

Verkündet am 22. Februar 1963
Grunau, Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma H [REDACTED] u. P [REDACTED] GmbH, Ka [REDACTED],
gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer Direktor
Theo K [REDACTED], Ka [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Ak [REDACTED] f. L [REDACTED] A [REDACTED],
C [REDACTED]/Sch [REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand Dr. Hans B [REDACTED],
Cr [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

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

hat der I b-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 22. Februar 1963 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Prof. Dr. h.c. Wilde und der Bundes-
richter Dr. Krüger-Nieland, Pehle, Dr. Spengler und
Ebel

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des
3. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandes-
gerichts zu Hamburg vom 26. Oktober 1961 wird
auf Kosten der Beklagten mit der Maßgabe zurück-
gewiesen, daß der Anspruch auf Erklärung der
Zurücknahme ihrer Warenzeichen-Anmeldung bezüg-
lich des Zeichens Traita (H 13773/34 W 2) in
der Hauptsache erledigt ist.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Für die Klägerin ist das am 16. Januar 1956 angemeldete Warenzeichen "Spraytan" unter Nr. 688 196 für die Waren "Geräte und Mittel zur Körper- und Schönheitspflege" in der Zeichenrolle des Deutschen Patentamts eingetragen. Dasselbe Wort, in Großbuchstaben geschrieben, ist der Klägerin durch das am 28. Februar 1956 angemeldete Zeichen Nr. 709 923 für ein kosmetisches Mittel zur Bräunung der Haut geschützt. Schließlich ist dieses Wort, in die zwei Silben zerlegt, Gegenstand des am 25. Juni 1957 angemeldeten kombinierten Wort- und Bildzeichens Nr. 716 741, das für kosmetische Mittel zur Bräunung der Haut und zum Schutz gegen Sonnenbrand eingetragen ist. Ein Lizenznehmer der Klägerin hat die Marke für ein Sonnenschutz- und Bräunungsmittel in Deutschland während der letzten fünf Jahre in erheblichem Umfange benutzt.

Die Beklagte verwendet seit 1958 für ein Handpflege-mittel die Bezeichnung "Traitan". Ihre gleichlautende Anmeldung zur Warenzeichenrolle und eine weitere Anmeldung für das Wort "Traittane" sind vom Deutschen Patentamt auf Widerspruch der Klägerin wegen Gefahr der Verwechslung mit dem Klagezeichen zurückgewiesen worden, wogegen die Beklagte Beschwerden eingelegt hatte. Dagegen besitzt die Beklagte das vor dem ältesten Klagezeichen, nämlich am 26. Februar 1955, angemeldete Warenzeichen Nr. 684 199 "Traital", das sie für ein Haarwaschmittel benutzt und das für Shampoos, Erzeugnisse für die Dauerwellung der Haare, Haarfärbe- und Haarpflegemittel eingetragen ist.

Die Klägerin hat mit der vorliegenden Klage gefordert,

1. Unterlassung der Benutzung der Bezeichnung "Traitan" für Kosmetikartikel, Zurücknahme

- 3 -

der Warenzeichenanmeldungen bezüglich
"Traitan" und "Tritane",

2. Auskunft und

3. Feststellung der Schadensersatzpflicht.

Sie hat behauptet, ihre Marke sei eine der bekanntesten auf dem Gebiete der Sonnenschutz- und Bräunungsmittel; für die Werbung seien von 1956 bis 1960 etwa 1 1/2 Millionen DM aufgewendet worden; sie habe für das Zeichen "Spray Tan" auch Verkehrsgeltung errungen.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und geltend gemacht, ihr eigenes (älteres) Zeichen "Trital" besitze Verkehrsgeltung; aus ihm sei das angegriffene Zeichen "Traitan" abgeleitet worden, dessen Benutzung ihr deshalb nicht verwehrt werden könne, zumal da es im engsten Ähnlichkeitsbereich dieses Zeichens liege und seit Anfang 1958 unter erheblichem Werbeaufwand benutzt werde. Das Klagezeichen, dessen beide Silben nicht schutzfähig seien, habe sich im Verkehr jedenfalls nicht so durchgesetzt, daß seine Kennzeichnungskraft stärker geworden wäre; schon wegen der Warenverschiedenheit und des damit zusammenhängenden Unterschiedes der Verpackungen (Sprühflasche - Tube) bestehe keine Verwechslungsgefahr. Der Schutzbereich des Klagezeichens sei auch deshalb eingeschränkt, weil es selbst gegenüber Älteren, mit der Silbe "Spray" gebildeten Warenzeichen nur geringen Abstand eingehalten habe; bei dem dreisilbigen Zeichen Tritane sei Verwechslungsgefahr erst recht nicht gegeben.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos

Über 200 Gesetze

Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Das Landgericht hat dahin erkannt

I. Die Beklagte wird verurteilt,

1. es bei Meidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu 6 Monaten zu unterlassen, zur Kennzeichnung von Kosmetikartikeln, insbesondere Handpflegemitteln, das Wort "Traitan" zu benutzen und solchermaßen gekennzeichnete Waren in den Verkehr zu bringen;
2. gegenüber dem Deutschen Patentamt München die Zurücknahme ihrer Warenzeichenanmeldungen H 13 773/34 Wz - "Traitan" - und H 16 552/34 Wz - "Traitane" - zu erklären;
3. der Klägerin Auskunft darüber zu erteilen, seit wann und in welchem Umfange sie das Warenzeichen "Traitan" benutzt hat.

II. Es wird festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der dieser dadurch entstanden ist, bzw. noch entstehen wird, daß sie das Warenzeichen "Traitan" benutzt hat.

Die Berufung der Beklagten ist zurückgewiesen worden. Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage; hilfsweise beantragt sie Aussetzung des Rechtsstreits bis zur Entscheidung über eine von ihr erhobene Klage auf Einwilligung in die Löschung der Klagezeichen (15'012/63 LG Hamburg). Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels. Den Klageantrag auf Zurücknahme der Anmeldung des Zeichens

"Traitan" hat die Klägerin mit Zustimmung der Beklagten in der Hauptsache für erledigt erklärt, da inzwischen die Zurückweisung der Anmeldung durch das Bundespatentgericht bestätigt worden ist.

Entscheidungsgründe:

A. Unterlassungsanspruch.

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die von beiden Parteien unter den streitigen Warenzeichen "Spray Tan" und "Traitan" tatsächlich vertriebenen Waren gleichartig seien. Damit hat es als Waren, für die der Schutz der Klagezeichen in Betracht kommt, nur die von der Klägerin unter diesen bisher tatsächlich vertriebenen, nicht dagegen auch die eingetragenen Waren berücksichtigt. Das stellt keinen Rechtsfehler dar, beschwert jedenfalls nicht die Beklagte und wird von der Revision daher auch nicht beanstandet. Ebensowenig erhebt die Revision Angriffe gegen die Annahme der Warengleichartigkeit zwischen den tatsächlich vertriebenen Waren. Bedenken sind insoweit auch nicht begründet, daß beides kosmetische Mittel sind, die außerdem beide dem Schutze der Haut dienen. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht hierbei insbesondere den Umstand für unerheblich erklärt, daß die eine Ware in einer Sprühflasche, die andere in einer Tube auf den Markt gebracht wird; das Landgericht stellt hierzu unter Billigung des Berufungsgerichts fest, dem Verkehr sei es geläufig, daß er kosmetische Mittel der hier in Betracht kommenden Art bei gleicher Herkunft in unterschiedlichen Formen und in verschiedenen, diesen Formen angepaßten Verpackungen erhalten könne; bei dieser

17

Sachlage wird die Warengleichartigkeit nicht durch die Verschiedenheit der Verpackungen in Frage gestellt.

II. Den auf § 24 WZG gestützten Anspruch auf Unterlassung der jüngeren Bezeichnung "Traitan" bejaht das Berufungsgericht im Anschluß an das Landgericht mit der Begründung, die angegriffene Bezeichnung sei mit allen drei Klagezeichen in klanglicher Beziehung verwechselbar; diese Form der Verwechslungsgefahr genüge, zumal da die fraglichen Waren regelmäßig nach kurzem Gespräch gekauft würden. Ob das Klagezeichen nach Silben getrennt oder in einem Wort geschrieben werde, sei hierfür ohne Bedeutung. Zur näheren Begründung der Annahme der Verwechslungsgefahr hat das Berufungsgericht auf das Urteil des Landgerichts und auf die Beschlüsse des Patentamts vom 30. Juni 1959, 24. Juni 1960 und 9. Dezember 1960 Bezug genommen. Aus ihnen ergibt sich in Verbindung mit den zusätzlichen Ausführungen des Berufungsgerichts, daß dieses die Verwechslungsgefahr mit Rücksicht auf die große klangliche Ähnlichkeit der Streitzeichen selbst dann für gegeben hält, wenn dem Zeichen "Spray Tan" wegen vielfacher Verwendung der Silben "Spray" und "tan" auf dem Gebiete der Kosmetik nur eine geringe Kennzeichnungskraft zukäme. Darüber hinaus stellt das Berufungsgericht fest, die Bezeichnung "Spraytan" sei seit Jahren sehr stark benutzt worden; inzwischen habe sie infolge einer umfangreichen, auch von der Beklagten nicht bestrittenen und dem Berufungsgericht bekannten Werbung Verkehrsgeltung und eine erhöhte Kennzeichnungskraft erlangt; das Klagezeichen könne daher vollen Schutzzumfang in Anspruch nehmen. Den Einwand der Beklagten, das Klagezeichen halte nur geringen Abstand zu häufig gebrauchten anderen Zeichen, weist das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit dem Landgericht schon als in tatsächlicher Hinsicht ungenügend dargelegt zurück.

III. Die Revision macht zunächst geltend, das Berufungsgericht habe verfahrenswidrig den unbestritten gebliebenen Vortrag im Schriftsatz der Beklagten vom 6. Oktober 1961 (S. 2/3) unberücksichtigt gelassen, wonach die Klägerin bisher nur das Wortbildzeichen "Spray Tan" Nr. 716 741 benutzt habe. Hieran anknüpfend meint die Revision, die beiden vorher angemeldeten reinen Wortzeichen seien rechtlich als sog. Defensivzeichen zu dem allein benutzten Wortbildzeichen zu werten; dann aber könne die Klägerin aus diesen beiden Zeichen Rechte nur herleiten, soweit die angegriffenen Zeichen der Beklagten im Verwechslungsbereich des Wortbildzeichens lägen (BGH GRUR 1961, 33 ff - Dreitannen). Dies sei jedoch nicht der Fall, denn die getrennte Schreibweise der Worte "Spray" und "Tan" lasse deutlich den Charakter dieser Worte als Beschaffenheitsangaben erkennen; in dieser Schreibweise sei das Wort schutzunfähig. Die Revision verweist dazu auf ihre Behauptung, der Wortbestandteil sei in dieser Form Gegenstand der IR-Marke 173 897, dem aber der Schutz für Deutschland versagt worden sei. Zur Stützung der Klage könne daher nur das Wortbildzeichen herangezogen werden; in diesem sei allein der Bildbestandteil schutzfähig; die Gefahr einer Verwechslung mit dem Zeichen "Traitan" sei deshalb nicht gegeben.

1. Mit diesem Vorbringen kann die Revision schon deshalb keinen Erfolg haben, weil damit erstmals im Revisionsrechtszuge neue Tatsachen eingeführt werden. Abwehrzeichen sind solche, die nicht zur Benutzung bestimmt sind. Wer im Rechtsstreit diesen Charakter eines eingetragenen Warenzeichens geltend machen will, muß daher die Behauptungen aufstellen, aus denen sich der Abwehrcharakter des Zeichens ergibt (vgl. BGH GRUR 1957, 430, 432 - Havanna);

dazu genügt im allgemeinen nicht das Vorbringen, das Zeichen werde nicht benutzt; dann bleibt vielmehr die Möglichkeit offen, daß es sich um ein sog. Vorratszeichen handelt. Das Fehlen eines Benutzungswillens hat die Beklagte nicht behauptet; es folgt auch nicht aus den Umständen, so etwa allein aus dem Ablauf von etwa fünf Jahren seit der Eintragung, so daß es einer ausdrücklichen Hervorhebung insoweit nicht bedurft hätte. Vielmehr ist nichts dafür dargetan, die Klägerin wolle die bei allen drei Zeichen identische Buchstabenfolge auch künftig nur in der getrennten Schreibweise (beide Silben untereinander) verwenden.

Unter diesen Umständen kann dahingestellt bleiben, ob bei Verwendung einer identischen Buchstabenfolge lediglich die Trennung des Gesamtwortes in Silben ausreichen kann, um für die ungetrennte Schreibweise von einem nach den Grundsätzen der Dreitannen-Entscheidung (GRUR 1961, 33) schutzunwürdigen Abwehrzeichen sprechen zu können.

Hiervon abgesehen könnte der Revision auch nicht darin gefolgt werden, in dem gemischten Zeichen Nr. 716 741 sei der Bildbestandteil der beherrschende, die Kennzeichnungskraft des Gesamtzeichens begründende Teil; denn er stellt seinerseits lediglich die für derartige Waren naheliegende, einer Beschaffenheitsangabe nahe kommende Abbildung sonnengebräunter Personen in Badekleidung dar.

Schließlich bedarf es eines Eingehens auf die beiden Wortzeichen aber auch deshalb nicht, weil die Gefahr der Verwechslung, wie unter 3 noch auszuführen ist, bereits durch die klangliche Ähnlichkeit zwischen dem Wortbestandteil des Zeichens Nr. 716 741 und dem angegriffenen Zeichen begründet wird.

2. Aus den Ausführungen des Berufungsgerichts, es sei nicht von entscheidender Bedeutung, ob die Kennzeichnungskraft der Klagezeichen ursprünglich schwach gewesen sei, schließt die Revision sodann, es sei zu unterstellen, daß es sich um Zeichen von ursprünglich schwacher Kennzeichnungskraft handle, die allenfalls durch Verkehrsgeltung zu normaler Kennzeichnungskraft erstarkt sein könnten; Verkehrsgeltung habe das Berufungsgericht aber verfahrenswidrig auf Grund eigenen Wissens festgestellt; außerdem beziehe sich diese Feststellung nicht auf den rechtlich zugrunde zu legenden Zeitpunkt, in dem die Beklagte das angegriffene Zeichen in Benutzung genommen habe.

Mit diesen Ausführungen verkennt die Revision zunächst die Bedeutung der in Frage stehenden Begründung des Berufungsurteils. Dieses hat den von der Beklagten zur Unterstützung ihrer Behauptung der ursprünglichen schwachen Kennzeichnungskraft der Klagezeichen erhobenen sog. Häufigkeitseinwand aus zwei selbständigen Gründen für unbegründet erachtet. Als den ersten hat es angeführt, die Beklagte habe der ihr obliegenden Darlegungspflicht nicht genügt. Das ist rechtlich einwandfrei, zumal da die Beklagte schon im Urteil des Landgerichts sehr eingehend auf den Mangel schlüssiger Darlegung dieses Einwandes hingewiesen worden war. Als weiteren Grund hat das Berufungsurteil herangezogen, die Klägerin habe für die Klagezeichen nachträglich Verkehrsgeltung erlangt, so daß es aus diesem Grunde nicht darauf ankomme, ob die Zeichen ursprünglich schwach gewesen seien. Wie der Zusammenhang der Urteilsgründe ergibt, handelt es sich dabei aber nur um eine zusätzliche, den zuerst behandelten Grund nicht aufhebende Erwägung, die daher für den Bestand des Urteils nicht entscheidend ist.

Da hiernach die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Verkehrsgeltung nur eine zusätzliche Begründung darstellen, braucht nicht näher auf die Angriffe eingegangen zu werden, die von der Revision gegen die Feststellung der Verkehrsgeltung gerichtet werden. Aus dem gleichen Grunde kommt es nicht auf die Beanstandung der Revision an, das Berufungsgericht habe es unterlassen, den Zeitpunkt der Erlangung einer Verkehrsgeltung festzustellen.

3. Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist nach alledem davon auszugehen, daß es sich bei dem Wortbestandteil des Klagezeichens Nr. 716 741 um einen schutzfähigen Zeichenbestandteil handelt, dem nicht schon wegen der Verwendung angeblich geläufiger Silben eine von Natur aus gegebene Kennzeichnungsschwäche entgegengehalten werden kann.

Für den Bestand des Berufungsurteils ist es hierbei entgegen der Ansicht der Revision ohne Bedeutung, wenn die Klägerin nur das Wortbildzeichen benutzt und bisher benutzt hat, denn das Berufungsgericht stützt die Annahme der Verwechslungsgefahr auf die Verwechselbarkeit der Zeichen nach ihrem Klang. Dazu verweist es auf den Umstand, daß die von den Parteien unter den fraglichen Zeichen vertriebenen Waren regelmäßig auf Grund mündlicher Bestellung, d.h. unter Benutzung des Wortbestandteils des Zeichens gekauft zu werden pflegen. Bei der Frage der Verwechselbarkeit nach dem Klang der Zeichen spielt es aber keine entscheidungserhebliche Rolle, ob das Wort in ungetrennter Buchstabenfolge - wie bei den reinen Wortzeichen - oder in der Weise geschrieben wird, daß die Silben untereinander stehen wie in dem Wortbild-

zeichen. Ob etwas anderes zu gelten hätte, wenn auf Grund dieser Verwendung der Verkehr das Zeichen in seinem Wortbestandteil als zwei selbständige Worte auffassen und aussprechen würde, kann dahinstehen, denn für eine derartige Annahme bietet der Sachverhalt keinen Anhaltspunkt; jedenfalls ein nicht unerheblicher Teil der der englischen Sprache nicht mächtigen Verbraucherkreise wird den Wortbestandteil des Zeichens auch in der dort wiedergegebenen Schreibweise als ein Wort auffassen, zumal die zweite Silbe mit einem kleinen Buchstaben beginnt und nicht durch einen Zwischenraum, sondern dadurch von dem ersten Teil des Wortes getrennt ist, daß sie darunter geschrieben steht. Eine derartige Anordnung mehrerer Silben eines Wortes wird aber aus Gründen zweckmäßiger Raumaufteilung nicht selten vorgenommen. Offenbar sind beide Parteien denn auch während des ganzen Rechtsstreits davon ausgegangen, daß die beiden Silben im Verkehr als einheitliches Wort gesprochen und aufgefaßt werden.

Ist aber das Zeichen "Spray tan" hiernach nicht durch häufige Verwendung ähnlicher Bezeichnungen auf demselben Gebiete geschwächt, so unterliegt die Annahme des Berufungsgerichts keinen rechtlichen Bedenken, daß diesem Zeichen eine normale Kennzeichnungskraft zugebilligt werden muß. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn die beiden Silben je für sich in Zusammenstellung mit anderen Worten oder Wortbestandteilen häufig verwendet zu werden pflegen; denn für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist der Gesamteindruck der Zeichen maßgebend; dieser geht von dem einheitlichen Wort aus. Für denjenigen Teil der Verbraucherkreise, dem die englische Sprache nicht geläufig ist, eröffnet sich beim

flüchtigen Hören oder Sehen der Bezeichnung "Spraytan" kein Begriffsinhalt, der ihn veranlassen könnte, das Wort zu gliedern. Er wird es vielmehr als Einheit auffassen; ohne Rechtsirrtum nimmt deshalb das Berufungsgericht ferner an, daß er es als reine Phantasiebezeichnung wertet. Desgleichen handelt es sich bei der angegriffenen Bezeichnung der Beklagten um ein vom Publikum als Phantasiewort aufgefaßtes Zeichen. Bei beiden Zeichen stimmt die Klangform "raitan" überein. Diese sehr weitgehende Übereinstimmung wird nach der rechtlich nicht angreifbaren Auffassung des Berufungsgerichts nicht durch die Verschiedenheit der Anfangsbuchstaben ausgeräumt. Wie das Berufungsgericht insoweit ohne Rechtsirrtum annimmt, pflegen die für Waren der hier fraglichen Art in Betracht kommenden Käuferkreise auf Grund flüchtiger Erinnerung und durch mündliche Bestellung einzukaufen, so daß damit gerechnet werden muß, daß es infolge undeutlicher Aussprache der Anfangsbuchstaben, aber auch auf Grund ungenauer Erinnerung an den Wortklang zu Zeichenverwechslungen kommen kann. Für die Annahme einer Verwechslungsgefahr spricht schließlich auch, daß die Waren einander nach der Auffassung des Verkehrs verhältnismäßig nahestehen.

Entgegen der Auffassung der Revision wird die hiernach gegebene Verwechslungsgefahr nach dem Klang der Zeichen nicht durch den, - wie die Revision meint -, eindeutigen, allgemein geläufigen Sinngehalt des für Sprühmittel gebräuchlichen Wortbestandteils "Spray" ausgeschaltet oder auf ein Maß abgeschwächt, das bei der zeichenrechtlichen Beurteilung vernachlässigt werden könnte (vgl. BGH GRUR 1956, 321 - Synochem; GRUR 1958, 81, 82 - Thymopect; GRUR 1959, 182, 185 - Quick). Bei flüchtiger Betrachtungsweise des Publikums, wie sie hier vom Berufungsgericht rechtsirrtums-

frei festgestellt ist, kommt eine Ausschaltung der durch Klang oder Bildwirkung begründeten Verwechslungsgefahr vom Sinngehalt her nur ganz ausnahmsweise in Frage (EGH GRUR 1961, 232, 234 - Hobby). Im Streitfall scheitert dieser Einwand daran, daß nach den vom Berufungsgericht übernommenen Ausführungen des Landgerichts ein nicht unerheblicher Teil der Verbraucher die englische Sprache nicht kennt. Für diesen Teil der angesprochenen Verkehrskreise scheidet eine Ausschaltung der Verwechslungsgefahr vom Sinngehalt her jedenfalls für den Wortteil "tan" schlechthin aus. Dagegen mag zugegeben werden, daß sich mit dem Wortteil "Spray" auch für die der englischen Sprache nicht kundigen Personen der Begriff eines Sprühmittels verbindet. Auch für diese Verbraucherkreise kann aber die Gefahr klanglicher Verwechslung naturgemäß kaum dadurch ausgeschlossen werden, daß sie den Sinn einer oder beider Silben kennen; denn im Falle undeutlicher Aussprache des Wortzeichens der Beklagten kann auch bei diesen Verbraucherkreisen die Gefahr der klanglichen Verwechslung vor allem dann bestehen, wenn sie den Wortteil "Spray" nicht nach den Regeln der englischen Sprache auszusprechen gewohnt sind. Dies trifft jedenfalls für einen nicht unerheblichen Teil der Verbraucherkreise zu.

4. Gestützt auf ihr älteres Zeichen "Traital" erhebt die Revision gegenüber den aus den jüngeren Klagezeichen hergeleiteten Klageansprüchen den wettbewerbsrechtlichen Einwand, die Klägerin müsse dem Älteren, im Verkehr durchgesetzten Zeichen als dem sachlich besseren Recht weichen. Sie behauptet Verwechslungsgefahr ihres Zeichens mit den beiden Wortzeichen der Klägerin, nicht auch mit dem Wortbildzeichen, und fordert, daß diese

Verwechslungsgefahr, obwohl in den Tatsacheninstanzen nicht geltend gemacht, als "reine Rechtsfrage" im Revisionsverfahren berücksichtigt werde.

Auch hierin kann der Revision nicht gefolgt werden.

a) Zunächst ist darauf zu verweisen, daß auch der Wortbestandteil des Wortbildzeichens in klanglicher Hinsicht mit dem angegriffenen Zeichen verwechselt werden kann, wie ausgeführt wurde.

b) Auf das Vorbringen der Revision kann, soweit es neu ist, ferner aber auch aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht eingegangen werden. In den Tatsacheninstanzen hat die Beklagte die Verwechslungsgefahr zwischen "Spraytan" und "Traitan" bestritten. Das Berufungsgericht durfte deshalb davon ausgehen, daß die Beklagte eine Verwechslungsgefahr zwischen "Spraytan" und "Traital" erst recht nicht behaupten wolle, da hier der weitere Unterschied der Endbuchstaben hinzutritt, der Abstand der Zeichen also größer ist. Zwar hat die Beklagte im ersten Rechtszuge einmal die Frage einer Klage aus ihrem Zeichen "Traital" aufgeworfen (Schriftsatz vom 30. September 1960, S. 10 Nr. 4). Auf die Aufforderung der Klägerin aber, eine verbindliche Erklärung abzugeben, ob sie Rechte gegen die verschiedenen Kennzeichenrechte der Klägerin an dem Wort "SPRAYTAN" geltend machen wolle, hat die Beklagte abschließend erklärt, sie mache die Verwechselbarkeit der Zeichen "Traital" und "Spray-Tan" solange nicht geltend, als nicht rechtskräftig festgestellt sei, daß die Zeichen "Traitan" und "Spray-Tan" verwechselbar seien. Dementsprechend hat die Beklagte es in den Tatsacheninstanzen an den notwendigen tatsächlichen Behauptungen fehlen lassen, die zur Beurteilung der Ver-

verwechslungsgefahr erforderlich gewesen wären. Dazu wäre insbesondere die weitgehend der tatsächlichen Würdigung zuzurechnende Frage der Warennähe (Hautpflegemittel - Haarwaschmittel) und das Ausmaß der Benutzung des Zeichens "Traital" zu erörtern gewesen. Das kann im Revisionsverfahren nicht nachgeholt werden, zumal bei der gegebenen Sachlage angesichts der ausdrücklichen Erklärung, die Verwechslungsgefahr nicht geltend zu machen, für die gegnerische Partei jeder Anlaß fehlte, sich im Rahmen dieses Rechtsstreits ihrerseits über die tatsächlichen Voraussetzungen für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr zu erklären. Auch aus diesem Grunde kann dem Einwand aus dem älteren Zeichen kein Erfolg beschieden sein, auch wenn die jetzt behauptete Verwechslungsgefahr bestehen sollte.

Ohne Erfolg macht die Revision schließlich geltend, die Klägerin müsse es hinnehmen, daß die Beklagte aus ihrem älteren Zeichen "Traital" auch nach Anmeldung der Klagezeichen das angegriffene Zeichen "Traitan" entwickle, weil dieses im engsten Ähnlichkeitsbereich jenes älteren Zeichens liege. Ein derartiger Ausdehnungsvorbehalt zu Gunsten bestehender Warenzeichen wäre unvereinbar mit dem Grundsatz, daß jedes eingetragene Zeichen den vollen gesetzlichen Schutz gegenüber allen später angemeldeten beanspruchen kann.

c) Die Revision führt in diesem Zusammenhang weiter aus, die Klägerin könne, da sie selbst mit ihren nicht benutzten Defensivzeichen einen geringeren Abstand von dem bekannten Zeichen "Traital" gehalten habe, als dies die Beklagte mit ihrem Zeichen "Traitan" und "Traitane" von dem allein benutzten kombinierten Wort-

bildzeichen getan habe, aus diesem Zeichen keine Ansprüche gegen die Beklagte herleiten; sie könne nicht den Schutzzumfang ihres Wortbildzeichens durch Defensivzeichen ausweiten, durch deren Benutzung sie in das Recht der Beklagten hinsichtlich des Zeichens "Traital" eingreifen würde.

Diese Ausführungen beruhen auf der nach dem Dargelegten nicht zutreffenden Annahme, daß es sich bei den Wortzeichen der Klägerin um Abwehrzeichen handle.

B. Anspruch auf Zurücknahme der Zeichenanmeldungen.

1. Der Klägerin stand bzw. steht auch der Anspruch auf Erklärung der Zurücknahme ihrer Warenzeichenanmeldungen bezüglich der Bezeichnungen "Traital" und "Traitalane" zu.

Schon die Anmeldung dieser Zeichen begründet für die Klägerin die ernstliche Gefahr einer Beeinträchtigung ihrer besseren Zeichenrechte und eröffnet ihr den aus § 1004 BGB herzuleitenden Anspruch auf Beseitigung der in der Zeichenanmeldung liegenden Störung (RG GRUR 1942, 437 - Liebig; BGH, Urteil vom 18. Februar 1958 - I ZR 29/57). Dabei kann der in Schrifttum und Rechtsprechung insoweit bestehende Meinungsstreit darüber auf sich beruhen, ob ein Rechtsschutzbedürfnis für diese Klage unter allen Umständen, also auch dann gegeben ist, wenn der Kläger bei seiner Rechtsverfolgung im Widerspruchsverfahren rechtlich in der Lage ist, allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten Geltung zu verschaffen. Im vorliegenden Falle ist das Rechtsschutzbedürfnis jedenfalls schon deshalb nicht zu verneinen, weil die Klägerin sich zur Stützung der Annahme der Verwechslungsgefahr auch auf die starke Benutzung ihres Zeichens und auf

die behauptete Verkehrsregelung beruft, welchen Gesichtspunkten sie im ordentlichen Rechtsstreit umfassender Geltung verschaffen kann als im Widerspruchsverfahren. Sie braucht deshalb nicht abzuwarten, bis etwa die Anmeldungen zur Eintragung der angegriffenen Zeichen geführt haben, um dann mit der Löschungsklage vorzugehen; sie hat vielmehr ein Rechtsschutzbedürfnis daran, auch das Eintragungsverfahren durch eine Verurteilung zur Zurücknahme der Anmeldungen frühzeitig beendet zu sehen.

Das Zeichen "Traitan" ist für kosmetische Mittel angemeldet worden, das Klagezeichen "Spraytan" für Mittel zur Körper- und Schönheitspflege eingetragen; die eingetragenen Waren stimmen also überein.

Soweit das bisher nicht benutzte Zeichen "Traitane" in Frage steht, ist die Gleichartigkeit der Waren sowie die Gefahr einer Verwechslung mit dem Klagezeichen aus den für das Zeichen "Traitan" erörterten Gründen zu bejahen. Das Landgericht, auf dessen Begründung das Berufungsgericht sich bezieht, hat insoweit unter Hinweis auf den Beschluß des Deutschen Patentamts vom 24. Juni 1960 ausgeführt, die Hinzusetzung des unbetonten Endbuchstaben (e) begründe angesichts der sonstigen weitgehenden Übereinstimmung bei der im Verkehr häufig üblichen nachlässigen oder undeutlichen Sprechweise keine hinreichend sichere Unterscheidungsmöglichkeit nach dem Klang. Gegen diese Beurteilung, die weitgehend auf tatsächlichem Gebiete liegt, lassen sich aus Rechtsgründen keine Bedenken erheben.

2. Nach Schluß der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht ist allerdings die Zurückweisung der Anmeldung des Zeichens "Traitan" rechtskräftig geworden.

Da die Klägerin diesen Teil des Rechtsstreits mit Zustimmung der Beklagten in der Hauptsache für erledigt erklärt hat, war insoweit nur noch über die Kosten zu entscheiden (§ 91 a ZPO). Diese müssen die Beklagte treffen, da sie nach dem unter 1) Ausgeführten ohne das erledigende Ereignis in der Sache unterlegen wäre.

C. Auch die Begründung, mit der das Berufungsgericht den Ansprüchen auf Feststellung der Schadensersatzpflicht und auf Auskunft entsprochen hat, läßt einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

D. Dem auf § 148 ZPO gestützten Aussetzungsantrag kann schon deshalb nicht entsprochen werden, weil der bestrittene Sachvortrag der Beklagten und die Firmenbezeichnung der Klägerin keinen ausreichenden Anhalt für die Annahme bieten, die Klägerin verfüge nicht über einen zu den Klagezeichen gehörenden Geschäftsbetrieb.

E. Nach alledem war die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge der §§ 91 a, 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Wilde

Krüger-Nieland

Pehle

Spengler

Ebel