

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

WZG § 25

B l u n a z i t

Zur Frage der Verwechslungsgefahr und der Durchführung von Verkehrsbefragungen in Fällen, in denen sich Kennzeichnungen gegenüberstehen, die lediglich in einzelnen Bestandteilen übereinstimmen.

UWG § 1

Zur Frage des wettbewerbsrechtlichen Schutzes wertvoller Kennzeichnungsmittel gegen Beeinträchtigungen.

BGH, Urt. v. 12. Juli 1967 - Ib ZR 47/65 - OLG Köln

LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 47/65

URTEIL

Verkündet am
12. Juli 1967
Häge,
Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma S [REDACTED] Aktiengesellschaft, D [REDACTED], B [REDACTED]-
straße [REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand Gustav G.
H [REDACTED] und Bernhard W [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma B [REDACTED] GmbH, K [REDACTED], D [REDACTED]straße [REDACTED]/[REDACTED],
vertreten durch ihren Geschäftsführer F [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

- 2 -

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juni 1967 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkman, Alff und Dr. Simon

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Köln vom 10. Februar 1965 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien sind die beiden führenden Hersteller von Fruchtsaftgetränken in der Bundesrepublik. Die Klägerin bringt insbesondere ein Getränk unter dem Namen "Sinalco", die Beklagte ein Getränk unter dem Namen "Bluna" auf den Markt. Die Klägerin legt der Beklagten zur Last, diese verletze ihre zeichenrechtlichen Ausschließlichkeitsrechte an einem roten Punkt mit weißer Beschriftung in Verbindung mit Getränkeflaschen und handle zudem wettbewerbswidrig.

Außer dem seit 1905 für Limonaden, alkoholfreie Getränke, Mineralwasser u.a. eingetragenen Warenzeichen



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



"Sinalco" verfügt die Klägerin über weitere, für gleiche Waren eingetragene Wortbildzeichen, und zwar u.a. über das in schwarz-weiß eingetragene Zeichen Nr. 502 535, das aus einer Kreisscheibe mit einem weißen stilisierten Kelch und der schräg dazu angeordneten Inschrift "Sinalco" besteht, ferner über die Zeichen Nr. 656 962 und 683 717 (Flaschendarstellungen mit Sinalco-Emblemen) sowie das Zeichen Nr. 687 001, das eine schlanke, leicht taillierte Flasche aus farblosem gekörnten Glas mit senkrechter Riffelung an Flaschenhals und -fuß zeigt, auf der unterhalb des Halses Symbole entsprechend dem Zeichen Nr. 502 535, jedoch nunmehr auf rotem Grund mit schmalem weißem Rand, angeordnet sind. Flaschen dieser Art hat die Klägerin ferner im Jahre 1953 als Geschmacksmuster beim Amtsgericht Detmold hinterlegt (MR 952 und 955).

Seit 1953 verwendet die Klägerin für ihr naturtrübes gelbes Fruchtsaftgetränk Flaschen, die dem Zeichen 687 001 entsprechen und die das rote Sinalco-Emblem viermal in ringförmiger Anordnung aufweisen. Bei der vorher benutzten Aufmachung fehlte die rote Farbe auf den Emblemen. Die Verwendung von durchsichtigem Glas führt dazu, daß - zumindest bei der Standardflasche aus klarem Glas - der nicht von der roten Kreisfläche bedeckte Flaschenteil in gefülltem Zustand in gelber Farbe erscheint. Sowohl für die gesamte Aufmachung dieser Flaschen als auch für das Element einer roten Kreisscheibe mit weißer Beschriftung nimmt die Klägerin starke Ausstattungsrechte in Anspruch. Sie hat dazu in den Vorinstanzen vorgetragen, es seien viele Millionen Sinalco-Flaschen im Umlauf. Die Zahl der in den Verkauf gelangten Abfüllungen ihres Getränkes betrage mehr als eine Milliarde. In tausenden von Buntanzeigen in Zeitungen und Zeitschriften sei die Flasche mit dem roten Punkt abgebildet.

Hunderte von Millionen Lesern hätten diese Anzeigen zu Gesicht bekommen. Vor allem sei in der Werbung besonders eindringlich und einprägsam auf das Zeichen und auf den roten Punkt hingewiesen worden. Dabei habe sie u.a. folgende Werbesprüche benutzt: "Nur echt in der Sinalco-Flasche mit dem roten Punkt"; "Nur echt in der Rotpunkt-Flasche"; "Denk' daran, auf den roten Punkt kommt's an! Nicht irreführen lassen! Sinalco ist nur echt in der Rotpunkt-Flasche!". Diese Werbesprüche seien in den verschiedensten Zeitungen und Zeitschriften mit hohen Auflagen erschienen. Zugleich sei in einer großen Zahl von Lichtspieltheatern seit 1956 der Werbefilm "Der rote Punkt" gezeigt worden.

Die Beklagte hat seit 1952 das naturtrübe Fruchtsaftgetränk "Bluna" in grünen Spezialflaschen mit kropffartiger Erweiterung unterhalb der Flaschenöffnung auf den Markt gebracht. Sie hat mit dem Getränk einen Marktanteil erobert, der fast dem von der Klägerin mit ihrem Sinalcogetränk erreichten entspricht. Anfang 1961 begann sie in der Mineralwasserzeitung mit der Inseratwerbung für ein neues Getränk, nämlich eine kristallklare Limonade mit der Bezeichnung "Blunazit". Die für dieses Getränk verwendeten Flaschen gleichen in Form und Farbe des Glases der bisherigen Bluna-Flasche. Etwas unterhalb der Flaschenmitte erscheint in weißer Schrift das Wort "Blunazit", dessen durch besonders große Buchstaben hervorgehobener Wortteil "zit" von einer roten Kreisfläche umgeben ist. Blunazit ist erst in geringem Umfang auf dem Markt bekannt geworden.

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Beklagte verletze durch diese Aufmachung nicht nur ihre Warenzeichen-,

Ausstattungs- und Geschmacksmusterrechte, sondern näherte sich auch in wettbewerbswidriger Weise an ihre Rotpunkt-Kennzeichen an. Die Beklagte habe nach dem Krieg auf ihrer Bluna-Flasche zunächst neben der Bezeichnung ein auf der Spitze stehendes Viereck in weißer Farbe verwendet, das der Hervorhebung eines schwarzen Zweiges mit zwei orangefarbenen Orangen gedient habe. 1958 habe sie dann eine weitgehend veränderte Aufmachung herausgebracht, bei der das weiße Viereck weggefallen sei und die beiden Orangen mehr den Eindruck orangefarbener Punkte erweckt hätten. Nunmehr gehe die Beklagte zur Verwendung eines roten Punktes mit weißer Inschrift über, der das am stärksten ins Auge fallende Charakteristikum ihrer neuen Ausstattung sei.

Die Klägerin hat Klage erhoben mit dem Antrag,

der Beklagten unter Strafandrohung zu untersagen, eine Getränkeflasche (Limonadenflasche) in Verkehr zu bringen und ihren Abnehmern zu empfehlen, die dadurch gekennzeichnet sei, daß sie einen roten Punkt mit weißer Beschriftung aufweise.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, da eine rote Kreisfläche für sich allein nicht als Herkunftsmerkmal geeignet und ihre Verkehrsgeltung nicht erwiesen sei und da die beiderseitige weiße Beschriftung nach Form und Inhalt völlig verschieden sei.

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Berufung eingelegt. Sie hat ergänzend vorgetragen, das wettbewerbswidrige Vorgehen der Beklagten zeige sich auch darin, daß diese den für die Parteien arbeitenden Glashütten, von denen sie

auf die Schutzrechte der Klägerin hingewiesen worden sei, kurzerhand angedroht habe, ihnen auch die Aufträge für die Bluna-Flaschen zu entziehen, falls sie nicht die Blunazit-Flaschen in der gewünschten Form herstellen würden. Ferner hat die Klägerin für ihren Werbespruch "Denk' daran, auf den roten Punkt kommt's an" Schutz als Geschäftskennzeichen beansprucht.

Die Beklagte hat Zurückweisung der Berufung beantragt und zusammenfassend folgendes vorgetragen: Der rote Punkt innerhalb der Ausstattung der Klägerin sei für sich allein nicht kennzeichnend, da er sich nicht als Hinweis auf die Klägerin im Verkehr durchgesetzt habe. Der von der Klägerin behauptete Umfang ihrer Werbung sei nicht unbestritten und halte sich in einer für die Branche durchaus üblichen Größenordnung. Zudem werde die rote Kreisfläche auch von anderen Herstellern alkoholfreier Getränke in erheblichem Ausmaße benutzt, insbesondere in der Coca-Cola-Werbung; mehrere Millionen Flaschen mit roten Emblemen, vor allem der Marken "Oranka", "Tropi", "Serino", "Olympia" und "Vorlo" seien im Umlauf. Im übrigen fehle angesichts der erheblichen Unterschiede zwischen den beiderseitigen Ausstattungen und der Bekanntheit der Bluna-Flasche die Gefahr von Verwechslungen. Sie, die Beklagte, verfolge eine auf Selbständigkeit bedachte Unternehmenspolitik, die jede Anlehnung vermeide. Die rote Kreisfläche zur blickfangmäßigen Herausstellung des Wortbestandteils "zit" sei ihrem bereits 1935 eingetragenen "Bosco"-Zeichen entnommen worden, das u.a. eine aufrechtstehende Flasche enthalte, auf deren Etikett eine rote kreisrunde Fläche mit der Inschrift "Bosco" zu sehen sei. Ein Getränk mit dieser "Bosco"-Ausstattung vertreibe sie seit Jahrzehnten und führe sie auch heute noch in ihrem Vertriebsprogramm.

Die Klägerin räumt ein, daß auch andere Marken mit einem roten Emblem auf dem Markt seien, macht aber geltend, daß diese größtenteils einen weiteren Abstand von ihrer Ausstattung als die angegriffene Aufmachung hielten. Soweit im übrigen Verwechslungsgefahr bestehe, schreite sie ein. Zudem seien derartige Flaschen nur in geringem Umfang im Verkehr und könnten daher eine Verkehrs durchsetzung des roten Punktes nicht verhindern. Bei dem "Bosco"-Zeichen der Beklagten sei der beherrschende Hintergrund ein schwarzer Kreis, und lediglich auf der Flaschen- darstellung sei eine kleine rote Scheibe mit schwarzer Inschrift zu sehen. Die Beklagte habe ihr "Bosco"-Getränk im übrigen nur in der Vorkriegszeit und in den ersten Kriegsjahren in geringem Umfang vertrieben.

Das Oberlandesgericht hat nach Vernehmung eines Zeugen und Durchführung einer Marktbefragung die Berufung zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Klagebegehren kann nach Ansicht des Berufungsgerichtes nicht auf die Geschmacksmuster der Klägerin gestützt werden, die im Jahre 1953 in Gestalt von Sinalco-Flaschen mit und ohne roten Halsring hinterlegt worden sind. Da die Flaschen als solche bereits bekannt waren, erblickt die Klägerin das Neue und Eigentümliche ihrer Muster in der Anbringung roter Kreisflächen mit weißer

Beschriftung. Das Berufungsgericht läßt dahinstehen, ob die besondere Art der Anordnung von vier roten Kreisen im oberen Flaschenteil, die bei der angegriffenen Blunazit-Flasche nicht wiederkehrt, eine geschmacksmusterwürdige Leistung darstellt. Nicht schutzfähig sei jedenfalls die Verwendung eines roten Kreises mit weißer Inschrift auf Flaschen für sich allein; denn ein solches Etikett zu gestalten oder ein solches, in der Werbung und auf Verpackungen überall gebräuchliches Gestaltungsmittel auf einer Flasche anzubringen, gehöre zur alltäglichen Tätigkeit eines Werbesachbearbeiters.

Diese Ausführungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen und werden auch von der Revision nicht angegriffen.

II. Dem Berufungsgericht ist ferner darin beizutreten, daß die von der Klägerin geltend gemachten kennzeichenrechtlichen Ansprüche entscheidend von Art und Stärke der für die Klagekennzeichen erworbenen Verkehrsgeltung abhängen. Ließe man diese Verkehrsgeltung außer Betracht, dann könnten die eingetragenen Warenzeichen das Klagebegehren nicht rechtfertigen:

1. Das Zeichen Nr. 687 001, das die Abbildung einer Sinalco-Flasche wiedergibt, weist im wesentlichen folgende Merkmale auf: Die schlanke, leicht taillierte Flasche aus farblosem gekörnten Glas ist am Flaschenhals und -fuß mit einer senkrechten Riffelung versehen; unterhalb des Halses sind ringförmig vier rote Kreisschreiben mit weißem Rand, stilisiertem Kelch und der schräg dazu geführten Inschrift "Sinalco" angeordnet, von denen der Betrachter jeweils nur eine vollständig und im übrigen nur Ansätze erblicken

kann und die dementsprechend auf der Warenzeichenabbildung auch nur teilweise sichtbar sind.

Die angegriffene Blunazit-Flasche wäre mit dieser Merkmalskombination bei normaler Kennzeichnungskraft nicht verwechslungsfähig. Anders als in dem vom Senat entschiedenen Serino-Fall (GRUR 1965, 601) besteht schon keine Übereinstimmung in der mehrfachen Verwendung roter Etiketten. Ob allerdings umgekehrt darin, daß die Blunazit-Flasche nur einen roten Punkt, die Sinalco-Flasche hingegen vier solcher ringförmig nebeneinander angeordneter Punkte aufweist und daher im Unterschied zur Mehrzahl sonstiger Flaschen aus jedem Blickwinkel immer das gleiche Bild bietet, mit dem Berufungsgericht ein charakteristischer und einprägsamer Unterschied erblickt werden kann, erscheint schon deshalb nicht zweifelsfrei, weil der Betrachter auch bei der Sinalco-Flasche jeweils nur einen roten Punkt und lediglich die Ansätze der benachbarten erblickt und als Blickfang in sein visuelles Erinnerungsbild aufnimmt und weil im übrigen in der Rotpunkt-Werbung der Klägerin die Verwendung mehrerer roter Punkte nicht herausgestellt wird. Aber auch wenn man von diesem Umstand absieht, dann erschöpft sich die Übereinstimmung des Klagekennzeichens mit der angegriffenen Aufmachung doch darin, daß die Beklagte ebenfalls eine Flasche mit blickfangmäßiger roter Kreisfläche und weißer Beschriftung verwendet, während im übrigen die angegriffene Blunazit-Flasche erheblich von der Sinalco-Kennzeichnung abweicht, insbesondere in Flaschenform und -farbe, ferner im Einfluß des Schriftbildes auf die rote Kreisfläche und dem Wortbestandteil. Das verbleibende gemeinsame Merkmal ist aber nach den rechtsirrtumsfreien Ausführungen des Berufungsgerichtes von Haus aus nicht geeignet, trotz der erheblichen übrigen Unterschiede eine Verwechslungsgefahr zu begründen. Ob, wie das Berufungsgericht meint, eine rote

Kreisfläche mit weißer Beschriftung ihrer Art nach überhaupt keine Unterscheidungskraft besitzt, mag dahinstehen. Dem Berufungsgericht kann zumindest soweit gefolgt werden, daß ein solches Emblem seiner Natur nach allenfalls eine sehr geringe Kennzeichnungskraft besitzt und daher in seiner Wirkung auf den Verkehr hinter den übrigen Kennzeichenelementen zurücktritt; denn das Publikum ist nach den rechtsirrtumsfreien Ausführungen des Berufungsgerichtes durch die tägliche Werbepraxis daran gewöhnt, roten Kreisflächen in erster Linie eine Blickfangfunktion zur Hervorhebung von Inschriften beizumessen.

2. Die weiteren Warenzeichen der Klägerin vermögen das Klagebegehren erst recht nicht zu begründen. Entgegen der Ansicht der Revision ist eine Verwechslungsgefahr auch dann nicht zu befürchten, wenn man abweichend vom Berufungsgericht berücksichtigt, daß die Flasche des farbig eingetragenen Klagezeichens Nr. 656 962 einen leicht grünlichen Farbton aufweist und daß bei dem Zeichen Nr. 683 717 ebenso wie bei der angegriffenen Flasche in der unteren Flaschenhälfte lediglich ein einzelner roter Kreis sichtbar ist. Für Flaschen entsprechend diesen Darstellungen nimmt die Klägerin nicht einmal Verkehrsgeltung in Anspruch. Ohne eine solche Verkehrsgeltung und eine damit verbundene Stärkung der Kennzeichnungskraft kommt aber die Gefahr von Verwechslungen aus den bereits genannten Gründen keinesfalls in Betracht.

Zu dem weiteren in schwarz-weiß eingetragenen Zeichen Nr. 502 535, das keine Flasche, sondern lediglich einen Kreis mit der schräggestellten Inschrift "Sinalco" und dem stilisierten Kelch darstellt, führt das Berufungsgericht aus, dieses Zeichen habe als rote Kreisform überhaupt nur durch Verkehrsgeltung Schutzfähigkeit erlangen können.

Ohne Verbindung mit einer Getränkeflasche habe es aber schon mit Rücksicht auf die allgemein verbreitete und bekannte Coca-Cola-Werbung mit dem roten Kreis nicht zum Herkunftshinweis werden können. Diese von der Revision nicht angegriffenen Ausführungen lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Nach den weiteren rechtsirrtumsfreien Ausführungen des Berufungsgerichtes kann das Klagebegehren endlich auch nicht damit begründet werden, daß die Klägerin für ihren Werbeslogan "Denk' daran, auf den roten Punkt kommt's an" Schutz als Geschäftsabzeichen im Sinne des § 16 Abs. 3 UWG begehrt. Insoweit erhebt auch die Revision keine Angriffe.

III. Nach alledem hängt die Entscheidung über die kennzeichenrechtlichen Ansprüche der Klägerin davon ab, ob trotz der erwähnten Unterschiede und Umstände eine Verwechslungsgefahr deshalb zu befürchten ist, weil die Klägerin für die Aufmachung der Sinalco-Flasche und für das entsprechende Warenzeichen Nr. 687 001 starke Verkehrsgeltung erworben hat, die das Berufungsgericht rechtsirrtumsfrei als erwiesen feststellt und die nach anerkannter Rechtsprechung regelmäßig zu einer Steigerung der Verwechslungsgefahr führt (vgl. BGH GRUR 1965, 601 - Roter Punkt). Dabei ist es nicht Aufgabe des Gerichtes, die Tragweite der Verkehrsgeltung und den davon abhängigen Schutzzumfang der Klagekennzeichnung in einer für alle denkbaren Verletzungsfälle gültigen Weise generell zu definieren. Vielmehr ist lediglich zu prüfen, ob im Hinblick auf eine bestimmte, im Klageantrag noch konkreter als bisher zu bezeichnende Kennzeichnung eine Verwechslungsgefahr befürchtet werden muß (vgl. das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil Ib ZR 54/66 vom 23. Juni 1967 - Maggi m.w.Nachw.). Diese

Prüfung und insbesondere die damit verbundenen tatsächlichen Feststellungen erweisen sich mitunter als schwierig, wenn, wie im Streitfall, Kennzeichnungen einander gegenüberstehen, die sich beiderseits aus mehreren Bestandteilen zusammensetzen. Es sind alsdann mehrere Möglichkeiten denkbar (vgl. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9. Aufl., Anm. 53 zu § 31 WZG; ferner BGH GRUR 1963, 423, 426 - coffeinfrei):

1. Weisen bei einer zusammengesetzten Klagekennzeichnung nur alle Bestandteile in ihrem Zusammenspiel auf die Kennzeicheninhaberin hin, dann kommt es darauf an, ob die angegriffene Kennzeichnung mit dieser Gesamtkombination verwechslungsfähig ist. Diesen Fall hat ersichtlich das Berufungsgericht vor Augen, soweit es die Klageabweisung mit mangelnder Verwechslungsgefahr begründet. Denn es führt zunächst aus (S. 13 BU), daß die Beweisaufnahme lediglich die Verkehrsdurchsetzung der Gesamtausstattung der Sinalco-Flasche erwiesen habe, bei welcher der Verkehr in erster Linie die eigenwillige Gestaltung der Flaschenform in Verbindung mit der typisch gelben Farbe des Inhaltes in sein Bewußtsein aufgenommen habe und als Folge der Werbung allenfalls die eigenartige Anordnung von vier roten Etiketten um den oberen Teil der Flaschen. Bei den späteren Erwägungen zur Verwechslungsgefahr (S. 21 BU) geht dann das Berufungsgericht wiederum davon aus, daß die Werbung der Klägerin auf ihre Standard-Flaschen abgestellt sei, die nicht einen, sondern vier rote Punkte enthalten, daß die Vorstellung der Rotpunkt-Flaschen mit einer bestimmten Flaschenform verknüpft sei und daß gerade im Zusammenwirken der vier im oberen Flaschenteil befindlichen Punkte das einprägsame Merkmal der Rotpunkt-Flasche liege. Sofern dieser

Ausgangspunkt zutreffen würde, wäre die weitere Folgerung des Berufungsgerichts, daß mit dieser Gesamtkombination die angegriffene Ausstattung der Blunazit-Flasche nicht verwechslungsfähig ist, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Zu Recht hat es das Berufungsgericht dabei als wesentlich angesehen, daß die angegriffene Flasche der im Verkehr verbreiteten, eigenwillig gestalteten Bluna-Flasche in Form und Farbe völlig gleicht; denn die Verwendung eines solchen im Verkehr bereits bekannten und daher besonders kennzeichnungskräftigen Merkmals hat erfahrungsgemäß zur Folge, daß es die Wirkung sonstiger Merkmale zurückdrängt.

2. Bei zusammengesetzten Klagekennzeichnungen können indes nicht nur sämtliche Merkmale in ihrer Gesamtkombination sondern in deren Rahmen auch einzelne Bestandteile eine Hinweisfunktion ausüben, sei es daß diese als besonders kennzeichnend die Gesamtkombination beherrschen, sei es daß sie durch besondere Maßnahmen in das Bewußtsein des Verkehrs gerückt worden sind. Kehrt ein solcher Bestandteil in einer ebenfalls zusammengesetzten angegriffenen Kennzeichnung wieder, dann ist eine Verwechslungsgefahr dann gegeben, wenn das fragliche Merkmal trotz seiner Einfügung in die abweichende Gesamtkombination beim flüchtigen Durchschnittsverbraucher die Erinnerung an das ältere Gegenzeichen wachruft und nicht in der angegriffenen Gesamtkombination untergegangen ist (vgl. BGH GRUR 1966, 499 - Merck m.w.Nachw.). Sind, wie im Streitfall, die abweichenden Bestandteile der angegriffenen Aufmachung ihrerseits besonders kennzeichnungskräftig und sollte dadurch die Gefahr unmittelbarer Verwechslungen in engerem Sinne der betrieblichen Herkunftsverwechslung ausgeräumt werden, dann wird insbesondere zu prüfen sein, ob ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs aus der gemeinsamen Verwendung

des übereinstimmenden Bestandteils auf irgendwelche Zusammenarbeit schließt (Verwechslungsgefahr in weiterem Sinne).

Die Ausführungen des Berufungsgerichtes, mit denen es diese zweite Möglichkeit verneint, halten einer rechtlichen Nachprüfung nicht in allen Teilen stand.

a) Das Berufungsgericht stellt seine Ausführungen seinerseits unter den Gesichtspunkt des "Elementenschutzes". Entsprechend der nicht hinreichend konkretisierten Fassung des Klageantrages, mit dem die Klägerin allgemein die Verwendung solcher Getränkeflaschen (Limonadenflaschen) beanstandet, die einen roten Punkt mit weißer Beschriftung aufweisen, untersucht es, ob der Klägerin an diesem Merkmal kraft Verkehrsgeltung selbständiger Schutz zustehe. Ein derartiger Elementenschutz sei, so legt es im einzelnen dar, durch die in zwei Teilen durchgeführte Verkehrsbefragung nicht bestätigt worden.

Der erste Teil dieser Befragung, der Sinalco-Test, bei dem den Befragten eine neutralisierte gelbe Sinalco-Flasche mit roten Emblemen und weißen Strichen an Stelle der Beschriftung vorgezeigt worden war, konnte nach der insoweit zutreffenden Ansicht des Berufungsgerichtes nicht geeignet sein, die Verkehrsdurchsetzung des Elementes eines roten Punktes mit weißer Beschriftung für sich allein nachzuweisen. Denn es war nicht auszuschließen, daß die Antworten in erheblichem Umfang durch den aus Flaschenform, Flaschenfarbe und roten Kreisen, also durch mehrere kennzeichnungsfähige Elemente bestimmten Gesamteindruck der vorgezeigten Flaschen beeinflußt wurde. Es kann allerdings nicht der ausführlich begründeten Meinung des Berufungsgerichtes gefolgt werden, die Klägerin habe die mangelnde Eignung dieser

Befragung selbst zu vertreten. Denn wenn das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen einen Sachverständigen als Gehilfen benötigt und beizieht, dann kann es zwar von den Parteien Anregungen für die Beweisaufnahme entgegennehmen, ist aber an eine Einigung der Parteien nicht gebunden, sondern hat auf die Auswahl der entscheidungserheblichen Beweisfragen selbst zu achten.

Das Berufungsgericht legt sodann weiter dar, daß der an sich geeignete zweite Teil der Befragung, der Bluna-Test, bei dem den Befragten eine neutralisierte grüne Bluna Flasche mit rotem Etikett und weißen Strichen an Stelle der Beschriftung vorgelegt worden war, habe für die behauptete Verkehrsgeltung des roten Punktes auf einer Flasche nicht den geringsten Anhaltspunkt ergeben. Von den Testpersonen hätten auf die beiden wesentlichen ersten Fragen, was ihnen nach dem vorgezeigten Bild auf einer Flasche mit safthaltigem Erfrischungsgetränk in den Sinn komme und an welche Marke sie gegebenenfalls dächten, insgesamt nur 7 % des Gesamtpublikums und 8 % derjenigen, die häufiger bzw. gelegentlich solche Getränke kauften, Sinalco genannt. Daß dem roten Punkt keinerlei Herkunftsfunktion zukomme, werde vollends klar, wenn man bei der Würdigung dieser Zahlen noch die sogenannte Konfusionsrate berücksichtige, daß nämlich erfahrungsgemäß ein Teil der Befragten nicht aufgrund einer an bestimmte Merkmale anknüpfenden Herkunftsvorstellung antworte, sondern rate und die einzige ihm bekannte Marke nenne, und wenn man weiter die sonstigen Fehlnennungen in Rechnung stelle, daß nämlich vom allgemeinen Publikum neben der zu 7 % erfolgten Nennung von Sinalco weitere 6 % Coca-Cola und 5 % Fanta angegeben hätten und von den Fruchtsaftverbrauchern neben dem 8 % Sinalco nennenden Teil weitere 5 % auf Coca-Cola und 6 % auf Fanta

hingewiesen hätten. Dieses Ergebnis werde durch die Antworten auf die weiteren Fragen und auf einen Teil der Fragen des Sinalco-Tests, mit dem sich das Berufungsgericht noch näher befaßt, vollauf bestätigt.

b) Die Angriffe der Revision gegen diese Ausführungen geben Anlaß, vorab auf folgendes hinzuweisen: Verkehrsbefragungen erscheinen vor allem dann als brauchbares Beweismittel, wenn sie lediglich auf die Widerspiegelung eines bei den Befragten bereits vorhandenen Wissens gerichtet sind (BGH GRUR 1965, 317, 320 - Kölnisch Wasser; 1966, 445, 448 - Glutamal; ferner das zur Veröffentlichung bestimmte Urteil Ib ZR 18/65 vom 3. Mai 1967 - badedas), beispielsweise auf die Feststellung, wie bekannt die Sinalco-Ausstattung in ihrer im Verkehr tatsächlich benutzten Form ist. Demgegenüber liegt die Besonderheit des Streitfalles in dem schon erwähnten doppelten Problem, daß einerseits ermittelt werden soll, ob der Verkehr einen bestimmten Bestandteil eines Kombinationszeichens als kennzeichnend für die Klägerin ansieht, und daß andererseits dieser Bestandteil auch bei der angegriffenen Ausstattung mit weiteren kennzeichnungskräftigen Elementen kombiniert ist und daher zu prüfen ist, ob der Bestandteil trotz Einfügung in die abweichende Ausstattung der Beklagten weiterhin auf die Klägerin hinweist. In solchen Fällen haben Verkehrsbefragungen nur einen begrenzten Wert, wie der Senat bereits in dem zur Veröffentlichung bestimmten Urteil Ib ZR 54/66 vom 23. Juni 1967 - Maggi ausgeführt hat. Verschiedentlich wird so vorgegangen, wie es das Berufungsgericht ursprünglich im ersten Teil seiner Befragung vorgesehen hatte, daß nämlich der fragliche Bestandteil für sich allein (jedoch tunlichst auf einer nach Form, Farbe und Beschriftung neutralisierten Fruchtsaftflasche) vorgezeigt und dabei getestet wird, ob und welche

Anhaltspunkte auch für den weiteren Teil der entscheidungsrechtlichen Problematik lassen sich in begrenztem Umfang dann gewinnen, wenn man so verfährt, wie es das Berufungsgericht unter Absprache mit den Parteien und dem Sachverständigen im Bluna-Fest getan hat, indem nämlich den Befragten die angegriffene Ausführung vor Augen geführt wird. Dieses zweite Verfahren ist nicht schon deshalb als rechtsfehlerhaft zu beanstanden, weil es zugleich gewisse Anhaltspunkte für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr liefert, die als solche eine Rechtsfrage und daher nicht abschließend mittels einer Beweisaufnahme feststellbar ist (vgl. etwa BGH GRUR 1960, 130, 133 - Sunpearl II). Vielmehr erscheint auch diese Art der Prüfung nach der zutreffenden Auffassung des Berufungsgerichtes schon deshalb vertretbar, weil sich die Hinweiskwirkung eines einzelnen Bestandteiles dann besonders deutlich zeigen wird, wenn er nicht im Rahmen der gebotenen Ausstattung, sondern im Zusammenhang mit anderen Merkmalen erscheint, und weil das Klagebegehren, wie erwähnt, voraussetzt, daß der Rotpunkt auch noch in Verbindung mit

der speziellen angegriffenen Ausführung auf die Klägerin hinweist. Eine Pflicht des Tatrichters, auf jeden Fall den ersten Weg zu beschreiten, der generell Anhaltspunkte für das Ausmaß der Verkehrsgeltung und den dadurch bestimmten Schutzzumfang eines Zeichens liefert, kann nicht anerkannt werden. Denn Sinn und Zweck einer Beweisaufnahme in einem konkreten Rechtsstreit ist lediglich die Feststellung, ob eine zur Entscheidung dieses Rechtsstreits ausreichende und erforderliche Verkehrsgeltung erwiesen ist.

c) Bei der Auswertung des an sich brauchbaren Bluna-Tests hat das Berufungsgericht jedoch die bereits in der erwähnten Maggi-Entscheidung dargelegte begrenzte Bedeutung der Ergebnisse eines solchen Verfahrens verkannt: Die Zahl derjenigen Befragten, die die vorgezeigte angegriffene Ausstattung dem Inhaber der Klagekennzeichnung zuschreibt, bedeutet nämlich in Fällen der vorliegenden Art nicht notwendig, daß das übereinstimmende Element lediglich in diesem Umfang Verkehrsgeltung zugunsten der Klägerin genießt und daß dann, wenn sich eine nennenswerte Zahl der Befragten überhaupt nicht erinnert, diesem Element jegliche Hinweiswirkung fehlt. Ist der fragliche Bestandteil, wie im Streitfall, in der angegriffenen Aufmachung mit weiteren kennzeichnungskräftigen und sogar unstreitig verkehrsbekannten Bestandteilen kombiniert, dann wäre selbst bei einem völlig "negativen Ergebnis offen geblieben, ob und in welchem Umfang die Klägerin nicht gleichwohl Verkehrsgeltung für den fraglichen Bestandteil genießt und ob diese beispielsweise ausreichen würde, bei Verwendung minder kennzeichnungskräftiger Zusatzelemente eine Verwechslungsgefahr im engeren Sinne zu begründen. Umgekehrt kann die Zahl der "positiven" Stimmen bereits ein Fingerzeig dafür sein, daß das

übereinstimmende Merkmal derart stark auf die Klägerin hinweist, daß in diesem Umfang über die bloße Gefahr von Verwechslungen im engeren Sinne hinaus sogar tatsächliche Verwechslungen eintreten. Vor allem aber ist zu beachten, daß auch dann, wenn die Befragten die vorgezeigte Flasche bei Anbringung der Bezeichnung "Blunazit" zutreffend der Beklagten zuschreiben, lediglich festgestellt werden kann, daß der Verkehr keiner Verwechslungsgefahr im engeren Sinne der betrieblichen Herkunftsverwechslung ausgesetzt ist. Es bleibt dann aber gerade bei Kennzeichnungen mit starker Verkehrsgeltung immer noch zu prüfen, ob ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs aus der übereinstimmenden Verwendung des strittigen Merkmals einer Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne unterliegt.

Es ist somit eine rechtfehlerhafte Verkennung des Beweisergebnisses, wenn das Berufungsgericht aus den Antworten auf die beiden ersten Fragen des Bluna-Tests herleiten will, daß sich für die behauptete Verkehrsdurchsetzung des roten Punktes nicht "der geringste Anhaltspunkt" ergeben habe. Die ermittelten Prozentsätze von 7 bzw. 8 % der Befragten, die trotz der vorgezeigten unstreitig verkehrsbe- kannten Bluna-Ausstattung an Sinalco dachten (vgl. auch die Beispiele wörtlicher Nennungen S. 5 des Bluna-Berichtes) deuteten vielmehr darauf hin, daß in diesem Umfang bereits tatsächliche Verwechslungen im engeren Sinne in Betracht zu ziehen waren. Dies kann in der Revisionsinstanz freilich schon deshalb nicht abschließend beurteilt werden, weil neben der vom Berufungsgericht erwähnten Konfusionsrate weiterhin zu berücksichtigen wäre, daß infolge der Neutralisierung der angegriffenen Aufmachung der Wortbestandteil "Blunazit" und damit ein nicht unwesentliches weiteres Unterscheidungsmerkmal der angegriffenen Ausführung in ihrer tatsächlich benutzten Gestalt entfiel.

Die Revision rügt ferner zu Recht, daß das Berufungsgericht - in der irrigen Annahme, daß nach dem Beweisergebnis bereits die erforderliche Verkehrsgeltung fehle - überhaupt nicht erörtert hat, ob ein nicht unerheblicher Teil der Befragten zumindest einer Verwechslungsgefahr in dem weiteren Sinn unterlag, daß aus der beiderseitigen Verwendung des in der Werbung der Klägerin herausgestellten roten Punktes auf das Bestehen von wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Herstellern von Sinalco und des neuen Getränkes geschlossen wurde. Dafür sprechen die Antworten auf die dritte Frage des Bluna-Tests: "Denken Sie zufällig dabei noch an andere Marken? An welche Marken?" Denn auf diese Frage nannten mit Abstand die meisten, nämlich 13 % des allgemeinen Publikums und 15 % der Fruchtsaftverbraucher, Sinalco. Für diese Nennung könnte die Erklärung naheliegen, daß sie unter dem Einfluß der gezielten Rotpunkt-Werbung der Klägerin und unter Erinnerung an das rote Emblem auf Sinalco Flaschen erfolgten. Ob diese Erklärung allerdings tatsächlich zutrifft, kann in der Revisionsinstanz schon deshalb nicht überprüft werden, weil versäumt wurde, bei dem Bluna-Test nach dem Grund der Nennung zu fragen. Bei der Auswertung der Antworten wäre andererseits nach der insoweit zutreffenden Ansicht des Berufungsgerichtes zu berücksichtigen, daß diese dritte Frage keine spontanen Antworten auslöste, sondern mehr zum Nachdenken und zur intensiven, bewußten Erinnerung veranlaßte, daß sich aber im Alltagsverkehr die Herkunftsvorstellung des flüchtigen Beschauers nicht durch derartige Denkprozesse bildet und daß ferner auf eine ähnliche dritte Frage des Sinalco-Testes ein entsprechend hoher Teil der Befragten umgekehrt Bluna nannte.

Nach alledem rechtfertigt das Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme noch keine Abweisung der kennzeichenrechtlichen Ansprüche der Klägerin. Die entscheidungserheblichen

Fragen, ob das übereinstimmend benutzte Merkmal einer roten Kreisfläche mit weißer Beschriftung auf Limondadenflaschen derart kennzeichnend für die klägerische Ausstattung ist, daß es auch nach Einfügung in die abweichende Gesamtkombination der Beklagten die Erinnerung an das Klagezeichen wachhält oder doch zumindest die Gefahr mittelbarer Verwechslungen begründet, kann aber auch nicht mit den weiteren allgemeinen Erwägungen des Berufungsgerichtes verneint werden. Dem Berufungsgericht kann zwar darin gefolgt werden, daß dann, wenn ein von Haus aus nicht kennzeichnungskräftiges und in der Werbung allgemein gebräuchliches Blickfangmittel als Herkunftshinweis durchgesetzt werden soll, im Hinblick auf das Freihaltebedürfnis der Mitbewerber ein strenger Maßstab anzulegen ist. Mit Recht bemängelt aber die Revision die weitere Erwägungen des Berufungsgerichtes, der Klägerin habe es trotz ihrer umfangreichen, vornehmlich auf den Begriff der Rotpunkt-Flasche abgestellten Werbung um so weniger gelingen können, Elementenschutz für einen roten Punkt zu erlangen, als ihre Werbung sich auf die mitabgebildete Sinalco-Flasche beziehe, in der nach Angaben der Klägerin jährlich ca. 125 Millionen Füllungen auf dem Markt erschienen seien. Es gehört zum Wesen eines Bestandteils, daß er nicht als isoliertes Element, sondern in aller Regel immer nur im Rahmen einer Gesamtkombination in Erscheinung tritt. Erlangt aber diese Gesamtkombination starke Verkehrsgeltung, dann kann selbst ein ursprünglich schwacher Bestandteil für den Verkehr namentlich dann kennzeichnend werden, wenn er blickfangmäßig herausgestellt und durch eine gezielte Begleitwerbung hervorgehoben wird (vgl. auch BGH GRUR 1956, 179, 181 - Ettaler Klosterlikör).

Ob diese Voraussetzung im Einzelfall gegeben ist, hängt allein von der tatsächlichen Auffassung des Verkehrs ab.

Erweist sich eine Meinungsbefragung zur Ermittlung dieser Verkehrsauffassung aus den erörterten Gründen als unzureichend, dann müssen die erforderlichen tatrichterlichen Feststellungen unter Würdigung des wettbewerblichen Gesamtatbestandes auf andere Weise getroffen werden. Wesentliche Umstände sind dabei neben Eigenart und Auffälligkeit des übereinstimmenden Merkmals der Umfang, in dem die klägerische Ausstattung auf dem Markt erschienen ist, und insbesondere das Ausmaß der begleitenden Rotpunkt-Werbung mit ihrem Hervorhebungseffekt, sowie eine etwaige Mitverwendung des strittigen Merkmals durch dritte Mitbewerber. Von Bedeutung kann auch sein, wie fachkundige Beteiligte die Übernahme eines roten Punktes mit weißer Beschriftung für Limonadenflaschen einschätzen, so daß gegebenenfalls der Behauptung der Klägerin über die Bedenken der für die Parteien arbeitenden Glashütten nachzugehen wäre. Zu all diesen Umständen hat das Berufungsgericht bislang noch keine tatsächlichen Feststellungen getroffen.

IV. Da sonach über die kennzeichenrechtlichen Ansprüche der Klägerin noch nicht abschließend entschieden werden kann, bleibt weiter zu prüfen, ob Ansprüche aus § 1 UWG durchgreifen können, die die Klägerin wiederholt als Schwerpunkt des Rechtsstreites bezeichnet hat. Daß auch außerhalb des Zeichen- und Ausstattungsschutzes die Nachahmung fremder Kennzeichnungsmittel oder die Annäherung an diese unlauter sein kann, hat der erkennende Senat erneut in dem erwähnten Serino-Fall (GRUR 1965, 601, 605; vgl. auch Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 9. Aufl., Anm. 126 ff zu § 25 WZG) klargestellt, was freilich nicht dahin mißverstanden werden darf, daß auf dem Weg über § 1 UWG erweiterte "Ersatz-Ausschließlichkeitsrechte" begründet werden könnten (vgl. BGH GRUR 1967, 315, 317 - skai cubana).

1. Der Vorwurf wettbewerbswidrigen Verhaltens setzt nach der insoweit rechtsirrtumsfreien Ansicht des Berufungsgerichtes das Vorliegen besonderer erschwerender Begleitumstände voraus. Derartige Umstände seien - so führt das Berufungsgericht aus - nicht vorhanden. Eine Rufausbeutung mittels Irreführung scheide schon wegen fehlender Verwechslungsgefahr aus. Für ein verstecktes Anleihen durch planmäßiges Heranschleichen an die Rotpunktausstattung fehlten Anhaltspunkte. Daran könne die Beklagte, die innerhalb der letzten zwölf Jahre eine der Klägerin annähernd gleichkommende Marktstellung erobert habe, auch kein Interesse haben. Die Beklagte habe denn auch die Blunazit-Aufmachung eindeutig an ihre eigene Bluna-Ausstattung angelehnt, wobei sie nach den glaubwürdigen Aussagen des vernommenen Zeugen bezüglich des roten Blickfanges auf ein Element ihres seit 1935 eingetragenen und damals auch benutzten Zeichens "Bosco" zurückgegriffen habe.

Diese Beurteilung des Berufungsgerichtes kann schon deshalb nicht aufrecht erhalten werden, weil - wie erörtert die Frage der kennzeichenrechtlichen Verwechslungsgefahr noch nicht abschließend geklärt ist. Im übrigen mag zwar den im wesentlichen tatrichterlichen Ausführungen darüber, daß für den Vorwurf einer bewußten Annäherung an fremde Kennzeichnungsmittel ausreichende Anhaltspunkte fehlen, beizutreten sein. Eine der Besonderheiten des Streitfalles liegt aber darin, daß gerade der Umstand, der gegen den Vorwurf der Anlehnung spricht, nämlich die Bedeutung der Beklagten und die Einfügung des strittigen Elementes in eine verkehrsbekannte Aufmachung, dazu führen könnte, daß die Mitverwendung eines roten Punktes mit weißer Beschriftung auf Getränkeflaschen unter einem anderen Gesichtspunkt als wettbewerbswidrig zu beurteilen wäre. Das Berufungsgericht deutet selbst an, daß ein Verstoß gegen § 1 UWG

auch dann in Betracht kommen könnte, wenn die Beklagte den Erfolg der Werbung der Klägerin in sittenwidriger Weise zunichte mache, setzt sich jedoch mit dieser Möglichkeit nicht näher auseinander. Gerade hier liegt aber im Streitfall einer der Schwerpunkte, dem freilich bereits weitgehend dadurch Rechnung getragen werden kann, daß die Rechtsprechung gerade auch wertvolle Kennzeichnungsmittel mit Hilfe eines weit gefaßten Begriffes der mittelbaren Verwechslungsgefahr im wesentlichen gegen Beeinträchtigungen schützt (vgl. auch BGH GRUR 1963, 423, 428 - coffeinfrei):

Wenn auch das Berufungsgericht keine ins einzelne gehenden Feststellungen über den Umsatz der Klägerin und den Umfang ihrer Werbung getroffen hat, so stellt es doch auf Grund des Akteninhalts fest, daß die Klägerin eine "umfangreiche, vornehmlich auf den Begriff der Rotpunkt-Flasche abgestellte Werbung" betrieben hat. In der Revisionsinstanz ist daher davon auszugehen, daß der strittige Bestandteil infolge dieser gezielten Werbung zu einem kennzeichnungskräftigen Merkmal der bekannten Sinalco-Ausstattung geworden ist. Der Erfolg dieser Werbung wäre aber entwertet, wenn die Klägerin es hinnehmen müßte, daß auch die Beklagte für ein gleiches Erzeugnis Flaschen mit rotem Punkt und weißer Beschriftung verwenden dürfte. Der Beklagten mag es vielleicht gelingen, der Gefahr von Verwechslungen dadurch entgegen zu wirken, daß sie das strittige Merkmal mit ihrer unstreitig verkehrsbekannten Bluna-Ausstattung kombiniert. Wenn aber erst einmal die Beklagte als eine der führenden Getränkehersteller das strittige Merkmal mitbenutzt, dann würde dadurch die individualisierende Hinweiswirkung des Elementes derart geschwächt, daß künftig die Klägerin auch Dritte an einer Mitbenutzung kaum mehr hindern könnte, und

zwar selbst dann nicht mehr, wenn diese Dritten weniger kennzeichnungskräftige Zusatzelemente als die Beklagte verwenden würden und nach dem derzeitigen Stand aussichtsreich wegen kennzeichenrechtlicher Verwechslungsgefahr oder unlauterer Anlehnung belangt werden könnten. In der mehrfach erwähnten Maggi-Entscheidung ist dem Tatrichter für einen ähnlich gelagerten Sachverhalt aufgegeben worden, mit den Parteien die Frage zu erörtern, ob und unter welchen Voraussetzungen eine solche Gefährdung wertvoller Kennzeichnungsmittel noch als lauterer Wettbewerb hingenommen werden kann. Im Streitfall wird beispielsweise zu erörtern sein, ob die Mitverwendung des strittigen Merkmals dann als wettbewerbswidrige Beeinträchtigung zu würdigen wäre, wenn es weiterhin zutreffen sollte, daß die Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes nicht unbedingt auf einen roten Punkt für ihre Blunazit-Ausstattung angewiesen war, sondern beispielsweise auch einen gelben hätte wählen können, was nach Ansicht der Klägerin sogar besonders nahe liegt, weil Blunazit eine Limonade mit Zitronengeschmack sei. Ein Verzicht auf einen roten kreisrunden Blickfang wäre für die Beklagte allerdings dann unzumutbar, wenn er beispielsweise als Bestandteil des alten Bosco-Zeichens bereits eine gewisse Bekanntheit zu ihren Gunsten erlangt und die Beklagte daher ein Interesse daran gehabt hätte, bei ihrer neuen Ausstattung daran anzuknüpfen. Das wird jedoch weder vom Berufungsgericht festgestellt, noch von der Beklagten behauptet. Das Berufungsgericht geht gerade im Gegenteil im Einklang mit den Ausführungen der Beklagten davon aus, daß es sich um ein alltägliches, im Gemeingebrauch stehendes Element handle, das im übrigen in dem eingetragenen Bosco-Zeichen nicht nur eine schwarze Beschriftung aufweist, sondern auch neben dem beherrschenden schwarzen Kreis stärker in den Hintergrund tritt als bei der angegriffenen Blunazit-Aufmachung. Die vom Berufungsgericht

hervorgehobenen Bedenken gegen eine Monopolisierung eines solchen Elementes gebieten es gerade nicht, der Beklagten unter Beeinträchtigung der Belange der Klägerin die warenzeichenmäßige Mitbenutzung eines solchen Elementes zu gestatten. Der etwaige Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit würde ferner hinfällig, wenn die Klägerin ohnehin die kennzeichenmäßige Mitbenutzung eines roten Kreises auf Getränkeflaschen durch Dritte in einem ins Gewicht fallenden Umfang hinnehmen müßte oder dulden würde und der Vorwurf, die Beklagte mache einen wertvollen Kennzeichenbestandteil der Klägerin zunichte, daher nicht mehr durchgreifen könnte. Insoweit beruft sich die Beklagte auf die Marken Serino, Oranka, Tropi, Olympia und Vorlo, die nach Angaben der Klägerin sämtlich erst später als die Klagekennzeichnung in Benutzung genommen worden sind und teils ebenfalls von der Klägerin angegriffen werden (vgl. die erwähnte Serino-Entscheidung des Senates), teils einen erheblich größeren Abstand halten sollen als die beanstandete Aufmachung. Dem Senat ist eine abschließende Beurteilung dieser Frage schon deshalb nicht möglich, weil das Berufungsgericht über Art und Bedeutung dieser Entgegenhaltungen noch keine Feststellungen getroffen hat.

2. Sollten weder kennzeichnungsrechtliche noch die bislang erörterten wettbewerblichen Ansprüche durchgreifen, dann läßt sich das Klagebegehren entgegen der Ansicht der Revision nicht schon damit begründen, daß die Beklagte in ihren Anzeigen in der Mineralwasser-Zeitung das gleiche leuchtende Signalrot benutzt habe, wie es in der Sinalco-Werbung und Aufmachung verwendet werde. Sofern darin eine Unlauterkeit zu erblicken sein sollte, müßte der Klägerin anheimgestellt werden, diesen Umstand mit einem darauf abgestellten Klageantrag gesondert anzugreifen.

Nach alledem war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Krüger-Nieland

Pehle

Sprenkmann

Alff

Simon