

66. 1. Wann liegt Gleichartigkeit von Waren im Sinne des Warenzeichengesetzes vor?  
 2. Welche Umstände führen dazu, ein Warenzeichen zu einem sog. schwachen Zeichen zu machen?  
 Warenzeichengesetz vom 12. Mai 1894 §§ 5 ff., § 20.

II. Zivilsenat. Urte. v. 9. März 1920 i. S. F. (Bekl.) w. L. (Kl.).  
 II 297/19.

I. Landgericht München-Gladbach, Kammer für Handelsfachen.  
 II. Oberlandesgericht Düsseldorf.

Beide Parteien erzeugen und verkaufen u. a. Fruchtkonserven, wie Fruchtsäfte, Gelees, Marmeladen, die Beklagte insbesondere auch Rübensaft.

Der Klägerin sind folgende Warenzeichen eingetragen:

1. Seit dem 9. Juni 1888 beim Amtsgerichte Braunschweig und dann seit dem 14. Februar 1895 beim Patentamt unter Nr. 7237 für Gemüsekonserven das Bild einer Kaiserkrone in einer schlichten Kreisumfassung, auf der unten ein Band mit der Inschrift „Schutzmarke“ aufgelegt ist;
2. seit dem Jahre 1897 beim Patentamt unter Nr. 21994 für Gemüsekonserven eine Etikette, die außer anderen Verzierungen in ihrem oberen Teile in der Mitte das Bild der Kaiserkrone und darüber das Wort Schutzmarke in Kreisumfassung enthält;
3. seit dem Jahre 1910 beim Patentamt unter Nr. 128155 und 128154 für Gemüsekonserven, Fruchtkonserven mit Einschluß von Fruchtsäften und Gelees je eine Etikette, auf der sich u. a. oben rechts das Bild der Kaiserkrone in Farbdruck (golden und rot) und darunter die Inschrift „Schutzmarke“ befindet.

Der Beklagten sind folgende Warenzeichen beim Patentamt eingetragen:

1. Seit dem Jahre 1914 unter Nr. 198965 für Sirup, Rübensaft, Gelee, Marmelade das Bild einer sog. Helmkrone, darunter die Buchstaben F. F. Auf beiden Seiten von dem Reife der Krone befindet sich die Inschrift (links) „Eingetragene“ (rechts) „Schutzmarke“;
2. seit dem Jahre 1915 unter Nr. 218390 für Rübensaft, Marmelade, Gelee das gleiche Bild mit den gleichen Inschriften wie zu 1 und mit der außerdem oberhalb der Krone angebrachten Inschrift „Kronenkraut“.

Die Klägerin, welche die Gefahr der Verwechslung der Zeichen der Beklagten mit den ihr selbst geschützten Zeichen behauptet, hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen,

1. ihre Warenzeichen Nr. 198965 und Nr. 218390 löschen zu lassen;
2. bei Strafe zu unterlassen, Sirup, Rübensaft, Gelee und Marmelade oder deren Verpackung und Umhüllung mit den Zeichen Nr. 198965 oder Nr. 218390 oder mit der Bezeichnung „Kronenkraut“ zu versehen, die so bezeichneten Waren in Verkehr zu setzen, sowie auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen und Rechnungen anzubringen.

Das Landgericht erkannte nach diesem Antrage. Die Berufung wurde mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Beklagten die Benutzung der Wortbezeichnung „Kronenkraut“ für ihre Waren nicht unter sagt und die Klage insoweit abgewiesen werde. Das Reichsgericht hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache an die Vorinstanz zurück.

#### Gründe:

„Das Berufungsgericht nimmt mit dem Landgericht an, daß die Waren „Sirup, Rübensaft, Gelee und Marmelade“, für die das Zeichen der Beklagten Nr. 198965 eingetragen ist, und die Waren „Rübensaft, Marmelade und Gelee“, für die das Zeichen der Beklagten Nr. 218390 eingetragen ist, mit den Waren „Fruchtkonserven mit Einschluß von Fruchtsäften und Gelee“, für die die Zeichen der Klägerin Nr. 128154 und 128155 eingetragen sind, völlig gleich seien, mit den Waren aber, für die die Zeichen der Klägerin Nr. 7237 und Nr. 21994 eingetragen sind, nämlich Gemüsekonserven, im Sinne von §§ 5 Abs. 1 und 9 Nr. 1 WZG. gleichartig sind. Aus diesem Grunde läßt es dahingestellt, ob die Beklagte das Zeichen Nr. 198965 schon vom Jahre 1895 ab als geschützt in Anspruch nehmen darf, so daß es die Priorität vor den Zeichen der Klägerin Nr. 21994, 128154 und 128155 hätte und die Klägerin sich zur Begründung ihres Lösungsanspruchs nur auf das im Jahre 1888 für sie eingetragene, also den Eintragungen der Zeichen der Beklagten unbestritten vorausgehende Zeichen Nr. 7237 stützen kann. Soweit eine solche Gleichartigkeit der Waren, für die die Zeichen Nr. 7237 einerseits und die Zeichen Nr. 198965 und Nr. 218390 andererseits bestimmt sind, vorliegt, kann in der Tat die Prioritätsfrage dahingestellt bleiben. Das Berufungsgericht begründet die Annahme der Gleichartigkeit damit, daß Fruchtkonserven und Gemüsekonserven im Sinne des Warenzeichen-gesetzes gleichartige Waren seien. Diese Annahme läßt keinen Rechts-irrtum erkennen und entspricht der ständigen Rechtsprechung des Reichs-gerichts (vgl. RGZ. Bd. 60 S. 325, Bd. 67 S. 37, Bd. 72 S. 146, Bd. 95 S. 229; Jur. Wochenschr. 1912 S. 480 Nr. 27; Bl. f. Pat. 1908 S. 146, 1905 S. 129, 209, 1906 S. 208). Insbesondere ist in diesen Entscheidungen betont, was die Revision mit Unrecht be-

streitet, daß neben anderem ein wesentliches Moment für die Gleichartigkeit auch der Umstand bildet, daß das Zeichen im Verkehr als Hinweis auf eine gleiche Herkunftsstelle aufgefaßt werde. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht hierauf Wert gelegt. Dagegen reicht die Feststellung, daß Fruchtkonserven mit Gemüsekonserven gleichartige Waren seien, noch nicht ohne weiteres zu der Feststellung aus, daß die sämtlichen Waren, für die die Zeichen der Beklagten eingetragen sind, mit den Gemüsekonserven, für die das klägerische Zeichen Nr. 7237 eingetragen ist, gleichartig seien. Denn die Warenzeichen der Beklagten sind überhaupt nicht schlechthin für „Fruchtkonserven“ eingetragen, sondern für „Sirup, Rübensaft, Gelee und Marmelade“ sowie für „Rübensaft, Marmelade und Gelee“. Es bedarf sonach noch der Feststellung, daß diese besonders aufgeführten Waren vom Berufungsgerichte sämtlich unter Fruchtkonserven begriffen werden oder daß jede dieser Einzelgattungen mit Gemüsekonserven gleichartig sei. Ohne weiteres ist diese Gleichsetzung bei allen Waren nicht ersichtlich, und wenn auch Gelee und Marmelade unter Fruchtkonserven begriffen werden können, wie es augenscheinlich bei dem Warenzeichen Nr. 128154 und 128155 geschehen ist (Fruchtkonserven mit Einschluß von Fruchtjäften und Gelee), so kann doch Sirup und Rübensaft jedenfalls nicht schlechthin unter den Begriff der Fruchtkonserven gebracht werden, dahingestellt, ob dieselben sonst mit Gemüsekonserven gleichartige Waren sind. Insofern reicht also die Feststellung des Berufungsgerichts nicht aus, zumal ja auch eine nur teilweise Löschung der Warenzeichen oder eine teilweise Abweisung des Antrags auf Löschung in Frage kommen kann.

Es braucht jedoch hierauf zurzeit nicht weiter eingegangen zu werden, da auch die Verwechslungsfähigkeit der Zeichen der Beklagten mit dem Zeichen der Klägerin Nr. 7237 nicht ausreichend dargetan ist.

Das Berufungsgericht verkennt zwar nicht, daß es, wenn die Darstellung der Krone ein sog. schwaches Zeichen wäre, auf die einzelnen Unterschiede in der Ausgestaltung des Zeichens ankommen würde; es gibt auch zu, daß die Krone „ein etwas schwaches Zeichen“ sei, meint aber trotzdem, daß für Gemüse und Fruchtkonserven das Kronenzeichen noch keineswegs derart verbraucht sei, daß sich das Publikum nun daran gewöhnt habe, auf die Unterschiede in der Darstellung der Krone zu achten. Nur wenn es sich an diese Unterschiede gewöhnt hätte, könne von keiner Verwechslungsgefahr die Rede sein, dafür aber sei nichts beigebracht. Das Kronenmotiv als solches bilde immer noch ein erhebliches Kennzeichen für die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betrieb und sei daher dem Zeichenschutz zugänglich; auf die verschiedenen Formen der Kronen, die sich immerhin ähnelten, werde in den als Abnehmer in Betracht kommenden Kreisen kein Gewicht gelegt. Die Zeichen der beiden Parteien hätten überdies das Charak-

teristische, daß sie eine einzelne Krone ohne Weiwert als Erinnerungsbild hinterließen, so daß also durch das gleiche Erinnerungsbild, das der einzelnen Krone (gleichviel welcher Gestalt) ohne Weiwert, die Verwechslungsgefahr, die schon die Benutzung des gleichen Kronenmotivs mit sich bringe, noch verstärkt werde.

Das Berufungsgericht erblickt hiernach allerdings nicht schlechtthin in der Benutzung des Kronenmotivs bei beiden Parteien die Verwechslungsgefahr, sondern legt immerhin auf eine gewisse Ausgestaltung dieses Motivs im vorliegenden Falle Gewicht, nämlich darauf, daß die Krone eine einzelne Krone ohne Weiwert sei, als alleinstehende Krone das Zeichen bilde. Abgesehen von dieser einen Eigenart aber verneint es doch die Bedeutsamkeit der Kronenform für das einzelne Bildzeichen um deswillen, weil auf die verschiedene Gestaltung der Krone an sich vom Publikum kein Wert gelegt werde, und zu dieser Meinung gelangt es, weil nach seiner Ansicht das Kronenbild im Handel mit Gemüse und Konserven eben noch kein schwaches, weil allgemein gebrauchtes Zeichen geworden sei, vielmehr die Krone als solche, gleichviel in welcher Einzelform, als Motiv noch seine kennzeichnende Bedeutung habe. Demgegenüber hatte die Beklagte behauptet, die Krone sei im Gegenteil ein völlig schwaches Zeichen geworden und daher das Kronenmotiv allein nicht mehr geeignet, auf einen bestimmten Betrieb hinzuweisen. Sie hatte ferner zunächst bestritten, daß die beiden Zeichen überhaupt in einer alleinstehenden Krone beständen, und sodann behauptet, es sei auch die Ausführung dieses Motivs in einer alleinstehenden Krone bereits vielfach gebräuchlich, diese entbehre daher der besonderen kennzeichnenden Kraft, so daß die übrigen Unterschiede der Form der Krone in den beiden Zeichen und deren sonstige Ausgestaltung von Bedeutung seien. Zum Beweise für alle ihre Behauptungen hatte sich die Beklagte auf 122 eingetragene Kronenzeichen und die in den Anlagen A und B beigebrachten Abbildungen solcher Zeichen berufen. Um das Gewicht dieses Vorbringens, das bei Wichtigkeit allerdings beweisen würde, daß die Krone nur noch ein schwaches Zeichen bildet, zu beseitigen, stellt das Berufungsgericht eine Anzahl von Erwägungen an, die jedoch rechtlich nicht für begründet angesehen werden können.

Das Berufungsgericht lehnt die Bedeutsamkeit der beigebrachten Zeichen aus folgenden Erwägungen ab. Zunächst seien von den Zeichen bereits einige gelöscht. Das spricht jedoch nicht gegen die Annahme eines schwachen Zeichens. Denn solange die Zeichen als eingetragene sich im Verkehr befanden, übten sie die Wirkung aus, die Kennzeichnung der Herkunft für andere Waren mit dem gleichen Zeichen, z. B. der Klägerin, zu schwächen. Diese Wirkung beruht auf der bloßen Tatsache, daß beide Zeichen nebeneinander im Verkehr stehen,

und ist davon unabhängig, ob dies mit Recht oder Unrecht der Fall ist; denn das kann das Publikum nicht wissen. Will daher ein berechtigter Zeicheninhaber die unberechtigte Umwandlung seines Zeichens in ein schwaches verhüten, so muß er rechtzeitig gegen den Mißbrauch vorgehen. Dieselbe Erscheinung findet sich bei der Umwandlung von Herkunftszeichen in allgemeine Beschaffenheitsangaben und bloße Warennamen. Hier ist überdies nicht einmal ersichtlich, aus welchem Grunde die Löschung erfolgte, sodann ob nicht auch das gelöschte Zeichen noch als nicht eingetragene Warenbezeichnung rechtlich zulässig weiter benutzt wird und somit auch seine schwächende Wirkung weiter ausübt.

Ganz dasselbe gilt in verstärktem Maße von den Zeichen, „deren Löschung bevorsteht“ oder „von der Klägerin im Prozeßwege verlangt wird“. Solange dies nicht geschieht und dadurch ihr Gebrauch unter sagt ist, wirkt ihr Gebrauch im Verkehr selbstverständlich noch schwächend fort. Diese tatsächliche Wirkung tritt eben, wie schon hervorgehoben, ein, ganz gleichgültig, ob der Gebrauch ein Mißbrauch ist oder nicht.

Wenn ferner auch das Reichsgericht annimmt, daß Bildzeichen und Wortzeichen in ihren besonderen zeichenrechtlich geschützten Bereich nicht gegenseitig eingreifen, so schließt das doch nicht aus, daß tatsächlich beide über die Herkunft der Ware Verwechslungen erzeugen können. Dies ist auch vom Reichsgerichte niemals in Abrede gestellt worden, das vielmehr nur aus formalzeichenrechtlichen Gründen die Eintragung des Bildzeichens nicht für das Wortzeichen wirken läßt. Daher ist anerkannt, daß mit beiden unlauterer Wettbewerb ausgeübt werden kann, und um dieser Verwechslungsmöglichkeit willen werden auch Wortzeichen als Defensivzeichen für Bildzeichen eingetragen, die den gleichen Begriff ausdrücken. Dann aber kann auch ein Wortzeichen im Verkehr ein Bildzeichen gleichen Begriffs in seiner Kennzeichnungskraft so schwächen, daß beide nunmehr zu „schwachen Zeichen“ werden, denn lediglich das tatsächliche Nebeneinanderbestehen verwechslungsfähiger Zeichen ist es, das die Kennzeichnungskraft beider schwächt. Das gilt gerade auch vom Wortzeichen „Krone“ und dem Bildzeichen, das irgendeine Krone darstellt. Daher dürfen die beigebrachten Wortzeichen „Krone“ nicht ohne weiteres bei der Frage, ob das Bildzeichen Krone zum schwachen Zeichen geworden sei, ausgeschaltet werden.

Die Annahme, daß bei Nr. 2 auf Anlage A das Veierwerk zum Kronenbild wesentlich stärker als beim klägerischen Zeichen Nr. 7237 und den Zeichen der Beklagten ist, ist vom Berufungsgerichte nicht begründet worden. . . . Die Feststellung weiter, daß eine andere Anzahl der von der Beklagten angeführten Zeichen auf ihre besondere Vorstellung von den Firmen „für Gelee und dergl.“ nicht benutzt werde, läßt nicht erkennen, ob unter „dergl.“ auch Gemüsekonserven begriffen

sind, ist überhaupt viel zu unbestimmt, um darauf die Verneinung der Eigenschaft eines schwachen Zeichens zu gründen.

Die auch bei Ausschaltung der vorgenommenen Zeichen nach alledem noch verbleibenden 13 Zeichen — deren Verwechslungsgefahr mit den Zeichen der Klägerin das Berufungsgericht an sich zu unterstellen scheint — die der Firma Stollwerk zustehen, sollen endlich aus dem Grunde die Kennzeichnungskraft des klägerischen Zeichens nicht schwächen, weil sie von Stollwerk „nicht für Fruchtstäbe, Gelees und dergl.“ benutzt würden, so daß die Klägerin an ihrer Lösung kein Interesse habe. Auch hier wieder leidet diese Bezugnahme auf „bergleichen“ an einer Unbestimmtheit, die der Feststellung jedes Gewicht nimmt. Selbst wenn aber diese Firma ihre Warenzeichen wirklich nur für Schokoladen und Zuckersachen benutzte, so wäre doch auch dann noch zu prüfen gewesen, ob nicht Fruchtstäbe, Fruchtconserven und Gelees und Marmeladen um deswillen als gleichartige Waren mit Schokoladen und Zuckersachen anzusehen sind, weil Schokoladenfabriken gemeinhin auch solche Waren herstellen und sich mit ihnen zur Befriedigung verwandter Bedürfnisse an den gleichen Kundenkreis wenden, so daß in der Vorstellung des tausenden Publikums, wenn es das Zeichen der Firma Stollwerk auf Fruchtconserven, Gelees und Marmeladen sieht, jedenfalls der Irrtum erregt werden kann, als ob diese Waren auch von dieser Firma hergestellt seien. Denn so sehr außerhalb des Bereichs der Fabrikationsstätigkeit der Firma und ihrer Branche würde das an sich nicht liegen. Dann ist es aber gleichgültig, ob Stollwerk tatsächlich solche Gelees und Fruchtstäbe herstellt. Das Publikum würdigt das Zeichen als Herstellungszeichen aus seiner Fabrik und bezieht ein auf derartigen Waren angebrachtes Kronenbild auf die Herkunft aus der Stollwerkschen Fabrik. Ist dies aber der Fall, so liegt schon hierin eine erhebliche Schwächung der Kennzeichnungskraft des klägerischen Zeichens für seine Waren.

Hiernach wird das Gewicht der Tatsachen, die die Beklagte zum Beweise dafür vorbringt, daß die Krone ein schwaches Zeichen sei, durch die Erwägungen des Berufungsgerichts nicht ausreichend beseitigt. Muß aber damit gerechnet werden, daß die Krone an sich sogar in ihrem Gebrauch als alleinstehende Krone doch ein schwaches Zeichen ist, was an der Hand dieser Tatsachen erneut zu prüfen sein wird, so ergibt sich, daß den eigenartigen Gestaltungen der Kronen und der Art ihrer Verwendung zum Zeichenbild eine größere Bedeutung zukommt, als das Berufungsgericht von der Annahme aus, daß schon die Krone selbst kein schwaches Zeichen sei, ihnen einräumt. Dies muß zur Aufhebung des Urteils führen. Bei der künftigen erneuten Prüfung wird noch auf folgendes das Augenmerk zu richten sein. Nicht ausreichend begründet ist bisher die Annahme, daß im

Klägerischen Zeichen Nr. 7237, namentlich aber im beklagischen Zeichen Nr. 198965, die Krone ohne Weiwert als das charakteristische Merkmal des Zeichens erscheine. Dabei ist dort der Kreis um die Krone, hier die Beifügung der Buchstaben F. F. nicht genügend berücksichtigt. Die Annahme, daß das Publikum unter diesen Buchstaben „sehr fein“ und nicht die Anfangsbuchstaben einer Firma verstehe, beruht allerdings auf tatsächlicher Würdigung. Aber nicht gewürdigt worden ist, ob nicht bei der Größe der Buchstaben F. F. in ihrem Verhältnis zur Größe des Kronenbilds das Gesamtbild des Zeichens zu der Beurteilung drängt, daß dieses nicht eine einzelne Krone ohne Weiwert darstellt, das Kronenbild und die Buchstaben F. F. vielmehr als gleichstarke Bildelemente hervortreten, so daß es sich um ein kombiniertes Zeichen handelt. Weiter ist zu erwägen, ob etwa die Darstellung der deutschen Kaiserkrone, die das Zeichen der Klägerin bildet, zufolge allgemeiner Bekanntheit und Popularität schon etwaige Verwechslungen mit anderen Kronenformen ausschließt, sofern überhaupt auf solche Verwechslungen zu achten ist.

Endlich ist immerhin nicht außer acht zu lassen, daß die Krone auf andern Gebieten des Warenhandels ein beliebtes Zeichen ist (vgl. *Markenschutz und Wettbewerb 1914 S. 513*). Dieser Umstand ist von Einfluß auf die Kennzeichnungskraft auch für das hier in Betracht kommende besondere Gebiet. Ein Zeichen, das wegen der Häufigkeit des Gebrauchs überhaupt im Verkehr der kennzeichnenden Kraft entbehrt, vermag auch auf einem besonderen Gebiet, auf dem es bisher vielleicht noch nicht verwendet wurde, nicht die volle Kennzeichnungskraft auszuüben. Es ist in der Wertschätzung des Publikums als Kennzeichnungsmittel im allgemeinen diskreditiert.“