

12

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

BGB § 242 Cc; WZG §§ 24, 11 Abs. 1 Nr. 1

P r i n c e A l b e r t

- a) Zur Frage der Verwirkung von Unterlassungs- und Löschungsansprüchen aus einem Vorratszeichen.
- b) Der Grundsatz, daß bei der Beurteilung des Verwirkungseinwandes eine erst nach der Abmahnung oder Klagerhebung eingetretene Umsatzsteigerung nicht zugunsten des Benutzers des mit der Unterlassungs- und Löschungsklage angegriffenen Warenzeichens berücksichtigt werden kann, besagt nicht, daß aus einer solchen Steigerung nicht ein Rückschluß auf den Wert des Besitzstandes gezogen werden könnte, den der Zeicheninhaber zur Zeit der Abmahnung oder Klagerhebung bereits erlangt hatte (Ergänzung zu BGH GRUR 1963, 478-Bleiarbeiter).
- c) Für die Entscheidung darüber, ob der von dem Inhaber des angegriffenen jüngeren Warenzeichens im I n l a n d erlangte Besitzstand schutzwürdig ist, kann auch von Bedeutung sein, daß es sich bei dem Warenzeichen um eine im A u s - l a n d seit langem weitverbreitete und bedeutende Marke handelt.

BGH, Urt. v. 28. Januar 1966 - Ib ZR 29/64 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib_ZR_29/64

URTEIL

Verkündet am

28. Januar 1966

Wüst,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Martin B. [REDACTED] Aktiengesellschaft, B. [REDACTED], D. [REDACTED]
[REDACTED]straße [REDACTED], gesetzlich vertreten durch ihr Vorstandsmit-
glied Konsul Wolfgang R. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma R. J. R. [REDACTED] T. [REDACTED] Company, W. [REDACTED]/S. [REDACTED],
N. [REDACTED]/USA,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

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

- 2 -

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Januar 1966 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Jungbluth, Dr. Sprenkmann, Alff und Dr. Simon

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Teilurteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 19. Dezember 1963 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

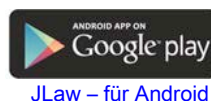
Die Parteien stellen Tabakwaren her und stehen im Wettbewerb.

Die Klägerin ist Inhaberin des Warenzeichens "B-Prince Albert", das am 21. Februar 1925 auf die Anmeldung vom 20. September 1924 unter Nr. 329 166 in die deutsche Warenzeichenrolle eingetragen worden und aufrechterhalten ist. Das Warenverzeichnis umfaßt sämtliche Tabakfabrikate, insbesondere Rauch-, Kau- und Schnupftabak, sowie Zigarren.

Die in den USA ansässige Beklagte vertreibt seit dem Jahre 1907 unter der Marke "Prince Albert" einen Rauchtobak. Dieser Tabak ist in den USA sehr verbreitet und wird unter anderem auch nach Deutschland ausgeführt.



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



Für die Beklagte ist in die Warenzeichenrolle des Deutschen Patentamts am 1. März 1955 auf die Anmeldung vom 16. Juni 1954 unter Nr. 672 276 ein Wortbildzeichen (Etikett) für Rauchtabak eingetragen worden, das die Wörter "Prince Albert" enthält. Der "Prince Albert"-Tabak der Beklagten gelangt in Dosen auf den Markt, die auf der Vorderseite das Etikettzeichen tragen. In Deutschland hat die Beklagte während des ersten Halbjahres 1960 davon 15 748 Dosen zu 50 Gramm abgesetzt. Seit 1961 hat die Firma H. N. den Vertrieb in Deutschland übernommen. Nachdem der Einfuhrzoll für den Tabak am 1. April 1962 von DM 50 auf etwa DM 40 je Kilo gesenkt worden war, hat die Beklagte den Verkaufspreis für die 50 Gramm-Dose von DM 6,50 auf DM 5 herabgesetzt. In den ersten vier Monaten nach dieser Preissenkung hat der Umsatz der Beklagten in Deutschland sich verdreifacht; in den folgenden Monaten hat er sich versiebenfacht. Die Umsatzsteigerungen sind eingetreten, ohne daß auf die Preissenkung werbemäßig hingewiesen oder in sonstiger Weise für den "Prince Albert"-Tabak besonders geworben worden wäre.

Die Klägerin hatte ihr Warenzeichen "B. Prince Albert" zur Zeit der Klagerhebung im Mai 1960 noch nicht benutzt. Im November 1960 hat sie begonnen, im Bezirk Hamburg einen Feinschnitt als Pfeifentabak in den Verkehr zu bringen, der in Pappkartons zu je 50 Gramm verpackt war; auf dem dunkelbraunen Untergrund der Kartons war in kleinen schwarzen Buchstaben das Wort "B.'s" aufgedruckt; auf einem hellgelblichen, über die Mitte der Vorderseite verlaufenden breiten Streifen befanden sich über dem Bild eines Pferdes die Worte "Prince Albert". Der Preis der Packung betrug 2,50 DM. Gegen Ende des Jahres 1962 hat die Klägerin die Herstellung und den Vertrieb

dieses Tabaks wieder eingestellt. Danach wurden nur noch kleine Restmengen an Hamburger Händler ausgeliefert. Insgesamt sind etwa 60 000 Päckchen des Tabaks verkauft worden.

Die Klägerin erblickt in der Kennzeichnung des Tabaks der Beklagten mit dem Zeichen "Prince Albert" eine Verletzung ihrer Rechte aus der Zeicheneintragung "B [REDACTED] Prince Albert"; außerdem ist sie der Auffassung, daß das im Jahre 1955 eingetragene Warenzeichen der Beklagten wegen bestehender Verwechslungsgefahr mit dem für sie, die Klägerin, eingetragenen Zeichen gelöscht werden müsse. Sie hat am 15. September 1959 die Beklagte erstmals aufgefordert, den weiteren Vertrieb des "Prince Albert"-Tabaks in der Bundesrepublik Deutschland zu unterlassen. Die Beklagte hat dies mit Schreiben vom 5. Dezember 1959 abgelehnt. Mit der am 14. Mai 1960 erhobenen Klage, über die in der gegenwärtigen Revisionsinstanz allein zu befinden ist, hat die Klägerin beantragt:

die Beklagte zu verurteilen,

1. in die Löschung des für sie unter ZR Nr. 672 276 in die Zeichenrolle des DPA München eingetragenen kombinierten Zeichens PRINCE ALBERT einzuwilligen.
2. es zu unterlassen, Rauchtabak unter dem Zeichen PRINCE ALBERT in der Bundesrepublik und Berlin feilzuhalten, anzubieten und in den Verkehr zu bringen,
3. auf sämtlichen dem Geschäftsbetrieb der Beklagten in der Bundesrepublik und Berlin dienenden Gegenständen die Bezeichnung PRINCE ALBERT dauerhaft unkenntlich zu machen oder, falls dies nicht möglich ist, diese Gegenstände zu vernichten.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, und Widerklage erhoben mit dem Antrage:

die Klägerin zu verurteilen,

- a) in die Löschung ihres auf die Anmeldung vom 20. September 1924 in die Zeichenrolle unter Nr. 329 166 eingetragenen Warenzeichens "B [REDACTED] Prince Albert" einzuwilligen;
- b) es bei Vermeidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu sechs Monaten zu unterlassen, einen Pfeifentabak mit der Bezeichnung "B [REDACTED] Prince Albert" oder "Prince Albert" zu versehen oder durch Dritte versehen zu lassen und den so gekennzeichneten Tabak zu vertreiben oder durch Dritte vertreiben zu lassen.

Sie hat vorgetragen, schon im Jahre 1910 sei "Prince Albert" in den USA eine der großen Tabakmarken gewesen. Dies hätten damals auch die beteiligten Verkehrskreise in Deutschland gewußt, wohin sie den "Prince Albert"-Tabak schon vor dem ersten Weltkriege geliefert habe. Spätestens im Jahre 1914 sei die Marke in Deutschland zur Eintragung angemeldet und offenbar nur deshalb nicht eingetragen worden, weil "Prince Albert" zu jener Zeit als Freizeichen angesehen worden sei. Als bald nach dem ersten Weltkriege habe sie, die Beklagte, die Lieferungen des "Prince Albert"-Tabaks nach Deutschland wieder aufgenommen. Der Tabak sei dort bereits vor 1924 von Tabakwarengroßhandlungen und in hunderten von Einzelhandelsgeschäften verkauft worden und bis zum Beginn des zweiten Weltkrieges ständig auf dem Markt gewesen. Seit 1949 werde der

deutsche Markt erneut damit beliefert. Wegen des hohen Tabakzolls handele es sich bei dem "Prince Albert"-Tabak in Deutschland um keinen Massenartikel; vielmehr komme dafür ein kleiner Kreis passionierter und kaufkräftiger Raucher in Frage, der diesen Tabak wegen seiner besonderen Qualität schätze. Auf Helgoland und auf deutschen Schiffen, wo kein Zoll erhoben werde, spiele der "Prince Albert"-Tabak darüber hinaus auch heute wieder eine beherrschende Rolle. Angesichts des danach von ihr, der Beklagten, erlangten schutzwürdigen Besitzstandes seien die Ansprüche der Klägerin zumindest verwirkt.

Das Zeichen der Klägerin hätte aber angesichts der schon im Jahre 1925 gegebenen Sachlage überhaupt nicht eingetragen werden dürfen. Die Klägerin habe die Eintragung im Anschluß an eine Reise einer maßgebenden Persönlichkeit ihres Unternehmens nach den USA in der unlauteren Absicht bewirken lassen, gegenüber der notorischen Weltmarke "Prince Albert" ein Formalrecht in der Hand zu haben. Dies ergebe sich unter anderem daraus, daß die Klägerin ihr, der Beklagten, anläßlich ihrer im Jahre 1927 erneut vorgenommenen Anmeldung des Zeichens "Prince Albert" in Deutschland den von ihr als unfair abgelehnten Vorschlag gemacht habe, sie, die Klägerin, wolle den Widerspruch gegen diese Anmeldung zurücknehmen, wenn ihr die Alleinvertretung der Marke "Prince Albert" für Europa übertragen werde. Das Zeichen der Klägerin sei ferner täuschend, weil mit der Bezeichnung "Prince Albert" für Rauchtabak eine besondere, auf der Auswahl und der Zusammensetzung des Tabaks beruhende Gütevorstellung verbunden sei, der nur das von ihr, der Beklagten, hergestellte Erzeugnis entspreche. Nach alledem sei das Zeichen der Klägerin zu löschen. Sie, die Beklagte, habe bisher keine Veranlassung gehabt, gegen dieses Zeichen etwas zu unternehmen,

weil sich bei dem Vertrieb des "Prince Albert"-Tabaks in Deutschland keine Schwierigkeiten ergeben hätten; auch habe sie unter dem Eindruck gestanden, schutzfähiger Bestandteil des Zeichens der Klägerin sei der Name "B [REDACTED]"

Die Klägerin ist diesen Ausführungen entgegengetreten. Sie hat geltend gemacht, die Beklagte habe nicht dargetan, daß die Bezeichnung "Prince Albert" in Deutschland bei Anmeldung des Klagezeichens eine notorische Marke gewesen sei oder Verkehrsgeltung genossen habe; für die rechtliche Beurteilung sei daher allein der zeitliche Vorrang des Klagezeichens entscheidend, das infolge der im November 1960 aufgenommenen Benutzung kein bloßes Vorratszeichen sei. Eine Täuschung des Verkehrs sei von dem Gebrauch der Bezeichnung nicht zu besorgen, weil sich damit keine hinreichend konkrete Qualitätsvorstellung verknüpfe. Der Umfang des Vertriebs von "Prince Albert"-Tabak in Deutschland sei ferner zu gering gewesen, um für die Beklagte einen wertvollen Besitzstand zu begründen; angesichts des seit 1925 eingetragenen Klagezeichens wäre die Beklagte beim Erwerbe eines solchen Besitzstandes auch nicht gutgläubig gewesen; jedenfalls aber habe sie, die Klägerin, von einem Besitzstand der Beklagten keine Kenntnis gehabt.

Das Landgericht hat Auskünfte von 26 Industrie- und Handelskammern des Bundesgebiets darüber eingeholt, ob und seit wann für Tabakerzeugnisse die Marke "Prince Albert" in den beteiligten Verkehrskreisen (Tabakgroß- und einzelhändler, Pfeifenraucher) bekannt ist und, wenn ja, auf welche Herstellerfirma sie hinweist, und ob sich mit dieser Marke eine Qualitätsvorstellung verbindet. Es hat alsdann die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben, weil es aufgrund der Beweisaufnahme zu der Überzeugung gelangt

war, daß ein nicht unbeträchtlicher Teil der maßgebenden Verkehrskreise unter der Bezeichnung "Prince Albert" einen Tabak von besonderer amerikanischer Geschmacksrichtung und bestimmter Qualität erwarte und in dieser Erwartung durch das Zeichen "B [REDACTED] Prince Albert" getäuscht werde.

Die Berufung der Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil ist vom Oberlandesgericht durch Teilurteil insoweit zurückgewiesen worden, als die Klage abgewiesen worden war. Gegen dieses Teilurteil richtet sich die Revision, mit der die Klägerin ihre Klageanträge weiter verfolgt. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, daß die Klägerin die mit der Klage erhobenen Ansprüche, also den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch sowie den Anspruch auf Löschung des am 1. März 1955 eingetragenen Warenzeichens "Prince Albert" der Beklagten verwirkt habe, und daß der Klage daher der Erfolg unabhängig von der Frage versagt werden müsse, ob oder inwieweit die Ansprüche der Beklagten begründet seien, die mit der Widerklage geltend gemacht werden.

1. In rechtlicher Hinsicht ist das Berufungsgericht von den u.a. der Entscheidung BGHZ 21, 66, 78 - Hausbücherei - entnommenen Grundsätzen ausgegangen, wonach es für die erfolgreiche Erhebung des Verwirkungseinwandes im Zeichenrecht genügt, daß durch eine länger andauernde redliche und ungestörte Benutzung einer Kennzeichnung ein Zustand geschaffen ist, der für den Benutzer einen beachtlichen

Wert hat, ihm nach Treu und Glauben erhalten bleiben muß, und den auch der Verletzte ihm nicht streitig machen kann, wenn er durch sein Verhalten diesen Zustand erst ermöglicht hat. An diesen Grundsätzen, nach denen die Entscheidung über die Verwirkung ausschlaggebend von einer unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben vorzunehmenden Abwägung der Interessen beider Beteiligten abhängt, ist festzuhalten.

2. Bei ihrer Anwendung hat das Berufungsgericht zunächst unter Würdigung der Umsatzentwicklung seit Beginn des Jahres 1960 festgestellt, die Beklagte habe zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung (5. Dezember 1963) hinsichtlich des "Prince Albert"-Tabaks im Inland einen festen und schutzwürdigen Besitzstand erworben. Es hat ferner dargelegt, selbst wenn man offen lasse, ob die Beklagte sich über die Tragweite des Klagezeichens in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befunden habe, und unterstelle, die Beklagte habe in den ersten Jahren nach der Eintragung dieses Zeichens die Zeichenrechte der Klägerin schuldhaft verletzt, so könne ein dahingehender Vorwurf doch für den Zeitpunkt der ersten Abmahnung durch die Klägerin (15. September 1959) nicht mehr gegen sie erhoben werden; vielmehr habe die Beklagte mit gutem Grunde aus dem Verhalten der Klägerin in der Zeit von 1928 bis 1932 und dann wieder von 1949 bis 1959, - welches das Berufungsgericht im einzelnen erörtert -, schließen dürfen, die Klägerin sei damit einverstanden oder wolle zumindest dulden, daß die Beklagte in Deutschland "Prince Albert"-Tabak vertreibe. Ein besonderes Anzeichen für die Gleichgültigkeit der Klägerin erblickt das Berufungsgericht hierbei in der widerspruchslösen Hinnahme der Warenzeicheneintragung für die Beklagte am 1. März 1955; außerdem legt es dem Umstande Gewicht bei, daß die Klägerin von dem Klagezeichen mehr als 30 Jahre keinen Gebrauch gemacht hat.

Die Klägerin, so fährt das Berufungsgericht fort, könne der Beklagten auch nicht entgegenhalten, ihr schutzwürdiger Besitzstand habe sich erst gebildet, als für sie infolge der Abmahnung und Klage erkennbar geworden sei, daß die Klägerin nunmehr doch ihre Rechte wahren wolle; die Umsatzsteigerung, die nach dem 1. April 1962 eingetreten sei, beruhe nämlich nicht auf irgendwelchen Werbeaktionen oder sonstigen Maßnahmen der Beklagten nach der Abmahnung, sondern ganz überwiegend auf der Preisherabsetzung von 6,50 DM auf 5 DM, zu der die Beklagte wegen der Zollsenkung habe schreiten müssen, um mit vergleichbaren ausländischen Qualitätstabaken wettbewerbsfähig zu bleiben; auf diese Anpassung an die veränderten Marktverhältnisse zu verzichten, sei für die Beklagte nicht zumutbar gewesen.

Auch wenn man aber bezüglich des Besitzstandes der Beklagten nur von der Lage zur Zeit der Abmahnung am 15. September 1959 ausgehe, ändere sich an der Beurteilung nichts. Aus den vom Landgericht eingeholten Auskünften der Industrie- und Handelskammern ergebe sich nämlich, daß die Beklagte sich für den "Prince Albert"-Tabak schon vor September 1959 einen schutzwürdigen Besitzstand geschaffen habe. Dieser Tabak sei damals schon einem nicht unerheblichen Teil der Tabakwarenhändler bekannt gewesen. In Berlin und Hamburg habe er sogar schon weit vor dem Jahre 1956 allgemeine Verkehrsgeltung besessen. Bei einer Ware, die wie hier nur von einer ganz dünnen Oberschicht von Tabakliebhabern gekauft zu werden pflöge, sei eine solche wirtschaftliche Position als ausreichend gefestigt und angesichts der jahrelangen Untätigkeit der Klägerin als für die Beklagte erhaltenswert zu betrachten.

II. Die Revision beanstandet zunächst, daß das Berufungsgericht seinen in den Anfang gestellten Erwägungen

den Besitzstand der Beklagten zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung zugrunde gelegt und daher zugunsten der Beklagten die Umsatzausweitung nach der Verwarnung mitberücksichtigt habe; hierin erblickt die Revision einen Widerspruch zu der Entscheidung des Bundesgerichtshofs in GRUR 1963, 478 - Bleiarbeiter. Außerdem, so macht sie geltend, ergebe der vom Berufungsgericht ohne ausreichende Grundlage für das Jahr 1963 veranschlagte Jahresumsatz von 200 000 Dosen = 10 000 kg noch keinen schutzwürdigen Besitzstand.

Für die Beurteilung der Sachlage zur Zeit der Abmahnung fehle eine Feststellung über die damals erzielten Umsätze, auf die es allein ankomme; eine gewisse Bekanntheit des "Prince Albert"-Tabaks genüge insoweit nicht. Auf die Auskünfte der Industrie- und Handelskammern habe das Berufungsgericht sich nicht stützen dürfen, weil die vorausgegangene Fragestellung des Landgerichts falsch gewesen und die Umfrage nur an den Handel gerichtet worden sei; bei Konsumartikeln des täglichen Bedarfs sei eine unmittelbare und repräsentative Befragung der Letztverbraucher erforderlich. Ferner habe das Berufungsgericht die Auskünfte nach einer unrichtigen Methode ausgewertet, indem es von der Zahl der eingegangenen Antworten statt von der Zahl der befragten Firmen ausgegangen sei.

Das Berufungsgericht habe ferner nicht beachtet, daß an den Verwirkungseinwand infolge der Bösgläubigkeit der Beklagten strengere Anforderungen als im Regelfalle zu stellen seien. Wenn die Klägerin wegen der aus dem Sachverhalt zu entnehmenden geringen Umsätze in früherer Zeit nicht gegen die Beklagte eingeschritten sei, von denen die Umsätze auf Helgoland und auf Seeschiffen zudem außerhalb des zollpflichtigen normalen Geschäftsverkehrs gelegen hätten.

ten, so habe die Beklagte mangels guten Glaubens daraus nicht folgern können, auch ihr neuerliches verstärktes und systematisches Eindringen in das Inlandsgeschäft werde von der Klägerin hingenommen.

Schließlich sei das angefochtene Urteil nicht mit Gründen versehen, soweit das Berufungsgericht auch das Lösungsbegehren abgewiesen habe. Aus der Verwirkung des Unterlassungsanspruchs ergebe sich noch nicht ohne weiteres, daß auch der Lösungsanspruch verwirkt sei. Das Berufungsgericht habe in diesem Zusammenhang vor allem nicht berücksichtigt, daß die Klägerin gegen den Eintragungsversuch der Beklagten im Jahre 1927 mit Erfolg Widerspruch eingelegt habe und daß seit der erneuten Anmeldung der Beklagten im Jahre 1954 bis zur Verwarnung nur ein Zeitraum von 4 Jahren liege.

III. Die Angriffe der Revision können im Ergebnis das angefochtene Teilurteil nicht zu Fall bringen, wenn auch bei der rechtlichen Beurteilung das entscheidende Gewicht zum Teil auf andere als die vom Berufungsgericht in den Vordergrund gestellten Umstände zu legen ist.

1. Die Abwägung der beiderseitigen Interessen, von der die Entscheidung über die Verwirkung abhängt, hat im Streitfall davon auszugehen, daß das Klagezeichen seit der Eintragung im Jahre 1925 mehr als 35 Jahre hindurch nicht verwendet worden ist und selbst bei Unterstellung eines ernstlichen Benutzungswillens als bloßes Vorratszeichen anzusehen wäre. Der Umstand, daß die Klägerin von November 1960 ab, also während des Rechtsstreits, zeitweilig einen Tabak unter der Bezeichnung "Prince Albert" auf den Markt gebracht hat, ändert hieran nichts. Es kann auf sich beruhen, ob in der Verwendung der hierfür gewählten Ausstattung überhaupt

eine Benutzung des eingetragenen Wortzeichens "B[REDACTED] Prince Albert" gesehen werden könnte. Hiergegen spricht, daß in dieser Ausstattung der für das eingetragene Zeichen charakteristische Zusammenhang des Wortes "B[REDACTED]'s" mit dem Zeichenbestandteil "Prince Albert" völlig beseitigt und das Wort "B[REDACTED]'s" wegen der unscheinbaren Buchstabentype und der Farbenzusammenstellung schwarz auf dunkelbraun kaum lesbar ist, während die Bezeichnung "Prince Albert" den blickfangartig herausgestellten Wortbestandteil eines dem Eindruck nach selbständigen, in sich geschlossenen Wortbildzeichens bildet, welches obendrein noch den das Wort "B[REDACTED]'s" ersichtlich nicht mitumfassenden englischen Vermerk "Trade Mark" trägt. Jedenfalls aber hat die Klägerin den so gekennzeichneten Tabak nur in einem räumlich eng begrenzten Gebiet und in einem Umfange vertrieben, der zumal bei einem Vergleich mit den von ihr selbst angegebenen üblichen Umsätzen ihres Unternehmens bedeutungslos erscheint. Dieser Vertrieb, der erst einsetzte, nachdem die Auseinandersetzung der Parteien sich schon über ein Jahr hingezogen hatte, läßt angesichts der bis dahin verstrichenen Zeit von mehr als 35 Jahren noch nicht darauf schließen, daß die Klägerin den ernstlichen Willen hatte, von dem eingetragenen Klagezeichen zu Kennzeichnungszwecken Gebrauch zu machen. Dies gilt um so mehr, als es an jedem überzeugenden Vortrag der Klägerin dafür fehlt, daß und weshalb trotz dem von ihr behaupteten Benutzungswillen die Verwendung des Zeichens zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt, zumindest in den Jahren seit 1949, für sie nicht zumutbar gewesen sei.

Die Beklagte dagegen hat ihr mit der Klage bekämpftes, seit 1955 gleichfalls eingetragenes verwechselbares Zeichen nach den getroffenen Feststellungen auch in Deutschland schon vor und nach dem ersten, jedenfalls aber nach dem zweiten

Weltkrieg in einem noch zu erörternden Umfange tatsächlich gebraucht. Dem Interesse der Beklagten an der Erhaltung des durch diesen Zeichengebrauch geschaffenen Zustandes steht also nicht, wie dies beim Verwirkungseinwand sonst die Regel ist, das Interesse der Inhaberin des älteren Zeichens an dessen ungestörter weiterer Benutzung gegenüber (vgl. BGH GRUR 1960, 183, 185 - Kosaken-Kaffee); vielmehr handelt es sich darum, ob bei Berücksichtigung des Gesamtverhaltens der Parteien nach Treu und Glauben das Interesse der Klägerin an der Aufrechterhaltung eines so gut wie unbekannten Zeichens, das sie während 35 Jahren und noch über den Zeitpunkt der Klagerhebung hinaus unbenutzt gelassen hatte, schutzwürdiger erscheint als der Besitzstand der Beklagten. Dies ist nach dem festgestellten Sachverhalt zu verneinen.

2. Bei der Beurteilung des Besitzstandes der Beklagten würde allerdings, worin der Revision im Grundsatz beizutreten ist, nicht entscheidend auf eine Entwicklung abgestellt werden können, die erst während des Rechtsstreits oder nach der dem Rechtsstreit unmittelbar vorausgegangenen Abmahnung eingetreten ist (BGH GRUR 1963, 478, 480 - Bleiarbeiter). Dies hat indessen auch das Berufungsgericht letztlich nicht verkannt; denn es hat in Abweichung von seinem ursprünglichen Ausgangspunkt auch die Sachlage zur Zeit der Abmahnung eingehend gewürdigt und bereits den damals vorhandenen Zustand im Rahmen des Verwirkungseinwandes als für die Beklagte erhaltenswert angesehen. Es hat sich hierbei in erster Linie auf die vom Landgericht eingeholten Auskünfte von 26 Industrie- und Handelskammern gestützt.

a) Die Verwertung dieser Auskünfte begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Ihr steht namentlich nicht entgegen, daß die den Auskünften zugrunde liegenden Anfragen an Fachkrei-

se, und zwar außer an zwei Tabakfabriken an Unternehmen des Tabakgroß- und einzelhandels gerichtet waren, und daß keine ergänzende demoskopische Umfrage unter den Letztverbrauchern veranstaltet worden ist. Die Revision, die dies beanstandet, übersieht, daß es im Streitfalle nicht darum geht, ob die Beklagte für die Marke "Prince Albert" in weiten Kreisen der Durchschnittsraucher Verkehrsgeltung im Sinne des § 25 WZG errungen hat, sondern darum, ob der durch den Gebrauch der Marke geschaffene wettbewerbliche Zustand für die Beklagte einen beachtlichen Wert hat, dessen Zerstörung mit Hilfe eines zwar älteren, aber seit 35 Jahren unbenutzten Zeichens gegen Treu und Glauben verstieße. Diese Frage ist schon dann zu bejahen, wenn sich innerhalb des für den "Prince Albert"-Tabak in Betracht kommenden Abnehmerkreises, der sich nach der Feststellung des Berufungsgerichts bei diesem verhältnismäßig teureren und eine bestimmte Geschmacksrichtung ansprechenden Tabak aus einer dünnen Oberschicht von Tabakliebhabern zusammensetzt, und des Kreises der diese Abnehmer beliefernden Händler eine feste und dauerhafte Vorstellung von der Marke "Prince Albert" und dem darunter angebotenen Erzeugnis gebildet hat. Es kann dahinstehen, ob der danach maßgebende beschränkte, aber innerhalb der Gesamtbevölkerung kaum abgrenzbare Kreis von Letztverbrauchern im Wege einer üblichen, auf einen repräsentativen Bevölkerungsquerschnitt ausgerichteten demoskopischen Meinungsumfrage überhaupt in der erforderlichen Geschlossenheit hätte erfaßt werden können. Jedenfalls genügte es zur Ermittlung der bei diesem Kreise herrschenden Auffassung, daß der Grad der Bekanntheit des Erzeugnisses in den Handelskreisen festgestellt wurde, die nach Kenntnis der insoweit sachkundigen Industrie- und Handelskammern Erzeugnisse gerade der vorliegenden Art zu vertreiben pflegen; denn in den Erfahrungen dieser Händler spiegelt sich zwangsläufig auch die Einstellung der Kunden

wider, ohne deren Nachfrage die Händler den betreffenden Artikel nicht führen würden. Mehreren Auskünften ist zudem zu entnehmen, daß teils von Händlern, teils von den Industrie- und Handelskammern selbst auch Erkundigungen bei Letztverbrauchern eingezogen worden sind. Wenn die Auskünfte einen hinreichenden Grad von Bekanntheit des "Prince Albert"-Tabaks ergaben und ferner den dafür maßgebenden Zeitpunkt erkennen ließen, so bedurfte es darüber hinaus nicht noch der Feststellung der jeweiligen Umsatzzahlen, die ihrerseits nur wieder als Anzeichen für den Grad der Bekanntheit der Marke hätten dienen können. Auf das Verhältnis dieser Zahlen zu den Umsätzen eines im Inland hergestellten Konsumtabaks durchschnittlicher Preislage, auf das die Revision abstellen will, konnte es angesichts der Art des Erzeugnisses und der unterschiedlichen Abnehmerkreise ohnehin nicht ankommen.

b) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auswertung der Auskünfte im einzelnen war im wesentlichen Sache der tatrichterlichen Würdigung, die im Revisionsverfahren nicht nachgeprüft werden kann. Ein Rechtsfehler tritt darin nicht zutage. Ein solcher Fehler ist entgegen der Meinung der Revision namentlich nicht darin zu sehen, daß das Berufungsgericht sich nur mit den bei jeder Industrie- und Handelskammer tatsächlich eingegangenen Antworten befaßt und kein Gewicht auf das Verhältnis der für die Beklagte positiven Antworten zu der Zahl der jeweils befragten Unternehmen gelegt hat, von denen vielfach nur ein Teil geantwortet hatte. Entscheidend war vielmehr, ob die positiven Antworten ausreichten, um in Verbindung mit den sonstigen Feststellungen die Annahme zu rechtfertigen, daß die Beklagte für das Zeichen "Prince Albert" zur Zeit der Abmahnung einen in dem dargelegten Sinne schutzwürdigen Besitzstand erlangt hatte.

Dies hat das Berufungsgericht aufgrund der in den wesentlichen Punkten übereinstimmenden Auskünfte zahlreicher Industrie- und Handelskammern, deren Bezirke wirtschaftlich besonders wichtige Absatzgebiete in allen Teilen Deutschlands umfassen, rechtsirrtumsfrei bejaht. Es befindet sich damit im Einklang mit der Beweismwürdigung durch das Landgericht, das aus den Auskünften sogar die noch weitergehende Folgerung gezogen hatte, daß mit dem "Prince Albert"-Tabak der Beklagten eine besondere Gütevorstellung verbunden sei. In der Tat wird in den Auskünften wiederholt angegeben, unter der Marke "Prince Albert" werde ein Tabak bestimmter Beschaffenheit verstanden. Das Berufungsgericht das auf diesen Punkt nicht ausdrücklich eingegangen ist, konnte hierin jedenfalls seine Ansicht bestätigt sehen, daß der Verkehrskreis, der den "Prince Albert"-Tabak kennt auch eine bestimmte Vorstellung von der Art des Erzeugnisses hat, die auf genauer Warenkenntnis beruht und für den Hersteller von beachtlichem Wert sein muß. Entgegen der Ansicht der Revision kommt es hierbei nicht entscheidend darauf an, bei welcher Gelegenheit diese Vorstellung sich gebildet hat, insbesondere etwa, daß sie allein aufgrund des Vertriebs der Ware im zollpflichtigen inländischen Geschäftsverkehr entstanden ist. Wenn die Ware wie hier in diesem Geschäftsverkehr vertrieben wird, kommen ihr und damit im wettbewerblichen Besitzstand des Herstellers auch diejenigen Kenntnisse und Vorstellungen zustatten, welche die als inländische Abnehmer in Betracht kommenden Personen sich anderweit, beispielsweise während der Kriegsgefangenschaft, durch Geschäfte mit Besatzungsangehörigen, auf Auslands- oder Seereisen oder bei zollfreien Einkäufen auf Helgoland erworben haben. Im übrigen bietet der festgestellte Sachverhalt keinen Anhalt dafür, daß die Bekanntheit der Marke der Beklagten etwa ausschließlich oder auch nur im überwiegenden Maße auf Vorgängen außerhalb des nor-

malen Geschäftsverkehrs beruhte. Aus der Eigenschaft der befragten Personen als Händler, aus der breiten räumlichen Streuung der Umfrage und auch aus dem Inhalt der Antworten im einzelnen durfte der Tatrichter vielmehr ohne Rechtsirrtum das Gegenteil entnehmen. Er konnte dies um so mehr, als die Beklagte nach dem insoweit unstreitigen Sachverhalt jedenfalls schon in der Zeit vor dem zweiten Weltkriege den deutschen Markt, wenn auch angesichts des angesprochenen Abnehmerkreises begreiflicherweise nicht in großen Mengen, mit "Prince Albert"-Tabak beliefert hat (vgl. Revisionsbegründung S. 8, III 2), und daß in einigen Auskünften auch die Bekanntheit des Tabaks auf diesem Markt für bedeutende Absatzzentren ausdrücklich schon für jene Zeit, vereinzelt sogar bereits für die Zeit vor dem ersten Weltkrieg bejaht worden ist. Dabei muß berücksichtigt werden, daß die Zahl der Personen, die über die Marktverhältnisse in so weit zurückliegenden Zeiträumen sichere Angaben machen können, heute nicht mehr groß sein kann. Soweit diese Zeiträume in Betracht kommen, durfte der Tatrichter daher den für die Beklagte positiven Auskünften auch dann Gewicht beimessen, wenn nur einzelne Händler sich noch an die damaligen Verhältnisse erinnern konnten. Dies gilt zumal im Rahmen des hier zu prüfenden Verwirkungstatbestandes; denn etwaige Beweisschwierigkeiten, denen die Beklagte sich heute für die Zeit vor den beiden Weltkriegen gegenüber sieht, sind nicht zuletzt darauf zurückzuführen, daß die Klägerin aufgrund ihrer schon im Jahre 1924 bewirkten Zeichenanmeldung den Gebrauch der Marke "Prince Albert" durch die Beklagte erst im Jahre 1959 beanstandet hat. Angesichts dieses langen Zwartens können solche Beweisschwierigkeiten bei einer Interessenabwägung nach Treu und Glauben nicht allein zu Lasten der Beklagten gehen, die an sich für den die Verwirkung begründenden Sachverhalt beweispflichtig ist. Abgesehen hiervon ist aus dem angefochtenen Urteil zu ersehen, daß das Beru-

fungsgericht darin den Inhalt der ausgewerteten Auskünfte ihrer Zahl wegen nur in sehr zusammengedrängter Form wiedergegeben hat. Die Industrie- und Handelskammern haben zu den gestellten Fragen durchweg ausführlicher und substantiierter Stellung genommen, als dies nach den Gründen des Berufungsurteils den Anschein haben könnte. Dies gilt vor allem für die Angaben über den Zeitpunkt, auf den die Bekanntheit der Marke "Prince Albert" und zum Teil auch die Kenntnis vom Hersteller dieses Tabaks und von seinen inländischen Vertriebsunternehmen zurückzubeziehen ist.

c) Wenn das Berufungsgericht nach alledem aufgrund der Auskünfte in ihrer Gesamtheit zu dem Ergebnis gelangt ist, daß das Zeichen "Prince Albert" in Deutschland für die Beklagte auch schon im Zeitpunkt der Abmahnung im Jahre 1959 einen beachtlichen Wert hatte, so kann dem aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Das gilt umso mehr, als wenigstens zur Unterstützung dieses Ergebnisses auch die Feststellungen herangezogen werden können, die das Berufungsgericht über die Entwicklung des Besitzstandes der Beklagten in der Folgezeit getroffen hat und die es der rechtlichen Beurteilung, insoweit allerdings in rechtlich angreifbarer Weise, zunächst allein zugrunde gelegt hatte. Daß die Zeit nach der Abmahnung oder Klagerhebung in aller Regel nicht mehr zugunsten der auf Verwirkung sich berufenden beklagten Partei berücksichtigt werden darf, bedeutet nämlich nicht, daß aus einer Umsatzsteigerung in dieser Zeit nicht unter Umständen ein Rückschluß auf den Wert des bei der Abmahnung oder Klagerhebung vorhandenen Besitzstandes gezogen werden könnte.

Der im Streitfall festgestellte Sachverhalt läßt einen solchen Rückschluß zu. Danach hat der Umsatz an "Prince Albert"-Tabak sich seit dem 1. April 1962 in den ersten vier Monaten um das Dreifache, später um das Siebenfache erhöht. Die Rüge der Revision, das angefochtene Urteil lasse die Grundlage nicht erkennen, auf der diese erhöhten Umsätze zu errechnen seien, ist nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat vielmehr seiner Berechnung ausdrücklich den Umsatz des ersten Halbjahres 1960 zugrunde gelegt. Dies konnte es ohne Rechtsirrtum tun, weil nach seiner weiteren, von der Revision nicht angegriffenen Feststellung der Absatz von Konsumgütern der vorliegenden Art in der Zeit vom zweiten Halbjahr 1960 bis zum ersten Vierteljahr 1962 in Deutschland jedenfalls nicht zurückgegangen ist und keine Umstände ersichtlich sind, daß für den Absatz des "Prince Albert"-Tabaks etwas anderes zu gelten hätte. Die mithin besonders beachtliche Umsatzerhöhung ist, wie aufgrund des unstreitigen Sachverhalts gleichfalls festgestellt ist, ohne jeden Werbeaufwand der Beklagten allein dadurch erzielt worden, daß infolge einer Zollsenkung der Preis für diesen Tabak von 6,50 DM auf 5 DM für die 50 Gramm-Packung herabgesetzt worden war. Wenn berücksichtigt wird, daß auch der herabgesetzte Preis immer noch das Doppelte des Preises für den im Inland hergestellten, zeitweilig unter der Prince-Albert-Ausstattung vertriebenen Tabak der Klägerin betrug und daß andererseits nach der weiteren Feststellung des Berufungsgerichts die Preisherabsetzung zur Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des "Prince Albert"-Tabaks gegenüber vergleichbaren ausländischen Qualitätstabaken notwendig war, daß also die vergleichbaren Wettbewerbserzeugnisse der Beklagten ebenfalls im Preise gesenkt wurden, so ist nach der Lebenserfahrung der Schluß gerechtfertigt, daß der "Prince Albert"-Tabak auch schon in weiter zurücklie-

gender Zeit in den beteiligten Verkehrskreisen einen gesicherten Ruf erlangt haben mußte, ohne den plötzliche Umsatzsteigerungen in dem festgestellten Ausmaße unter den dargelegten Umständen, namentlich ohne zusätzliche Werbeanstrengungen nicht erklärbar wären.

d) Bei der Beurteilung des Besitzstandes der Beklagten kann schließlich auch die Geltung der Tabakmarke "Prince Albert" im Ausland nicht völlig unberücksichtigt bleiben. Das Berufungsgericht hat allerdings keine näheren Feststellungen darüber getroffen, ob "Prince Albert", wie die Beklagte vorgetragen hat, bereits im Jahre 1910 in den USA eine der großen Marken der Tabakbranche gewesen ist und schon zur Zeit der Eintragung des Klagezeichens eine Weltmarke darstellte. Auch die Klägerin hat aber nicht ernstlich in Abrede gestellt, daß es sich bei dem Zeichen der Beklagten, eines weltbekannten Unternehmens, um eine außer halb Deutschlands seit langem sehr verbreitete und bedeutende Marke handelt. Die Schutzwürdigkeit des Besitzstandes, der durch den Gebrauch einer solchen Marke auf dem inländischen Markt entsteht, kann nicht nach den gleichen Grundsätzen beurteilt werden, wie sie bei einem erstmalig im Verkehr erscheinenden und noch nirgendwo bekannten Zeichen anzuwenden wären. In einer Zeit steigenden Weltverkehrs und zunehmender weltwirtschaftlicher Verflechtung stellt eine Kennzeichnung, die in zahlreichen Staaten, darunter in solchen von bedeutendem weltwirtschaftlichen Einfluß verbreitet ist, auch in einem Gebiet, in dem sie in begrenzterem Umfange benutzt wird, einen wettbewerblichen Wert dar, der für sonstige Kennzeichnungen erst durch eine umfangreichere Verwendung in diesem Gebiet geschaffen werden könnte. Dieser Umstand rechtfertigt es, dem Inhaber einer solchen Kennzeichnung auch dann einen schutzwürdigen Besitzstand zuzubilligen, wenn die Umsätze der darunter i

Inland vertriebenen Ware für sich allein hierfür vielleicht nicht ausreichen würden. Das gilt in ganz besonderem Maße für den Fall, daß der Kennzeichnung wie hier ein Recht aus einem bislang unbenutzten Zeichen entgegengehalten wird, für das überhaupt noch kein Besitzstand beansprucht werden kann. Gegenüber einem solchen nur formalen Zeichenrecht ist namentlich auch das Interesse des Inhabers der benutzten Kennzeichnung beachtlich, in dem Gebiet, in dem er noch weniger stark vertreten ist, weiterhin diese überall in der Welt verwendete Kennzeichnung gebrauchen und den darin verkörperten Werbewert dort ausnutzen zu können. Auch diese Überlegungen müssen dazu führen, den wettbewerblichen Besitzstand der Beklagten in Deutschland als schutzwürdig anzuerkennen.

3. Der Entstehung dieses Besitzstandes der Beklagten hat die Klägerin während einer Zeitdauer untätig zugesehen, die ihr jetzt erhobenes Unterlassungsbegehren als unzulässige Rechtsausübung erscheinen läßt. Die Klägerin hat zwar im Jahre 1927 gegen die damalige Zeichenanmeldung der Beklagten Widerspruch erhoben und die Eintragung des Zeichens "Prince Albert" zu jenem Zeitpunkt hierdurch verhindert. Sie hat es jedoch zugelassen, daß der tatsächliche Gebrauch des Zeichens in Deutschland damals und vor allem wieder in den zehn Jahren von 1949 bis zur Abmahnung fortgesetzt wurde, obwohl ihr als einer bedeutenden Herstellerin von Tabakerzeugnissen die Tatsache des Vertriebs des "Prince Albert"-Tabaks, die nach den schon erörterten Feststellungen des Berufungsgerichts zumal in den Fachkreisen, und zwar ganz besonders im engeren und weiteren Bereich des Geschäftssitzes der Klägerin bekannt war, nicht verborgen geblieben sein konnte.

Die Klägerin kann demgegenüber nicht damit gehört werden, sie habe diesen Vertrieb wegen seines mengenmäßig begrenzten Umfanges für belanglos gehalten. Es war für die Klägerin offenkundig, daß ein weltbekanntes Unternehmen wie die Beklagte bestrebt war, seine Stellung auf einem Markt, auf dem es einmal vertreten war, nicht nur zu erhalten, sondern ständig auszubauen. Mit Recht hat das Berufungsgericht weiterhin die Tatsache unterstrichen, daß die Klägerin der Anmeldung des Etikettzeichens der Beklagten mit dem beherrschenden Wortbestandteil "Prince Albert" im Jahre 1954 nicht mehr widersprochen, sondern die Eintragung dieses Zeichens widerspruchslos hat geschehen lassen. Dem Berufungsgericht ist beizutreten, wenn es ausgeführt hat, daß ein stärkeres Anzeichen für die Gleichgültigkeit des Inhabers eines älteren Zeichens kaum denkbar sei. Dabei kann hier auf sich beruhen, ob ein auf das formale Zeichenrecht der Klägerin gestützter Widerspruch gegen jene Anmeldung von 1954 angesichts der voraufgegangenen Entwicklung noch Erfolg hätte haben können. Jedenfalls hat die Beklagte damals unmißverständlich zu erkennen gegeben, daß sie beabsichtigte, für den Gebrauch ihrer tatsächlich schon seit langem verwendeten Kennzeichnung nun in Deutschland durch den bisher fehlenden formalrechtlichen Warenzeichenschutz endgültig eine gesicherte und dauerhafte Rechtsgrundlage zu schaffen. Wenn die Klägerin dann entgegen der Haltung, die sie im Jahre 1927 wenigstens gegenüber der Zeichenanmeldung der Beklagten immerhin noch eingenommen hatte, bis zum Jahre 1959 völlig untätig blieb, so durfte die Beklagte hierin eine Bestätigung dafür sehen, daß die Klägerin, wie schon aus der vorherigen Duldung des tatsächlichen Kennzeichengebrauchs entnommen werden konnte, ihren im Jahre 1927 vertretenen Standpunkt endgültig aufgegeben habe und ein

für alle Mal davon Abstand nehme, aus dem Klagezeichen Rechte gegenüber der "Prince Albert"-Kennzeichnung geltend zu machen.

Bei dieser Sachlage hat das Berufungsgericht es auch mit Recht für unerheblich erachtet, ob die Beklagte in früherer Zeit einmal damit gerechnet hat, daß sie durch ihren Kennzeichengebrauch das Zeichenrecht der Klägerin verletze. Dies ist im übrigen nach dem festgestellten Sachverhalt keineswegs sicher; denn da die Beklagte den "Prince Albert"-Tabak danach außerhalb Deutschlands schon seit 1907 vertreibt, da ihre Marke ferner auch in Deutschland schon vor der Eintragung des Klagezeichens zumindest nicht völlig unbekannt gewesen ist, und da die sich gegenüberstehenden Zeichen zudem gewisse, allerdings die Verwechslungsgefahr nicht ausschließende Abweichungen zeigen, wäre es durchaus denkbar, daß die Beklagte sich zum Gebrauch ihres Etikettenzeichens von Anfang an in gutem Glauben auch im Verhältnis zur Klägerin für berechtigt gehalten hat. Keinesfalls aber konnte gegen die Beklagte noch der Vorwurf der Unredlichkeit erhoben werden, als die Klägerin trotz ihres im Jahre 1927 erhobenen Widerstands gegen die damalige Zeichenanmeldung der Beklagten einerseits den weiteren Vertrieb des "Prince Albert"-Tabaks in Deutschland, namentlich seine Wiederaufnahme nach dem zweiten Weltkriege, stillschweigend hinnahm und andererseits keinerlei Anstalten traf, ihr eigenes Zeichen zu benutzen, welches sie vielmehr nur als Formalrecht fortbestehen ließ. Der schon in anderem Zusammenhang hervor gehobene Umstand, daß im Streitfalle dem tatsächlich benutzten und nach langjähriger Benutzung unwidersprochen als Warenzeichen eingetragenen Zeichen der Beklagten lediglich ein solches Formalrecht gegenübersteht, ist auch

für die Beurteilung der subjektiven Einstellung der Beklagten von entscheidender Bedeutung. Angesichts der Entwicklung seit dem Jahre 1927 konnte die Beklagte selbst bei Anwendung der größten von ihr zu verlangenden Sorgfalt nicht annehmen, daß die Klägerin noch einmal auf das Klagezeichen zurückgreifen werde, um sie am Gebrauch der Bezeichnung "Prince Albert" in Deutschland zu hindern.

Nach alledem würde es Treu und Glauben widersprechen, wenn die Beklagte ihren in Deutschland erworbenen, für sie wertvollen Besitzstand für das Zeichen "Prince Albert" aufgeben müßte. Dem Interesse der Beklagten, diesen Besitzstand zu erhalten und in Deutschland nicht anstelle des von ihr in ihren sonstigen Vertriebsgebieten benutzten Zeichens eine andere Kennzeichnung wählen zu müssen, steht kein schutzwürdiges Interesse der Klägerin gegenüber. Das Berufungsgericht hat hiernach den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch der Klägerin mit Recht als verwirkt angesehen und ihn aus diesem Grunde abgewiesen.

Bei der Beurteilung der noch in der Vorinstanz anhängigen, mit der Widerklage verfolgten Unterlassungs- und Löschungsansprüche der Beklagten wird das Berufungsgericht darüber hinaus prüfen müssen, ob die Klägerin für das 35 Jahre hindurch unbenutzte Klagezeichen, das im Verkehr ernstlich noch nicht in Erscheinung getreten ist, heute überhaupt noch ein Interesse an seiner Aufrechterhaltung und Benutzung in Anspruch nehmen kann (BGH GRUR 1957, 224, 225 - Odorex; vgl. auch GRUR 1957, 499, 500 - Wipp; 1963, 533, 534 - Windboy; 1965, 665, 667, 668 - Liquiderma). Dies kann auch dann zu verneinen sein, wenn das Klagezeichen nicht - was die Beklagte unter Angabe von Einzelheiten behauptet hat - schon von vornherein nur zu dem Zweck geschaf-

fen worden wäre, die Beklagte im Gebrauch ihrer Marke in Deutschland zu behindern, oder wenn es nicht zuträfe - was das Landgericht angenommen hat -, daß angesichts der Vorstellung, die der Verkehr sich aufgrund der Kenntnis des "Prince Albert"-Tabaks der Beklagten von einem unter dieser Bezeichnung angebotenen Rauchtobak macht, ein zukünftiger Gebrauch des Klagezeichens für einen Tabak der Klägerin sogar eine Täuschung im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 3 WZG und des § 3 UWG zur Folge haben würde. Dabei ist namentlich zu beachten, daß bei der Prüfung der Schutzwürdigkeit eines bloßen Vorratszeichens nicht nur das Interesse des Inhabers dieses Zeichens, sondern auch das des Verkehrs an der Freiheit der Zeichenwahl und insofern namentlich das Interesse des Inhabers einer verwechslungsfähigen Kennzeichnung zu berücksichtigen ist.

4. Für den Anspruch der Klägerin auf Löschung des im Jahre 1954 angemeldeten und darauf eingetragenen Zeichens der Beklagten gilt im Ergebnis nichts anderes. Allerdings ist der Revision zuzugeben, daß sich aus der Verwirkung des Unterlassungsanspruchs nicht ohne weiteres auch die des auf § 11 Abs. 1 Nr. 1 WZG gestützten Löschungsanspruchs ergibt, der nicht schon durch den tatsächlichen Gebrauch, sondern erst mit der Eintragung des angegriffenen Zeichens entstehen konnte. Der Umstand, daß das Berufungsgericht die beiden Ansprüche hinsichtlich der Verwirkung gleich behandelt hat, bedeutet indessen entgegen der Meinung der Revision nicht, daß das Berufungsurteil, soweit darin der Löschungsanspruch abgewiesen ist, nicht mit Gründen versehen sei (§ 551 Nr. 7 ZPO); vielmehr hat das Berufungsgericht den Löschungsanspruch ersichtlich schon deshalb als verwirkt angesehen, weil die Klägerin gegen die Anmeldung des Zeichens der Beklagten im Jahre 1954 nicht sofort vorgegangen ist, sondern zu ihrer ersten Abmahnung nochmals

mehr als 5 Jahre hat verstreichen lassen. Diese Zeit reichte aus, um den Verwirkungseinwand auch gegenüber dem Löschananspruch zu rechtfertigen. Abgesehen hiervon setzt der Löschananspruch aus § 11 Abs. 1 Nr. 1 WZG, wenn er wie hier aus einem unbenutzten formalen Zeichenrecht hergeleitet wird, voraus, daß dem Inhaber des unbenutzten Zeichens ein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung seines Zeichens auch gegenüber dem Inhaber des mit der Löschanklage angegriffenen Zeichens zugebilligt werden kann. Im Streitfalle fehlt es aber, wie dargelegt, an diesem Interesse. Mithin kann auf seiten der Klägerin auch kein rechtlich beachtlicher Benutzungswille für das Klagezeichen mehr anerkannt werden. Auch aus diesem Grunde muß die Löschanklage erfolglos bleiben.

IV. Die Revision der Klägerin gegen das Teilurteil des Berufungsgerichts war hiernach zurückzuweisen, ohne daß auf die weitergehende Rechtsverteidigung der Beklagten noch hätte eingegangen zu werden brauchen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Krüger-Nieland

Jungbluth

Sprenkmann

Alff

Simon