

Verkündet

an 22. Januar 1964

Justizangestellter

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 Dr. T. [REDACTED] und Mitarbeiter oHG, Inh. Otto I. [REDACTED],
W. [REDACTED] V, D. [REDACTED] gasse [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Alexander K. [REDACTED] in Firma Brüder K. [REDACTED], Inh. Alexander K. [REDACTED],
T. [REDACTED] bei E. [REDACTED], Haus Nr. [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche
Verhandlung vom 22. Januar 1964 unter Mitwirkung der Bundesrichter
Dr. Krüger-Nieland, Jungbluth, Pehle, Dr. Sprengmann und Dr. Mösl
für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 3. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 22. Februar
1962 wird insoweit zurückgewiesen als sich die Revision
gegen die Abweisung des Unterlassungsantrages betreffend
„Kronotone Patent pending“ richtet.

Im übrigen wird das angefochtene Urteil aufgehoben und
der Rechtsstreit zur andorweiten Verhandlung und Ent-
scheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens,
an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat ihren Sitz in Wien und stellt seit langem in ihrem dortigen Betrieb Saiten und Zubehörteile, darunter Feinstimm-Saitenhalter, für Musikinstrumente her und vertreibt diese. Der Beklagte befaßt sich in seinem nach 1945 in Tennenlohe bei Erlangen aufgebauten Unternehmen u. a. ebenfalls mit der Herstellung und dem Vertrieb von Feinstimm-Saitenhaltern für Streichinstrumente.

Die Klägerin nimmt den Beklagten wegen sklavischen Nachbaus der äußeren Formgestaltung ihres Feinstimm-Saitenhalters in Anspruch. Sie erblickt die Besonderheit der Formgestaltung ihres Halters unter anderem darin, daß dieser in Abweichung von dem traditionellen Saitenhalter ohne eingebaute Feinstimmeinrichtung einen trapezförmig ausgestalteten Kopf und einen schlanken Stiel aufweise (vgl. die Zeichnung Anl. V zur Klage).

Im Jahre 1934 hat der Alleininhaber der Klägerin, Otto Infeld, in Österreich für einen Feinstimm-Saitenhalter für Saiteninstrumente das Patent Nr. 138 476 erhalten, das durch Verordnung vom 27. Juli 1940 (RGBl I 1050) auf das Geltungsgebiet des deutschen Patentgesetzes vom 5. Mai 1936 erstreckt worden ist. Der Patentanspruch lautete:

"Feinstimmvorrichtung für Saiteninstrumente, dadurch gekennzeichnet, daß sowohl die zum Stimmen der Saiten erforderlichen, auf einer gemeinsamen Achse gelagerten Spannhebel, als auch die zum Verstellen derselben vorgesehenen Stellschrauben in Saitenhalterkörper eingelassen sind."

Es handelt sich um eine Vorrichtung zum genauen Einstimmen der Saiten - Stahlsaiten und umsponnenene Darmsaiten - ohne Benützung der an der Schnecke des Instruments angebrachten Wirbel. Sie ist in den Saitenhalter eingebaut. Für jede Saiten ist in einer entsprechenden Aussparung ein Spannhebel angebracht. Die vier Spannhebel sind gemeinsam und drehbar auf einer Achse gelagert, die an der Unterseite des Saitenhalters in einer dort befindlichen Nut

ruht. Die Saite wird am kurzen Oberteil des Spannhubels befestigt. Auf den längeren, an der Unterseite des Saitenhalters angebrachten Arm des Spannhubels drückt eine Schraube, die in den Saitenhalterkörper eingelassen ist. Durch Anziehen der Schraube wird der lange Arm des Spannhubels nach unten gedrückt, der kurze Arm folgt ihm und zieht die Saite an, so daß sie gespannt wird. Durch Nachlassen der Schraube wird die Spannung der Saite gemindert und deren Ton herabgestimmt. Die Zeichnung Fig. 1 der Patentschrift zeigt neben technischen Einzelheiten eine Formgestaltung des Halters, die eine trapezförmige Ausgestaltung des Halterkopfes aufweist.

Auf die Anmeldung [REDACTED] vom 1. Februar 1934 ist für diesen beim Reichspatentamt das deutsche Gebrauchsmuster Nr. 91 866 eingetragen worden.

Etwa 1945/46 sind beide Schutzrechte wegen Nichtzahlens der Gebühren erloschen. Die Klägerin hat in den folgenden Jahren ihren Betrieb in Wien wieder aufgenommen.

Die Klägerin hat vorgetragen, sie sei ein weltbekanntes Unternehmen, dessen Erzeugnisse seit langen in musikausübenden Kreisen einen hervorragenden Ruf hätten. Den "Feinstimm-Saitenhalter System Otto I [REDACTED]" bringe sie seit dem Jahre 1933 in Österreich und im Ausland in Verkehr. Der Halter habe sich allgemein durchgesetzt. Die Spritzgußform und die Spritzgußstücke für den Halter beziehe sie von der Alumentall-GmbH in Nürnberg. Von Anfang an werde als Material des Halters Aluminiumguß verwendet.

In den Jahren 1953/54 habe sich der Beklagte eine Spritzgußform, welche mit dem Modell des "Feinstimm-Saitenhalters System Otto I [REDACTED]" maßstäblich übereinstimme, anfertigen lassen. Nach dieser Spritzgußform habe der Beklagte seitdem einen Feinstimmhalter hergestellt, den er, mit der Bezeichnung "Kronotono" versehen, nicht nur - wie er angebe - in den USA, sondern auch in der Bundesrepublik und in England in den Verkehr bringe. Für den flüchtigen Durchschnittskäufer sei die Verwechslungsgefahr durch die an der



Unterseite des Halters angebrachte Beschriftung nicht ausgeschlossen. Durch den maßstabgetreuen Nachbau verletze der Beklagte ihren Ausstattungsschutz (§ 25 WZG) und verstoße gegen § 1 UWG, § 826 BGB. Außerdem verwende er bei der Bezeichnung seines Erzeugnisses den unzutreffenden Zusatz "Patent pending", obwohl er kein Patent angemeldet habe. Der Beklagte solle seinen Halter eine andere Form geben.

Die Klägerin hat beantragt zu erkennen:

- I. Dem Beklagten wird bei Meidung einer Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder einer Haftstrafe bis zu 6 Monaten verboten, seinen Feinstimmsaitenhalter für Streichmusikinstrumente in der gegenwärtigen Aufmachung und Ausstattung - darunter auch die an der Unterseite kreisrund eingogossene Beschriftung "Kronotone Patent pending" - gewerbsmäßig herzustellen oder herstellen zu lassen, feilzuhalten und in Verkehr zu bringen.
- II. Der Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Rechnung zu legen über Liefermengen, Lieferzeiten, Lieferpreise und Abnehmer seines bisher angefertigten Feinstimmsaitenhalters.
- III. Es wird festgestellt, daß der Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr aus der Herstellung und dem Vertrieb des Feinstimmsaitenhalters des Beklagten in seiner gegenwärtigen Aufmachung und Ausstattung entstanden ist und noch entsteht.

Der Beklagte hat Klagabweisung beantragt und widerklagend Rechnungslegung und Schadensersatz für die Zeit von 1953 - 1959 verlangt, weil die Klägerin nach Ablauf ihrer Schutzrechte während dieses Zeitraums den Halter unter der Bezeichnung "System Otto I [REDACTED] DRGM Patent" vertrieben habe.

Der Beklagte hat geltend gemacht, daß die Klägerin als österreichische Firma nicht in Deutschland auf Unterlassung von angeblich wettbewerbswidrigen Handlungen klagen könne. Österreich gewähre im umgekehrten Falle Ausländern keinen Rechtsschutz. Er selbst führe seine ganze Produktion nach den USA aus. Auch aus diesen Grunde könne die Klägerin nicht in Deutschland auf Unterlassung klagen.

Schon vor dem Jahre 1933 seien derartige Feinstimm-Saitenhalter außerhalb Österreichs hergestellt worden, die in den Abmessungen mit dem Halter der Klägerin genau übereinstimmten. In den USA habe eine andere Firma hierauf das US-Patent Nr. 2 196 817 erworben. Er habe das Erzeugnis der Klägerin nicht als Vorbild für den von ihm hergestellten Gegenstand verwendet, sondern diesen selbständig entwickelt. Es beständen auch wesentliche Unterschiede. Der Gegenstand sei ein Massenartikel. In den USA werde er als Allgemeingut und Dutzendware angesehen. Sein Herkunftszeichen "Kronotone", das Namensschutz genieße, schließe die Verwechslungsgefahr aus. Das Herkunftszeichen werde neuerdings im Abziehbildverfahren in haltbarer Weise auf der Oberseite seines Saitenhalters angebracht. Der Zusatz "Patent pending" sei inzwischen beseitigt worden und werde nicht mehr verwendet. Die Klägerin habe auch etwaige Ansprüche verwirkt.

Das Landgericht hat die Verhandlung auf den Klageantrag zu I beschränkt und diesem nach Beweiserhebung durch Teilurteil stattgegeben. Die Kostenentscheidung hat es dem Schlußurteil vorbehalten.

Zur Begründung der Berufung gegen dieses Urteil hat der Beklagte ausgeführt, daß die technische Entwicklung davon ausgegangen sei, zunächst einzelne Saiten durch sog. Fix-Stimmer zu halten und zu stimmen. Die rein mechanische Zusammenfassung von vier Fix-Stimmern zu einem einzigen Werkstück sei im übrigen keine Leistung mit besonderer Erfindungshöhe. Bereits vor der Klägerin und auch seit dem Erlöschen ihrer Schutzrechte sei ganz allgemein, z.B. von den Firmen Hill in London und Ottnek in USA, der Feinstimm-Saitenhalter mit genau der gleichen traditionell gebundenen Form als Massenware hergestellt und vertrieben worden. Inzwischen stelle die Klägerin einen ganz anderen Halter her. Die beiderseitigen Erzeugnisse für halbe Violinen, für Violas und Celli wichen ganz deutlich voneinander ab.

Er habe sich zu einer Vertragsstrafe in Höhe von 1.000 DM für

jeden Zuwiderhandlungsfall erboten, falls er den Zusatz "Patent pending" weiter verwende. Die Klägerin habe das Angebot nicht angenommen. Das Angebot habe sich auch auf den Fall erstreckt, daß er künftig Feinstimm-Saitenhalter in einer anderen Aufmachung in den Verkehr bringe als von ihm dem Gericht vorgelegt. Er sei auch bereit, auf der Oberseite des Halters im haltbaren Abziehbilderverfahren das Wort "Germany" anzubringen.

Die Klägerin habe ihren Halter im Jahre 1959 und später mit der Lignette "Th" und ihren Firmenfarben vertrieben. Ihre Klage habe nur den Zweck, einen konkurrenten auf dem USA-Markt auszuschalten.

Die Klägerin hat erwidert, daß der unlautere Wettbewerb anderer Firmen die Handlungsweise des Beklagten nicht rechtfertige. Überdies vertreibe der Beklagte seinen Saitenhalter auch auf dem deutschen Markt. Ihr Saitenhalter weiche von traditionellen Formen ab. Er sei weder traditionsgebunden noch eine Massen- oder Putzware. Zutate von Klobe- und Abziehbildern auf dem Halter des Beklagten seien rechtlich unbeachtlich und tatsächlich wirkungslos.

Das Oberlandesgericht hat den Unterlassungsanspruch der Klägerin abgewiesen und dieser die Kosten des Berufungsrechtszuges auferlegt.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren bisherigen Unterlassungsantrag als Hauptantrag weiter und begehrt hilfsweise,

die Berufung der Beklagten gegen das Teilurteil des Landgerichts Nürnberg, 3. Kammer für Handelssachen, vom 14. 10. 1961 - 3HK O 93/53 - mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß der Tenor unter I des Teilurteils folgende Fassung erhält:

Dem Beklagten wird bei Vermeidung einer Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder einer Haftstrafe bis zu sechs Monaten verboten, seinen Feinstimm-Saitenhalter für Streichmusikinstrumente in der äußeren Form gemäß dem der Klagschrift beigelegten Muster II herzustellen oder herstellen zu lassen, feilzuhalten oder in Verkehr zu bringen, insbesondere wenn dieser die nachstehenden Kennzeichen aufweist:

- a) der die Feinstimmvorrichtung enthaltende Kopf des Saitenhalters ist leicht trapezförmig gestaltet,
- b) der Übergang des trapezförmigen Kopfes in den an der kürzeren Seite des Trapezes anschließenden Stiel des Saitenhalters weist bei den äußeren Schrauben des Feinstimm-Mechanismus je eine Ecke auf, die durch die Außenkanten des trapezförmigen Kopfes und die Außenkanten des sich stark verjüngenden Stiels gebildet wird,
- c) die äußeren Seiten des Stieles weisen von diesen Ecken bis zu etwa der schmalsten Stelle des Stieles beiderseits Facetten auf,
- d) der Stiel des Saitenhalters zeigt kurz vor seinem Ende, an dem die Fehhängevorrichtung angebracht ist, beiderseits je eine Ecke, die durch eine allmähliche Verbreiterung des Stieles und eine scharfe Abbiegung der Außenkanten in ein stichbogenartiges Ende des Stiels gebildet wird.

Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

- A. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß ein österreichischer Staatsangehöriger, auch wenn er seine Hauptniederlassung in Österreich habe, auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes, insbesondere auf den Gebieten des Wettbewerbs- und Warenzeichnungsrechts, nach der Pariser Verbandsübereinkunft einem deutschen Staatsangehörigen gleichgestellt sei. Die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts sieht es als gegeben an, weil es hierfür genüge, daß ein Teil des Wettbewerbsverstoßes, nämlich die Herstellung der Ware, im Inland begangen worden sei, während der Vertrieb im Ausland erfolge. Außerdem habe der Beklagte einen Teil seiner Ware in der Bundesrepublik Deutschland verkauft und verkaufe sie auch heute noch dort, wie die von der Klägerin vorgelegten, in der Bundesrepublik Deutschland erworbenen Feinstimmer bewiesen.

Gegen die Bejahung der internationalen Zuständigkeit des angerufenen deutschen Gerichts sind Bedenken nicht zu erheben, wenn dieses für die Entscheidung ö r t l i c h zuständig ist (BGH

GRUR 1958, 189, 196 - Zeiß). Nachdem die Vorinstanzen ihre Zuständigkeit für die Klage in vollem Umfang bejaht haben, ist in der Revisionsinstanz für eine Prüfung dieser Frage kein Raum mehr (vgl. § 549 Abs. 2 ZPO; BGH GRUR 1960, 372, 376 f - Kodak).

Auch gegen die Annahme der Klagberechtigung der Klägerin bestehen keine Bedenken. Der Umstand, daß die Klägerin in der Bundesrepublik Deutschland keine Hauptniederlassung besitzt (§ 28 UWG), steht der Geltendmachung von Ansprüchen aus dem deutschen Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nicht entgegen. Denn Österreich ist der Londoner Fassung der Pariser Übereinkunft beigetreten. Nach Art. 10 ^{bis} ParÜb aber wird der Wettbewerbschutz nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb trotz der Vorschrift des § 28 UWG allen Verbandsangehörigen zuteil (vgl. Baumbach-Hefernehl, Wettbewerbs- u. Warenzeichenrecht 8. Aufl. Art. 2 ParÜb Anm. 2).

Das Berufungsgericht hat den Sachverhalt auch zutreffend nach deutschem Recht beurteilt. Denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts stehen die Parteien - im Gegensatz zu dem Sachverhalt, der der Entscheidung des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 30. Juni 1961 (BGHZ 35, 329 - Kindersaugflasche) zu Grunde lag - auch auf dem deutschen Markt mit ihren Feinstimmhaltern miteinander in Wettbewerb, wo der Beklagte auch die beanstandeten Halter herstellt. Dies aber rechtfertigt die Anwendung deutschen Rechts auf die in der Bundesrepublik und in Berlin (West) begangenen Handlungen des Beklagten, deren Verbot mit dem Unterlassungsantrag begehrt wird, ohne daß es einer Prüfung bedürfte, ob und in welchem Umfange der Beklagte seinen Halter in das Ausland liefert. Soweit als Anspruchsgrundlage Ausstattungsschutz (§ 25 WZG) in Betracht kommt, folgt dies aus Art. 2 ParÜb, soweit dagegen die Klage auf unzulässigen sklavischen Nachbau (§ 1 UWG) gestützt wird, aus Art. 10 ^{bis} ParÜb (BGH GRUR 1955, 342 f - Rheinpfalz).

- B. I 1. Das Berufungsgericht hat Ansprüche aus Verletzung eines Ausstattungsschutzrechts (§ 25 WZG) mit der Begründung verneint, daß die Merkmale, denen die Klägerin eine kenn-

zeichnende Wirkung ihres Feinstimm-Saitenhalters zuschreibe, technisch bedingt seien. Im einzelnen führt es hierzu folgendes aus:

Der Kopf eines Feinstimm-Saitenhalters müsse größer sein als der eines früher verwendeten hölzernen Saitenhalters ohne Einstellmechanismus. Denn die Aufnahme von vier Spannhelben und von vier Schrauben verlange mehr Raum, als die bisher übliche Form des hölzernen Saitenhalters mit Aussparungen lediglich für die Saitenenden aufweise. Wegen der erforderlichen größeren Haltbarkeit und aus Gründen der Gewichtseinsparung sei die Herstellung des Halters aus Leichtmetall unabdingbar. Bei Verwendung des Hebel- und Schraubenmechanismus und bei dem Bau aus Leichtmetall könne der Halter keine andere Kopfform haben als sie im Patent beschrieben und von der Klägerin hergestellt werde. Die Kopfform des Halters mache das Wesentliche des Patents aus.

Auch die übrige Form des Halters könne nicht willkürlich gewählt werden. Zur Gewichtseinsparung müsse der Längskörper aus Leichtmetall sich in Richtung vom Kopf zum Kinnhalter zu erheblich mehr verjüngen, als dies bei dem seit Jahrhunderten bekannten Holzhalter der Fall sei.

Da somit der Kopf des Feinstimm-Saitenhalters aus Leichtmetall viel breiter sein müsse als der des Holzhalters, der Schaft aber wesentlich schmaler, sei die Gesamtform technisch bedingt. Gleichwertige andere Formen der Verwirklichung, deren Wahl dem Beklagten zumutbar wären, gebe es nicht. Insbesondere könne die Klägerin ihre Mitbewerber nicht auf einen anderen Baustoff, wie etwa Holz, Plastikmaterial, Kunststoff verweisen. Auch könne dem Mitbewerber nicht die Wahl einer anderen Farbe als schwarz zugemutet werden, da gerichtsbekannt sei, daß die Musiker für Streichinstrumente schwarze Saitenhalter vorzögen.

2. Die Revision rügt zunächst die Verletzung der Vorschrift des § 139 ZPO. Auf einen Hinweis des Gerichts würde nämlich die Klägerin dargelegt haben, daß und aus welchen Gründen die Ausge-

gestaltung ihres Halters, die sich im Verkehr als Kennzeichen ihres Feinstimm-Seitenhalter-Systems "I [REDACTED]" durchgesetzt habe, nicht technisch bedingt sei und welche anderen Gestaltungsmöglichkeiten es für solche Halter gebe. Insbesondere hätte die Klägerin dargelegt, daß es technisch durchaus möglich sei, Feinstimm-Saitenhalter unter Verwendung ihres abgelaufenen Patents in einer äußeren Form zu bauen, die sich deutlich von ihren Haltern unterscheiden. Ein solcher Hinweis des Berufungsgerichts wäre schon deshalb erforderlich gewesen, weil das Landgericht dem Klageantrag entsprochen, ihn also als begründet angesehen habe.

3. Dieser Angriff der Revision ist berechtigt.

Dem Ausstattungsschutz sind alle Elemente des äußeren Gesamtbildes einer Ware zugänglich, die nicht das Wesen der Ware selbst ausmachen oder durch den mit ihr verfolgten Zweck ausschließlich technisch bedingt sind, sondern willkürlich gewählt werden können, wenn sie daneben auch den Gebrauchszweck der Ware unterstützen und fördern mögen (BGH GRUR 1962, 409 - Wandsteckdose). Hiervon ist auch das Berufungsgericht im wesentlichen ausgegangen. Rechtlich zu beanstanden sind jedoch die Darlegungen, mit denen es zu dem Ergebnis kommt, daß die in Rede stehenden Elemente der Formgestaltung des Feinstimm-Saitenhalters der Klägerin technisch bedingt seien und deshalb keinen Ausstattungsschutz genießen könnten. Zwar liegt die Frage, ob bestimmte Elemente des äußeren Gesamtbildes einer Ware technisch funktionell bedingt sind, im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet (vgl. BGH GRUR 1962, 299, 301 - form-strip). Wie die Revision mit Recht hervorhebt, hat das Berufungsgericht jedoch wesentliche Teile des vorgetragenen Akteninhalts unberücksichtigt gelassen.

Ausweislich der österreichischen Patentschrift 138 476 bestand die Erfindung I [REDACTED] darin, daß der Saitenhalterkörper selbst als Feinstimmvorrichtung ausgebildet wurde, so daß sich ein getrenntes Aufbringen von Feinstimmern für jede Saite erübrigte. Als Lösung dieser Aufgabe schlug der Erfinder vor, sowohl die zum Stimmen der Saiten erforderlichen, auf einer gemeinsamen Achse gelagerten Spann-

hebel, als auch die zum Verstellen derselben vorgesehenen Stellschrauben in Saitenhalterkörper selbst einzulassen. Der in der Zeichnung Fig. 1 abgebildete Halter zeigt zwar einen trapezförmigen Kopf. In der Beschreibung der Patentschrift (Zeile 12 und 13) heißt es jedoch, daß eine der möglichen Ausführungsformen des Erfindungsgegenstandes dargestellt sei, und es ist nirgends darauf hingewiesen, daß gerade diese Formgestaltung aus technischen oder aus anderen Gründen besonders zweckmäßig sei. Die Patentschrift ergibt somit nichts, was die Annahme rechtfertigen könnte, daß außer den genannten Merkmalen der Erfindung der Halter aus technischen Gründen in seinem äußeren Erscheinungsbild eine besondere Form, etwa die in der Fig. 1 dargestellte, erhalten solle. Zum Beweis dafür, daß die Merkmale der Erfindung auch in einem Saitenhalter der traditionellen Form verwirklicht werden könne, hat die Klägerin als Anlage IV der Klage ein Exemplar der englischen Musikerzeitschrift "The Strad" vom Mai 1958 überreicht, die ein Inserat enthält, das in der Abbildung einen Feinstimm-Saitenhalter ^{der} deutschen Firma [REDACTED] zeigt, welcher im äußeren Erscheinungsbild dem klassischen Saitenhalter entspricht. Auch der vom Landgericht zum Sachverständigen bestellte Geigenbaumeister Barth hat in seinem Gutachten ausgeführt, daß die Formgebung eines Saitenhalters zwar durch Tradition und Anbringungsmöglichkeit gebunden, jedoch nicht bei allen gleichartigen auf dem Markt befindlichen Konkurrenzzeugnissen so ähnlich sei, wie bei den Haltern der Parteien. Zum Beweis nennt der Sachverständige den Feinstimm-Saitenhalter "Gewa-Weidler" der Firma [REDACTED] in Nürnberg, der einen wesentlichen, auch für jeden Laien ersichtlichen Unterschied vom Halter der Klägerin aufweise und nicht zu Verwechslungen führen könne. Die vom Berufungsgericht zur Stützung seiner Auffassung von der technischen Bedingtheit der Ausgestaltung der äußeren Form eines Feinstimm-Saitenhalters angeführten Gründe beruhen demgegenüber lediglich auf dem Vortrag des Beklagten, finden jedoch in dem Gutachten des Sachverständigen keine Stütze. Weshalb das Berufungsgericht dem Sachverständigen-gutachten nicht gefolgt ist, hat es nicht oder jedenfalls nicht ausreichend begründet. Angesichts des Gesamtgewichts einer Geige

dürfte den Gewichtsunterschieden zwischen einem Feinstimm-Saitenschalter aus Holz und einem solchen aus Leichtmetall so geringe Bedeutung zukommen, daß die hierauf gestützten Erwägungen des Berufungsgerichts nicht zu überzeugen vermögen. Aber auch die weiteren Darlegungen des Berufungsgerichts rechtfertigen nicht den Schluß, daß es technisch notwendig sei, der äußeren Form eines Feinstimm-Saitenhalters gerade die Gestaltung des Halters der Klägerin zu geben, insbesondere den Kopf des Halters trapezförmig zu bilden sowie den Stiel des Halters sowohl am Übergang des Kopfes als auch kurz vor dem Stielende, an dem die Einhängenvorrichtung für Saiten angebracht ist, eckig auszugestalten.

4. Hiernach läßt sich die Feststellung des Berufungsgerichts von der notwendigen technischen Bedingtheit der äußeren Aufmachung des Feinstimm-saitenhalters der Klägerin mit der bisher vorliegenden Begründung nicht aufrechterhalten. Sollte die erneute Verhandlung der Sache unter Berücksichtigung des einschlägigen, bislang nicht gewürdigten Sachvortrags der Klägerin ergeben, daß die Formgestaltung des Feinstimm-Saitenhalters der Klägerin nicht notwendig technisch bedingt ist, so hängt der Erfolg des Unterlassungsantrages, soweit er auf Ausstattungsschutz gestützt wird, weiterhin davon ab, ob die Klägerin für ihren Feinstimm-Saitenhalter Verkehrsgeltung in dem Sinne erlangt hat, daß derartige Feinstimm-Saitenhalter ihrem Aussehen nach innerhalb beteiligter Verkehrskreise als aus einem bestimmten Betrieb kommend angesehen werden und ob zwischen dem beanstandeten Halter des Beklagten und dem Halter der Klägerin Verwechslungsgefahr besteht.

Hierbei wird das Berufungsgericht folgendes zu beachten haben.

a) Hinsichtlich der V e r k e h r s g e l t u n g ist zu berücksichtigen, daß ein Ausstattungsschutzrecht regelmäßig nur für ein einziges Unternehmen bestehen kann (BGHZ 34, 299, 307 f - Almglocke), dessen Name den beteiligten Verkehrskreisen jedoch nicht bekannt zu sein braucht. Sollten im Gebiet der Bun-

desrepublik und Berlins (West) in beachtlichem Maße Feinstimm-Saitenhalter anderer Hersteller auf dem Markt sein, welche dem Halter der Klägerin in den von dieser für wesentlich gehaltenen Merkmalen ähneln, so wird das dem Erwerb eines Ausstattungsschutzrechts zugunsten der Klägerin mindestens erschwerend im Wege stehen. Es ist Sache der Klägerin, im Rahmen der wiedereröffneten Tatsacheninstanz im einzelnen unter Beweisantritt die näheren Umstände darzulegen, die für die Entstehung eines solchen Schutzrechts für ihren Halter sprechen, und sich z.B. darüber zu erklären, seit wann sie in der Bundesrepublik und in Berlin den Halter in Verkehr bringt, welches die jährlichen Umsatzzahlen für diesen Halter sind und welche Werbung sie dafür getrieben hat und noch treibt. Sache des Beklagten ist es, unter Beweisantritt darzulegen, daß Feinstimmhalter anderer Hersteller, die dem Halter der Klägerin in der äußeren Formgestaltung ähneln, in der Bundesrepublik und in Berlin (West) im Verkehr sind, seit wann das der Fall ist und ob es in nennenswertem Umfang geschieht. Dem bisherigen Vortrag des Beklagten ist nicht zu entnehmen, daß etwa die angeblich gleichartigen Konkurrenzzeugnisse der englischen Firma Hill und der amerikanischen Firma Sottnek auch auf dem deutschen Markt in einem beachtlichen, jedenfalls nicht verschwindend geringen, Umfang angeboten werden.

Bezüglich der Frage, welches die maßgeblichen Verkehrskreise sind, auf deren Auffassung es für die Entstehung einer Verkehrsgeltung ankommt, wird das Berufungsgericht prüfen müssen, ob dies nur die Händler und Hersteller von Seiteninstrumenten sind oder auch die Musikausübenden.

Schließlich ist zu beachten, daß die Klägerin für die äußeren Merkmale ihres Feinstimm-Saitenhalters Verkehrsgeltung schon in dem Zeitpunkt erworben haben muß, in dem der beanstandete Halter des Beklagten in der Bundesrepublik auf den Markt gekommen ist und daß diese Verkehrsgeltung auch noch in Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht fortbestanden haben muß (vgl. BGH GRUR 1962, 409, 411 - Wandsteckdose).

Es ist nämlich möglich, daß eine einmal erworbene Verkehrsgeltung dadurch wieder entfällt, daß in beachtlichem Umfange gleichartige Erzeugnisse auf dem Markt erscheinen, welche ebenfalls die Merkmale aufweisen, für welche von der Klägerin Ausstattungsschutz in Anspruch genommen wird.

Wenn das Berufungsgericht den Sachverhalt in der angegebenen Weise aufgeklärt hat, wird es sich darüber schlüssig werden müssen, ob es die Frage, ob der Feinstimm-Saitenhalter der Klägerin Verkehrsgeltung erlangt hat, selbst, gegebenenfalls unter Heranziehung der Feststellungen des Sachverständigen Barth zu beurteilen vermag, oder ob sich die Einholung von Auskünften von geeigneten Fachverbänden empfiehlt.

b) Falls das Berufungsgericht das Bestehen eines Ausstattungsschutzrechts der Klägerin an ihrem Saitenhalter feststellen sollte, wäre weiter zu prüfen, ob zwischen diesem Halter und den beanstandeten Haltern des Beklagten **V e r w e c h s - l u n g s g e f a h r** besteht und zwar auch mit denjenigen Feinstimm-Saitenhaltern des Beklagten, die für andere Instrumente als Geigen bestimmt sind. Eine Verwechslungsgefahr wird entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts im Rahmen seiner Beurteilung des Streitfalles gemäß § 1 UWG nicht schon dadurch ausgeschaltet, daß der Beklagte seinen Halter mit der Bezeichnung "Kronotone" versieht. Da bei Bestehen eines Ausstattungsschutzes die Vorstellungen der beteiligten Verkehrskreise an die von der Klägerin hervorgehobenen Merkmale der äußeren Formgestaltung des Halters anknüpfen, zu denen jedoch nicht die Kenntnis des Namens des Herstellers der so aussehenden Ware gehört, vermag unter den hier gegebenen Umständen die Anbringung der Bezeichnung "Kronotone" an dem Halter des Beklagten die Gefahr von Verwechslungen ebenso wenig zu vermeiden, wie die verschiedene Verpackung der Erzeugnisse der Parteien, die ausweislich des Ergänzungsgutachtens des Sachverständigen für den Käufer ohnehin nicht in Erscheinung tritt, da die Anbringung von Feinstimm-Saitenhaltern durch den Fachmann oder den Fachhandel erfolgt (vgl. betreffend die Verpackung RG GRUR 1937, 461, 464).

II. 1. Das Berufungsgericht hat dem Unterlassungsantrag auch nicht unter dem Gesichtspunkt des unzulässigen sklavischen Nachbaus (§ 1 UWG, § 826 BGB) stattgegeben. Es führt hierzu aus, ein sklavischer Nachbau liege zwar vor und der Halter der Klägerin stelle auch keine Massen- oder Dutzendware dar. Er genieße nach dem Gutachten des Sachverständigen Barth auch Verkehrsgeltung bei den Fachleuten des Geigenbaues, wobei allerdings nicht ersichtlich ist, ob hiermit etwa eine Verkehrsgeltung im Sinne eines Herkunftshinweises festgestellt werden sollte. Gleichwohl habe der Beklagte nicht unlauter gehandelt, denn wenn auch die den Streitgegenstand bildenden Halter der Parteien sich bis auf unbedeutende Geringfügigkeiten zum Verwechseln ähnlich seien, so habe der Beklagte doch durch die Anbringung der Bezeichnung "Kronotone" die Verwechslungsfahr beseitigt. Dem Halter eine andere Form oder Farbe zu geben, sei dem Beklagten nicht zumutbar.

2. Auch die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision sind begründet.

Der Nachbau eines eigenartigen überdurchschnittlichen Erzeugnisses ist nach anerkannter Rechtsprechung insbesondere dann wettbewerbswidrig, wenn durch Warenformen, die die Gefahr einer Verwechslung mit Waren anderen Ursprungs heraufbeschwören, im Verkehr verankerte Gütevorstellungen in objektiv vorwerfbarer Weise ausgebeutet worden (BGHZ 35, 341 - Buntstreifensatin; BGH GRUR 1962, 299, 303 - form-strip).

a) Gegen die von der Revision als ihr günstig nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts, daß das Erzeugnis des Beklagten einen Nachbau des Halters der Klägerin darstelle und daß dieser keine Massenware sei, sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Es wird freilich auch in diesem Zusammenhang zu prüfen sein, ob auch bei denjenigen Feinstimmsaiten-Haltern des Beklagten, die nicht für Geigen bestimmt sind, ein sklavischer Nachbau angenommen werden kann. Soweit es sich darum handelt, ob der Halter der Klägerin ein überdurchschnittliches

Erzeugnis ist, kommt es entgegen der Auffassung des Beklagten nicht darauf an, ob solche Halter in Massen auf dem Markt sind und ob ihr Herstellungspreis nur etwa 1,-- DM bis 1,30 DM beträgt. Entscheidend ist für die Abgrenzung vielmehr, daß es sich nicht um bloße Alltags- (Dutzend-)waren in dem Sinne handeln darf, daß der Verkehr der Frage nach ihrer betrieblichen Herkunft keine Beachtung zu schenken pflegt. Eine technische Fortschrittlichkeit im patentrechtlichen Sinne oder eine den Durchschnitt vergleichbarer Erzeugnisse überragende Qualität der Ware ist jedoch nicht Voraussetzung für die Bejahung der Eigenart und Überdurchschnittlichkeit (BGH GRUR 1963, 152, 155 - Rotaprint). Dafür, daß es sich bei den streitigen Feinstimm-Saitenhaltern nicht um Massenwaren handelt, sondern daß der Herkunft von einem bestimmten Hersteller durchaus Beachtung geschenkt wird, sprechen bereits die zu den Gerichtsakten überreichten Werbeprospekte der Parteien sowie die Kataloge der ausländischen Hersteller, welche bei der Anpreisung der Feinstimm-Saitenhalter die Herstellerbezeichnungen jeweils angeben.

Die wettbewerbliche Eigenart eines Erzeugnisses setzt nicht voraus, daß seine besondere Gestaltungsform bereits Verkehrsgeltung im Sinne des § 25 WZG errungen hat. Vielmehr reicht es aus, daß das Erzeugnis Besonderheiten aufweist, die geeignet sind, im Verkehr als Herkunftshinweis gewertet zu werden (BGHZ 35, 341 - Buntstreifensatin; 35, 329 - Kindersaugflasche). Ob diese Voraussetzungen hinsichtlich derjenigen Merkmale der äußeren Form ihres Halters gegeben sind, deren Nachahmung durch den Beklagten sie beanstandet, wird davon abhängen, ob in der Bundesrepublik Feinstimm-Saitenhalter anderer Hersteller vertrieben werden, welche diese Merkmale ebenfalls aufweisen. Das Berufungsgericht wird hierüber Feststellungen treffen müssen aufgrund der Aufklärung des Sachverhalts in tatsächlicher Hinsicht, welche nach den vorstehenden Ausführungen schon im Rahmen der Prüfung einer etwaigen Verkehrsgeltung im Sinn des § 25 WZG erforderlich ist (vgl. zu B I 4 a).

b) Für die Frage, ob der Beklagte die ihm zumutbaren Maßnahmen zur Vermeidung von Verwechslungen getroffen hat, wird

es entscheidend darauf ankommen, ob es sich bei den fraglichen Formgebungen um naheliegende, dem gegenwärtigen Geschmack oder sonstiger Marktüblichkeit entsprechenden Warengestaltungen handelt, auf die zu verzichten den Beklagten nicht zugemutet werden kann, falls er bei der Verweisung auf abweichende Lösungen des Gestaltungsproblems weder dem Zeitgeschmack noch sonstigen gebrauchsfertigungstechnischen Anforderungen gerecht werden könnte und damit in wirtschaftlich untragbarer Weise benachteiligt wäre (BGHZ 35, 341; BGH GRUR 1962, 299, 303). Für die Beurteilung dieser Frage ist es von Bedeutung, welches Aussehen gleichartige Konkurrenzzeugnisse anderer Hersteller aufweisen. So heißt es im Gutachten des Sachverständigen Barth, daß der "Gewa-Weidler"-Feinstimm-Saitenhalter einen wesentlichen Unterschied von dem Halter der Klägerin aufweisen solle; worin der Unterschied liege, wird allerdings weder gesagt noch in einem Anschauungsbeispiel (Modell oder Zeichnung) gezeigt. Wenn das Berufungsgericht ausführt, daß selbst der Sachverständige erkläre, die Form des Saitenhalters sei durch Tradition und Anbringungsmöglichkeit gebunden, im Ergebnis bleibe daher doch nur die "bisher übliche Form" übrig, so verkennet es folgendes. Der Sachverständige wollte ersichtlich zum Ausdruck bringen, daß die aus einem breiteren Kopf in ein schmäleres Stielende auslaufende Grundform eines Saitenhalters nicht beliebig geändert werden könne. Die Verwendung dieser Grundform läßt jedoch nach den Ausführungen des Sachverständigen Abwandlungen zu, die immerhin so erheblich sind, daß sie das äußere Erscheinungsbild eines Feinstimm-Saitenhalters deutlich sichtbar verändern. Mit dieser Feststellung des Sachverständigen steht es daher auch im Widerspruch, wenn das Berufungsgericht feststellt, dem Beklagten sei es auch deshalb nicht zuzumuten, seinen Feinstimm-Saitenhalter eine andere Form zu geben, weil etwa abgerundete Ecken im äußeren Eindruck keine wesentliche Abweichung von der von der Klägerin verwendeten Form darstellen würden, weil nämlich der Unterschied zu gering wäre. Die Klägerin hat ihrerseits unter Vorlegung einer Abbildung in der Zeitschrift "The Strad" behauptet, daß der Feinstimm-Saitenhalter der Firma Pusch die traditionelle Form des einfachen Saitenhalters aufweise. Auch das könnte dagegen

sprechen, daß ein Feinstimm-Saitenhalter, welcher von dem Erfindungsgegenstand des abgelaufenen Patentes der Klägerin Gebrauch macht, notwendig auch die äußere Form des Halters der Klägerin aufweisen müsse. Da es in diesem Zusammenhang nicht auf die durch die Formgestaltung etwa begründeten Herkunftsvorstellungen ankommt, sondern allein darauf, ob die Verwendung anderer Formelemente dem Beklagten aus technischen, ästhetischen oder wirtschaftlichen Gründen nicht zugemutet werden kann, können bei Prüfung der Frage, ob dem Beklagten die Verwendung einer anderen Formgestaltung etwa aus technischen Gründen nicht zumutbar ist, auch im Ausland auf dem Markt befindliche Saitenstimmhalter berücksichtigt werden, welche eine von dem Halter der Klägerin abweichende Form aufweisen.

Da die diesbezüglichen Feststellungen des Berufungsgerichts zum Teil mit den Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen in Widerspruch stehen, ohne daß dieser Widerspruch damit begründet worden wäre, daß dem Sachverständigen aus bestimmten sachlichen Gründen nicht gefolgt werden könne, und da zum anderen substantiiertes Vorbringen der Klägerin nicht berücksichtigt worden ist, war auch aus diesem Grunde das Berufungsurteil aufzuheben und eine Zurückverweisung der Sache erforderlich.

c) Sollte sich nach weiterer Aufklärung des Sachverhalts zeigen, daß dem Beklagten eine andere Gestaltung des Feinstimm-Saitenhalters zumutbar ist, so ist schon jetzt die Feststellung begründet, daß die Verwechslungsgefahr zwischen der von der Klägerin angegriffenen Form seines Halters mit dem Halter der Klägerin aus den bereits genannten Gründen (vgl. zu B I 3 b) nicht durch die Anbringung der Bezeichnung "Kronotone" in sichtbarer Weise beseitigt wird.

C. I. Berechtigt sind zwar die Bedenken, die das Berufungsgericht gegen die Fassung des in den Tatsacheninstanzen gestellten Unterlassungsantrages geäußert hat. Dieser Antrag war zu weit und unbestimmt gefaßt und ließ die notwendige Anpassung

an die konkrete Verletzungsform vermissen. Da diese Anpassung durch den in der Revisionsinstanz gestellten Hilfsantrag nunmehr nachgeholt ist und dieser Hilfsantrag Gegenstand der erneuten Verhandlung des Rechtsstreits vor dem Berufungsgericht bilden wird, bedarf es jedoch keiner Erörterung der Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe gegen § 139 ZPO verstoßen, indem es unterlassen habe, auf die Sachdienlichkeit eines genauer und klarer gefaßten Unterlassungsantrages hinzuweisen. Da die Klägerin in ihrem schriftlichen Vortrag in den Tatsacheninstanzen eindeutig zum Ausdruck gebracht hatte, was sie an der Formgestaltung der Feinstimm-Saitenhalter des Beklagten beanstandete und untersagt haben wollte, kann - soweit die äußere Formgestaltung unabhängig von der Beschriftung in Frage steht - in dem Hilfsantrag insoweit keine sachliche Einschränkung, sondern nur eine Klarstellung des ursprünglich gestellten Unterlassungsantrages erblickt werden; die auch durch das Gericht hätte erfolgen können.

II. Zu Unrecht richtet sich jedoch die Revision gegen die Abweisung des Hauptantrages, soweit er sich auf die an der Unterseite des Halters des Beklagten eingegossene Beschriftung "Kronotone Patent pending" erstreckt. Obwohl der Hilfsantrag diese Beschriftung nicht mehr umfaßt, stellt er in diesem Punkt gegenüber dem Hauptantrag keine Einschränkung und damit keinen echten Hilfsantrag dar. Vielmehr ist der auf Unterlassung der Verwendung dieser Beschriftung gerichtete Hauptantrag auf eine andere Rechtsgrundlage gestützt als das mit dem weiteren Inhalt dieses Antrages verfolgte Klagbegehren.

Das Berufungsgericht hat hierzu ausgeführt, daß diese Angabe nach § 3 UWG unzulässig sei, daß jedoch eine Wiederholungsgefahr nicht mehr bestehe, nachdem der Beklagte sich bereit erklärt habe, vor Gericht eine Unterlassungsverpflichtung unter Übernahme einer Vertragsstrafe von 1.000 DM für jeden Fall der Zuwiderhandlung einzugehen. Wenn die Klägerin diese Unterwerfungserklärung auch nicht angenommen habe, so lasse das Verhalten des Beklagten doch den Schluß zu, daß er die angegriffene wettbewerbswidrige

Handlung mit größter Wahrscheinlichkeit unterlassen werde. Es fehle auch an Anhaltspunkten dafür, daß etwa noch vorhandene Erzeugnisse mit dem beanstandeten Aufdruck in den Verkehr gelangen könnten.

Diese Beurteilung läßt keinen Rechtsfehler erkennen. Die Revision hat diesen Ausführungen auch nichts entgegengehalten. Nach alledem war die Revision der Klägerin insoweit zurückzuweisen, als sie sich gegen die Abweisung des Unterlassungsantrages "Kronotone Patent pending" richtet. Im übrigen war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über den Hilfsantrag der Klägerin an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens vorzubehalten war.

Krüger-Nieland

BR Jungbluth ist infolge
Erkrankung an der Unter-
schrift verhindert

Pehle

Krüger-Nieland

Sprenkman

Mösl