuhpflegemittel und damit gleich-



- artige Waren, unter der Bezeichnung "Fmsal" anzupreisen und zu vertreiben, hilfsweise: außerhalb Baden-Württemberg anzupreisen und zu vertreiben,
- b) solche Erzeugnisse in Verpackungen zu vertreiben, die ein Tierbild in roter Farbe auf schwarzem Grund enthalten, sowie dieses Motiv in ihrer Werbung für Schuhpflegemittel und damit gleichartige Erzeugnisse zu benutzen.
2. die Beklagte zu verurteilen, in die Löschung ihrer Warenzeichen Nr 277 351 sowie Nr 352 950 zu willigen.
 3. der Klägerin Rechnung zu legen und Auskunft zu erteilen über die bisher erfolgten Zuwiderhandlungen gemäß den Klageanträgen zu 1 a und b,
 4. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin alle Schäden zu ersetzen, die dieser aus den Zuwiderhandlungen der Beklagten im Sinne der Klageanträge zu 1 bisher entstanden sind und noch entstehen,
 5. sämtliche mit den Bezeichnungen gemäß den Klageanträgen zu 1 versehenen, bei der Beklagten vorhandenen Verpackungen sowie Druck- und Werbeschriften an einen von der Klägerin zu beauftragenden Gerichtsvollzieher zum Zwecke der Vernichtung herauszugeben.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat die Verwechslungsfähigkeit ihrer Zeichen mit denen der Klägerin bestritten. Im übrigen hat sie sich darauf berufen, daß etwaige Rechte der Klägerin im Hinblick auf den Ablauf von 30 Jahren, während derer sie ihre Zeichen ungestört in nicht unbeachtlichem Umfange benutzt habe, verwirkt seien.

Das Landgericht hat nach Beweiserhebung die Klage abgewiesen. Die Berufung blieb ohne Erfolg. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre bisherigen Anträge weiter, während die Beklagte um Zurückweisung der Revision bittet.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob die sich gegenüberstehenden Zeichen der Parteien verwechslungsfähig sind, nicht entschieden. Es ist der Auffassung, daß diese Frage nicht endgültig beantwortet zu werden brauche, weil der von der Beklagten erhobene Verwirkungseinwand in jedem Falle durchgreife. Auch in der Revisionsinstanz bedarf es bei der gegebenen Sachlage nur einer Entscheidung, ob die Auffassung des Berufungsgerichts, der Anspruch der Klägerin sei verwirkt, auf einer rechtsirrtumsfreien Beurteilung des Sachverhalts beruht.

Das Berufungsgericht ist bei seiner Würdigung des Sachverhalts davon ausgegangen, daß der Anklang an die im Jahre 1921 schon bekannte Bezeichnung "Erdal" für die Wahl des Wortzeichens "Emsal" seitens der Beklagten eine gewisse Rolle gespielt haben möge. Allerdings sei diese Annahme, so führt das Berufungsgericht aus, nicht ohne weiteres zwingend, weil in der kleinen Chemie des Alltages gerade die besonders prägnanten Wortendungen zu Zeiten weitgehend Modesache seien. Selbst wenn man indessen unterstelle, daß sich die Beklagte bei der Wahl des Wortes "Emsal" der Ähnlichkeit und Verwechslungsgefahr voll bewußt gewesen sei, so habe sie jedenfalls mit der Wahl des Bildzeichens "Schachspringer" eine deutlich unterscheidbare Kennzeichnung gewählt. Mindestens seit Einführung dieses Zeichens im Jahre 1926 könne von einer Schlechtgläubigkeit der Beklagten

nicht mehr die Rede sein. Gerade wenn man die Berühmtheit des Klagezeichens in Betracht ziehe, habe die Beklagte damit rechnen können, daß das Patentamt bei der Eintragung des Zeichens der Beklagten die Frage der Verwechslungsgefahr auch von sich aus prüfen würde (vgl. § 5 WZG alte Fassung). Habe die Tatsache der Eintragung auch nicht für eine Entscheidung über die Verwechslungsgefahr durch die Gerichte präjudiziell sein können, so sei sie doch in subjektiver Hinsicht geeignet, die Beklagte zu entlasten, und habe ihr Grund zu der Auffassung geben können, die ohnehin zweifelhafte Frage der Ähnlichkeit in ihrem Sinne zu entscheiden. Vor allem falle aber die Tatsache ins Gewicht, daß die Klägerin mehr als 30 Jahre lang niemals Einwände gegen den Gebrauch der Zeichen der Beklagten erhoben habe, obwohl die Beklagte der Überzeugung habe sein dürfen, daß ihre Zeichen der Klägerin nicht unbekannt geblieben seien. Hiernach könne es nicht zweifelhaft sein, daß die Beklagte mindestens schon seit langer Zeit gutgläubig ihre Zeichen für ordnungsmäßig und unantastbar gehalten habe und auch habe halten dürfen. Andererseits sei auch mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit zu vermuten, daß die Klägerin von der Existenz der Zeichen der Beklagten gewußt habe. Denn diese sei gerade auch am Sitz der Klägerin wenigstens zeitweise aufgetreten. Auch sei sie im örtlichen Fachverband vertreten gewesen und ihr Inhaber habe als Schriftführer des örtlichen Fachverbandes mit der Klägerin korrespondiert. Anderen einschlägigen Großfirmen sei die Beklagte gleichfalls bekannt gewesen. In jedem Fall sei der Klägerin ihre angebliche Unkenntnis als Verschulden anzurechnen, weil von ihr als einem Großunternehmen eine sorgfältige Kontrolle des Marktes habe verlangt werden müssen.

Hinsichtlich des Umfanges der geschäftlichen Tätigkeit

der Beklagten in den vergangenen Jahrzehnten hat das Berufungsgericht festgestellt, daß die Beklagte fraglos immer ein Kleinbetrieb gewesen sei. Auch in den Zeiten der höchsten Produktion der Beklagten im Anfang der 30er Jahre hätten ihre Zeichen keine allgemeine Verkehrsgeltung gehabt. Jedoch habe sie jedenfalls vor dem letzten Kriege einen schutzwürdigen Besitzstand besessen. Aus der Beweisaufnahme ergebe sich, daß die Beklagte zeitweise ohne die Inhaber bis zu 15 Mann Personal gehalten, daß einer ihrer 15 bis 20 Vertreter allein aus dem Vertrieb von "Emsal" in Friedenszeiten ca. 1.000 bis 1.500 RM monatlich an Provision verdient, daß sie in den Jahren 1930 bis 1932 sogar in Mainz, dem Sitz der Klägerin, etwa 75 Ladengeschäfte bedient habe und daß sie endlich auch im örtlichen Fachverband vertreten und ihr Inhaber dort als Schriftführer tätig gewesen sei. Hiernach sei es auch glaubhaft, daß sich ihr Umsatz in den ganzen Jahren auf erheblich mehr als 1 Million Dosen "Emsal" belaufen habe. Das Berufungsgericht vertritt auf Grund dieser von ihm festgestellten Tatsachen die Auffassung, daß die gekennzeichnete Geschäftsentwicklung nicht ohne erheblichen Aufwand von Mühe und Kosten habe vor sich gehen können, und weist in diesem Zusammenhang auch darauf hin, daß die Beklagte im Jahre 1932 eine große Werbeaktion durch Einführung von Sparmarken durchgeführt und in diesem Rahmen ca. 1 1/2 Millionen Dosen Schuhcreme "Emsal" verteilt habe. Von einer regionalen Beschränkung des Absatzgebietes der Beklagten, so führt das Berufungsgericht aus, könne nicht gesprochen werden. Die Beklagte habe eine größere Anzahl von in ganz Deutschland verteilten Vertretern gehabt und habe ihre Lieferungen bis Berlin, Breslau, Hannover und Schleswig-Holstein erstreckt.

Das Berufungsgericht zieht aus alledem die Folgerung,

daß der Beklagten jedenfalls bis zu ihrer Ausbombung im Jahre 1944 ein schutzwürdiger Besitzstand zugebilligt werden müsse. Auf diesen früheren Besitzstand könne sich die Beklagte indessen auch jetzt noch berufen, obwohl sie ihren Geschäftsbetrieb seit seiner Zerstörung erst wieder im kleinsten Rahmen mit nur einem Arbeiter aufgenommen habe. Die Beklagte sei das Opfer der Kriegs- und Nachkriegsverhältnisse geworden. Als kleines und kapitalarmes Unternehmen habe sie die schweren Kriegsschäden noch lange nicht überwinden können und habe schwer darum zu ringen, gegen den Vorsprung der kapitalstarken Großunternehmen ihre alte Umsatzhöhe wieder zu erreichen. Unter diesen Umständen widerspreche es Treu und Glauben, wenn man der Beklagten verwehren wolle, sich auf ihre alten Rechte zu berufen.

II. Die Revision beanstandet zwar nicht den Standpunkt des Berufungsgerichts, daß die Beklagte früher einen schutzwürdigen Besitzstand besessen habe. Ihre Angriffe richteten sich vielmehr gegen die Annahme, daß auch noch ein gegenwärtiger Besitzstand bei der Beklagten vorhanden sei. Der Betrieb der Beklagten habe, so meint die Revision, mit seinem kaum je über den Umfang des Handwerkbetriebes hinausgehenden Umfang - wenn überhaupt - nur eine ganz geringe Verkehrsgeltung besessen. Nach der Ausbombung sei der Betrieb praktisch völlig zum Ruhen gekommen. Wenn daher die Beklagte den Vertrieb von "Emsal" wieder aufnehme, so handle es sich um einen neuen Geschäftsbetrieb, der nicht mehr an einen Besitzstand oder an eine Erinnerung an frühere Zeiten anknüpfen könne. Einen gegenwärtigen Besitzstand habe aber das Berufungsgericht überhaupt nicht festgestellt.

Soweit die schriftliche Revisionsbegründung ihren

Angriffen die Annahme zugrunde legt, daß im Sinne der Verwirkungslehre ein schutzwürdiger Besitzstand nur bejaht werden könne, wenn die Zeichen der Beklagten auch Verkehrsgeltung erlangt haben und im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch besitzen, sind sie schon deswegen nicht gerechtfertigt, weil es nach der inzwischen ergangenen Entscheidung des Senats in BGHZ 21, 66 [78 ff] - Hausbücherei - für die erfolgreiche Erhebung des Verwirkungseinwandes nicht erforderlich ist, daß der angebliche Verletzer für die von ihm benutzte Bezeichnung Verkehrsgeltung erlangt hat. Der Senat hat in der zitierten Entscheidung im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts ausgesprochen, es genüge, daß durch eine länger andauernde redliche und ungestörte Benutzung einer Bezeichnung ein Zustand geschaffen sei, der für die Benutzer einen beachtlichen Wert habe, ihm nach Treu und Glauben erhalten bleiben müsse und den auch der Verletzte ihm nicht streitig machen könne, wenn er durch sein Verhalten diesen Zustand erst ermöglicht habe.

Die rechtsirrtumsfreien Feststellungen des Berufungsgerichts berücksichtigen zutreffend alle diejenigen Gesichtspunkte, die von der höchstichterlichen Rechtsprechung für das Bestehen eines schutzwürdigen Besitzstandes als erforderlich angesehen werden. Sie rechtfertigen unbedenklich die Annahme, daß die Beklagte jedenfalls bis zum Jahre 1944 einen wertvollen Besitzstand besessen hat.

Weiterhin kann aber auch der Auffassung der Revision nicht zugestimmt werden, der Besitzstand der Beklagten sei jedenfalls im Jahre 1944 erloschen, so daß in der Wiederaufnahme des Betriebes nur ein Neubeginn erblickt werden könne. Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen

(§ 22 des Urteils) hat die Beklagte seit der Währungsreform das Zeichen "Emsal" wieder verwendet. Von diesem Zeitpunkt, der in der Berufungsinstanz von der Klägerin nicht bestritten worden ist, geht ersichtlich auch das Berufungsgericht aus, wenn es feststellt, daß die Beklagte "in den letzten Jahren" ihre Produktion in kleinem Umfange wieder aufgenommen habe. Daraus ergibt sich allerdings, daß der Betrieb der Beklagten in den ersten Nachkriegsjahren völlig stillgelegt hat. Indessen wäre es nicht gerechtfertigt, aus dieser jedenfalls nur vorübergehenden Einstellung in den Jahren nach dem Kriege den Schluß zu ziehen, die Grundlagen des Betriebes der Beklagten seien vernichtet gewesen, so daß sein Wiederaufbau wirtschaftlich ein völlig neues Unternehmen darstelle, dem die früheren Zeichenrechte nicht mehr zuständen. Wie der Senat im Anschluß an die Rechtslehre in BGHZ 21, 66 [69] - Hausbücherei - ausgesprochen hat, hängt es jeweils von der Würdigung des Einzelfalles ab, wann die Voraussetzungen für die Annahme zu bejahen sind, daß die Grundlagen eines Unternehmens erhalten geblieben und die zu seiner Fortführung geeigneten Vermögensstücke und -beziehungen noch vorhanden gewesen sind. Er hat dabei hervorgehoben, daß für die Beurteilung von Tatbeständen, die in der unmittelbaren Nachkriegszeit spielen, die Verhältnisse Berücksichtigung finden müssen, die sich als Folge des Krieges ergaben (vgl. auch BGHZ 6, 137 [141, 142] - Lockwell). Bereits der Umstand, daß die streitigen Warenzeichen weiterhin für die Beklagte eingetragen geblieben sind, zeigt, daß dem Unternehmen trotz der Zerstörung der Fabrik Vermögenswerte erhalten geblieben waren, an die die Beklagte anknüpfen konnte, um ihren Betrieb von neuem aufzubauen. Diese Warenzeichen fielen für sie um so stärker ins Gewicht, als sie an ihnen einen Besitzstand erworben hatte,

der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts als schutzwürdig anzuerkennen ist. Bereits im Hinblick auf diese Werte kann daher nicht die Rede davon sein, daß etwa durch die Kriegszerstörungen, durch die Zerstörung der eigentlichen Fabrik die Grundlage des früheren Unternehmens völlig vernichtet worden wäre. Waren aber die Voraussetzungen für eine Wiederaufnahme des früheren Unternehmens bestehen geblieben, so kann auch andererseits unter Würdigung der besonderen Verhältnisse der Nachkriegsjahre nicht anerkannt werden, daß die Wiedereröffnung des Betriebes in einem veränderten Rahmen, d.h. in einem gegenüber der früheren Zeit nur beschränkten Umfange die Annahme rechtfertigen könnte, es müsse sich dabei um ein neues Unternehmen handeln. Der verkleinerte Geschäftsumfang ergibt sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts daraus, daß es für einen Kleinbetrieb nach dem Kriege außerordentlich schwierig war, die notwendigen Kredite zu erhalten, um sich mit einer großzügigen Werbung den alten Markt zurückzuerobern und die erlittenen Kriegsschäden zu überwinden. Zwar meint die Revision demgegenüber, daß unzählige gesunde und leistungsfähige Klein- und Mittelbetriebe beständen, die trotz der abnormen Verhältnisse der Kriegs- und Nachkriegszeit, jedenfalls seit 1948, Verkehrsanerkennung hätten erringen können. Dies kann als richtig unterstellt werden. Indessen beweist der Umstand, daß andere Betriebe die erlittenen Verluste schneller haben überwinden können, noch nicht, daß auch für die Beklagte eine solche Möglichkeit bestanden hätte. Vor allem kommt es aber, wie hervorgehoben, nicht darauf an, ob die Beklagte im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung für ihre Zeichen auch Verkehrsgeltung besessen hat. Allein entscheidend ist vielmehr, ob unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände Treu und Glauben es verbieten würden, der Beklagten das Recht zu verweigern,

sich für ihren nach einigen Jahren der Stilllegung in kleinem Rahmen wieder aufgenommenen Betrieb auf einen wertvollen Besitzstand zu berufen, den sie jedenfalls vor dem Kriege nach dem oben Gesagten besessen hatte. Das hat das Berufungsgericht zu Recht verneint. Dabei hat es entgegen der Annahme der Revision keineswegs übersehen, daß es für die Entscheidung auf den gegenwärtigen Besitzstand ankommt. Das Berufungsgericht hat ausdrücklich betont, daß auch der Inhaber eingetragener Zeichen sich dann nicht mehr auf die Verwirkung berufen könne, wenn diese Zeichen durch tatsächliche Nichtverwendung für ihn jetzt bedeutungslos geworden seien oder wenn sie in dem Geschäftsbetrieb des Verletzers eine so untergeordnete Rolle spielten, daß diesem eine Preisgabe der erlangten Stellung unbedenklich zugemutet werden könne. Das Berufungsgericht hat jedoch in Abrede gestellt, daß eine solche Sachlage hier gegeben sei. Zu Recht hat es die Auffassung vertreten, daß es im Rahmen einer Prüfung unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben nicht bedeutungslos sein könne, aus welchem Grunde ein früher umfangreicherer Geschäftsbetrieb nach dem Kriege zurückgegangen ist. Seine Annahme, daß der Rückgang allein auf die Schwierigkeiten zurückzuführen sei, die sich kleinen, kapitalarmen Unternehmen bei der Überwindung von schweren Kriegsschäden entgegenstellten, stellt eine tatsächliche Würdigung des Sachverhalts dar, die der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogen ist. Den Erfahrungsgesetzen widerspricht sie nicht. Geht man aber hiervon aus, so ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts rechtlich unbedenklich, daß es der Billigkeit widersprechen würde, der Klägerin zu gestatten, unter Ausnutzung einer Situation, die von der Beklagten nicht zu vertreten ist, der Beklagten eine Benutzung von Zeichen zu untersagen, die sie 30 Jahre lang verwendet hat, ohne

daß die Klägerin trotz ihrer Kenntnis oder schuldhaften Unkenntnis der Zeichen der Beklagten in früheren Zeiten eingeschritten wäre. Unter den gegebenen, vom Berufungsgericht festgestellten Umständen würde es für die Beklagte jedenfalls unzumutbar sein, auf die aus den Kriegszeiten geretteten Zeichen zu verzichten, die in Anbetracht ihrer früheren, verhältnismäßig umfangreichen Benutzung neben den ersichtlich gleichfalls erhalten gebliebenen Rezepten gerade die wesentlichen Vermögenswerte darstellten, mit deren Hilfe sie ihren zur Zeit nur kleinen Betrieb allmählich wieder aufzubauen in der Lage sein könnte. Die von der Revision in der mündlichen Verhandlung vertretene Auffassung, die Beurteilung des Sachverhalts müsse deswegen eine andere sein, weil die Beklagte ihre Zeichen bösgläubig gewählt habe, scheitert bereits an den einer solchen Annahme entgegenstehenden Feststellungen des Berufungsgerichts. Im übrigen würde aber selbst eine Bösgläubigkeit der Beklagten bei der Auswahl ihrer Zeichen im Hinblick auf den langen Zeitraum, während dessen die Beklagte ihre Zeichen mit einer nur kurzen Unterbrechung benutzt hat, zu einer abweichenden Beurteilung nicht führen können.

2. Die Revision kann auch insoweit keinen Erfolg haben, als sie den Standpunkt des Berufungsgerichts angreift, daß es unbillig sei, die Beklagte entsprechend dem Hilfsantrage der Klägerin auf das Absatzgebiet von Baden-Württemberg zu beschränken. Der Auffassung des Berufungsgerichts, es würde der Billigkeit widersprechen, die Beklagte jetzt auf dieses Gebiet zu begrenzen, obwohl in der Vergangenheit das Gewicht ihres Absatzes über ganz Deutschland verteilt gewesen sei, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Die Behauptung der Revision, daß der frühere Besitzstand sich nicht über das Gebiet von Baden-Württemberg hinaus erstreckt habe, steht den tatsächlichen Feststellungen

des Berufungsgerichts entgegen.

III. Schließlich ist auch dem Berufungsgericht in der Annahme beizutreten, daß der Verwirkungseinwand der Beklagten nicht deswegen ausgeschlossen sei, weil die Zeichen der Beklagten gegenüber der weithin bekannten Marke der Klägerin, die zum Gütezeichen geworden sei, eine falsche Angabe im Sinne von § 3 UnlWG und damit eine Irreführung des Publikums enthalten würde. Soweit das Berufungsgericht seine Auffassung allerdings damit begründet, es sei nicht festzustellen, daß die Ware der Klägerin von besonderer Güte sei, weil sich bei Waren dieser Art keine großen Qualitätsunterschiede denken ließen, verkennt es die rechtliche Bedeutung der Grundsätze, die zur Ablehnung des Verwirkungseinwandes für den Fall einer solchen Irreführung geführt haben. Die Beantwortung der Frage, ob die Allgemeinheit über die Beschaffenheit der angebotenen Waren irreführt wird, hängt allein davon ab, welche Vorstellungen beim Publikum über die Güte einer Ware bestimmter Herkunft herrschen. Die tatsächliche Qualität der Ware im Vergleich zu Waren anderer Herkunft ist hierbei unerheblich. Selbst dann also kann eine Täuschung vorliegen, wenn die Erzeugnisse der Parteien einander gleichwertig sind (RG GRUR 1942, 432 [436] - Liebig). Indessen erweist sich die Entscheidung des Berufungsgerichts im Hinblick auf die weitere Begründung als gerechtfertigt. In der auch vom Berufungsgericht zitierten Entscheidung BGHZ 5, 189 [197] - Zwilling - hat der Senat bereits ausgeführt, daß es einer Würdigung aller Umstände des Einzelfalles bedürfe, um die Frage zu entscheiden, ob die Kennzeichnungskraft des verletzten Zeichens von der Art ist, daß durch die Benutzung des Gegenzeichens die Belange der Allgemeinheit in erheblichem Maße und ernstlich in Mitleidenschaft

gezogen werden. Der Senat hat in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, es könne im Einzelfall auch von Bedeutung sein, ob sich der Verkehr etwa durch das lange Jahre dauernde Nebeneinanderstehen der beiden Zeichen überwiegend daran gewöhnt hat, zwischen den Herkunftsstätten der Waren zu unterscheiden. Unter diesem Gesichtspunkt hat das Berufungsgericht den Sachverhalt gleichfalls geprüft. Es hat dabei erwogen, daß die Konkurrenz etwa 30 Jahre nebeneinander bestanden hätte, die Beklagte in der ganzen Zeit der Kleinbetrieb geblieben sei und auch die Klägerin niemals habe feststellen können, daß dem Absatz ihrer Ware infolge einer Irreführung durch die Beklagte Abbruch getan worden sei. Sei aber in der Vergangenheit nachweislich keine nennenswerte Verwirrung des Publikums eingetreten, so könne nicht jetzt auf einmal eine solche Verwirrung als möglich oder gar naheliegend angesehen werden. Gegen diese Ausführungen des Berufungsgerichts bestehen keine rechtlichen Bedenken. Insbesondere kann ihnen die Revision nicht mit Erfolg unter Hinweis auf die Entscheidung des Senats in BGHZ 8, 387 - Fernsprechnummer - entgegen-treten. Wenn dort ausgeführt ist (§ 392), daß für die Annahme einer Verwechslungsgefahr nicht nur die Art und der Umfang des gegenwärtigen Geschäftsbetriebes der Parteien maßgebend sei, vielmehr auch in Frage komme, ob nach dem Gegenstand des Geschäftsbetriebes der Parteien jederzeit mit der Möglichkeit des Eintritts wettbewerblicher Beziehungen unter den Parteien gerechnet werden müsse, so haben diese Erwägungen für den vorliegenden Sachverhalt keinen Raum. Denn das Berufungsgericht hat seinen Standpunkt gerade damit begründet, daß auch bei einer Erweiterung des Betriebes der Beklagten eine Verkehrsverwirrung nicht zu befürchten sei, weil schon der frühere Vertrieb der

Beklagten in ganz Deutschland eine Verwirrung nicht hervorgerufen habe. Diese Auffassung widerspricht nicht der Erfahrung oder ^{den} Denkgesetzen. Für die von der Revision angedeutete Möglichkeit, daß der Betrieb der Beklagten von einem Mitbewerber erworben und zu einer Großkonkurrenz ausgebaut werden könne, bietet der vorliegende Sachverhalt keine Grundlage. Würde ein solcher Fall eintreten, so würde damit eine veränderte Wettbewerbslage gegeben sein, über die gegebenenfalls in einem neuen Verfahren zu entscheiden wäre. Soweit die Revision schließlich eine Gewöhnung des Verkehrs im Hinblick darauf als ausgeschlossen ansehen will, daß die Zeichen der Parteien vom Jahre 1944 bis zur Wiederaufnahme des Betriebes der Beklagten nicht nebeneinander bestanden hätten, sind ihre Angriffe gleichfalls unbegründet. Denn der von dem Senat aaO hervorgehobene Gesichtspunkt der Gewöhnung des Verkehrs behält auch dann seine Gültigkeit, wenn ein Zeichen während eines gewissen Zeitraums nicht auf dem Markt gewesen ist, jedoch die Erfahrung ergibt, daß jedenfalls das langjährige frühere Nebeneinanderstehen eine Verwirrung nicht herbeigeführt hat.

Nach alledem war die Revision mit der Kosten-
folge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Wilde

Bock

Nastelski

Weiß

Spreng