

Verkündet

am 26. April 1963

Grunau, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der AG für Feinmechanik, vorm. J. [REDACTED] & Sch. [REDACTED], T. [REDACTED],
vertreten durch die Vorstandsmitglieder Dipl.-Ing. H.C. B. [REDACTED]
und Dipl.-Ing. H. Sch. [REDACTED], daselbst,

=Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. R. [REDACTED]-W. [REDACTED] KG, Arzneimittelfabrik in Be. [REDACTED] bei K. [REDACTED],
Haus F. [REDACTED], gesetzlich vertreten durch
Roland W. [REDACTED],
2. Roland W. [REDACTED], persönlich haftender Gesellschafter
der Beklagten zu 1, wohnhaft daselbst,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 26. April 1963 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Krüger-Nieland, Jungbluth, Pehle,
Dr. Sprenkman und Dr. Mösl

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Teilurteil
des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Stuttgart vom 4. Mai 1961 wird auf Kosten der
Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist ein weltbekanntes Unternehmen auf dem Gebiet der Herstellung chirurgischer, zahnärztlicher und tierärztlicher Instrumente und Apparate. Die Erstbeklagte, deren persönlich haftender Gesellschafter der Zweitbeklagte ist, stellt vorwiegend Arzneimittel und andere chemisch-pharmazeutische Artikel her.

Für die Klägerin sind beim Deutschen Patentamt in München u.a. folgende Warenzeichen eingetragen:

1 373,	angemeldet	3.10.1894/30.9.1889,
25 375,	angemeldet	26. 5.1897,
108 005,	angemeldet	5.12.1907,
209 847,	angemeldet	2. 8.1915,
297 556,	angemeldet	6.12.1921,
322 501,	angemeldet	3. 5.1924,
617 971,	angemeldet	10.12.1951, eingetragen 14. 3.1952,
650 045,	angemeldet	14.10.1940, eingetragen 15.12.1953.

Der bei den ersten 5 Warenzeichen (1 373 - 297 556) eingetragene Warenbereich beginnt mit chirurgischen Instrumenten und ist zunehmend auf weitere pharmazeutische und orthopädische Apparate sowie Instrumente und Artikel für die Krankenpflege, Ausrüstung von Krankenhäusern usw. ausgedehnt worden. Der für die Zeichen 322 501, 617 971 und 650 045 eingetragene Warenbereich umfaßt auch Arzneimittel sowie andere chemische und pharmazeutische Erzeugnisse.

Die Klägerin benutzt in großem Umfang die Warenzeichen 108 005, 209 847 und 617 971. Die Zeichen 1 373, 25 375 und 650 045 sind bloße Defensivzeichen. Im ersten Rechtszuge hatte die Klägerin erklärt, die Warenzeichen 297 556 und 322 501 seien gleichfalls bloße Defensivzeichen; im Beru-

- 3 -

fungsrechtszug hat sie jedoch behauptet, sie benutze auch diese beiden Zeichen, das Zeichen 322 501 allerdings in abgewandelter Form.

Alle Warenzeichen der Klägerin enthalten verschieden gestaltete Abbildungen einer sich S-förmig nach oben um einen Stab oder ein stabähnliches Gebilde windenden, mit dem Kopf etwa waagrecht nach rechts gerichteten, züngelnden Schlange und - mit Ausnahme des Zeichens 650 045 - einer darüber befindlichen Krone. Bei dem Zeichen 322 501 ist das Bild mit einem Doppelkreis umgeben. Über dem Zeichen 617 971 steht bogenförmig das Wort "AESCULAP"; dieses Zeichen wird aber von der Klägerin seit längerer Zeit auch ohne diesen Wortzusatz benutzt.

Die Erstbeklagte hat in der Zeit vom 6. Juli 1955 bis zum 20. Oktober 1958 eine Reihe von Warenzeichen beim Deutschen Patentamt angemeldet. Zwei dieser Anmeldungen hat die Beklagte zurückgenommen, nachdem das Patentamt auf Widerspruch der Klägerin die Eintragung abgelehnt hat. Bezüglich zweier anderer Anmeldungen haben einmal die Klägerin und im anderen Falle die Beklagte Anfechtungsklage beim Verwaltungsgericht München erhoben. Wegen einer weiteren Anmeldung hat die Klägerin nach Ablehnung ihres Widerspruchs Beschwerde eingelegt; das Patentamt hat nach § 6 a WZG die vorläufige Eintragung dieses Warenzeichens angeordnet. In der Revision schwebt der Rechtsstreit nur bezüglich der Anmeldung R 11 151/2 Wz für Arzneimittel, chemische Erzeugnisse, pharmazeutische Präparate und dgl.. Hiergegen hat die Klägerin ebenfalls Widerspruch erhoben. Dieser ist von der Prüfungsstelle am 17. Dezember 1959 unter Verneinung einer Übereinstimmung mit den Zeichen 322 501 und 650 045 für unbegründet erklärt worden. Über die von der Klägerin dagegen eingelegte Beschwerde ist noch nicht entschieden. Die Be-



JLaw – Gesetze und Urteile

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

klagte benutzt dieses Zeichen ständig für ihre Erzeugnisse im Geschäftsverkehr. Es besteht aus einer mit dem Kopf waagerecht nach links züngelnden Schlange, welche auf einer flachen Schale steht; vor ihr befindet sich ein stabähnliches Gebilde, welches die beiden oberen Bögen des Schlangenleibes überschneidet; es besteht aus 3 übereinander angeordneten länglichen, sich nach unten verjüngenden U-förmigen Gebilden und wird oben durch einen kugelförmigen Knauf abgeschlossen.

Der Aesculapstab in Form einer sich um einen Stab windenden, mit dem Kopf nach rechts oben gerichteten züngelnden Schlange ist seit 1896 Freizeichen für pharmazeutische und hygienische Artikel aller Art. Die Abbildung einer Krone ist seit 1901 Freizeichen für pharmazeutische Präparate.

Die Klägerin hat wegen der genannten sechs von der Erstbeklagten angemeldeten Zeichen Ansprüche auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz geltend gemacht.

Das Landgericht hat die Beklagte verurteilt, die Anmeldung des Warenzeichens R 9694/2 Wz beim Deutschen Patentamt zurückzunehmen; im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben die Klägerin Berufung und die Beklagten unselbständige Anschlußberufung eingelegt.

Im zweiten Rechtszug haben die Parteien übereinstimmend beantragt, zunächst durch Teilurteil nur über den Unterlassungsanspruch wegen der Verwendung eines dem angemeldeten Zeichen R 11 151/2 Wz entsprechenden Warenzeichens durch die Beklagten zu entscheiden.

Dieser Unterlassungsantrag lautet, die Beklagten als Gesamtschuldner zu verurteilen, es zu unterlassen, im

Rahmen ihres Geschäftsbetriebes für Arzneimittel zur Kennzeichnung ihrer Waren oder ihres Geschäftsbetriebes das nachfolgend beschriebene Zeichen zu verwenden:

Ein Zeichen, das aus der Darstellung einer über einer flachen Schale stehenden, sich im Spiegelbild einer S-Form windenden, mit dem Kopf nach links gerichteten, züngelnden Schlange besteht, über die ein mit kugelförmigem Kopf versehener Stab gelegt ist, der im wesentlichen aus drei schlanken, U-förmigen Gebilden besteht.

Die Klägerin trägt vor, für ihre Warenzeichen bestehe auch Ausstattungsschutz, soweit es sich nicht um die bloßen Defensivzeichen handle. Die von ihr benutzten Zeichen seien zugleich Gütezeichen. Die Annahme des Landgerichts, daß ihre Warenzeichen wegen der Nähe zu den Freizeichen Aesculapstab und Krone nur schwache Kennzeichnungskraft hätten, sei irrig. Charakteristisch für ihre Zeichen sei die Kombination des einen waagerecht gerichteten Schlangenkopf aufweisenden, oben mit einem Knopf o. dgl. versehenen Schlangenstabes mit einer Krone, die beide gleich stark in Erscheinung träten und deren kombinierte Bildwirkung nicht durch Beiwerk beeinträchtigt werde. Diese bildliche Darstellung habe für sie besonders starke Verkehrsgeltung erlangt. Wenn man von dieser charakteristischen Kombination ihrer Warenzeichen ausgehe, müsse bei sämtlichen beanstandeten Zeichen der Beklagten Verwechslungsgefahr angenommen werden.

Die Beklagten haben geltend gemacht, die von der Klägerin in größerem Umfang benutzten drei Zeichen 108 005, 209 847 und 617 971 hätten entgegen der Behauptung der Klägerin keine überragende Verkehrsgeltung. Selbst wenn das aber der Fall wäre, so entfielen ein erhöhter Schutz; denn den

Zeichen komme nur geringe Kennzeichnungskraft zu, weil zahlreiche ähnliche Zeichen auf gleichen und verwandten Gebieten in Benutzung seien.

Das Oberlandesgericht hat entsprechend dem Antrag der Parteien durch Teilurteil nur über den Unterlassungsantrag hinsichtlich der Verwendung eines Warenzeichens durch die Beklagte entschieden, das der Zeichenanmeldung R 11 151/2 entspricht. Insoweit hat es die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt die Klägerin den abgewiesenen Unterlassungsantrag weiter. Die Beklagten bitten um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

- I. Gegen die Zulässigkeit des Teilurteils bestehen keine Bedenken. Die Klägerin beehrt mit ihren im Berufungsrechtszug gestellten Anträgen mehrere prozeßrechtliche Rechtsansprüche. Sie stützt ihr Verlangen jeweils auf ihre sämtlichen eingetragenen Warenzeichen. Die verschiedenen von ihr begehrten Entscheidungen beziehen sich auf verschiedene Handlungen der Beklagten. Der die Verwendung eines der Anmeldung R 11 151/2 entsprechenden Zeichens betreffende Unterlassungsanspruch ist rechtlich selbständig und steht nicht im untrennbaren Zusammenhang mit den übrigen Ansprüchen, so daß über ihn getrennt entschieden werden konnte (vgl. BGH GRUR 1961, 79 - Feuerzeugbenzinbehälter; GRUR 1961, 85 - Pfiffikus-Dose).
- II. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß als Rechtsgrundlage für den Unterlassungsanspruch allein die §§ 24, 25,

31 WZG, § 16 UWG in Betracht kommen. Auf § 1 UWG und die §§ 1004, 823, 12 BGB könne die Klägerin ihren Unterlassungsanspruch schon deshalb nicht stützen, weil sie selbst nicht behauptete, daß ihre Zeichen zu den "berühmten Zeichen", d.h. zu den Kennzeichnungen mit überragender Verkehrsgeltung gehörten. Sie mache nur geltend, daß ihnen eine "besonders starke Verkehrsgeltung" zukomme.

Das Berufungsgericht hat dahingestellt gelassen, ob hinsichtlich sämtlicher Klagezeichen zwischen den für diese Zeichen eingetragenen Waren und den Waren, für die die Beklagte die Eintragung des angegriffenen Warenzeichens begehrt, Warengleichartigkeit besteht, was Voraussetzung für das Unterlassungsbegehren wäre, soweit es auf das Warenzeichengesetz gestützt wird. Einer Erörterung dieser Frage bedarf es nicht, weil das Berufungsgericht eine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 31 WZG, § 16 UWG zutreffend verneint hat.

III. Das Berufungsgericht hat eine Verwechslungsgefahr aus folgenden Gründen nicht als gegeben erachtet:

1. Entgegen der Meinung der Klägerin komme es bei Beurteilung der Verwechslungsgefahr nur auf diejenigen Warenzeichen an, welche die Klägerin zur Zeit der Klagerhebung tatsächlich benutzt habe. Das seien die Zeichen 108 005, 209 847 und 617 971. Auch wenn man die von der Beklagten bestrittene Behauptung der Klägerin als richtig unterstelle, ihren Zeichen komme eine besonders starke Verkehrsgeltung zu, sei eine Verwechslungsgefahr im engeren oder weiteren Sinne mit dem beanstandeten Zeichen zu verneinen. Die Annahme einer besonders starken Verkehrsgeltung bedeute einerseits die Zubilligung eines weiten Schutzzumfanges und schließe andererseits die Folgerung aus, die Klagezeichen seien durch ihre Nähe zu den Freizeichen Aesculapstab und Krone generell geschwächt.

Die charakteristischen Merkmale der Zeichen 108 005, 209 847 und 617 971 lägen in der Kombination des einen waagrecht gerichteten Schlangenkopf aufweisenden, oben mit einem Knopf o. dgl. versehenen Schlangenstabes mit einer Krone, wobei Schlangenstab und Krone gleich stark in Erscheinung träten und kein diese kombinierte Bildwirkung beeinträchtigendes Beiwerk aufwiesen. Bei dem zusammengesetzten Zeichen 617 971 spiele der Wortzusatz "AESCULAP" keine Rolle, da dieses Zeichen häufig auch ohne den Zusatz gebraucht werde und demnach in dieser Form mindestens Ausstattungsschutz genieße.

Demgegenüber fehle in dem beanstandeten Zeichen der Beklagten das für alle benutzten Zeichen der Klägerin charakteristische Kombinationselement der Krone. Das senkrechte Gebilde bestehe aus 3 schlanken, U-förmigen übereinander gestellten Bechern. In der besonderen charakteristischen Ausgestaltung dieser becherähnlichen Gebilde liege ein weiterer grundlegender Unterschied gegenüber den in Betracht zu ziehenden Zeichen der Klägerin. Während sich bei diesen die Schlange stets um einen Stab winde, der bei den Zeichen 108 005 und 209 847 die typische Form eines Zepters habe und auch in der stilisierten Form des Zeichens 617 971 an ein solches erinnere, könne bei dem angegriffenen Zeichen nicht einmal mehr von der Anlehnung an ein stabähnliches Gebilde gesprochen werden. Hinzu komme, daß das angegriffene Zeichen als Beiwerk eine flache Schale enthalte, auf die sich der spitz auslaufende Schlangenschwanz stütze. Die einzige Gemeinsamkeit des angegriffenen Zeichens mit den fraglichen Zeichen der Klägerin bestehe in der sich in Anlehnung an ein senkrecht Gebilde nach oben windenden, züngelnden Schlange mit etwa waagrecht gerichtetem Kopf. Schon die grundlegend verschiedene Gesamtbildwirkung des Zeichens der Beklagten schieße es aus, daß das darin ver-

wendete Schlangenbild bereits für sich allein die Erinnerung an die Zeichen der Klägerin wecke. Außerdem könne eine so gestaltete Schlange für sich allein noch nicht als charakteristischer Bestandteil der zu vergleichenden Zeichen der Klägerin angesehen werden, den die Beklagte übernommen habe. Denn dieses Schlangenbild werde im Verkehr allgemein als Aesculapmotiv und daher als Hinweis auf die Medizin angesehen. In dieser Eigenschaft sei die Schlange auch im Freizeichen Aesculapstab und in den gerichtsbekannten zahlreichen Variationen dieses Motivs gebräuchlich.

Diese Erwägungen des Berufungsgerichts stehen im Einklang mit den in ständiger Rechtsprechung vom Bundesgerichtshof vertretenen Rechtsgrundsätzen. Die hiergegen von der Revision gerichteten Angriffe sind nicht begründet.

Die Revision meint, die vom Berufungsgericht beschriebene "einzige Gemeinsamkeit" zwischen dem Klagezeichen und dem Verletzungszeichen sei so stark, daß die Übernahme dieser Merkmale in das Zeichen der Beklagten im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts die Erinnerung an die Zeichen der Klägerin hervorrufen müsse. Denn bei flüchtiger Betrachtung, besonders aus der Ferne oder bei kleinen Ausführungen, werde das stabähnliche Gebilde, um das sich eine Schlange in S-Form winde, das allein Entscheidende sein müssen. Demgegenüber träten alle anderen hiervon beim Zeichen der Beklagten abweichenden Einzelheiten zurück. Das Berufungsgericht habe es unterlassen zu prüfen, was für den Verkehr einprägsam sei.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Bei Beurteilung der Verwechslungsgefahr zwischen zwei sich gegenüberstehenden Bezeichnungen ist von deren Gesamteindruck auszugehen, wo-

bei zu ermitteln ist, welche Bestandteile eines jeden Zeichens für diesen maßgebend sind. Es ist anerkannt, daß die Hinübernahme eines charakteristischen Bestandteils eines Zeichens in ein anderes Zeichen die Verwechslungsgefahr dann begründen kann, wenn der Bestandteil in diesem seine Selbständigkeit behalten hat, also nicht in ihm derart untergegangen ist, daß er durch seine Einfügung in das neue Zeichen aufgehört hat, für den Verkehr die Erinnerung an das alte Zeichen wachzurufen (BGH GRUR 1959, 599, 602 - Teekanne). Schließlich ist zu berücksichtigen, daß der Verkehr erfahrungsgemäß sein Augenmerk mehr auf die übereinstimmenden als auf die abweichenden Merkmale richtet.

Das Berufungsgericht hat nun zutreffend als für den Gesamteindruck der Klagezeichen 108 005, 209 847 und 617 971 entscheidend angesehen die Kombination des einen waagrecht gerichteten Schlangenkopf aufweisenden, oben mit einem Knopf oder dgl. versehenen Schlangenstabes mit einer Krone, wobei Schlangenstab und Krone gleich stark in Erscheinung treten und kein diese kombinierte Bildwirkung beeinträchtigendes Beiwerk aufweisen. Gegen diese Feststellung sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben. Die Revision weist anfangs auch darauf hin, daß dies mit dem Vortrag der Klägerin in beiden Vorinstanzen übereinstimme. Hiermit steht es aber im Widerspruch, wenn die Revision sodann vorträgt, bei flüchtiger Betrachtung werde das stabähnliche Gebilde, um das sich eine Schlange in S-Form winde, allein das Entscheidende sein müssen. Dabei wird verkannt, daß die Krone in den genannten Klagezeichen einen auch bei flüchtiger Betrachtung nicht zu übersehenden Bestandteil ausmacht. Würde aber die gegenteilige Auffassung der Revision zutreffen, so ist darauf hinzuweisen, daß allein die Übernahme eines stabähnlichen Gebildes, um das sich in S-Form eine Schlange windet, in das Zeichen der Beklagten deshalb nicht zu bean-

standen wäre, weil ein solcher Bestandteil den Aesculapstab entsprechen würde, der seit 1896 Freizeichen für pharmazeutische und hygienische Artikel aller Art ist. Die Verwendung dieses Bestandteiles steht also jedermann frei. Das aber spricht gerade dagegen, diesen Bestandteil, der Freizeichen ist, in dem zusammengesetzten Warenzeichen der Klägerin als das für den Gesamteindruck maßgebende Merkmal zu werten.

Aus dem gleichen Grund greift der Angriff der Revision nicht durch, es könne nicht darauf ankommen, daß bei dem beanstandeten Zeichen der Beklagten die Krone fehle. Die Revision meint, es sei nicht auszuschließen, daß der am Stabe oben herausragende knopfartige Punkt, als oberer Abschluß im Umriß gesehen, mit der von der Klägerin verwendeten Krone verwechselt werde. Dem ist entgegenzuhalten, daß auch das Freizeichen "Aesculap" am oberen Ende des Stabes mit einem knaufartigen Gebilde abschließt. Außerdem ist bei dem Zeichen der Beklagten der oben aufgesetzte Knopf mit einem Stiel versehen und so über dem stabartigen Gebilde angebracht, daß er sich eindeutig als dessen Abschluß darstellt und auch im Erinnerungsbild des flüchtigen Betrachters nicht mit einer über dem Stab selbständig hervortretenden Krone verwechselt werden kann.

Wenn das Berufungsgericht weiter ausführt, das senkrechte Gebilde im Zeichen der Beklagten bestehe aus Formen, die drei übereinander gestellten Bechern ähneln, so ist das entgegen der von der Revision vertretenen Ansicht nicht zu beanstanden. Der Revision ist zwar zuzugeben, daß die Feststellung des Berufungsgerichts, es könne nicht einmal mehr von der Anlehnung an ein stabähnliches Gebilde gesprochen werden, nicht zweifelsfrei sein mag. Entscheidend ist

jedoch, daß das Berufungsgericht den Unterschied zu dem Stab in den Klagezeichen gerade in der besonderen Ausgestaltung der drei übereinander gestellten U-förmigen Gebilde sieht, welche dem Zeichen der Beklagten das charakteristische Gepräge verleihen.

Ferner weist die Revision darauf hin, daß im Zeichen der Beklagten die unterhalb der Schlange befindliche flache Schale vom Berufungsgericht nur als "Beiwerk" angesehen werde. Das trifft zu. Diese Feststellung ist jedoch aus dem Grunde bedeutsam, weil die Eigenart der Klagezeichen nach dem eigenen Vortrag der Klägerin gerade in der Verbindung von Schlangenstab und Krone unter Verzicht auf jegliches Beiwerk liegt, welches die Wirkung dieser Kombination beeinträchtigen könnte. Zutreffend hat daher das Berufungsgericht in der Schale zwar ein "Beiwerk" erblickt, dieses aber als ein für die bildliche Gesamtwirkung ins Gewicht fallendes Unterscheidungsmerkmal bewertet.

Schließlich kann dem Angriff der Revision kein Erfolg beschieden sein, das Berufungsgericht habe nicht genügend beachtet, daß der Schlangenkopf bei dem Freizeichen nach oben, bei dem Klagezeichen dagegen waagerecht gerichtet sei; gerade diese Abweichung müsse für die Eintragung der Klagezeichen durch das Patentamt entscheidend gewesen sein. Dem kann deshalb nicht gefolgt werden, weil der Kopfhaltung der Schlange in den Zeichen der Klägerin ebenso wenig wie im Freizeichen eine für die Verwechslungsgefahr maßgebliche Bedeutung zukommt. Denn für den flüchtigen Betrachter kann darin ein in der Erinnerung haftendes Unterscheidungsmerkmal nicht erblickt werden.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, daß der Gesamteindruck des angegriffenen Zeichens vorwiegend durch das

Fehlen einer Krone, das Vorhandensein einer flachen Schale und die besondere becherförmige Ausgestaltung des Stabes bestimmt wird. Gerade hierdurch weicht er aber entscheidend von dem in Rede stehenden Klagezeichen ab. Demgegenüber kommt der Gemeinsamkeit, welche durch das Vorhandensein des - ein Freizeichen darstellenden - Aesculapstabes in dem Zeichen beider Parteien begründet wird, keine den Gesamteindruck beeinflussende Bedeutung zu.

Auch der von der Revision in der mündlichen Verhandlung hervorgehobene Gesichtspunkt, daß die Zeichen der Parteien in einigen Fällen auf Instrumenten und Verpackungen besonders klein wiedergegeben seien und hierdurch eine Verwechslungsgefahr herbeigeführt werde, vermag zu keiner anderen Beurteilung zu führen. Denn wenn aus praktischen Gründen, z.B. wegen der geringen Größe der Ware selbst, die Zeichen nur in kleiner oder kleinster Ausführung gebracht werden können, so ergibt sich schon daraus für den Beschauer - sofern er sich der herkunftshinweisenden Bedeutung des Kennzeichens überhaupt bewußt ist - die Notwendigkeit, dieses mit besonderer Aufmerksamkeit zu betrachten, so daß aus diesem Grunde die Gefahr von Verwechslungen schwindet (RG GRUR 1944, 83, 87 - Kienzle; RGZ 63, 241, 243 - Tafelbosteck).

Da hiernach eine Verwechslungsgefahr auch dann nicht gegeben ist, wenn zugunsten der Klägerin von einer besonders starken Verkehrsgeltung ihrer Zeichen ausgegangen wird, bedarf es keiner Auseinandersetzung mit der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung, wonach es für die Frage der Verwechslungsgefahr nicht darauf ankommen soll, ob noch ähnliche benutzte Zeichen im Verkehr seien.

2. Die Revision beanstandet weiterhin, daß das Berufungsgericht bei Prüfung der Verwechslungsgefahr nur die Warenzeichen 108 005, 209 847 und 617 971, nicht dagegen die weiteren von der Klägerin angeführten Warenzeichen berücksichtigt habe. Hierzu führt das Berufungsgericht aus:

Nach dem sog. Dreitannen-Urteil des Bundesgerichtshofs (BGHZ 32, 133) könnten nach Erlangung der normalen Verkehrsgeltung für ein Hauptzeichen aus einem daneben bestehenden Abwehrzeichen keine weitergehenden Rechte als aus dem Hauptzeichen selbst hergeleitet werden. Da die unstreitig seit längerer Zeit benutzten Hauptzeichen der Klägerin 108 005, 209 847 und 617 971 volle Verkehrsgeltung erlangt hätten, könne die Klägerin ihre Abwehrzeichen nicht zur Unterdrückung solcher Zeichen der Beklagten einsetzen, die außerhalb des Schutzzumfanges ihrer Hauptzeichen lägen. Die Warenzeichen der Klägerin 1 373, 25 375 und 650 045 aber seien unbestrittenermaßen bloße Abwehrzeichen.

Wenn die Klägerin entgegen ihrem früheren Vortrag nunmehr behaupte, die Warenzeichen 297 556 und 322 501 in Benutzung genommen zu haben, so sei das offensichtlich nur geschehen, um die Folgen der neuen Rechtsprechung über die geringe Bedeutung von Abwehrzeichen zu umgehen. Anders sei es nicht zu erklären, daß sie diese beiden seit über 35 Jahren eingetragenen Warenzeichen vorher nie benutzt und immer nur als Defensivzeichen behandelt habe. Aber auch wenn man diese beiden Zeichen, und zwar das Zeichen 322 501 in der von der Klägerin verwendeten Abwandlung heranziehe, liege dennoch keine Verwechslungsgefahr vor.

- a) Die Revision erhebt hiergegen Beanstandungen in verschiedener Hinsicht. Was als "Hauptzeichen" anzusehen sei, sei nach objektiven Maßstäben zu bestimmen, nicht aber

danach, wie eine Partei meine, die entsprechenden Zeichen rechtlich einordnen zu können. Das Berufungsgericht habe daher nicht unbesehen die anfänglich von der Klägerin gewählte Begriffsbestimmung zugrunde legen dürfen. Vielmehr hätte es deren späteren schriftlichen Vortrag auslegen müssen, weil daraus klar ersichtlich geworden sei, wie die Klägerin in tatsächlicher Hinsicht ihre Rechtsausführungen über ein Abwehrzeichen verstanden wissen wollte.

Die Klägerin habe in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung im ersten Rechtszug ihre Zeichen in Haupt- und Defensivzeichen unterteilt. Dabei habe sie von Defensivzeichen gesprochen, soweit ein Zeichen nicht genau in der eingetragenen Form benutzt worden sei. Da ihre benutzten Warenzeichen bereits vor längerer Zeit normale Verkehrsgeltung erlangt hätten, sei für diese Unterscheidung nach dem Dreitannen-Urteil kein Raum mehr. Deshalb habe sie in der Berufungsbegründung angegeben, daß die Zeichen 108 005, 209 847, 297 556, 322 501 und 617 971 benutzt würden, während die Zeichen 1 373, 25 375 und 650 045 zurzeit nicht benutzt würden. Auch hierbei habe sie streng die eingetragenen Formen der Klagezeichen zugrunde gelegt. Tatsächlich sei diese Unterscheidung bedeutungslos. Denn alle ihre Zeichen unterschieden sich - abgesehen von dem keine Krone aufweisenden Zeichen 650 045 - entweder nur durch die besondere zeichnerische Darstellung der Kombinations-elemente oder durch die Hinzufügung des Doppelkreises oder des Wortes "Aesculap". Die jetzt benutzten Zeichen seien nur dem modernen Geschmack in graphischer Hinsicht angepaßte Darstellungen der veralteten, nicht mehr verwendeten Formen. Es könne daher von einem einzigen, auch benutzten Zeichen der Klägerin gesprochen werden, das starke Verkehrsgeltung aufweise. Dieses bestehe aus der Kombination des einen

waagrecht gerichteten Schlangenkopf aufweisenden, oben mit einem Knopf o. dgl. versehenen Schlangenstabes mit einer Krone, die beide gleich stark in Erscheinung träten und kein diese kombinierte Bildwirkung beeinträchtigendes Beiwerk aufwiesen. Nicht benutzt seien demgegenüber nur einige zeichnerische Varianten. Somit habe sie behauptet, diese Nebenzeichen seien "auch" mit den Hauptzeichen verwechslungsfähig.

- b) Auch dieser Revisionsangriff kann im Ergebnis keinen Erfolg haben.

Die Warenzeichen 1 373, 25 375 und 650 045 werden von der Klägerin zurzeit unstreitig nicht benutzt. Es handelt sich insoweit nach dem Tatbestand des Berufungsurteils um bloße Defensivzeichen. Diese Beurteilung des Charakters der drei Zeichen stimmt im übrigen entgegen der Meinung der Revision mit dem eigenen Sachvortrag der Klägerin in den Tatsacheninstanzen durchaus überein; denn die Klägerin hat nicht etwa geltend gemacht, daß sie beabsichtige, diese Warenzeichen künftig in Benutzung zu nehmen. Der Bewertung des Zeichens als Defensivzeichen steht auch nicht, wie die Revision anzunehmen scheint, entgegen, daß die Klägerin nach ihrem Sachvortrag die Zeichen 1 373 und 25 375 früher benutzt haben will. Denn die Aufrechterhaltung dieser Warenzeichen nach der Einstellung der Benutzung kann auf dem Willen der Klägerin beruhen, sich hinfort ihre Funktion als reine Abwehrzeichen zunutze zu machen. Jedenfalls hat die Klägerin weder behauptet noch unter Beweis gestellt, daß sie diese seit über einem halben Jahrhundert eingetragenen Warenzeichen demnächst wieder in Benutzung nehmen wolle. Insoweit treffen aber die Erwägungen des Berufungsurteils zu, wonach die Klägerin nach Erlangen einer normalen Verkehrsgeltung für ihre benutzten Zeichen aus dane-

ben bestehenden Abwehrzeichen keine weitergehenden Rechte als aus dem benutzten Zeichen herleiten kann.

Hinsichtlich der Zeichen 297 556 und 322 501 hat die Klägerin im zweiten Rechtszug vorgetragen, sie benutze diese Zeichen zurzeit, und hierzu Beweis angetreten durch Vorlage ihrer "Allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen", welche beide Zeichen enthalten, und zwar das Warenzeichen 322 501 in abgewandelter Form mit Text zwischen den beiden Doppelringen. Es kann dahingestellt bleiben, aus welchen Gründen die Klägerin diese beiden Zeichen in Benutzung genommen hat, insbesondere, ob das nur geschehen ist, um die Folgen der neuen Rechtsprechung über die Abwehrzeichen zu umgehen. Denn der Inhaber des eingetragenen Warenzeichens ist - vorbehaltlich der Verletzung etwa entgegenstehender Rechte Dritter - jederzeit befugt, das Zeichen auch tatsächlich im Geschäftsverkehr zu benutzen. Da im Verletzungsprozeß der Umfang der Kennzeichnungskraft des Klagezeichens zu ermitteln ist und dieser u.a. auch von der Zeitdauer der Benutzung des Zeichens abhängt, kann sich die spätere Inbenutzungnahme eines schon längere Zeit eingetragenen Warenzeichens im Hinblick auf den hierdurch möglicherweise bedingten nur geringen Schutzzumfang als nachteilig erweisen. Es geht jedoch nicht an, es bereits ohne Vorliegen weiterer Umstände als rechtsmißbräuchlich anzusehen, wenn die Benutzung eines eingetragenen Warenzeichens erst im Laufe eines Rechtsstreits aufgenommen wird.

Ein Rechtsmißbrauch könnte vielmehr nur dann in Betracht kommen, wenn es sich hierbei um die Benutzung von der Klägerin langjährig nicht verwendeter Vorratszeichen handeln würde, an deren Ingebrauchnahme nach dem Auftreten von verwechselbaren Kennzeichnungen im Verkehr ein schutzwürdiges

Interesse der Klägerin nicht anerkannt werden kann, weil ihr in ausreichendem Maße andere für die fraglichen Waren geeignete Warenzeichen zur Verfügung stehen (BGH GRUR 1957, 228 - Astra-Wolle; BGH GRUR 1957, 224 - Odorex; Urt. des Senats v. 24 April 1963 - Ib ZR 2/62). Insoweit fehlt es im Berufungsurteil an ausreichenden Feststellungen. Es bedarf jedoch keiner Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht zur Aufklärung dieser Frage, weil dieses hilfsweise mit Recht auch die Verwechslungsgefahr zwischen dem angegriffenen Zeichen und den Klagezeichen 297 556 und 322 501 verneint hat.

Hierzu führt das Berufungsgericht aus:

Das Zeichen 297 556 ähnele den Zeichen 108 005 und 209 847 der Klägerin so sehr, daß sich insoweit hieraus keine neuen Gesichtspunkte ergäben. Das Zeichen 322 501 enthalte zwar als Beiwerk eine doppelte Kreisumrandung und in der jetzt gebrauchten Form noch einen Wortzusatz; diese beiden Merkmale halte die Klägerin jedoch selbst nicht für bedeutsam.

Diese Beurteilung läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit die beiden Klagezeichen 297 556 und 322 501 dem angegriffenen Warenzeichen näher stehen sollten als die vom Berufungsgericht unter eingehender Würdigung mit diesem Zeichen der Beklagten in Vergleich gesetzten sogenannten "Hauptzeichen" der Klägerin. Es kann deshalb insoweit auf die Ausführungen zur Verwechslungsgefahr hinsichtlich dieser Hauptzeichen verwiesen werden. Da das Berufungsgericht zugunsten der Klägerin eine starke Verkehrsgeltung ihrer Hauptzeichen unterstellt hat, kommt bei dieser Sachlage der Erwägung des Berufungsgerichts keine für die Entscheidung des Streitfalls ins Gewicht fallende Bedeutung zu, wonach bei Beurteilung der Verwechselbarkeit des angegriffenen Zeichens mit den Klage-

zeichen 297 556 und 322 501 auch zu berücksichtigen sei, daß diese beiden Zeichen in der kurzen Zeit seit Beginn ihrer Benutzung keine "größere" Verkehrsgeltung erlangt haben könnten. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO den Beweisantrag der Beklagten übergangen, daß sie für alle von ihr benutzten Warenzeichen Verkehrsgeltung erlangt habe, kann deshalb auf sich beruhen.

Die Revision war nach alledem mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland

Jungbluth

Pehle

Sprenkmann

Mösl