

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 13/64

URTEIL

Verkündet am
9. Februar 1966
Z u g ,
Justizangestellter

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Hans K [REDACTED], [REDACTED], B [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

gegen

Firma S [REDACTED] KG, S [REDACTED] E [REDACTED],
vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter
Louis S [REDACTED], K [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Nachschlagewerk: ja
 Amtliche Sammlung: nein

WZG §§ 15, 16, 25, 31; GeschmMG § 13

L a t e r n e n f l a s c h e

Zwischen einem Bildzeichen und einem plastischen Erzeugnis kann eine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 31 WZG auch dann vorliegen, wenn das plastische Erzeugnis eine dem Bildzeichen gegenüber neue und eigentümliche Leistung verkörpert, für die Geschmacksmusterschutz besteht. Der Inhaber des Zeichenrechtes kann aber die Verbreitung von nach dem Geschmacksmuster gefertigten Erzeugnissen nur untersagen, wenn diese "zeichenmäßig", m.a.W. zur Kennzeichnung der Herkunft einer Ware aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb verwendet werden.

BGH, Urt. v. 9. Februar 1966 - Ib ZR 13/64 - OLG Nürnberg
 LG Nürnberg-Fürth

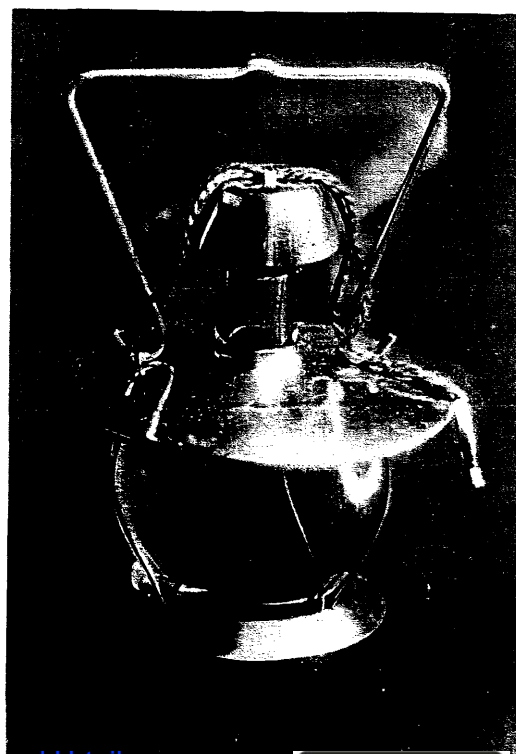
74

- 2 -

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Januar 1966 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Pehle, Dr. Mösl, Alff und Dr. Simon

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 7. November 1963 aufgehoben.
2. Auf die Berufung des Klägers wird die Beklagte unter entsprechender Änderung des Teilurteils der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Nürnberg-Fürth vom 21. März 1962 verurteilt, es bei Vermeidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu 6 Monaten zu unterlassen, gewerbsmäßig Flaschen in Laternenform entsprechend der nachstehenden Abbildung nachzubilden, Nachbildungen feilzuhalten, in den Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



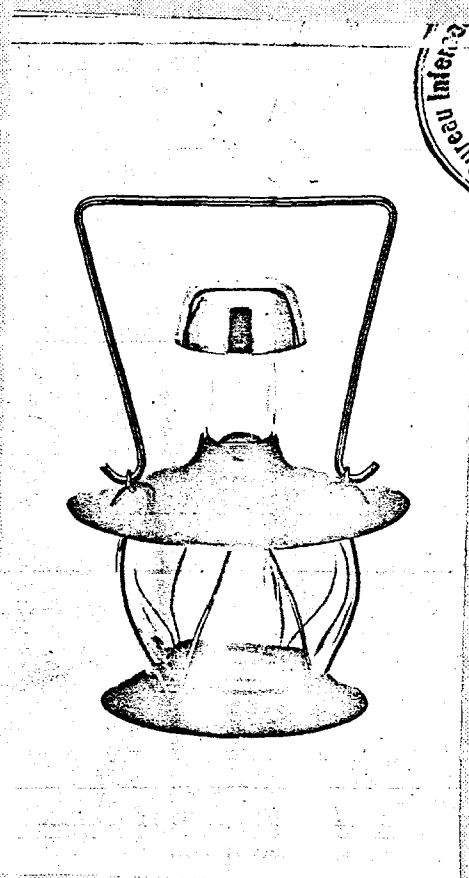
[JLaw – für iOS](#)

3. Im übrigen wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

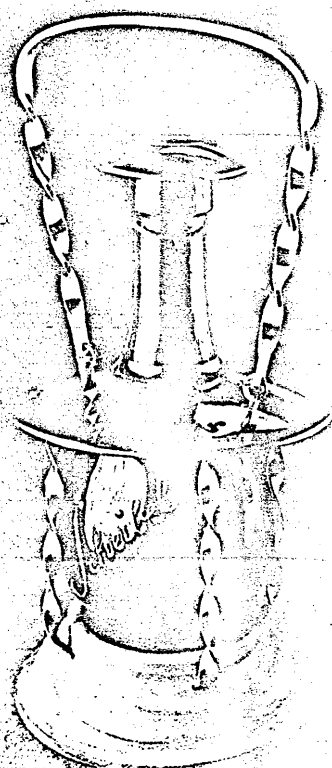
Von Rechts wegen

Tatbestand:

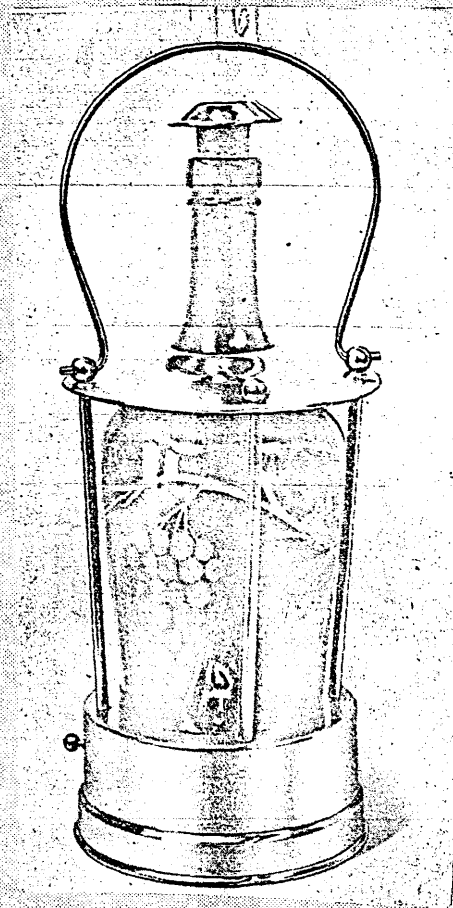
Der Kläger ist Inhaber eines Geschmacksmusters, das er in photographischer Abbildung und in einem Modell am 18. März 1958 beim Internationalen Büro zum Schutze des gewerblichen Eigentums in Bern hinterlegt hat. Es ist als Likör- oder Parfumflasche in Form einer kleinen Laterne beschrieben. Der Kläger hat die nachstehend wiedergegebene Abbildung vorgelegt, die unstreitig dem Modell Nr. 7 160 entspricht, das unter der Nummer 22 122 registriert ist.



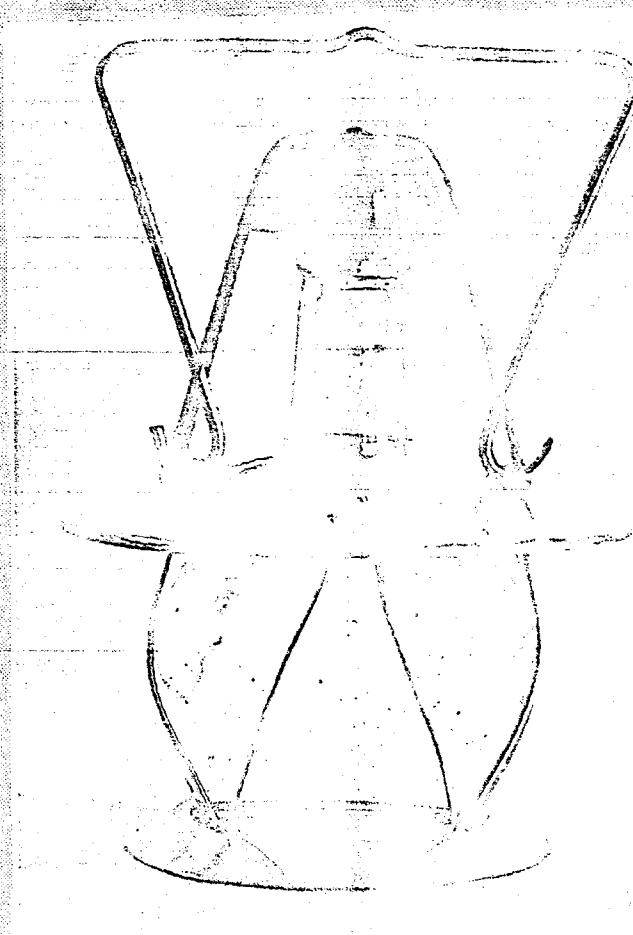
Die Beklagte vertreibt Edelbranntwein in Flaschen, die von einem Metallgestell umgeben sind; dieses weist die Form einer tragbaren sog. Windlaterne auf. Bereits am 18. Januar 1954 hatte die Beklagte eine derartige Flaschenumhüllung als Gebrauchsmuster angemeldet (vgl. die Schemazeichnung der Gebrauchsmusteranmeldung und die Wiedergabe der Flaschenumhüllungen 2 und 4 im Prospekt der Beklagten vom 15. September 1958). Ferner hatte sie am 12. Juli 1954 bei dem Amtsgericht Achern unter der Nummer MR 53 als Geschmacksmuster eine Flaschenumhüllung in Laternenform und bei demselben Amtsgericht am 1. Juni 1955 eine weitere Flaschenumhüllung unter der Nummer MR II/31 hinterlegt, die sie in der nachstehenden Abbildung als Warenzeichen eintragen ließ (Nr. 704 650); die Eintragung ist am 31. August 1957 bekanntgemacht worden.



Nach Behauptung der Beklagten ist ferner vor der Hinterlegung des Klagemusters auch noch die nachstehend wiedergegebene kupferfarbene Likör-Laterne der Firma Fritz Haspel in Schwenningen in Verkehr gebracht worden.



In ihrem Prospekt vom 15. September 1958 bot die Beklagte in der Abbildung 5 eine als "Zwerg-Ampel" bezeichnete laternenförmige Flasche an, die in ihrer Grundform weitgehend dem von der Klägerin hinterlegten Muster entspricht und deren Abweichungen von diesem sich aus der nachstehenden Abbildung ergeben.



Die Klägerin hat beantragt zu erkennen:

- I. Die Beklagte hat bei Meidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe von unbeschränkter Höhe oder einer Haftstrafe bis zu 6 Monaten zu unterlassen, gewerbsmäßig Flaschen in Laternenform entsprechend der beigefügten Abbildung nachzubilden, Nachbildungen feilzuhalten, in den Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen.

- II. Die Beklagte hat dem Kläger über den Umfang der unter Ziffer I gekennzeichneten Zuwiderhandlungen unter Angabe der einzelnen Lieferungen, Liefermengen, Lieferdaten, Abnehmer und Preise Rechnung zu legen.
- III. Die Beklagte hat dem Kläger allen Schaden zu ersetzen, der diesem dadurch entstanden ist und noch entstehen wird, daß die Beklagte Flaschen in Laternenform der unter Ziffer I bezeichneten Ausführungsart gewerbsmäßig nachgebildet, Nachbildungen feilgehalten, in den Verkehr gebracht oder sonstwie gebraucht hat.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und - gestützt auf ihr Warenzeichen Nr. 704 650 - W i d e r - k l a g e erhoben mit dem Antrage, dem Kläger die gewerbsmäßige Herstellung und den Vertrieb von Flaschen in Laternenform gemäß diesem Warenzeichen zu verbieten und ihn zur Auskunft und Schadensersatzleistung zu verurteilen. Sie hat die Neuheit und Eigentümlichkeit des Klagemusters im Hinblick auf die vorausgegangene Entwicklung ähnlicher Formen bestritten. Neben den bereits aufgeführten Ausführungsformen seien auch Laternenflaschen vertrieben worden, die dem vom Kläger hinterlegten Muster völlig glichen. Der Unterschied der Größenabmessungen müsse außer Betracht bleiben. Sie, die Beklagte, habe Verschlusskappen in der Form des hinterlegten Musters schon vor dessen Hinterlegung verwendet. Abgesehen hiervon stehe dem Erwerb eines Geschmacksmusterschutzes seitens des Klägers entgegen, daß dieser bereits vor der Anmeldung und Niederlegung seines Musters diesem entsprechende Erzeugnisse verbreitet habe (§ 7 Abs. 2 GeschmMG). Auch käme eine unzulässige Nachbildung schon deshalb nicht in Betracht, weil die Abweichungen, welche die mit der Klage angegriffene

Form gegenüber dem hinterlegten Muster des Klägers aufweise, ausreichen, um einen abweichenden geschmacklichen Eindruck hervorzurufen; wolle man das aber verneinen, so müsse der Kläger sich entgegenhalten lassen, daß er mit seinem Muster einen mindestens ebenso geringen Abstand gegenüber dem älteren Warenzeichen Nr. 704 650 der Beklagten sowie gegenüber den Ausführungsformen dritter Unternehmen gehalten habe; sein Erzeugnis sei deshalb nicht als eigentümlich anzusehen und darüber hinaus mit den durch das ältere Warenzeichen geschützten Erzeugnissen der Beklagten verwechselbar.

Das Landgericht hat die Klage durch Teilurteil abgewiesen, das Oberlandesgericht die dagegen erhobene Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Der Kläger ist Inhaber eines Geschmacksmusters mit Priorität vom 18. März 1958, die Beklagte nach ihrem Vorbringen Inhaberin älterer, auf einen Gegenstand ähnlicher Art bezüglicher Ausschließlichkeitsrechte, nämlich eines Gebrauchsmusters, eines Waren(bild)zeichens und gleichfalls eines Geschmacksmusters. Unter Hinweis auf diese ihre eigenen Rechte sowie auf vorbekannte Erzeugnisse Dritter bestreitet die Beklagte Neuheit und Eigentümlichkeit des Geschmacksmusters des Klägers. Sie behauptet weiterhin, der Kläger habe die etwaige Schutzfähigkeit seines Musters dadurch verloren, daß er vor der Anmeldung und Hinterlegung nach dem Muster gefertigte Erzeugnisse verbreitet habe (§ 7 Abs. 2 GeschmMG). Hilfsweise macht die Beklagte geltend, ihr eigenes älteres Recht an dem Warenzeichen Nr.

704 650 gehe einem etwa entstandenen Geschmacksmusterrecht des Klägers auf jeden Fall vor.

I. Das Berufungsgericht verneint die S c h u t z f ä h i g-
k e i t des von dem Kläger hinterlegten Geschmacksmusters
in erster Linie mit der Begründung, auf Grund der Aussage
des Likörherstellers Probst sei als erwiesen anzusehen, daß
Laternenflaschen d e r s e l b e n Gestaltung bereits vor
der Hinterlegung des Klagemusters in der Bundesrepublik
Deutschland vertrieben worden seien. Es führt abschließend
hierzu aus, die Schutzfähigkeit dieses Musters sei durch
vorzeitige Verbreitung vernichtet worden.

Die Revision greift diese Beweiswürdigung mit einer
auf § 286 ZPO gestützten Verfahrensrüge an. Die Rüge ist
begründet. Wie die Revision zutreffend hervorhebt, war
der Zeuge Probst von der Beklagten nur dafür benannt wor-
den, daß sie s e l b s t "geschmacklich gleichartig aus-
gebildete" Likörflaschen in Laternenform schon Jahre vor
dem 18. März 1958 in großem Umfange vertrieben habe. Zu
dieser Frage konnte der Zeuge jedoch nichts bekunden. Das
Berufungsgericht ist dann aber der weiteren, nicht in das
Wissen des Zeugen gestellten Aussagen gefolgt, von der
"Konkurrenz, von Blechwarenfabriken usw." seien dem Zeugen/^{bestimmt}
schon vor dem Jahre 1958 "Laternchen dieser Art angeboten,
mindestens sehr ähnliche". Worin etwaige Abweichungen be-
standen hätten, konnte der Zeuge (Zeitpunkt der Aussage:
21. Mai 1963) nicht mehr sagen; das Berufungsgericht legt
gleichwohl entscheidenden Wert auf seine Bekundung, für
ihn seien die kleinen Laternchen im Jahre 1958 "ganz be-
stimmt keine neuen Artikel" mehr gewesen.

Der vom Berufungsgericht aus dieser Aussage gezogene
Schluß, das Geschmacksmuster des Klägers sei in der Bundes-

republik Deutschland vor der Hinterlegung verbreitet worden, beruht, wie die Revision mit Recht rügt, auf einer u n v o l l s t ä n d i g e n Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme, insbesondere der Aussage des Zeugen Probst. Die Würdigung verstößt deshalb gegen § 286 ZPO.

1. Eine vollständige Würdigung dieser Aussage, wie sie aus der Niederschrift vom 21. Mai 1963 hervorgeht, hätte zunächst schon Zweifel hinsichtlich der z e i t l i c h e n Angaben des Zeugen und seines hierauf bezüglichen Erinnerungsvermögens erwecken müssen; denn in Bezug auf die zeitliche Einordnung eines etwa gleich weit zurückliegenden Vorgangs hatte der Zeuge in demselben Zusammenhang unsichere Angaben gemacht: Er bezeichnete die Beklagte als einen der ersten Hersteller, die mit dieser Ware - in diesem Zusammenhang waren unzweifelhaft die hier streitigen kleinen Laternchen gemeint - überhaupt gekommen sei; er erklärte aber auch, n i c h t mit Sicherheit bekunden zu können, daß die B e - k l a g t e diese Laternchen schon vor 1958 auf den Markt gebracht habe. War aber die Beklagte nach Meinung des Zeugen unter den ersten dieser Hersteller, so bleibt unverständlich, weshalb der Zeuge glaubt, in Bezug auf die Konkurrenz der Beklagten eine sichere zeitliche Bestimmung auf vor das Jahr 1958 vornehmen zu können, für die Beklagte dagegen nicht. Ehe das Berufungsgericht diese Zeitangabe als voll überzeugend zugunsten der beweispflichtigen Beklagten verwertete, hätte es ferner berücksichtigen müssen, daß der Zeuge kein bestimmtes Erzeugnis und keinen bestimmten Hersteller dieser angeblich vor 1958 verbreiteten Laternchen nennen konnte. Bei der Würdigung fehlt schließlich auch eine Auseinandersetzung mit der sich nach der Lebenserfahrung aufdrängenden Frage, ob der Zeuge, der überdies nicht zu dieser Frage vernommen werden sollte, nach mehr als fünf

Jahren ohne greifbare Anhaltspunkte in der Lage war, die Verbreitung der Laternchen zeitlich sogleich genau zu bestimmen.

2. Die Beweismwürdigung des Berufungsgerichts ist, wie die Revision weiter rügt, ferner insofern unvollständig, als sie sich nicht mit dem auf den G e g e n s t a n d seiner Erinnerung bezüglichen Teil der Aussage des Zeugen Probst auseinandersetzt. Wie in anderem Zusammenhang noch zu erörtern und zwischen den Parteien unstreitig ist, waren vor der Hinterlegung des Klagegeschmacksmusters bereits Laternen-Flaschen auf dem Markt, die gleichfalls von der Form einer Windlaterne hergeleitet waren und die man laienhaft sehr wohl als dem Geschmacksmuster "ähnlich" bezeichnen könnte. Die Aussage des Zeugen Probst, die von ihm gemeinten Laternchen seien den ihm vorgezeigten, dem Klagemuster und der Verletzungsform entsprechenden "mindestens sehr ähnlich" gewesen, reichte daher nicht aus, den von der Beklagten zu führenden Beweis mangelnder Neuheit des Klagemusters (§ 13 GeschmMG) als erbracht anzusehen, zumal der bei der Beklagten als Angestellter beschäftigte Zeuge Huber nicht hatte bekunden können, daß schon vor 1958 Flaschen der hier streitigen Form auf dem Markt gewesen seien, während er mehrere andere Ausführungsformen als Vorläufer nennen konnte. Gemäß § 13 GeschmMG ist die Neuheit des Musters zu vermuten und der Gegner des Musterinhabers muß den Mangel der Neuheit beweisen (vgl. RGZ 142, 343). Bei der Würdigung eines solchen Beweises aber ist zu beachten, daß bereits geringfügige Abweichungen von vorbekannten Modellen genügen können, einen Musterschutz zu begründen. Deshalb wird die Neuheitsschädlichkeit von Formgebungen, deren einzelne Gestaltungselemente dem Gericht nicht dargelegt werden können, in der Regel nicht als erwiesen angesehen werden können. Dies gilt vor allem, wenn ein

Laie auf dem Gebiet der Formgestaltung nur die angebliche "Ähnlichkeit" der zu vergleichenden Modelle zu bezeugen vermag. Bei solcher Sachlage fehlt dem Gericht jede Möglichkeit, von sich aus zu prüfen, ob die Abweichungen in der Formgebung ausreichen, um den für die Zubilligung eines Musterschutzes erforderlichen, verhältnismäßig geringen Grad an eigenschöpferischer ästhetischer Gestaltung bei dem später entwickelten Muster zu bejahen.

II. Hilfsweise begründet das Berufungsgericht die Klageabweisung damit, gegenüber der nach dem Waren(bild)zeichen Nr. 704 650 ausgeführten Flaschenumhüllung der Beklagten sei das vom Kläger erst später hinterlegte Modell weder neu noch eigentümlich; es stelle nur eine geringfügige Abwandlung der Warenzeichenflasche dar; die unterscheidenden Merkmale, nämlich der niedrigere Sockel, die in Dreieckform angeordneten dünnen Verbindungsdrähte zwischen Metallteller und Sockel, der gerade glatte Verlauf des Handgriffdrahtes, der gedrungene und bauchigere Gesamteindruck des Klagemusters fielen für den unbefangenen Betrachter nicht entscheidend ins Gewicht. Maßgebend seien die Übereinstimmungen; diese beständen in

- a) der gleichen Anordnung einer tragbaren Flasche,
- b) der Metallkappe,
- c) dem Metallteller,
- d) der Verwendung eines Sockels,
- e) der Verwendung von Drähten, welche der Flasche einen festen Halt geben,
- f) der deutlichen Sichtbarkeit der unverhüllten Flasche.

Die Revision macht geltend, diese Betrachtungsweise stelle nicht, wie geboten, auf den den Formensinn anregenden Gesamteindruck der in Vergleich zu setzenden Flaschenum-

hüllungen, sondern rechtsirrig auf abstrakte, konstruktive Merkmale ab.

Auch dieser Angriff ist begründet. Die Neuheit oder Eigentümlichkeit eines Geschmacksmusters kann auf Grund eines vorbekannten Erzeugnisses nur dann in Frage gestellt werden, wenn dieses in Bezug auf seinen auf dem Gebiete des Ä s t h e t i s c h e n liegenden Gesamteindruck das hinterlegte Muster so weitgehend vorwegnimmt, daß in diesem bei Zugrundelegung der Kenntnis jenes Erzeugnisses eine das Durchschnittskönnen eines Mustergestalters übersteigende, den Formen- oder Farbensinn anregende, auf dem Gebiete des Ästhetischen liegende Leistung nicht mehr gesehen werden kann. Das hat das Berufungsgericht nicht beachtet und statt dessen rechtsirrig das entscheidende Gewicht auf die Übereinstimmung in Merkmalen gelegt, die von technisch-funktioneller Bedeutung sind, wenn man die Illusion einer tragbaren Lampe mit dem Zweck einer Likörflasche verbindet.

III. Das Berufungsurteil stellt sich in diesem Punkte nach dem bisherigen Sach- und Streitstand auch nicht im Ergebnis als zutreffend dar.

1. Das Klagegeschmacksmuster ist schutzfähig. Neben einem technischen Gebrauchszweck ist es in seiner besonderen Ausführungsform auch dazu bestimmt, auf das ästhetische Formempfinden zu wirken; es kann deshalb Gegenstand des Geschmacksmusterschutzes sein. Seiner Schutzfähigkeit steht nicht entgegen, daß im Zeitpunkt seiner Hinterlegung - möglicherweise - der Beklagten das eine Flaschenumhüllung dieser technischen Art betreffende Gebrauchsmuster Nr. 1 675 020 zugestanden hat. Denn die bei dem Klagegeschmacksmuster in Betracht kommende, auf dem Gebiete des Ästhetischen liegende

Gestaltung ist nicht technisch notwendig durch die Lehre des Gebrauchsmusters bedingt und sie bietet sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt der technischen Zweckmäßigkeit dem Entwerfer mehr oder minder natürlich an, so daß sie entweder vom Gebrauchsmusterschutz umfaßt würde oder mangels schöpferischer Leistung ohne weiteres aus dem Bereich des Geschmacksmusterschutzes auszuscheiden hätte (vgl. dazu RG GRUR 1932, 892, 893, 894 - Stahlrohrstuhl; 1933, 323, 326 - Gropius-Türdrücker). Vielmehr läßt der technische Gedanke, die Flasche mit einem sie schützenden laternenartigen Gestell zu umschließen, auf jeden Fall die verschiedensten sich an den Formensinn wendenden und deshalb auf dem Gebiete des Ästhetischen liegenden Ausführungsmöglichkeiten zu; das lassen nicht nur die bereits vorgelegten Modelle erkennen, ergibt sich vielmehr auch aus der allgemein bekannten Tatsache, daß die Gestaltung von Metallampen ästhetischen Formgedanken gleichfalls einen erheblichen Spielraum läßt.

2. Die Beurteilung der Frage, ob das Klagemuster die Voraussetzungen der Neuheit und Eigentümlichkeit erfüllt, ist dem Revisionsgericht im Streitfall anhand der bisher vorgelegten vorbekannten Muster möglich. Diese Prüfung ergibt aber im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Schutzfähigkeit zu bejahen ist.

Da nach dem übereinstimmenden Parteivorbringen Likörfaschen in Laternenform schon vor der Hinterlegung des Klagemusters verbreitet worden sind, muß für die Frage, ob sich in diesem eine schöpferische Leistung in dem bereits erörterten Sinne verkörpert, auf den sich in den vorveröffentlichten Mustern offenbarenden Formenschatz zurückgegriffen werden (vgl. BGH GRUR 1962, 144, 146 - Buntstreifen-satin - sowie das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil des

erkennenden Senats vom 21. Mai 1965 - Ib ZR 121/63 - Zündaufsatz). Nur, wenn sich in dieser voraufgegangenen Entwicklung bereits Formen zeigen, die dem Klagegeschmacksmuster so nahe kommen, daß es auf dieser Grundlage auch bei nur durchschnittlichem Können eines Mustergestalters ohne eigenschöpferische Zutat hätte geschaffen werden können, ist die Eigentümlichkeit des Musters zu verneinen.

3. An vorbekannten Formen sind in Betracht zu ziehen

- a) die viereckige, nach Art einer Stallaterne ausgeführte Form, wie sie in der Gebrauchsmusteranmeldung vom 18. Januar 1954 schematisch gezeichnet und in dem Prospekt der Beklagten vom 15. September 1958 unter Nr. 2 und 4 in nicht ganz übereinstimmender, aber denselben Gesamteindruck vermittelnder Ausführung wiedergegeben ist;
- b) die dem Warenzeichen Nr. 704 650 und dem von der Beklagten unter MR II/31 bei dem Amtsgericht Achern hinterlegten Geschmacksmuster entsprechende Form mit vier gedrehten starken Verbindungsstäben zwischen rundem Sockel und rundem Schirmteller;
- c) die dieser im Gesamtaufbau ähnliche Flaschenumhüllung der Firma Haspel, Schwenningen, mit vier glatten Verbindungsstäben.

Die erste Form (a) weicht im ästhetischen Gesamteindruck stark von dem Klagemuster ab; sie ist auch vom Berufungsgericht nicht als vorwegnehmend herangezogen worden und steht dem Klagemuster keinesfalls entgegen.

Näher kommt dem Klagemuster schon die zweite Form (b). Im Gesamtaufbau sind beide als Lampenflaschentyp ähnlich. Dieser Typ wird - im Gegensatz zu der stallater-

nen-ähnlichen Ausführung a) - dadurch gekennzeichnet, daß ein abgeschrägter runder Sockel die deutlicher als bei a) sichtbare, mehr oder weniger bauchige Flasche trägt, über deren Körper am Halsansatz ein runder Schirmteller angebracht ist. Dieser Schirmteller ist insofern technisch bedingt, als er den Flaschenhals hindurchtreten läßt und ihm hierdurch Halt gibt, und zugleich den Ansatzpunkt für die zum Halten der Flasche notwendigen Verbindungsstäbe zwischen Sockel und Schirmteller sowie für den Haltebügel darstellt. Diese grundsätzliche Anordnung von Schirmteller, Sockel, Verbindungsstreben zwischen beiden und Haltebügel ist nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen jedoch nicht eine Besonderheit der Ausführung der Beklagten; sie kommt vielmehr auch bei der Flaschenumhüllung der Firma Haspel vor, nähert sich hier sogar der Form des Klagemusters noch etwas mehr in der glatten Ausgestaltung der Verbindungsstäbe und des Haltebügels. Nach dem festgestellten Sach- und Streitstand ist deshalb davon auszugehen, daß es innerhalb dieses Lampenflaschentyps verschiedene formgestalterische Ausführungen gibt, und daß die Frage, ob bei dem Klagemuster eine formgestaltende Leistung des für ein Geschmacksmuster erforderlichen, aber auch ausreichenden geringen Grades vorliegt, im Rahmen der Gestaltungsmöglichkeiten zu beantworten ist, welche dieser Lampentyp dem auf dem Gebiete des Ästhetischen liegenden Schaffen bietet. Daß derartige für das ästhetische Empfinden verschiedene Lösungen möglich sind, zeigen schon die vorgelegten Modelle. Der Schutz, der einer von mehreren derartigen Gestaltungen im Falle einer ausreichenden eigenschöpferischen Leistung zuzubilligen ist, bemißt sich freilich in erster Linie nach dem, was dieses Muster von dem Vorbekannten abhebt und nach dem daran zu messenden Grade der in ihm verkörperten formgestalterischen Leistung; keinesfalls umfaßt der geschmacksmusterrechtliche Schutz Gestaltungen, bei denen - gemessen an der gesamten

Vorentwicklung - der ästhetische Gesamteindruck ein anderer als der des Geschmacksmusters ist und bei denen die für das Geschmacksmuster charakteristischen Züge völlig zurücktreten. Die Frage aber, w e l c h e Züge für ein Geschmacksmuster charakteristisch sind, kann ebenfalls nur unter Heranziehung der auf dem betreffenden Gebiete geleisteten geschmacklichen Vorarbeit beurteilt werden.

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze stellt das vom Kläger hinterlegte Modell eine geschmacksmusterfähige schöpferische Leistung dar. Der in ästhetischer Beziehung gegenüber den vorbekannten Gestaltungsformen abweichende Eindruck wird namentlich durch folgende Gestaltungsmerkmale bedingt: Die Verbindungsstäbe sind zierlicher ausgeführt, sie verlaufen in geschwungener Linie unmittelbar an dem Flaschenkörper, und zwar nicht senkrecht, sondern schräg; sie machen deshalb nicht den Eindruck stabiler, mit Rücksicht auf Festigkeitsgründe ungeschwungen und senkrecht verlaufender Verbindungsstäbe zwischen Sockel und Schirmteller, wie er bei den vorbekannten Formen der Beklagten und der Firma Haspel insoweit vorherrscht. Hinzu kommt, daß der Sockel bei den vorbekannten Formen beträchtlich höher ausgeführt ist und deshalb schwerer wirkt, sowie, daß das Klagemuster in seinen Gesamtproportionen stärker gedrückt, jene Formen dagegen mehr hochgezogen wirken; dadurch ergibt sich bei dem Klagemuster eine eigentümlich wirkende Proportion zwischen dem niedrigen Lampen- bzw. Flaschenkörper und dem hohen Haltebügel. Das Formgefühl wird durch die Lösung des Klägers in ganz anderer Weise als bei den vorbekannten Formen angesprochen. Die aufgezeigten Unterschiede reichen bei voller Berücksichtigung der mehr im Technisch-Funktionellen liegenden Übereinstimmungen aus, um Neuheit und Eigentümlichkeit des Klagemusters zu bejahen.

4. Das Berufungsgericht hat, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, nicht mehr geprüft, ob die Behauptung der Beklagten zutrifft, der Kläger selbst habe Erzeugnisse in der hinterlegten Form schon vor dem Hinterlegungstag in Deutschland vertrieben oder vertreiben lassen. Hierzu hatte die Beklagte als Beweismittel nur die Vernehmung des Klägers als Partei angeboten; dieser hat eindeutig ausgesagt, daß er erst nach der Hinterlegung erstmals eine dem Klagemuster entsprechende Ausführung an Kunden gegeben habe. Anträge zur Beeidigung des Klägers sind nicht gestellt worden. Auch die Revisionserwiderung hat weitere Beweismittel zu dieser von vornherein (Schriftsatz der Beklagten vom 28. Juni 1962, S. 3, GA 79) nur in die Form eines Verdachtes gekleideten Behauptung nicht bezeichnet. Auch in diesem Punkte ist daher eine abschließende Beurteilung durch das Revisionsgericht möglich. Sie ergibt, daß der auf § 7 Abs. 2 GeschmMG gestützte Einwand der vorweggenommenen Verbreitung unbewiesen geblieben ist. Entgegen der Ansicht der Beklagten steht es dem Schutz des Klagemusters nicht entgegen, wenn der Kläger, wie die Beklagte behauptet, bereits vor Hinterlegung des Musters eine größere Serienfertigung in Auftrag gegeben haben sollte (GA 139 ff). Denn die Schutzfähigkeit eines Geschmacksmusters wird grundsätzlich nur durch eine Verbreitung an *D r i t t e*, die an der Herstellung nicht beteiligt sind, zerstört (Furber, Das Geschmacksmustergesetz, 2. Aufl., § 7 Anm. 22).

5. Auch die Frage der Nachbildung im Sinne des § 5 GeschmMG ist zu bejahen. Das angegriffene Erzeugnis der Beklagten enthält alle oben wiedergegebenen, den ästhetischen Eindruck bestimmenden Merkmale des hinterlegten Modells. Die Abweichungen sind völlig geringfügig und für den ästhetischen Eindruck bedeutungslos; sie scheiden deshalb nach § 5 Nr. 2 GeschmMG für die rechtliche Beurteilung aus.

Daß die Beklagte die Verletzungsform eigenständig entwickelt habe, behauptet sie selbst nicht; im übrigen ergibt sich aus der Übereinstimmung der Maße und Formen hier aber auch der Beweis des ersten Anscheins dahin, daß die Beklagte die Verletzungsform nachgebildet hat. Ob das unmittelbar nach dem Originalmuster oder auf Grund einer von Dritten nach dem Hinterlegungstag vertriebenen Nachbildung geschehen ist, würde nach § 5 Nr. 3 GeschmMG keinen Unterschied begründen.

IV. Die Abweisung der Klage kann im Ergebnis auch nicht auf das zugunsten der Beklagten eingetragene ältere *W a r e n (b i l d) z e i c h e n* Nr. 704 650 gestützt werden. Die Beklagte hat insoweit auf den Grundsatz verwiesen, daß eine bildliche Warenbezeichnung auch durch die plastische Nachbildung des Bildzeichens erfolgen kann und hieraus die Folgerung hergeleitet, eine mit dem Bildzeichen im Sinne des § 31 WZG verwechselbare Ausführung, wie sie hier nach dem Geschmacksmuster des Klägers gegeben sei, stelle einen Eingriff in ihre Rechte aus dem eingetragenen Zeichen dar.

Dem kann nicht gefolgt werden. Es kann dahingestellt bleiben, ob die naturgetreue Abbildung einer im wesentlichen in Gestalt einer Windlaterne ausgeführten Flaschenumhüllung überhaupt als Warenzeichen hätte eingetragen werden dürfen. In Bezug auf *V e r p a c k u n g e n* von Waren hat der erkennende Senat die Eintragungsfähigkeit von Bildzeichen verneint, wenn sie zwar eine an sich originelle, kennzeichnungskräftige Gestaltung der Verpackung wiedergeben, diese Wiedergabe selbst aber nach der Art der Darstellung nicht vom Herkömmlichen abweicht. Dem liegt im wesentlichen die Erwägung zugrunde, daß andernfalls auch ohne Verkehrsgeltung ein absoluter Schutz der Ausgestaltung von Ver-

packungen erreicht werden könnte, der die den Mitbewerbern zu Gebote stehenden Gestaltungsmöglichkeiten unbillig beschränken könnte (BGHZ 41, 187, 191 = GRUR 1964, 454, 455 - Palmolive). Im vorliegenden Falle ist das Bildzeichen jedenfalls zugunsten der Beklagten eingetragen. Damit ist an sich in einer für den Verletzungsstreit bindenden Weise über die Eintragungsfähigkeit entschieden. Die Beklagte kann aus ihrem Bildzeichen jedoch nicht gegen Herstellung und Vertrieb der vom Kläger entwickelten, seinem Geschmacksmuster entsprechenden Form vorgehen. Zu Unrecht beruft die Beklagte sich für ihren gegenteiligen Standpunkt auf den Grundsatz, daß ein Waren(bild)Zeichen auch durch Verwendung einer plastisch ausgeführten Warenbezeichnung verletzt werden kann. Auf Grund des Zeichenrechts kann in derartigen Fällen immer nur gegen die Verwendung einer plastischen Form als ein Mittel der Kennzeichnung der Herkunft einer Ware aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb vorgegangen werden; denn dem Inhaber des Warenzeichens ist ausschließlich vorbehalten nur die Befugnis, gleiche oder gleichartige Waren, ihre Verpackung oder Umhüllung, mit dem Warenzeichen zu versehen oder das Zeichen auf den in § 15 WZG/^{weiter}genannten Gegenständen anzubringen. Diese Begriffe sind zwar weit auszulegen; auch kann der Zeicheninhaber unter Umständen gegen denjenigen vorgehen, der die sachlichen Mittel der Warenkennzeichnung an die Hersteller der mit ihnen zu versehenen Waren liefert (vgl. BGH GRUR 1956, 179 - Ettal-Flasche); ferner hat der Bundesgerichtshof in der genannten Entscheidung angenommen, die körperliche Wiedergabe eines Bildzeichens (dort einer bestimmten Flaschenform) durch Herstellung eines dem Bilde entsprechenden Gegenstandes verletze das Zeichen dann, wenn die Wiedergabe z e i c h e n m ä ß i g, also in einer Weise benutzt werde, daß der Verkehr sie als Hinweis auf einen bestimmten Betrieb ansehe, wozu Verkehrsgeltung nicht erforderlich sei. In dem vorliegenden Fall trifft das

jedoch nach dem festgestellten Sachverhalt nicht zu. Zwar kann eine zeichenrechtlich beachtliche **V e r w e c h s - l u n g s g e f a h r** auch gegeben sein, wenn das plastische Modell gegenüber dem vorbekannten flächig dargestellten Warenzeichen Abweichungen aufweist, die den ästhetischen Gesamteindruck derart verändern, daß eine für den Geschmacksmusterschutz ausreichende eigenschöpferische Leistung zu bejahen ist. Das Warenzeichengesetz schützt jedoch nicht die Form der Gegenstände als solche; das Warenzeichen stellt vielmehr ein Warenkennzeichnungsmittel im Sinne eines Herkunftshinweises dar. Deshalb kann aus dem Warenzeichen, wie hervorgehoben wurde, nur einer **w a - r e n z e i c h e n m ä ß i g e n** Benutzung eines Geschmacksmusters entgegengetreten werden (Furler aaO S. 74 ff), die allerdings auch in der Verwendung des geschützten Modells als Warenausstattung im Sinne von § 25 WZG liegen kann. Nach dem eigenen Sachvortrag der Beklagten hat aber der Kläger im Gegensatz zur Beklagten mit der Herstellung und dem Vertrieb von Spirituosen nichts zu tun (GA 82, 106, 107), sondern er vertreibt seine Behältnisse - und zwar ohne Füllung - vorwiegend in Andenkengeschäften oder dergl. (vgl. auch Berufungsurteil S. 12). Es handelt sich somit bei den unter Geschmacksmusterschutz stehenden Behältnissen des Klägers nicht um eine Warenverpackung oder Umhüllung, die als Herkunftshinweis für die in ihr enthaltene Ware dient, sondern um die handelbare Ware selbst. Von einer warenzeichenmäßigen Verwendung der im Warenzeichen der Beklagten niedergelegten Laternenform durch den Vertrieb der Behältnisse des Klägers kann hiernach auch nach dem eigenen ausdrücklichen Vorbringen der Beklagten keine Rede sein. Schon aus diesem Grunde steht das Warenzeichen der Beklagten der Geltendmachung von Rechten aus dem Klagegeschmacksmuster nicht entgegen, woraus zugleich folgt, daß das noch in erster Instanz anhängige Widerklagebegehren, soweit es auf

Verletzung von Warenzeichenrechten der Beklagten gestützt wird, nicht begründet ist.

V. Eine Abhängigkeit des Klagemusters von dem unter Nr. II/31 des Amtsgerichts Achern früher hinterlegten G e - s c h m a c k s muster der Beklagten besteht nach dem zu III 3 Dargelegten nicht; es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob dem Berufungsgericht darin beizutreten ist, daß dieses Muster seinerseits nicht schutzfähig sei.

VI. Auf die weitere Klagebegründung unter dem Gesichtspunkt der sog. sklavischen Nachbildung (§ 1 UWG) und auf die hierzu gegebene, rechtlich nicht bedenkenfreie Begründung des Berufungsurteils braucht nach alledem nicht mehr eingegangen zu werden. Der U n t e r l a s s u n g s - anspruch des Klägers, dessen sonstige Voraussetzungen unzweifelhaft gegeben sind, erweist sich vielmehr schon aufgrund des Geschmacksmusters des Klägers als begründet.

VII. Dagegen ist der Rechtsstreit hinsichtlich der Ansprüche auf R e c h n u n g s l e g u n g und S c h a d e n s - e r s a t z noch nicht zur abschließenden Entscheidung durch das Revisionsgericht reif. Zunächst wird das Berufungsgericht prüfen müssen, ob ein Verschulden der Beklagten für den in Betracht kommenden Zeitraum zu bejahen ist. Dabei wird zu berücksichtigen sein, daß auf dem hier fraglichen Warengelbiet mit dem Bestehen von Geschmacksmusterrechten zu rechnen ist und daß auch die Beklagte selbst für einen Gegenstand gleicher Gattung Geschmacksmuster hinterlegt hat. Sollte dennoch ein Verschulden, etwa für einen bestimmten Zeitraum, zu verneinen sein, so käme insoweit der Bereicherungsanspruch nach § 14 GeschmMG in Verbindung mit § 18 Abs. 6 LitUrHG in Betracht.

Hinsichtlich des Umfangs der Rechnungslegungspflicht wird auf die Ausführungen bei Benkard-Bock, Patentgesetz, 4. Aufl. Randzahl 58 zu § 47, verwiesen, die für die Rechnungslegung aufgrund von Geschmacksmusterverletzungen entsprechend herangezogen werden können.

VIII. Das Berufungsurteil war hiernach in seinem gesamten Umfang aufzuheben. Dem Unterlassungsbegehren des Klägers war unter entsprechender Änderung des klagabweisenden Landgerichtsurteils stattzugeben, während die Sache zur Entscheidung über die weiteren Klageanträge an das Berufungsgericht zurückzuverweisen war, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war.

Krüger-Nieland Pehle Mösl Alff Simon