

45

BUNDESGERICHTSHOF

2048 026

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 61/65

URTEIL

Verkündet am

1. Dezember 1967
Oechsler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma M [REDACTED] Peter M [REDACTED], K [REDACTED],
Alleininhaber Peter M [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma A [REDACTED] AG, M [REDACTED], T [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Dezember 1967 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkmann, Dr. Simon und Prof. Dr. Bökelmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 11. Februar 1965 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien vertreiben Kondensmilch in Dosen. Die Klägerin benutzte beim Vertrieb ihrer unter dem Zeichen "Bärenmarke" bekannten 10 %igen Kondensmilch nachfolgendes Etikett, das in einer im wesentlichen gleichkommenden farbigen Gestaltung in den Jahren 1937 und 1957 als Warenzeichen eingetragen wurde:

- 3 -

Seit Frühjahr 1961 benutzt die Klägerin das Zeichen in folgender Form:

Zugunsten der Beklagten ist das folgende, am 5. Juli 1960 angemeldete Warenzeichen für 10 %ige Kondensmilch eingetragen worden:

Ein Zeichen entsprechend dieser Eintragung ist von der Beklagten nicht benutzt worden. Vielmehr hat sie für ihre 10 %ige Kondensmilch Etiketten mit anderer Farbverteilung verwendet, die von der Klägerin nicht angegriffen worden sind. Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits ist das nachfolgende Etikett, das die Beklagte seit Januar 1961



für eine Kondensmilch mit einem Fettgehalt von 7,5 % benutzt:

Die Klägerin hat geltend gemacht, durch die Aufmachung der Beklagten würden nicht nur ihre Zeichenrechte, sondern insbesondere auch ihre auf jahrelangen erheblichen Umsätzen und aufwendigen Werbemaßnahmen beruhenden Ausstattungsrechte verletzt, die ihr an einer roten Scheibe als Untergrund für ein im wesentlichen durch die weiße Farbe bestimmtes Markenbild in Verbindung mit darüber und darunter in kräftigen blauen Farben angeordneten Wortbestandteilen zustünden. Das sei durch eine Meinungsbefragung bestätigt worden, bei der neutralisierte Etiketten beider Parteien den Verbrauchern vorgeführt worden seien. Zudem hänge sich die Beklagte in wettbewerbswidriger Weise an den Werbeerfolg des Markenzeichens der Klägerin an.

Die Klägerin hat beantragt,

der Beklagten unter Strafandrohung zu untersagen, Kondensmilchdosen mit einem Etikett in den Verkehr zu bringen, das auf seiner Schau-
seite folgende Merkmale trage:

- 1) in der Mitte eine ovale rote Fläche als Untergrund für ein in weißer Farbe ausgeführtes Markenbild,
- 2) darüber und darunter eine Schrift in fett gedruckten Buchstaben in blauer Farbe.

Diesem Antrag hat das Landgericht nach Durchführung einer Meinungsumfrage stattgegeben.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt und unter Wiederholung und Ergänzung ihres erstinstanzlichen Vorbringens u.a. geltend gemacht, bei der vom Landgericht durchgeführten Meinungsbefragung sei nicht sachgemäß vorgegangen worden. Der Klägerin stehe ein Monopol für die in der Dosenmilchindustrie häufig verwendete Kombination der Farben Rot und Blau auf weißem Grund nicht zu, zumal ihre Werbung allein auf das Bärenmotiv abgestellt und alles andere nur Beiwerk sei. Die Gefahr von Verwechslungen scheitere schon daran, daß die beiderseitige Beschriftung völlig verschieden sei. Angenähert habe sich die Klägerin ihrerseits, die ihr Etikett nach einem erfolglosen Verfahren auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung abgeändert habe. Im übrigen habe die Klägerin etwaige Unterlassungsansprüche verwirkt, da sie die Eintragung des Warenzeichens der Beklagten hingenommen habe. Sie, die Beklagte, habe ihrerseits inzwischen örtlich begrenzte Verkehrsgeltung erworben.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

Mit ihrer Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet, da die beiden Vorinstanzen die Beklagte ohne Rechtsirrtum wegen Verletzung von Ausstattungsrechten der Klägerin verurteilt haben (§ 25 WZG). Das angefochtene Urteil steht in Einklang mit den Rechtsgrundsätzen, die der erkennende Senat zuletzt in den zur Veröffentlichung bestimmten Urteilen Ib ZR 54/66 vom 23. Juni 1967 - Maggi und Ib ZR 47/65 vom 12. Juli 1967 - Blunazit bestätigt hat.

1. In den erwähnten Urteilen ist bereits näher dargelegt worden, daß bei kombinierten farbigen Wortbildzeichen sowohl der Wortbestandteil als auch das farbige Bildelement nebeneinander selbständige Kennzeichnungskraft erworben können, und zwar auch bei Verwendung bekannter Schlagworte, und daß ferner bei zusammengesetzten Bildzeichen nicht nur sämtliche Merkmale in ihrer Gesamtkombination, sondern in deren Rahmen auch einzelne Bestandteile eine Hinweisfunktion erlangen können, und zwar selbst dann, wenn es sich um ursprünglich schwache Bestandteile handelt, die immer nur im Rahmen einer Gesamtkombination in Erscheinung getreten sind. Die Frage, ob und welche Bestandteile tatsächlich eine solche herkunftskennzeichnende Funktion ausüben, läßt sich nicht abschließend durch allgemeine zeichenrechtliche Erwägungen theoretisch vorwegbeantworten, sondern ist im Einzelfall anhand der vom Tat-

richter festzustellenden Verkehrsauffassung zu entscheiden. Dabei genügt es, die Kennzeichnungskraft solcher Merkmale der Klagekennzeichnung zu überprüfen, die bei der angegriffenen Aufmachung in verwechslungsfähiger Weise wiederkehren. Ergibt diese Prüfung eine ausreichende Verkehrsdurchsetzung, dann ist der damit begründete Schutz nicht schon wegen eines Freihaltebedürfnisses einzuschränken, insbesondere dann nicht, wenn Schutz lediglich für eine bestimmte Kombinationsanordnung mehrerer Farben und nicht für diese Farben schlechthin begehrt wird, so daß es den Mitbewerbern unbenommen bleibt, jede dieser Farben für sich allein oder in anderen farblichen oder graphischen Zusammenstellungen zu verwenden. Soweit die Revision zu diesen Fragen einen abweichenden Standpunkt vertritt, kann ihr nicht gefolgt werden.

In Übereinstimmung mit diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht untersucht, ob die Klägerin im Rahmen ihrer Gesamtkombination bereits für die Anordnung einer runden roten Scheibe auf der weißen Schauseite des Etiketts von Kondensmilchdosen in Verbindung mit zwei leicht gekrümmten Schriftzügen aus blauen Druckbuchstaben oberhalb und unterhalb dieser Scheibe Verkehrsgeltung genießt. Gegenstand des von der Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit beanspruchten Schutzes ist also nicht die Farbkombination Rot-Blau auf weißem Grund schlechthin, sondern lediglich eine bestimmte graphische Anordnung dieser Farben auf den Etiketten von Kondensmilchdosen. Die Feststellung der Verkehrsgeltung einer solchen Anordnung erfordert - wie der Senat ebenfalls schon in den erwähnten Urteilen dargelegt hat - in der Regel eine umfassende Würdigung des wettbewerblichen Gesamttatbestandes, wobei

Art, Umfang und Dauer der Werbung und des Umsatzes in entsprechend gestalteten Aufmachungen, die kennzeichnende Eigenart der übereinstimmenden Merkmale und deren etwaige Mitverwendung durch dritte Mitbewerber von Bedeutung sind. In den erwähnten Urteilen ist ferner ausgeführt worden, daß für die erforderlichen Feststellungen in begrenztem Umfang auch Verkehrsbefragungen brauchbar sein können, bei denen eine neutralisierte Aufmachung einschlägiger Waren vorgelegt wird, die lediglich die strittigen übereinstimmenden Merkmale aufweist. Im Streitfall hat das Berufungsgericht beide Wege beschritten. Es hat zunächst die vom Landgericht durchgeführte Verkehrsbefragung gewürdigt, bei welcher den Befragten ein neutralisiertes Etikett vorgelegt worden war, das auf der weißen Schauseite lediglich eine rote Scheibe und statt der Worte darüber und darunter je eine in kräftigen Absätzen unterbrochene leicht gekrümmte blaue Zeile aufwies. In diesen Etiketten hätten - so führt das Berufungsgericht aus - 65 % aller Befragten einen Herkunftshinweis auf eine bestimmte Marke von Büchsenmilch, davon 83 % die Klägerin als Herstellerin erkannt. Daraus folge, daß ein sehr hoher Teil des Verkehrs allein schon an den genannten farbigen Bestandteilen die Klägerin als Herstellerin erkenne. Dieses Ergebnis erkläre sich daraus, daß die Klägerin - wie allgemein bekannt - seit wenigstens mehr als 25 Jahren ihr Etikett, insbesondere unter Benutzung der Farben Rot und Blau, in der Werbung herausgestellt habe. In ungezählten Anzeigen aller Art, auf Plakaten sowie in Werbefilmen sei die rote Scheibe mit dem Bärenbild und dem in blauer Farbe markant und auffällig gedruckten Markenschlagwort dem Verkehr immer wieder vor Augen geführt und ihm in planmäßiger Werbearbeit eingehämmert worden, daß Bär und Markenschlagwort sowie die rote Scheibe und die blaue

Schrift und die besondere Anordnung dieser Merkmale auf den Betrieb der Klägerin hinweisen sollten. Der unbestritten erhebliche Umsatz der Klägerin habe Millionen von Milchkannen - nach Behauptung der Klägerin 3 Milliarden - in die Hände der Verbraucher gebracht, die hierbei immer wieder das strittige Etikett mit seiner charakteristischen Anordnung und Farbgestaltung gesehen hätten. Dabei habe es unter der Wirkung der Gewohnheit nicht ausbleiben können, daß sich dem Verkehr im Laufe der Zeit nicht nur die beiden zunächst ins Auge fallenden Merkmale - Bär und Markenwort - sondern auch die hier strittigen Merkmale eingeprägt hätten.

Die Angriffe, welche die Revision gegen diese tatrichterlichen, in der Revisionsinstanz nur begrenzt nachprüfbaren Feststellungen richtet, sind nicht begründet. Es ist insbesondere nicht zu beanstanden, daß sich das Berufungsgericht nicht näher mit der Zusatzfrage 6 auseinandergesetzt hat, die dahin ging, ob für den Befragten beim Einkauf von Büchsenmilch die räumliche Aufteilung des Etiketts und die dazu benutzten Farben dafür maßgebend seien, wer die Ware herstelle. Schon das Landgericht hatte es als unerheblich bezeichnet, daß diese Frage nur von 39 % bejaht worden war. Dem ist beizutreten; denn selbst wenn ein Teil der Verbraucher diese zu bewußtem Nachdenken nötigende, theoretisierende Frage verneinte, dann schließt dies nicht aus, daß ihm solche Merkmale beim Einkauf gleichwohl unbewußt vertraut vorkommen und in ihm die Erinnerung an die Aufmachung der Klägerin wachrufen. Entscheidend sind daher diejenigen Fragen, welche auf die Ermittlung der Verkehrsbekanntheit dieser Merkmale abzielen. Soweit die Revision die Formulierung dieser Fragen bemängelt, mag vorab darauf hingewiesen werden, daß die Fragestellungen

vor Erlaß des konkreten Beweisbeschlusses eingehend im Termin vom 22. Oktober 1963 mit den Parteien erörtert worden sind und daß die Beklagte in der Folgezeit zwar substantiiert der Verwendung neutralisierter Etiketten widersprochen, nicht jedoch ausgeführt hat, wie bei Verwendung neutralisierter Etiketten sachgemäßer hätte gefragt werden können (vgl. das Protokoll über den erwähnten Termin sowie die Schriftsätze vom 9. November 1963 und vom 2. März 1964). Davon abgesehen, stehen die Ergebnisse der gerichtlichen Beweisaufnahme in Einklang mit der schon vorher von der Klägerin veranlaßten Meinungsbefragung durch das Allensbacher Institut, deren abweichende Fragestellungen zwar auch von der Beklagten bemängelt worden waren, bei denen aber nicht diejenigen Bedenken durchgreifen könnten, die von der Revision gegen die Fassung der späteren Befragung erhoben worden sind. Das Berufungsgericht hat auch nicht die begrenzte Bedeutung solcher Meinungsbefragungen verkannt, sondern deren Ergebnisse anhand eigener Feststellungen über die Werbung und die Umsätze der Klägerin untermauert, wobei es in rechtsirrtumsfreier Weise den geringen Änderungen in der Farbtönung der von der Klägerin benutzten Etiketten keine wesentliche Bedeutung beigemessen hat. Die Feststellungen des Berufungsgerichts sind nicht etwa - wie die Revision anzunehmen scheint - dahin zu verstehen, daß die Klägerin in ihrer Werbung auf die strittigen Merkmale besonders hingewiesen habe; denn es ist nicht anzunehmen, daß das Berufungsgericht eine solche, nicht einmal von der Klägerin selbst behauptete Feststellung treffen wollte. Gemeint ist lediglich, daß dem Verbraucher auf den Dosen der Klägerin und in deren Buntwerbung seit langer Zeit und in großem Umfang immer wieder das farbige Etikett begegnet ist und daß

sich ihm im Laufe der Zeit im Rahmen dieser Gesamtkombination auch die hier strittigen Merkmale eingeprägt haben. Diese tatrichterliche Feststellung ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

2. Ist somit nach den unangreifbaren Feststellungen des Berufungsgerichtes davon auszugehen, daß die Klägerin an der strittigen Merkmalskombination - weißes Etikett mit rotem scheibenförmigen Blickfang als Untergrund für ein im wesentlichen durch die weiße Farbe bestimmtes Markenbild in Verbindung mit darunter und darüber in blauen Farben angeordneten Wortbestandteilen - starke Verkehrsgeltung erworben hat, dann ist den Vorinstanzen darin beizutreten, daß die Gefahr von Verwechslungen befürchtet werden muß. Eine solche Gefahr ist nach ständiger Rechtsprechung auch dann gegeben, wenn die Hinübernahme kennzeichnender Elemente in eine abweichende Gesamtkombination die Erinnerung an die ältere Kennzeichnung wachhält und nicht in der angegriffenen Gesamtkombination untergegangen ist. Im Streitfall führt das Berufungsgericht im einzelnen aus, daß der übereinstimmende Gesamteindruck durch die vorhandenen Verschiedenheiten nicht gemindert, geschweige denn aufgehoben werde. Die von der Klägerin veranlaßte Verbraucherbefragung bestätige sogar, daß die beiden Ausstattungen tatsächlich verwechselt würden; denn 19 % der Befragten hätten ein neutralisiertes Etikett der Beklagten der Klägerin zugeschrieben. Die Kennzeichnungskraft der Klageausstattung sei auch durch die Aufmachung von Konkurrenz-erzeugnissen nicht derart geschwächt worden, daß das angegriffene Etikett nicht mehr in den Schutzbereich der Klagekennzeichnung falle; denn die vorgelegten sonstigen Etiketten zeigten nach Inhalt und Gestaltung des Aufdrucks so auffällige Verschiedenheiten vom Etikett der Klägerin, daß sie außerhalb von dessen Schutzbereich blieben.

Auch diese Ausführungen sind aus Rechtsgründen namentlich dann nicht zu beanstanden, wenn man berücksichtigt, daß erfahrungsgemäß eine erhöhte Gefahr von Verwechslungen zu befürchten ist, wenn - wie im Streitfall - die strittigen Bestandteile der Klagekennzeichnung starke Verkehrsgeltung besitzen und wenn es sich beiderseits um die gleiche Ware (Kondensmilch) handelt, die als Massenartikel angeboten und vom flüchtigen Verbraucher erworben wird. Daß es nicht schon grundsätzlich rechtsfehlerhaft ist, bei dieser Prüfung auch die Ergebnisse einer Befragung heranzuziehen, bei der die angegriffene Aufmachung in neutralisierter Form vorgelegt wird, hat der Senat bereits in dem erwähnten Blunazit-Urteil ausgeführt. Dabei ist naturgemäß zu beachten, daß infolge der Neutralisierung wichtige Unterscheidungsmerkmale der angegriffenen Aufmachung entfallen. Selbst wenn indessen die Hinzufügung der fortgelassenen Bestandteile, insbesondere des Firmennamens M., dazu führen würde, daß der Verkehr die beiderseitigen Betriebe nicht verwechselt, dann schließt dies nicht auch die Gefahr mittelbarer Verwechslungen aus, daß nämlich der Verkehr aus der übereinstimmenden Verwendung der strittigen Bestandteile irrige Schlüsse auf wirtschaftliche oder organisatorische Zusammenhänge zieht; denn eine solche Gefahr erscheint - wie der Senat in dem erwähnten Ma.-Urteil dargelegt hat - gerade bei stark durchgesetzten Kennzeichnungen naheliegend, da der Verkehr nicht erwartet, daß deren Inhaber ohne Absprachen derart ähnliche Kennzeichnungen in seinen Schutzbereich eindringen läßt und einer Schwächung der Kennzeichnungskraft und Spekulationen über eine Zusammenarbeit der Firmen selbst Vorschub leistet. Würden allerdings dem Verkehr auf dem gleichen oder auf benachbarten Warengeländen eine Reihe

weiterer ähnlicher Kennzeichnungen begegnen, dann könnte dies dazu führen, daß der Verkehr keinen Anlaß mehr hat, aus der Ähnlichkeit auf die Herkunft aus dem gleichen Geschäftsbetrieb oder auf eine irgendwie geartete Zusammenarbeit zu schließen. Das Berufungsgericht hat indessen die von der Beklagten entgegengehaltenen Drittzeichen dahingehend gewürdigt, daß eine solche Schwächung durch Drittzeichen tatsächlich nicht eingetreten sei. Diese Feststellung wird durch die Beweisaufnahme über die Verkehrsbekanntheit der strittigen Merkmalskombination bestätigt. Angesichts des Ergebnisses dieser Beweisaufnahme brauchte das Berufungsgericht entgegen der Ansicht der Revision nicht mehr ausführlicher auf die von der Beklagten vorgelegten Etiketten anderer Hersteller einzugehen. Was das in der schriftlichen Revisionsbegründung besonders genannte Etikett für "K [REDACTED] Milch" anbelangt, so hatte schon das Landgericht zutreffend ausgeführt, daß dieses infolge Verwendung gelber Grundfarbe einen anderen Gesamteindruck erwecke und von der Klagekennzeichnung erheblich entfernt liege.

3. Da sonach die Beklagte Ausstattungsrechte der Klägerin verletzt, steht dieser der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu, wobei lediglich klarzustellen ist, daß sich das Verbot entsprechend der sogen. konkreten Verletzungsform und den Ausführungen der Parteien während des Rechtsstreits nur auf Etikette mit weißer Grundfarbe bezieht.

Dieser Unterlassungsanspruch ist nach der zutreffenden Ansicht des Berufungsgerichtes nicht verwirkt. Die Beklagte hat nach ihren eigenen Angaben in der Klagerwiderung das angegriffene Etikett erst im Januar 1961 in

Benutzung genommen und die Eintragung ihres bislang nicht benutzten Warenzeichens sogar erst am 28. Juni 1961 erwirkt. Schon im Februar 1961 war aber die Klägerin im Wege einer einstweiligen Verfügung gegen das strittige Etikett eingeschritten. Wenn auch dieses Verfahren erfolglos blieb, so mußte die Beklagte daraus doch entnehmen, daß die Klägerin in diesem Etikett eine Verletzung ihrer Rechte erblickte. Die dann bis zur Klageerhebung im April 1963 verstrichene weitere Frist, innerhalb deren die Klägerin eine Meinungsbefragung veranlaßte, war nach der rechtsirrtumsfreien Würdigung des Berufungsgerichts zu kurz, um gleichwohl eine Verwirkung eintreten zu lassen. Auch die Revision macht nicht geltend, das Berufungsgericht habe besondere Umstände übersehen, die trotz Kürze der Zeit die Annahme einer Verwirkung rechtfertigen könnten.

Nach alledem mußte die Revision unter Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Krüger-Nieland Pehle Sprenkman Simon Bökelmann