

16
Nachschlagewerk: ja

Amtliche Sammlung: nein

WZG §§ 24, 25, 31

Liquiderma

Auch bei einem Vorratszeichen ist die Verwechslungsgefahr mit einem älteren Kennzeichen grundsätzlich nach den im Zeitpunkt seiner Anmeldung, nicht dagegen nach den im Zeitpunkt seiner Ingebrauchnahme herrschenden Verhältnissen zu beurteilen.

Ein Vorratszeichen, an dessen Aufrechterhaltung ein schutzwürdiges Interesse besteht, braucht deshalb nicht einem älteren Zeichen zu weichen, wenn die Verwechslungsgefahr erst dadurch eingetreten ist, daß das ältere Zeichen nach Anmeldung des Vorratszeichens durch starke Verkehrsdurchsetzung einen erweiterten Schutzbereich erlangt hat (Ergänzung zu BGHZ 34, 299 - Almglocke).

BGH, Urt. v. 12. Mai 1965 - Ib ZR 22/64

OLG Karlsruhe
LG Mannheim

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

b. ZR 22/64

Verkündet am

12. Mai 1965

Wüst,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma K [REDACTED] P [REDACTED] und T [REDACTED]
F. W [REDACTED] & Sohn GmbH, K [REDACTED], D [REDACTED] Allee [REDACTED]
vertreten durch ihre Geschäftsführer, die Herren Dr. Kurt
W [REDACTED] und Direktor S [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma P [REDACTED] AG, C [REDACTED] F [REDACTED] F [REDACTED],
vertreten durch ihren Vorstand, die Herren S [REDACTED],
Dr. S [REDACTED] und S [REDACTED], F [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Mai 1965 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Jungbluth, Pehle, Dr. Sprenkmann und Alff für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Karlsruhe - 6. Zivilsenat - vom 4. Februar 1964 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

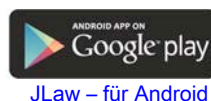
Tatbestand:

Die Klägerin, die eine Parfümerie- und Toilettenseifenfabrik betreibt, ist Inhaberin des Warenzeichens "Kaloderma", das erstmals mit der Priorität vom 26. August 1895 unter der Nr. 12 895 für Waren der Klasse 34 in die Warenzeichenrolle des Reichspatentamts eingetragen worden und aufrechterhalten ist. Für dasselbe Wortzeichen hat die Klägerin später noch eine größere Reihe von Eintragungen für die Warenklassen 2 und 34, ferner mehrere internationale und ausländische nationale Eintragungen erwirkt. Das Zeichen wird von ihr für Haut- und Körperpflegemittel ständig benutzt.

Für die Beklagte ist am 24. November 1922 unter Nr. 297 494 das Warenzeichen "Liquiderma" für Waren der Klassen 2, 20b und 34 eingetragen worden. Die Beklagte hat



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



unter diesem Zeichen in den Jahren 1932 bis 1939 einen flüssigen antiseptischen Wundverschluß ("flüssige Haut") hergestellt und vertrieben. Im Jahre 1959 hat sie darunter ein Hautnähröl auf den Markt gebracht, dem sie später die auch für andere ihrer Erzeugnisse verwendete Bezeichnung "Silvapin" gegeben hat; in ihren Preislisten Nr. 29 und Nr. 30 D (1962) ist dieses Hautnähröl unter der Bezeichnung "Silvapin Hautnähröl (früher Liquiderma)" aufgeführt.

Die Klägerin ist der Auffassung, durch die Benutzung des Zeichens "Liquiderma" verletze die Beklagte die von ihr, der Klägerin, für das Zeichen "Kaloderma" erworbenen Rechte. Sie hat vorgetragen: Sie habe für das Zeichen "Kaloderma" schon zu Anfang der zwanziger Jahre weitreichende Verkehrsgeltung erlangt. Seit den dreißiger Jahren sei ihr Zeichen zur weithin bekannten und berühmten Marke geworden. Es habe sich darüber hinaus schlechthin zum Kennzeichen ihres Unternehmens entwickelt. Hierbei komme schon dem Wortbestandteil "derma" für sich allein die Bedeutung eines Hinweises auf dieses Unternehmen zu. Das Zeichen "Liquiderma" sei daher mit dem älteren Klagezeichen "Kaloderma" verwechselbar. Dies müsse die Beklagte auch dann gegen sich gelten lassen, wenn man annehme, daß die Verwechslungsfähigkeit der beiden Zeichen bei der Anmeldung und Eintragung des Zeichens "Liquiderma" noch nicht bestanden habe. Bei dem Zeichen "Liquiderma" handele es sich nämlich um ein Vorratszeichen. Bei einem solchen Zeichen sei die Frage der Verwechslungsgefahr nach den Verhältnissen in dem Zeitpunkt zu beurteilen, in dem es in Gebrauch genommen werde. Selbst für das Jahr 1932 aber, in dem die Beklagte das Zeichen erstmals für die sogenannte "flüssige Haut" benutzt habe, hätte die Gefahr einer Verwechslung mit dem damals

18

schon zur berühmten Marke erstarkten Zeichen "Kaloderma" bejaht werden müssen. Sie, die Klägerin, sei gegen "Liquiderma" zu jener Zeit nur deshalb nicht eingeschritten, weil sie dieses Zeichen nicht gekannt habe. Abgesehen hiervon sei das Zeichen "Liquiderma" nach der Einstellung des Gebrauchs im Jahre 1939 erneut Vorratszeichen geworden. Bei der Wiederaufnahme der Zeichenbenutzung im Jahre 1959 habe die Beklagte nicht etwa an den früheren Gebrauch angeknüpft, sondern das Zeichen nunmehr für ein völlig anderes Erzeugnis verwendet, das den Kaloderma-Erzeugnissen zudem wesentlich näher stehe, als dies bei dem vor dem zweiten Weltkriege damit gekennzeichneten antiseptischen Wundverschluß der Fall gewesen sei. Für das hiernach maßgebende Jahr 1959 sei jedoch die Verkehrsdurchsetzung des Wortbestandteils "derm" bzw. "derma" für sie, die Klägerin, nach dem Ergebnis einer in ihrem Auftrag durchgeführten Verkehrsbefragung durch die Gesellschaft für Konsumforschung in Nürnberg und dem Ergebnis der in einem anderen Rechtsstreit vom Gericht veranlaßten Meinungsumfrage durch das Institut für Demoskopie in Allensbach zweifelsfrei erwiesen. Die Benutzung des verwechslungsfähigen Zeichens "Liquiderma", für die der Beklagten kein schutzwürdiges Interesse zur Seite stehe, sei deshalb unzulässig.

Die Klägerin hat beantragt,
die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, die Bezeichnung "Liquiderma" bei der Herstellung und dem Vertrieb von Körperpflegemitteln jeder Art, insbesondere für ein Hautnähröl zu verwenden.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten.
Sie hat die Ansicht vertreten, die Klägerin könne sich

zur Begründung der von ihr behaupteten Verwechslungsgefahr zwischen den von Hause aus nicht verwechselbaren Zeichen "Kaloderma" und "Liquiderma" nicht auf eine angebliche Verkehrsdurchsetzung des Zeichens "Kaloderma" berufen, die erst nach der Entstehung des Zeichenrechts für das Zeichen "Liquiderma" im Jahre 1922 stattgefunden habe. Eine später erlangte Verkehrsgeltung könne nicht Zeichenrechte beseitigen oder beschränken, denen im Zeitpunkt ihrer Entstehung ein besseres sachliches Recht nicht habe entgegengehalten werden können. Auch der Sonderschutz für eine sogenannte berühmte Marke greife erst mit dem Zeitpunkt ein, in dem die Entwicklung zur berühmten Marke vollendet sei. Er gewähre daher keine Verbotsrechte gegenüber Warenzeichen, die vor diesem Zeitpunkt begründet worden seien. Für das Jahr 1922, in dem das Zeichen "Liquiderma" angemeldet und eingetragen worden sei und auf das es mithin ankomme, habe die Klägerin eine überragende Verkehrsgeltung des Zeichens "Kaloderma" keinesfalls dargetan.

Im übrigen hat die Beklagte diese Verkehrsgeltung, zumal die Entwicklung des Zeichens "Kaloderma" zur sogenannten berühmten Marke und zum Unternehmenskennzeichen der Klägerin sowie namentlich die Kennzeichnungskraft des Wortbestandteils "derma", auch für die spätere Zeit bestritten. Sie hat u. a. geltend gemacht, der Wortbestandteil "derma", der eine freizuhaltende Bestimmungsangabe darstelle, sei in zahlreichen eingetragenen und zu einem großen Teile schon seit Jahrzehnten benutzten Warenzeichen der Klassen 2 und 34 enthalten, daher besitze er keinerlei Unterscheidungskraft.

Schließlich könne das Zeichen "Liquiderma", das 1932 in Gebrauch genommen und dessen Gebrauch nach kriegs-

16

bedingter Pause im Jahre 1959 auf gleichartigem Warengelbiet aufgenommen worden sei, nicht als bloßes Vorratszeichen gewertet werden. Angesichts der Schwierigkeiten, Zeichen gerade für Erzeugnisse pharmazeutisch-kosmetischer Art zu schaffen, habe sie, die Beklagte, überdies an der Beibehaltung des Zeichens ein dringendes Interesse.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin wurde zurückgewiesen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das gesamte Kennzeichenrecht werde von dem Grundsatz der Priorität beherrscht; für die Frage, ob ein jüngeres Warenzeichen einem älteren Zeichen oder Firmenschlagwort weichen müsse, komme es deshalb darauf an, ob das jüngere Zeichen zur Zeit seiner Anmeldung bzw. Eintragung mit der älteren Bezeichnung verwechslungsfähig gewesen sei. Wenn dagegen die Verwechslungsgefahr erst dadurch eintrete, daß das ältere Zeichen sich später zur bekannten oder berühmten Marke entwickle, so könne der Inhaber des älteren Zeichens sich in der Regel nicht auf seine Priorität berufen, sofern der Gebrauch des nunmehr verwechslungsfähig gewordenen jüngeren Zeichens nicht gegen Treu und Glauben verstoße und daher etwa rechtsmißbräuchlich sei. Dies gelte auch dann, wenn das jüngere Zeichen ein Vorratszeichen sei; denn auch das eingetragene nicht benutzte Vorratszeichen genieße vollen Zeichenschutz, der nicht hinter dem Schutz für benutzte Zeichen zurücktrete. Entgegen der Meinung der Klägerin sei daher die Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Streitfalle nicht auf den Zeitpunkt, in dem die Beklagte

das Zeichen "Liquiderma" in Gebrauch genommen habe, sondern auf das Jahr 1922 abzustellen, in dem das Zeichenrecht für "Liquiderma" entstanden sei.

Da die von den Anfangssilben "Kalo" und "Liqui" geprägten Zeichen "Kaloderma" und "Liquiderma" wegen der Unterscheidungskraft dieser Anfangssilben von Hause aus nicht verwechselbar seien - so fährt das Berufungsgericht fort - , hätte im Jahre 1922 nur dann Verwechslungsgefahr zwischen ihnen bestehen können, wenn die Endung "derma" schon zu jenem Zeitpunkt in dem Sinne Hinweisfunktion auf "Kaloderma" gehabt hätte, daß allein aus dieser Endung innerhalb beteiligter Verkehrskreise auf "Kaloderma" oder auf wirtschaftliche oder organisatorische Beziehungen der Zeicheninhaberin zu "Kaloderma" geschlossen worden wäre. Die Klägerin selbst habe indessen in der letzten mündlichen Verhandlung erklärt, daß sie dies wie überhaupt die Berühmtheit des Zeichens "Kaloderma" in diesem Sinne für den damaligen Zeitpunkt nicht beweisen könne. Ob sich in der Zeit nach der Anmeldung und Eintragung des Zeichens "Liquiderma" infolge der von der Klägerin behaupteten Entwicklung des Zeichens "Kaloderma" zur berühmten Marke und zum Firmenschlagwort eine solche Hinweisfunktion auch für die Endung "derma" ergeben habe, was unterstellt werden könne, sei nach dem vorher Gesagten nicht maßgebend, weil zugunsten des Schutzzumfangs eines Klagezeichens keine Verkehrsgeltung, insbesondere auch keine solche im Sinne eines Ausstattungsschutzes nach § 25 WZG mehr berücksichtigt werden könne, die erst nach der Entstehung des eigenen Zeichenrechts der beklagten Partei erworben worden sei.

II. Die Revision greift in erster Linie die Auffassung des Berufungsgerichts an, daß für die Beurteilung der Ver-

wechslungsgefahr die etwaige Verkehrsdurchsetzung des Klagezeichens, namentlich der Endung "derma", im Zeitpunkt der Anmeldung und Eintragung des Zeichens "Liquiderma", nicht dagegen in dem späteren Zeitpunkt der Ingebrauchnahme dieses Zeichens maßgebend sei. Hilfsweise rügt die Revision, daß das Berufungsgericht sich nicht mit der von ihm zunächst selbst als rechtserheblich erkannten Frage auseinandergesetzt habe, ob die Ingebrauchnahme des Zeichens "Liquiderma" nach der erwähnten Verkehrsdurchsetzung des Zeichens "Kaloderma" rechtsmißbräuchlich sei. Schließlich beanstandet die Revision die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht die Verwechslungsgefahr und namentlich die Verkehrsgeltung des Zeichens "Kaloderma" für das Jahr 1922 verneint hat.

III. Die Angriffe der Revision können keinen Erfolg haben.

1. Das Berufungsgericht ist ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen, daß die Zeichen "Kaloderma" und "Liquiderma" von Hause aus nicht verwechselbar sind. Die beiden ersten Worthälften der Zeichenworte ("Kalo" und "Liqui") haben keinerlei Berührung miteinander. Die Zeichen stimmen ausschließlich in dem Wortbestandteil "derma" überein. Dieser Bestandteil, der das in zahlreichen Wortbildungen vorkommende altgriechische Wort derma = Haut wiedergibt, stellt aber nach der ständigen patentamtlichen Praxis, welcher der erkennende Senat in der eine Rechtsbeschwerde der jetzigen Klägerin betreffenden Entscheidung in GRUR 1965, 183, 185 - derma (insoweit in BGHZ 42, 307 nicht abgedruckt) beigetreten ist, bei Verwendung für Hautmittel eine warenbeschreibende, nach § 4 Abs. 2 Nr. 1 WZG schutzunfähige Fachbezeichnung dar. Ein solcher Zeichenbestandteil muß

bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr grundsätzlich jedenfalls dann unberücksichtigt bleiben, wenn die Übereinstimmung der Zeichen sich, wie hier, auf diesen Bestandteil beschränkt (BGHZ 21, 182, 186 - Funkberater; BGH GRUR 1960, 83, 88 - Nährbier; BGH GRUR 1965, 183, 185 - derma), der Bestandteil also auch nicht etwa zusammen mit anderen Teilen der Kennzeichnung den Gesamteindruck im Sinne einer Übereinstimmung mitbeeinflusst (BGH Urt. vom 12. Oktober 1962 - I ZR 19/61).

2. Eine andere Beurteilung würde im Streitfalle nur dann Platz greifen, wenn der Zeichenbestandteil "derma" sich, wie die Klägerin behauptet, in dem Sinne als Hinweis auf ihr Unternehmen durchgesetzt hätte, daß schon ihm allein - mag er auch im Zusammenhang mit anderen Zeichenbestandteilen benutzt werden - vom Verkehr die Bedeutung eines solchen Hinweises beigemessen würde. Das wird auch von der Revision nicht verkannt. Für die Entscheidung kommt es deshalb darauf an, ob die Klägerin sich der Beklagten gegenüber mit Erfolg auf eine Verkehrsdurchsetzung dieser Art berufen kann. Dies hat das Berufungsgericht ebenfalls mit rechtlich einwandfreier Begründung verneint.

IV. 1. Das Zeichen der Klägerin ist als solches älter als das der Beklagten. Da die Klägerin ihre Ansprüche nach dem Vorhergehenden indessen nicht auf das Zeichen als Ganzes, sondern nur auf die Verkehrsdurchsetzung eines von Hause aus schutzunfähigen Bestandteils dieses Zeichens stützen kann, ist für die Prüfung der Verwechslungsgefahr nicht die allgemeine Priorität des Klagezeichens, sondern der Zeitpunkt maßgebend, in dem der schutzunfähige Bestandteil "derma" die Bedeutung eines Herkunftshinweises erlangt hat. Wenn das Zeichenrecht der Beklagten schon vor diesem

Zeitpunkt begründet worden war, hätte es durch die Entwicklung des Bestandteils "derma" als Hinweis auf das Unternehmen der Beklagten in seinem rechtlichen Bestand nicht mehr berührt werden können. Der Bundesgerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung, der sich auch der erkennende Senat angeschlossen hat, die Auffassung vertreten, daß zugunsten des Schutzzumfangs eines Klagezeichens keine Verkehrsgeltung berücksichtigt werden kann, die später als das Zeichenrecht der beklagten Partei entstanden ist. Er hat diesen Grundsatz nicht nur für den Fall der nachträglichen Entwicklung eines Warenzeichens zur berühmten Marke (BGHZ 19, 23, 28 - Magirus; BGHZ 25, 369, 372 - "mit dem feinen Whipp"), sondern auch für den der nachträglichen Verkehrsdurchsetzung eines Zeichenbestandteils (BGH GRUR 1957, 339, 341 - Venostasin; BGHZ 34, 299, 302 - Almglocke) ausgesprochen und dabei hervorgehoben, daß die gegenteilige Beurteilung einer Entziehung des dem beklagten Zeicheninhaber eingeräumten Zeichenrechts gleichkommen würde (vgl. dazu auch BGH GRUR 1960, 130, 131 - Sun-pearl II; GRUR 1963, 622, 623 - Sunkist; 1963, 626, 628 unter III, 2 - Sunsweet, insoweit in BGHZ 39, 266 nicht abgedruckt).

2. Das Zeichenrecht entsteht auf Grund der Eintragung des Zeichens mit der Priorität des Zeitpunkts der Anmeldung. Wenn die Revision demgegenüber meint, bei der Abwehr von Unterlassungsansprüchen sei die Prüfung nicht auf den Zeitpunkt der Anmeldung, sondern auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem das angegriffene Zeichen in Gebrauch genommen worden sei, so kann ihr nicht gefolgt werden. Nach dem das Kennzeichenrecht beherrschenden Grundsatz der Priorität ist das ältere Recht regelmäßig auch dann das "bessere" Recht, wenn es als förmliches Zeichenrecht

einem sachlichen Kennzeichnungsrecht gegenübersteht (BGH GRUR 1958, 544, 547 - Colonia), wie es etwa infolge der Verkehrsdurchsetzung einer an sich schutzunfähigen Angabe erworben werden kann. Es würde die Preisgabe des Prioritätsgrundsatzes bedeuten, wenn der Zeitvorrang des aus einem solchen sachlichen Recht angegriffenen Zeichens nicht nach der Entstehung des Zeichenrechts, sondern nach dem Zeitpunkt der Ingebrauchnahme des Zeichens beurteilt würde. Dies würde auch der Regelung des deutschen Warenzeichengesetzes widersprechen, das keinen Benutzungszwang kennt, sondern für die Rechtsbeständigkeit des Zeichens grundsätzlich nur den Benutzungswillen des Zeicheninhabers, nicht aber den tatsächlichen Zeichengebrauch voraussetzt. Außerdem wäre die Entscheidung über den Zeitvorrang dann, wenn sie von der Aufnahme des Zeichengebrauchs abhängig gemacht würde, zumal bei zeitweiliger Einstellung dieses Gebrauchs, wie sie im Streitfalle nach Ausbruch des zweiten Weltkrieges und dann anscheinend wieder zu Beginn der sechziger Jahre stattgefunden hat, mit einer untragbaren Ungewißheit belastet; denn es würde sich jeweils die Frage stellen, ob der Zeitvorrang sich nach der ersten oder nach einer späteren Ingebrauchnahme, gegebenenfalls nach welcher bestimmt. Eine solche Ungewißheit kann bei der Feststellung der Priorität eines durch Registrierung entstehenden Rechtes, die an klare und eindeutige Anhaltspunkte anknüpfen muß, nicht in Kauf genommen werden.

Zu Unrecht beruft die Revision sich für ihre Auffassung darauf, daß die Zeicheneintragung kein positives Benutzungsrecht, sondern nur ein Verbotungsrecht gewähre. Dieser Grundsatz besagt im vorliegenden Zusammenhang nur, daß die Eintragung des Zeichens dem Inhaber kein Benutzungsrecht gegenüber den Inhabern besserer Rechte verleiht. Er,

gibt aber nichts für die hier allein zu entscheidende Frage her, wann ein Recht als das dem Zeicheninhaber gegenüber bessere Recht anzusehen ist. Auch in der Entscheidung BGHZ 34, 1, 8 - Mon Chéri, auf welche die Revision sich bezieht, ist er nicht in dem Sinne angewendet worden, daß für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr im Rahmen eines gegen den Zeicheninhaber gerichteten Unterlassungsanspruchs anders als für das Verbotungsrecht des Zeicheninhabers nicht die Priorität der Anmeldung, sondern die der Benutzung des angegriffenen Zeichens maßgebend sei. Der Grundsatz wird dort vielmehr nur erwähnt, um klarzustellen, daß Vermerke im Warenverzeichnis, welche die Eintragung auf Waren bestimmter Herkunft oder Zweckbestimmung beschränken, nicht die rechtliche Tragweite einer Einschränkung des - der Eintragung nicht bedürfenden und daher auch nicht durch sie begründeten - Rechtes zur Benutzung des Zeichens haben, sondern lediglich deutlich machen, daß der Zeicheninhaber sich für die Zulässigkeit von Benutzungshandlungen, die nicht durch die Eintragung im Warenverzeichnis gedeckt sind, nicht auf die Zeicheneintragung verlassen kann (so ausdrücklich BGH aaO). Auch hiermit ist nicht mehr gesagt, als daß der Zeicheninhaber nicht unter Berufung auf die Eintragung Benutzungshandlungen vornehmen kann, denen aus anderen Gründen rechtliche Hindernisse entgegenstehen. Dagegen ergibt sich aus der Entscheidung nichts dafür, daß je nach dem, ob ein anderer der Benutzung des Zeichens auf Grund eines behaupteten Verbotungsrechts widerspricht oder ob der Zeicheninhaber selbst ein Verbotungsrecht aus seinem Zeichen geltend macht, für das Zeichenrecht eine verschiedene Priorität zugrunde zu legen wäre.

Entgegen der Ansicht der Revision läßt sich dies auch nicht daraus folgern, daß in der Entscheidung BGHZ 34, 299, 302 - Almglocke und daran anschließend in den Ent-

scheidungen BGH GRUR 1963, 622 - Sunkist und GRUR 1963, 626 - Sunsweet bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr, die auch dort von der Verkehrsgeltung eines Bestandteils des jeweiligen Klagezeichens abhing, im Zusammenhang mit der Prioritätsfrage von der "Anmeldung und Ingebrauchnahme" des angegriffenen Zeichens gesprochen worden ist. Die genannten Entscheidungen hatten sich mit dem Sonderfall zu befassen, daß die angegriffenen Kennzeichnungen zwar angemeldet, aber - anders als im Streitfalle das Zeichen "Li uiderma" - noch nicht eingetragen waren, der Zeitvorrang also schon aus der bloßen Anmeldung hergeleitet wurde. In diesem Zusammenhang ist in der Entscheidung BGHZ 34, 299, 302 - Almglocke - ausgeführt, wenn die beklagte Zeicheninhaberin bislang lediglich eine völlig unbenutzte Anmeldung besäße, so könnte sie sich unter besonderen Umständen selbst gegenüber einem erst nachträglich zur vollen Verkehrsgeltung erstarkten sachlichen Recht nicht auf den formalen Zeitvorrang dieser Anmeldung berufen. Der Tatsache des Gebrauchs der angegriffenen Kennzeichnung ist danach allein die Bedeutung beigemessen worden, daß durch sie die Annahme eines Mißbrauchs des - an sich bestehenden - Zeitvorrangs ausgeschlossen wurde, die bei der Berufung auf eine völlig unbenutzte Anmeldung - indessen selbst dann nur unter besonderen Umständen - gerechtfertigt sein kann. In der erwähnten Entscheidung wird dies noch durch die gleichzeitige Bezugnahme auf die Entscheidung BGH GRUR 1958, 544, 547 - Colonia - unterstrichen. Die letztgenannte Entscheidung hatte klargestellt, daß ein jüngeres sachliches Recht auch gegenüber einem rein förmlichen, aber prioritätsülteren Zeichenrecht, z. B. einem solchen aus einem noch nicht benutzten Vorratszeichen, noch nicht schlechthin das bessere Recht darstellt, daß jedoch das Recht, sich wettbewerblich zu betätigen, nicht mißbraucht werden dürfe. Die Frage der

16

Benutzung oder Nichtbenutzung eines Zeichens kann danach gegenüber einem Unterlassungsanspruch unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmißbrauchs Bedeutung erlangen. Der Zeitvorrang dagegen ist, auch soweit die Benutzung des Zeichens in Rede steht, in jedem Falle auf den Zeitpunkt der Anmeldung, nicht dagegen auf den der Ingebrauchnahme zu beziehen.

V. 1. Wie schon aus der Entscheidung BGH GRUR 1958, 544, 547 - Colonia - zu erschen ist, welcher der erkennen- de Senat sich anschließt, gilt dies auch für den Fall, daß es sich bei dem angegriffenen Zeichen um ein Vorratszeichen, d. h. um ein Zeichen handelt, das zwar für von der Beklagten geführte Waren eingetragen ist, aber nicht sofort benutzt, sondern für späteren Gebrauch auf Vorrat gehalten werden soll. Ob das Zeichen "Liquidierma" allerdings als bloßes Vorratszeichen betrachtet werden kann, ist zweifelhaft; denn nach den getroffenen Feststellungen hat die Beklagte es zunächst in den Jahren 1932 bis 1939 verwendet, und sie hat seinen Gebrauch für ein wenn auch anderes, so doch dem früheren im zeichenrechtlichen Sinne gleichartiges Erzeugnis im Jahre 1959 wieder aufgenommen; nach der Umbenennung dieses Erzeugnisses hat sie die Benutzung des Zeichens in Form des Hinweises "früher: Liquidierma" jedenfalls noch bis in das Jahr 1962 hinein fortgesetzt. Das Berufungsgericht hat das Zeichen gleichwohl als Vorratszeichen behandelt. Es hat offenbar angenommen, daß das Zeichen bis zum Jahre 1932 Vorratszeichen gewesen sei und sich nach der Einstellung des Gebrauchs im Jahre 1939 im Hinblick auf die auch bei Berücksichtigung der Kriegs- und Nachkriegsverhältnisse beträchtliche Dauer der Unterbrechung bis zum Jahre 1959 aus einem benutzten Zeichen wieder in ein Vorratszeichen verwandelt habe; dabei hat es der Zeit von Kriegsende bis 1959 ersicht-

lich die für den Rechtsstreit ausschlaggebende Bedeutung beigemessen. Trotz gewisser Bedenken kann für die Revisionsinstanz unter diesen Umständen davon ausgegangen werden, daß auf das Zeichen "Liquiderma" die für Vorratszeichen geltenden Grundsätze anzuwenden sind. Auch dann aber genießt das Zeichen den Zeitrang der Anmeldung und ist für die Frage der Verwechslungsgefahr mit dem Klagezeichen dieser Zeitpunkt maßgebend.

2. Wie der erkennende Senat u. a. in der Entscheidung BGH GRUR 1963, 533, 534 - Windboy - dargelegt hat, entspricht die Eintragung von Vorratszeichen dem anerkannten Bedürfnis des Verkehrs, für den Fall der Einführung neuer Erzeugnisse sofort auf ein bereits eingetragenes Zeichen zurückgreifen zu können und dadurch das Risiko zu vermindern, für ein Zeichen Aufwendungen zu machen, das sich nachträglich als nicht rechtsbeständig erweist. Bei langjährig nicht benutzten Zeichen muß allerdings der Zeicheninhaber, auch wenn sein ohnehin erforderlicher Benutzungswille nicht widerlegt ist, den Fortbestand eines schutzwürdigen Interesses an der Aufrechterhaltung des Zeichens dartun, das die von dem Zeichen ausgehende Beeinträchtigung des Verkehrs bei der freien Zeichenwahl vertretbar erscheinen läßt (BGH aaO; BGH GRUR 1957, 224, 225 - Odorex; 1957, 499, 500 - Wipp). Im Streitfall ist das schutzwürdige Interesse der Beklagten an der Aufrechterhaltung des Zeichens "Liquiderma" nach den getroffenen, insoweit von der Revision nicht angegriffenen Feststellungen der Vorinstanzen schon allein deshalb zu bejahen, weil die Beklagte das Zeichen zweimal, und zwar beim ersten Mal rund sieben Jahre lang und alsdann wieder in jüngster Zeit für Erzeugnisse, zu deren Kennzeichnung es sich seinem Sinngehalt nach bevorzugt eignet, tatsächlich verwendet hat. Eine solche Verwendung ist ein sicheres Anzeichen

dafür, daß das Warenzeichen für den Betrieb des Zeicheninhabers einen schutzwürdigen Wert darstellt, auch wenn sein Gebrauch zeitweilig unterbrochen worden ist und eine dieser Unterbrechungen im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Unterlassungsstreits noch fort dauert. Es kommt hinzu, daß von der Einstellung des Zeichengebrauchs im Jahre 1939 an gerechnet eine Zeit von zumindest 10 Jahren im Hinblick auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Kriegs- und Nachkriegszeit außer Betracht bleiben muß. Mit Recht hat die Beklagte ferner darauf hingewiesen, daß die Neuwahl derart sinnfälliger Zeichen wie des vorliegenden auf dem kosmetischen und pharmazeutischen Gebiet durch die Vielzahl der bestehenden und geschützten Zeichen sehr erschwert sei. Bei dieser Sachlage ist dem Berufungsgericht darin beizutreten, daß das Zeichen "Liquiderma" auch als Vorratszeichen nicht anders als ein benutztes Zeichen behandelt werden kann.

3. Aus dem Vorhergehenden ergibt sich einmal, daß es hinsichtlich des Zeitvorrangs des Zeichens "Liquiderma" bei dem Tage der Anmeldung verbleiben muß. Es folgt daraus zum anderen aber auch, daß die Beklagte ihr Zeichenrecht nicht mißbraucht, wenn sie sich der Klägerin gegenüber für die Benutzung des Zeichens auf diesen Zeitvorrang beruft; denn solange der Beklagten ein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung des Zeichens "Liquiderma" zur Seite steht, kann ihr nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, die Ingebrauchnahme des Zeichens sei wettbewerbsrechtlich zu mißbilligen und lasse namentlich die Rücksichtnahme auf inzwischen entstandene Rechte anderer Zeicheninhaber vermissen (vgl. BGH GRUR 1958, 544, 547 - Colonia). Hiermit erledigt sich zugleich der Revisionsangriff, der sich dagegen richtet, daß das Berufungsurteil zur Frage des Rechtsmißbrauchs keine näheren Ausführungen

enthält; denn der festgestellte Sachverhalt ermöglicht in diesem Punkte auch ohne solche Ausführungen eine abschließende Entscheidung durch das Revisionsgericht, die zugunsten der Beklagten ausfallen muß.

VI. Die Klägerin würde nach alledem mit ihrem auf die Verkehrsdurchsetzung des Zeichenbestandteils "derma" gestützten Unterlassungsanspruch nur dann durchdringen können, wenn diese Verkehrsdurchsetzung schon für das Jahr 1922 nachgewiesen wäre, nach dem der zeitliche Rang des Zeichens "Liquiderma" sich bemißt. Das Berufungsgericht hat dies mit Recht unter Hinweis auf die eigene, von der Revision nicht in Abrede gestellte Erklärung der Klägerin in der letzten mündlichen Verhandlung verneint, sie könne diesen Nachweis ebensowenig führen wie den Nachweis, daß das Zeichen "Kaloderma" damals schon in dem hier in Betracht kommenden Sinne berühmt gewesen sei. Da die sich gegenüberstehenden Zeichen ohne eine Hinweisfunktion des Wortteils "derma" nicht verwechselbar sind, hatte das Berufungsgericht angesichts dieser Erklärung der Klägerin keinen Anlaß, der Frage der Verkehrsgeltung des Zeichens "Kaloderma" in den zwanziger Jahren weiter nachzugehen. Ein solcher Anlaß bestand um so weniger, als - wie im Berufungsurteil als unstreitig festgestellt ist -, die Klägerin noch im Jahre 1954 anläßlich des Widerspruchs der Beklagten gegen ihre Zeichenanmeldung "Lyriiderma" die Meinung vertreten hatte, die Zeichen "Liquiderma" und "Lyriiderma" - die anders als "Liquiderma" und "Kaloderma" auch in den ersten Worthälften unverkennbare Übereinstimmungen aufweisen -, seien nicht verwechslungsfähig, weil es auf den Wortteil "derma" nicht ankommen könne.

VII. Das Berufungsgericht hat nach alledem die Verwechslungsgefahr zwischen "Kaloderma" und "Liquiderma" in dem

für die Beurteilung allein maßgebenden Zeitpunkt zutreffend verneint. Damit entfällt die rechtliche Grundlage für den Klageanspruch. Der zum Schutz berühmter Marken in der Rechtsprechung entwickelte Gesichtspunkt der sogenannten Verwässerungsgefahr kann für die Entscheidung des Streitfalles nicht herangezogen werden. Der diesem Schutz zugrunde liegende Gedanke, einen erworbenen Besitzstand vor Beeinträchtigungen zu bewahren (BGHZ 28, 320, 327 - Quick), ist hier allein schon deshalb nicht anwendbar, weil der zu schützende Besitzstand der Klägerin erst nach der Begründung des Zeichenrechts der Beklagten erlangt sein könnte und diesem Zeichenrecht daher nicht entgegengehalten werden kann.

Dafür, daß die weitere Verwendung des Zeichens "Liquiderma" unabhängig von dem kennzeichenrechtlichen Tatbestand eine Irreführung des Verkehrs im Sinne des § 3 UWG zur Folge haben könnte, hat die Klägerin nichts vorgetragen.

Die Klage ist mithin zu Recht abgewiesen worden. Die Revision der Klägerin mußte daher zurückgewiesen werden. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Krüger-Nieland Jungbluth Pehle Sprenkman Alff