

16
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

WZG § 31

b a d e d a s / B a d e g o l d

Zur Frage der Verwechslungsgefahr bei Benutzung eines
unselbständigen Zeichenbestandteils, der von Haus aus
eine für Waren der gekennzeichneten Art naheliegende
Bestimmungsangabe darstellt.

BGH, Urt. v. 3. Mai 1967 - Ib ZR 18/65 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 18/65

URTEIL

Verkündet am
3. Mai 1967
Zug,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

U-Werk H. und M. F., B.,

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

gegen

Firma H. und E. H., G.-Heilmoorvertrieb oHG,
persönlich haftende Gesellschafter Heinrich und Elfriede
H., B.,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. Mai 1967 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Pehle, Dr. Mösl, Alff und Dr. Simon

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 22. Oktober 1964 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin vertreibt ein von ihr hergestelltes Schaumbad-Präparat vorwiegend unter der Bezeichnung "badedas", die für sie auf Grund einer Anmeldung vom 8. April 1957 unter Nr. 711 975 als Warenzeichen für Badezusätze und ähnliche Waren eingetragen ist. Die Bezeichnung "badedas" ist als Warenzeichen der Klägerin für Badezusätze auch in verschiedenen Wort-Bildkombinationen geschützt. Die Klägerin besitzt weiter für dieselben Waren die Zeichen "badeso" (Nr. 745 576), "badefroh" (Nr. 778 177), "bade so bade froh badedas" (Nr. 736 823), "bade-Glück" (Nr. 738 123), "badespons" (Nr. 745 155), "badevit" (Nr. 747 049), "badedie" (Nr. 748 077) und "Badespass" (Nr. 750 425).



Nach Anmeldung dieser Warenzeichen brachte die Beklagte ein Badezusatzmittel unter der Bezeichnung "badegold" auf den Markt. Nach einem Verwarnungsschreiben der Klägerin vom 18. März 1963 fand sie sich bereit, diese Bezeichnung nicht mehr mit kleinem Anfangsbuchstaben zu verwenden.

Die Klägerin hat geltend gemacht, ihr Zeichen "badedas" sei in sehr starkem Maße im Verkehr durchgesetzt; nur sie verwende außer der Beklagten ein dreisilbiges Wortzeichen mit dem Wortteil "bade" für die fraglichen Waren; der Zusatz "gold" sei kennzeichnungsschwach; der Verkehr werde zu der Annahme verleitet, das angegriffene Zeichen werde von demselben Unternehmen verwendet, das sich der Warenzeichen "badedas", "badeso" und "bade froh" bediene. Ferner hat die Klägerin behauptet, die Beklagte habe sich an den großen Werbeerfolg des Zeichens "badedas" in wettbewerbswidriger Weise angehängt. Zur Stützung des Klagevorbringens hat die Klägerin die Ergebnisse zweier von ihr veranlaßter Meinungsumfragen des Emnid-Instituts von Mai/Juni 1962 und Februar 1964 vorgelegt.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht hat die Beklagte sich verpflichtet, die Warenbezeichnung "badegold" ab 15. November 1963 nur noch mit großem Anfangsbuchstaben zu verwenden. Die Klägerin hat hierauf den Unterlassungsantrag hinsichtlich der kleingeschriebenen Form mit Zustimmung der Beklagten für erledigt erklärt; insoweit beantragt jede Partei, der anderen die anteiligen Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

- I. der Beklagten zu verbieten, Bademittel, ihre Verpackung oder Umhüllung mit der Bezeichnung "Badegold" zu versehen, die

so bezeichneten Waren feilzuhalten oder in Verkehr zu setzen, oder auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen die Bezeichnung "Badegold" anzubringen;

- II. die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin über den Umfang der unter Ziff. I gekennzeichneten Handlungen seit dem 20. März 1963 Auskunft zu erteilen, und zwar unter der Vorlage eines Verzeichnisses, aus dem sich Zeiten, Mengen und Preise ihrer Lieferungen unter der Bezeichnung "Badegold" oder "badegold" und, soweit die Beklagte unter diesen Zeichen in öffentlichen Anzeigen oder durch Prospekte geworben hat, diese selbst und die jeweilige Auflage und Erscheinungszeit ergeben;
- III. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der ihr durch die unter Ziff. I bezeichneten Handlungen seit dem 20. März 1963 entstanden ist und noch entstehen wird.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und die Gefahr einer Verwechslung der beiderseitigen Warenkennzeichnungen bestritten. Land- und Oberlandesgericht haben die Klage kostenfällig abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Warenzeichenrechtliche Ansprüche der Klägerin verneint das Berufungsgericht mit der Begründung, daß die Gefahr einer Verwechslung der Klagezeichen "badedas", "badeso" und "badefroh" mit der angegriffenen Bezeichnung "Bade-gold" nicht gegeben sei. Zwar besitze das wegen seiner umfangreichen Benutzung in erster Linie in Betracht kommende Warenzeichen "badedas" von Haus aus eine gewisse Originalität und damit zumindest normale Kennzeichnungskraft. Diese sei durch starke Verkehrsgeltung noch gesteigert. Trotzdem könne nicht angenommen werden, daß die angegriffene Bezeichnung mit ihm verwechselt werde, denn der Bestandteil "bade", in dem beide Bezeichnungen übereinstimmen, sei als Bestimmungsangabe nicht selbständig schutzfähig und für den Gesamteindruck, der von dem Klagezeichen ausgehe, nicht von wesentlicher Bedeutung. Dieser Zeichenbestandteil kehre nicht nur in zahlreichen Warenbezeichnungen wie "Badesoife", "Badeöl", "Badesalz", "Badezusatz", sondern auch in den von der Beklagten entgegengehaltenen Warenzeichen wieder. Wenn damit der Wortanfang "bade" für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr auch nicht völlig auszuschneiden sei, so müsse für diese Frage doch im wesentlichen auf die Wortbestandteile "das" bzw. "gold" abgestellt werden, die nach Klang, Schriftbild und Sinn nicht miteinander zu verwechseln seien. Ebenso liege es bezüglich der Klagezeichen "badeso" und "badefroh", für die die Klägerin einen infolge Verkehrsgeltung erweiterten Schutzzumfang selbst nicht beanspruche.

Auch eine sog. mittelbare Verwechslungsgefahr sei zu verneinen. Dabei könne dahingestellt bleiben, ob und wann die Beklagte ihrerseits für die angegriffene Bezeichnung Verkehrsgeltung erworben habe. Es könne auch unterstellt werden, daß - wie die Klägerin geltend mache - andere

16

d r e i silbige Zeichen mit dem Wortbeginn "bade" zumindest in nennenswertem Umfang nicht im Verkehr seien. Dem Standpunkt der Klägerin, der Bestandteil "bade" wirke bei allen dreisilbigen Zeichen dieser Art als Hinweis auf die Herkunft der fraglichen Ware aus einem bestimmten Betrieb, oder aus einem anderen, mit jenem in wirtschaftlichen oder organisatorischen Beziehungen stehenden Betrieb, könne nicht beigetreten werden. Es handele sich bei dem Wortbestandteil "bade" um eine reine Bestimmungsangabe; deshalb müsse bei der Frage, ob sie sich in ausreichendem Maße als Herkunftshinweis durchgesetzt habe, das Freihaltebedürfnis der Mitbewerber berücksichtigt werden; an die Stärke der Durchsetzung solcher Zeichenbestandteile seien um so höhere Anforderungen zu stellen, je notwendiger der Verkehr der betreffenden Angabe als Hinweis auf Eigenschaften oder auf die Bestimmung der Ware bedürfe. Zwar bestehe für das Gesamtzeichen "badedas" starke Verkehrsgeltung. An einer entsprechend starken Durchsetzung des Bestandteils "bade" fehle es hier jedoch. Das Berufungsgericht würdigt in diesem Zusammenhang auch die von der Klägerin vorgelegten Gutachten, deren erstes u.a. die Frage enthielt: "Wie ist das nach Ihrer Ansicht, werden Bademittel mit der Bezeichnung "bade" und einer dritten Silbe wohl von einer einzigen Firma oder von mehreren Firmen hergestellt?" Die Frage war nur an diejenigen gerichtet worden, die Badepräparate kannten; dies sind nach dem Gutachten 54 v.H. der erwachsenen Bevölkerung. Von 54 Befragten bejahten 24 die Frage in dem Sinne, daß solche Präparate nur von einer einzigen Firma hergestellt würden. Dieser Anteil, so führt das Berufungsgericht aus, genüge nicht für die Verkehrsdurchsetzung des an sich schutzunfähigen Zeichenbestandteils "bade". Aus denselben Erwägungen verneint das Berufungsgericht schließlich auch die Gefahr von Herkunftsverwechslungen unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens.

Zwar neige der Verkehr dazu, auf die gemeinsame Herkunft solcher Waren aus einem Geschäftsbetrieb zu schließen, die durch Zeichen gekennzeichnet sind, denen ein Zeichenbestandteil gemeinsam ist; anders sei das jedoch, wenn der übereinstimmende Bestandteil eine reine Bestimmungsangabe darstelle; der Verkehr werde hier nicht verkennen, daß mit dem gemeinsamen Zeichenbestandteil "bade" lediglich die Verwendung der angebotenen Ware verdeutlicht und nicht auf Zusammenhänge hinsichtlich der Ursprungsstätte der Ware hingewiesen werden solle.

2. Die Revision ist der Ansicht, auf Grund des festgestellten Sachverhalts sei die Gefahr einer zeichenrechtlich erheblichen Herkunftsverwechslung hinsichtlich der Zeichen "badedas" und "badegold" bzw. "Badegold" zu bejahen. Im einzelnen macht die Revision geltend, das Berufungsgericht habe die Zeichen nicht wie geboten nach ihrem Gesamteindruck miteinander verglichen. Der Bestandteil "bade" wirke im Streitfall entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts überhaupt nicht als Bestimmungsangabe; bei den vom Berufungsgericht für seine Ansicht herangezogenen Wortbildungen mit diesem Bestandteil liege es insoweit anders, da sie als Ganzes eine Beschaffenheitsangabe darstellten. Aber selbst, wenn man dem Berufungsurteil in diesem Punkte folge, sei die Verwechslungsgefahr deshalb zu bejahen, weil der Bestandteil "bade" in dem genannten Klagezeichen auf Grund starker Verkehrsdurchsetzung die Bedeutung eines betrieblichen Herkunftshinweises erlangt habe. Es sei rechtsirrig, bei Zeichenbestandteilen, die von Haus aus Bestimmungsangaben darstellen, mit Rücksicht auf ein Freihaltebedürfnis besonders hohe Anforderungen an den Grad der Verkehrsdurchsetzung zu stellen. Aus dem vorgelegten Gutachten ergebe sich für die Kreise der Kenner von Badezusätzen überdies der außerordentlich hohe Durchsetzungs-

grad von etwa 44 v.H. (24 von 54); das Berufungsgericht habe hier irrig nur einen Durchsetzungsgrad von 24 v.H. angenommen. Wenn ein so erheblicher Teil der in Betracht kommenden Verkehrskreise allein aus der Verwendung des Zeichenbestandteils "bade" am Beginn eines dreisilbigen Zeichens auf die Herkunft aus demselben Betrieb schließe, könne die Verwechslungsgefahr, mindestens unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens, nicht in Abrede gestellt werden. Ergänzend müsse noch berücksichtigt werden, daß die Beklagte früher das angegriffene Zeichen - wie die Klägerin das ihre - mit kleinem Anfangsbuchstaben geschrieben habe. Schließlich rügt die Revision auch das Verfahren des Berufungsgerichts wegen Nichterhebung eines Sachverständigenbeweises durch Meinungsumfrage.

3. Diese Angriffe können im Ergebnis keinen Erfolg haben.

a) Das Berufungsgericht hat nicht gegen den Grundsatz verstoßen, daß die beiderseitigen Zeichen nach ihrem Gesamteindruck miteinander zu vergleichen sind. Es geht davon aus, daß das Klagezeichen "badedas" als Ganzes eine von Haus aus kennzeichnungskräftige betriebliche Herkunftsbezeichnung für einen Badezusatz darstellt; zu Recht hat das Berufungsgericht insbesondere angenommen, daß dieses Zeichen in nicht sprachüblicher Weise gebildet ist und als Ganzes vom Verkehr nicht als Bestimmungs- oder Beschaffenheitsangabe aufgefaßt wird. Vom Klang, Bild und Sinngehalt her ergeben sich bei einem Vergleich des Gesamteindrucks beider Zeichen keine Übereinstimmungen, wenn man von der für die Zeichenähnlichkeit weniger bedeutsamen Silbenzahl und von dem in beiden Zeichen am Wortanfang wiederkehrenden Bestandteil "bade" absieht. Infolgedessen mußte das Berufungsgericht sich im Rahmen der allein entschei-

dungserheblichen Frage der Verwechslungsgefahr mit diesem Bestandteil befassen und prüfen, ob der Verkehr wegen dieser Gemeinsamkeit der beiden Zeichen der ernstlichen Gefahr einer Verwechslung der mit den beiderseitigen Zeichen versehenen Waren hinsichtlich ihrer betrieblichen Herkunft unterliegt.

b) Nach der ständigen, auch vom Berufungsgericht zugrunde gelegten höchstichterlichen Rechtsprechung wird durch Bestimmungsangaben, die als Bestandteil von Warenzeichen verwendet werden, die Gefahr einer zeichenrechtlich erheblichen Verwechslung regelmäßig nicht begründet. Übereinstimmungen in bezug auf solche Angaben können zwar, wenn die Zeichen auch in bezug auf ihre zur betrieblichen Herkunftskennzeichnung geeigneten übrigen Teile gewisse Übereinstimmungen oder Ähnlichkeiten aufweisen, für den Gesamteindruck der Zeichen von Bedeutung sein und damit als zusätzliches Element für die Verwechslungsgefahr nach dem Gesamteindruck der Zeichen in Betracht kommen (BGH GRUR 1966, 676, 678 - Shortening; GRUR 1965, 183, 185 - derma; GRUR 1965, 670 - Basoderm). Das scheidet jedoch, wenn die Zeichen im übrigen nur geringe Ähnlichkeit aufweisen, regelmäßig vor allem dann aus, wenn die in dem übereinstimmenden Zeichenbestandteil enthaltene Bestimmungsangabe dem allgemeinen Sprachgebrauch entnommen ist und für die fragliche Warenart außerordentlich nahe liegt. Das trifft bei dem Wortbestandteil "bade" für ein Badezusatzmittel in so erheblichem Maße zu, daß es der Darlegung ganz besonderer Umstände bedurft hätte, um die vom Tatrichter gewonnene Überzeugung als rechtsirrig anzusehen.

Die Revision beruft sich demgegenüber auf den Rechtsgrundsatz, daß der lebendige Verkehr gelegentlich seine eigenen Wege geht und schließlich auch glatte Beschaffen-

heits- oder Bestimmungsangaben auf Grund langen Gebrauchs durch ein einzelnes Unternehmen als betrieblichen Herkunftshinweis auffassen kann. Dabei macht jedoch auch die Revision für die hier streitige Angabe von vornherein eine bemerkenswerte Einschränkung dahin, daß nicht alle Zeichen, die diesen Bestandteil aufweisen, als Hinweis auf den Betrieb der Klägerin aufgefaßt würden, sondern nur solche Zeichen, in denen der Bestandteil in einem dreisilbigen Wort am Wortanfang stehe.

Auch darin ist das Berufungsgericht der Klägerin jedoch mit Recht nicht gefolgt. Bedenken bestehen zwar gegen die Begründung des angefochtenen Urteils, soweit es auf ein Freihaltebedürfnis der Mitbewerber abstellt und als Voraussetzung für die Annahme einer Verwechslungsgefahr einen besonders hohen Grad von Verkehrsdurchsetzung des fraglichen Zeichenbestandteils fordert. Das Berufungsgericht stützt seine Auffassung auf den in der Nährbier-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (GRUR 1960, 83, 87) ausgesprochenen Grundsatz, daß für den aus einem in einer reinen Beschaffenheits- oder Bestimmungsangabe bestehenden Zeichenbestandteil (dort "Nährbier") hergeleiteten Ausstattungsschutz (§ 25 WZG) eine um so größere Breite der Verkehrsanerkennung gefordert werden muß, je mehr der Verkehr auf die freie Benutzung der Angabe angewiesen ist. Im vorliegenden Falle geht es jedoch nicht um einen selbständigen Ausstattungsschutz aus einem Zeichenbestandteil, sondern allein um die Frage, ob die beiden in Vergleich zu setzenden Zeichen nach ihrem Gesamteindruck miteinander verwechselt werden können und welche Bedeutung hierbei insbesondere die Übereinstimmung in einem Zeichenbestandteil hat, der von Haus aus Bestimmungsangabe ist. Das Berufungsgericht hat insoweit übersehen, daß - anders als bei dem Zeichenbestandteil "Nährbier" - der Zeichenbestandteil

"bade" ein völlig unselbständiger, in besonderem Maße bei den Klagezeichen in diesen aufgehender, auch nach seinem Sinn nicht selbständig aufgefaßter Wortteil ist, der dem Verkehr nie selbständig gegenübergetreten ist. In einem solchen Fall kann die Frage nach einer Verkehrsgeltung des Zeichenbestandteils nicht sinnvoll gestellt werden. Die für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr entscheidende Frage geht vielmehr dahin, ob die starke Verkehrsbekanntheit des Klagezeichens "badedas" zur Folge hat, daß ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs den von Haus aus beschreibenden Zeichenbestandteil "bade" in dem konkreten angegriffenen Zeichen nicht als Bestimmungsangabe auffaßt, sondern aus seiner Verwendung darauf schließt, die damit gekennzeichneten Waren stammten aus demselben Betrieb, der auch das Klagezeichen "badedas" und die weiteren Zeichen "badeso" und "badefroh" benutzt, oder doch aus einem mit diesem Betrieb wirtschaftlich oder organisatorisch verbundenen Unternehmen. Dabei ist von dem Gesamteindruck der Zeichen auszugehen und zu beachten, daß dieselbe Bestimmungsangabe je nach der Art, wie sie verwendet und mit weiteren Wortbestandteilen zu einem neuen Wortganzen verbunden ist, nicht immer in gleichem Maße als Bestimmungsangabe wirkt und auch nicht stets das Sprachgefühl in die gleiche Richtung lenkt.

Hinsichtlich des angegriffenen Zeichens "Badegold" hat das Berufungsgericht die hiernach ausschlaggebende Frage dahin beantwortet, auch der flüchtige Verkehr werde hier nicht verkennen, daß mit dem Bestandteil "Bade" lediglich die Verwendung der angebotenen Ware verdeutlicht, nicht dagegen auf bestehende Zusammenhänge hinsichtlich der Ursprungsstätte der Ware hingewiesen werden solle.

Demgegenüber kann der Revision nicht darin beigetreten werden, der Zeichenbestandteil "bade" werde schon nach der

Art der Wortbildung der beiderseitigen Zeichen, namentlich bei dem angegriffenen Zeichen, nicht als Bestimmungsangabe aufgefaßt. Aus dem Umstand, daß die beiderseitigen Zeichen als Ganzes Wortschöpfungen darstellen, die nicht sprachüblich gebildet sind und keinen bestimmten Hinweis auf Beschaffenheit oder Bestimmung der gekennzeichneten Ware vermitteln, läßt sich dies nicht schließen. Das Berufungsgericht hätte zur Begründung seines Standpunktes nicht auf Worte der Umgangssprache verweisen brauchen, die auch als Ganzes einen Sinn vermitteln, wie Badesalz und dergleichen. Der von ihm gezogene Schluß ergibt sich vielmehr bei einer so eng mit der Verwendung der Ware zusammenhängenden Angabe schon aus der Natur der Sache (vgl. auch das unveröffentlichte Urteil des erkennenden Senats vom 10. Juni 1964 - Ib ZR 135/62 - Vitabad/Citobad).

Die Frage kann deshalb nur sein, ob sich hieran etwas dadurch geändert hat, daß das Gesamtzeichen "badedas" sich in starkem Maße als betriebliches Herkunftszeichen der Klägerin im Verkehr durchgesetzt hat. Das ist weitgehend eine Tatfrage, die das Berufungsgericht im Ergebnis rechtsfehlerfrei verneint hat. Auszugehen ist hierbei von der in der Rechtsprechung stets anerkannten Erfahrungstatsache, daß der Verkehr nicht dazu neigt, Zeichenbestandteile, die erkennbar und in naheliegender Weise auf die Bestimmung der Ware bezogen sind, entgegen ihrer sprachüblichen Bedeutung nicht als solche, sondern als einen Hinweis auf die betriebliche Herkunft aufzufassen; daran vermag in der Regel auch ein umfangreicher Gebrauch des G e s a m t - z e i c h e n s nichts zu ändern. Der Verkehr wird vielmehr in derartigen Fällen das Kennzeichnende des Zeichens in seiner vom sprachüblichen, keinen bestimmten Sinn vermittelnden Gesamtheit erblicken und das die betriebliche Herkunft der Ware Kennzeichnende des Zeichens nicht in dem Bestandteil erblicken, der nur auf die Bestimmung der Ware hinweist (BGH GRUR 1960, 83, 85r - Nährbier). Anders ausge-

drückt, kann einem Zeichenbestandteil, der einen für die betreffende Warenart ganz allgemein naheliegenden Sinngehalt vermittelt, nicht lediglich deshalb ein weiterer zeichenrechtlicher Schutzzumfang zugobilligt werden, weil er Bestandteil eines im Verkehr weitgehend durchgesetzten Warenzeichens ist. Aus dem Grad der Bekanntheit des Gesamtzeichens dürfen insbesondere keine unmittelbaren Schlüsse nach der Richtung gezogen werden, daß der von Haus aus eine reine Bestimmungsangabe darstellende Zeichenbestandteil in einem etwa entsprechenden rechnerischen Maße für sich allein vom Verkehr als betrieblicher Herkunftshinweis aufgefaßt werde, d.h. daß alle Warenzeichen, in denen er wiederkehrt, vom Verkehr als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus demselben Betriebe angesehen würden.

d) Die von der Klägerin vorgelegten Gutachten gaben dem Tatrichter entgegen der Ansicht der Revision keinen Anlaß, im Streitfall gleichwohl eine dahingehende Folgerung zu ziehen. Zwar zielte die von der Klägerin veranstaltete Meinungsumfrage mit ihrer sechsten Frage unmittelbar auf die Feststellung einer betrieblichen Herkunftsverwechslung auf Grund von Warenzeichen, die mit "bade" beginnen und drei Silben aufweisen. Diese Fragestellung leidet jedoch an entscheidenden Mängeln, die das Ergebnis der Befragung insoweit aus Rechtsgründen als unverwertbar erscheinen lassen. Zunächst handelt es sich um den Fall eines unselbständigen Bestandteils - im Gegensatz z.B. zu dem Bestandteil "Nährbier". Der Bestandteil "bade" ist dem Verkehr immer nur in Verbindung mit einem weiteren Bestandteil gegenübergetreten und für sich allein unselbständig; deshalb hat auf die beteiligten Verkehrskreise der Bestandteil immer nur in Zusammenhang mit der angefügten weiteren Silbe wirken können. Die gestellte Frage zielte

deshalb von vornherein darauf ab, daß die Befragten einen hypothetischen Tatbestand zugrunde zu legen hatten. Es ist aber als ausgeschlossen anzusehen, daß die Vorstellungskraft der Befragten ausreichte, alle denkbaren dreisilbigen Wortbildungen der fraglichen Art in Betracht zu ziehen. Aus dem gleichen Grunde lehnt es die Rechtsprechung regelmäßig ab, die Verwendung eines bestimmten Zeichenbestandteils schlechthin ohne Rücksicht darauf zu untersagen, in welcher Zusammensetzung mit weiteren Bestandteilen er benutzt wird. Es läßt sich ferner nicht ausschließen, daß ein erheblicher Teil der Befragten nur an Wortbildungen gedacht hat, die ähnlich wie das Klagezeichen "badedas" und die von der Klägerin nach ihrer Behauptung daneben benutzten Zeichen "badeso" und "badefroh" eine imperative Form darstellen. Insofern besteht allerdings ein gewisser gemeinsamer Sinngehalt der Klagezeichen, der aber in dem angegriffenen Zeichen nicht wiederkehrt.

Die Revision beachtet ferner nicht ausreichend, daß es für die Frage der Verwechslungsgefahr darauf ankommt, ob die Verwendung des Bestandteils "bade" in dem angegriffenen Zeichen die Gefahr einer Herkunftsverwechslung begründet, daß es also auf die besondere Art der Verwendung des Bestandteils in dem konkret angegriffenen Warenzeichen ankommt. Es läßt sich nun aber nicht von der Hand weisen, daß in dem als Substantiv empfundenen angegriffenen Zeichen "Badegold" der Bestandteil "bade" besonders stark in seiner Eigenschaft als Bestimmungsangabe erscheint.

Bei der Würdigung von Meinungsumfragen, die nicht auf die Feststellung eines bei den Befragten bereits vorhandenen Wissens gerichtet sind, sondern darauf abzielen, eine Ansicht der Befragten für einen abstrakt gedachten, nicht auf die konkrete Benutzung im Verkehr abgestellten Tatbe-

stand zu ermitteln, ist überdies allgemein mit erheblicheren Fehlerquellen als sonst zu rechnen (BGH GRUR 1965, 317, 320r - Kölnisch Wasser; GRUR 1966, 445, 448r - Glutamal).

Geht man hiervon aus, so kann angesichts des eingangs gekennzeichneten Erfahrungssatzes kein Verfahrensverstoß des Berufungsgerichts darin gesehen werden, daß es bei dem von der Klägerin vorgelegten Befragungsergebnis keinen Sachverständigenbeweis erhoben hat, denn selbst dieses aus den dargelegten Gründen noch zu günstig erscheinende Ergebnis gab keinen Anlaß zu der Annahme, daß der Bestandteil "bade" von einem nicht unerheblichen Teil der in Betracht kommenden Verkehrskreise als echter betrieblicher Herkunftshinweis der Klägerin aufgefaßt werde. Dabei kann zugunsten der Revision davon ausgegangen werden, daß als beteiligte Verkehrskreise nur diejenigen in Betracht zu ziehen sind, die Badezusätze bereits kennen, also etwa 54 v.H. der gesamten erwachsenen Bevölkerung. Bei Waren, die bereits weiten Kreisen aller Bevölkerungsschichten bekannt sind und für die Verwendung aller Kreise in Betracht kommen, ist an sich regelmäßig auf die Gesamtheit der Bevölkerung abzustellen (BGH GRUR 1963, 622, 623 - Sunkist); ob allerdings die Verwechslungsgefahr innerhalb derjenigen Kreise, die noch keine Badezusatzmittel kennen, geringer ist als für die Kenner, ist zweifelhaft. Von 54 befragten Kennern haben nach Behauptung der Klägerin 24 geäußert, alle dreisilbigen Warenzeichen für Badezusätze, die den Wortbeginn "bade" aufweisen, stammten aus demselben Unternehmen. Das sind etwa 44 v.H., also weniger als die Hälfte der beteiligten Verkehrskreise. Dafür, daß das Berufungsgericht irrig angenommen habe, nur 24 von 100 Befragten hätten sich so geäußert, ist schon deshalb kein Anhaltspunkt gegeben, weil hierüber in den Tatsacheninstanzen eingehend verhandelt worden war und diese Frage als im Sinne

der Klägerin geklärt angesehen werden konnte. Nach dem bereits Ausgeführten muß aber die Zahl von 24 noch erheblich nach unten korrigiert werden. Im Ergebnis kann daher kein Rechtsfehler darin erblickt werden, daß das Berufungsgericht die Gefahr einer echten Herkunftsverwechslung nicht in dem erforderlichen Umfange als erwiesen angesehen hat.

Das Berufungsgericht war bei dieser Sachlage nicht genötigt, über die Frage der Verwechslungsgefahr Sachverständigenbeweis zu erheben. Der Tatrichter ist in der Frage, ob Sachverständigenbeweis zu erheben ist, weitgehend freigestellt. Daß er hier aus eigener Sachkunde geurteilt hat, ist zunächst dadurch gerechtfertigt, daß der wiederholt gekennzeichnete allgemeine Erfahrungssatz im Streitfall besonders stark ins Gewicht fällt, weil es sich bei dem übereinstimmenden Zeichenbestandteil um eine sehr naheliegende Bestimmungsangabe handelt und dieser Bestandteil in dem angegriffenen Warenzeichen auch sehr klar als Bestimmungsangabe erscheint. Als Bestimmungsangabe für ein Badepräparat liegt der Zeichenbestandteil "Bade" in Verbindung mit "gold" wesentlich näher, als z.B. die Verwendung des Wortes "Alm" in Verbindung mit "glocke" oder "quell" als Ursprungsangabe für Milch (vgl. dazu BGHZ 34, 299, 306).

Es kommt hinzu, daß dem Berufungsgericht hinsichtlich der Verkehrsbekanntheit des Klagezeichens "badedas" als Ganzem eine hinreichende Beurteilungsgrundlage an Hand der vorgelegten Gutachten zur Verfügung stand, andererseits aber eine auf die unmittelbare Feststellung einer Verkehrsbekanntheit des Zeichenbestandteils "bade" gerichtete Meinungsumfrage aus den bereits dargelegten Gründen keine sichere Aussicht auf Ermittlung echter betrieblicher Herkunftstäuschungen versprach. Die Revision berücksichtigt bei ihrer

Verfahrensrüge schließlich nicht ausreichend, daß die Frage, ob bei einem nicht unerheblichen Teil des hier angesprochenen allgemeinen Publikums eine ernstliche Gefahr der betrieblichen Herkunftsverwechslung besteht, in erheblichem Maße auch auf der Grundlage der allgemeinen Lebenserfahrung zu beantworten ist, die einem mit derartigen Fragen ständig befaßten Tatrichter in besonderem Umfang zur Verfügung steht. Geht man aber von dem Gesamteindruck der in Vergleich zu setzenden Zeichen aus, so beruht die Kennzeichnungskraft des Klagezeichens "bade-das" gerade auf der eigentümlichen, nicht nur nicht sprachüblichen, sondern überraschend wirkenden Wortbildung, die einen auffordernden, Aufmerksamkeit erregenden Sinngehalt vermittelt; dabei ist der Wortbestandteil "bade", auch für den flüchtigen Verkehr erkennbar, eng in diesen Sinngehalt einbezogen. In dem angegriffenen Zeichen ist der Bestandteil dagegen in erheblich abweichender Weise verwendet.

Nach alledem stellt die Nichterhebung eines Sachverständigenbeweises keinen Verfahrensverstoß dar.

e) Da die weiteren Bestandteile der in Vergleich zu setzenden Zeichen sich nach Sinn, Klang und Schriftbild deutlich voneinander unterscheiden, ist hiernach die Gefahr einer unmittelbaren Zeichenverwechslung ohne Rechtsirrtum verneint worden.

f) Aus den bereits dargelegten Gründen ist der von Haus aus schutzunfähige Zeichenbestandteil "bade" auch nicht geeignet, die Gefahr von betrieblichen Herkunftsverwechslungen unter dem Gesichtspunkt der sog. mittelbaren Verwechslungsgefahr oder des Serienzeichens zu begründen. Die Voraussetzung für die letztere Annahme wäre

insbesondere, daß der übereinstimmende Bestandteil in den Warenzeichen der Klägerin als sog. Stammbestandteil für die Betriebsstätte des rangälteren Benutzers Hinweischarakter besäße (BGHZ 34, 299, 301 - Almglocke); ob das der Fall ist, richtet sich nach der Auffassung des Verkehrs (BGH GRUR 1966, 35 - Multikord). Eine dahingehende Verkehrsauffassung hat das Berufungsgericht, wie dargelegt, ohne Rechtsirrtum als nicht feststellbar erachtet. Das Vorbringen der Klägerin über die Benutzung der Zeichen "badeso" und "badefroh" war zu unsubstantiiert, um dem Berufungsgericht Veranlassung zu geben, hieraus auf die Entstehung einer Verkehrsauffassung im Sinne einer Zeichenserie mit dem Wortbestandteil "bade" zu schließen.

g) Aus dem Umstand, daß die Beklagte das angegriffene Warenzeichen früher mit kleinem Anfangsbuchstaben verwendet hat, kann gleichfalls nichts für das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr bei der jetzigen Schreibweise gefolgert werden; nach der auf tatsächlichem Gebiet liegenden Feststellung des Berufungsgerichts wird eine solche Schreibweise bei Waren der hier fraglichen Art nicht als ungewöhnlich empfunden. Es fehlt ferner an einem substantiierten Vorbringen der Klägerin über einen solchen Umfang der Benutzung des angegriffenen Zeichens in der früheren Schreibweise, daß mit einer Fortwirkung im Gedächtnis des Publikums gerechnet werden könnte.

h) Auch, soweit das Berufungsgericht die auf den erledigten Teil des Rechtsstreits entfallenden Kosten nach § 91 a ZPO der Klägerin auferlegt hat, ist ein Rechtsfehler nicht ersichtlich. Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Klein-Schreibweise sei nicht als ungewöhnlich empfunden worden, rechtfertigt jedenfalls die Kostenentscheidung hinsichtlich dieses Teiles des Rechtsstreits,

da es insoweit keiner abschließenden Prüfung der Rechtslage in der Hauptsache bedarf (BGH NJW 1954, 1038).

II. Auch für einen Verstoß der Beklagten gegen § 1 UWG liegen keine Anhaltspunkte vor. Das Berufungsgericht stellt fest, daß weder aus der zunächst gewählten Schreibweise mit kleinem Anfangsbuchstaben noch aus den sonstigen Umständen des Falles auf eine Absicht der Beklagten geschlossen werden könne, sich bewußt an den guten Ruf des Klagezeichens "badedas" anzuhängen. Ein Rechtsirrtum ist insoweit nicht ersichtlich. Aus der bloßen Verwendung des Zeichenbestandteils "bade" kann entgegen der Ansicht der Revision ein den zeichenrechtlichen Schutz ergänzender wettbewerbsrechtlicher Schutz unter dem Gesichtspunkt der objektiven Annäherung an ein fremdes Zeichen nicht hergeleitet werden.

III. Die Revision der Klägerin war hiernach mit der sich aus § 97 Abs. 1 ZPO ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Senatspräsidentin
Dr. Krüger-Nieland
ist wegen Urlaubs-
abwesenheit verhin-
dert zu unterschrei-
ben.

Pehle Mösl Alff Simon

Pehle