



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 91/00

Verkündet am:
5. Dezember 2002
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : ja
BGHR : ja

Abschlußstück

MarkenG § 14 Abs. 2 Nr. 2

- a) Die Formgestaltung einer Ware wird vom Verkehr regelmäßig nicht in gleicher Weise wie Wort- und Bildmarken als Herkunftshinweis aufgefaßt, weil es dabei zunächst um die funktionelle und ästhetische Ausgestaltung der Ware selbst geht. Etwas anderes kann allerdings gelten, wenn der Verkehr aufgrund der Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem einschlägigen Warengebiet geneigt ist, auch einzelnen Formelementen in einer Gesamtaufmachung eine eigenständige Kennzeichnungsfunktion zuzuerkennen.
- b) Der Schutz des Markenrechts richtet sich auch bei einer dreidimensionalen Marke gegen die Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke, nicht gegen die Übernahme ästhetischer Gestaltungsgedanken durch Mitbewerber für deren Waren.

BGH, Urt. v. 5. Dezember 2002 - I ZR 91/00 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 2002 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Prof. Starck, Pokrant und Dr. Büscher

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 10. Februar 2000 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

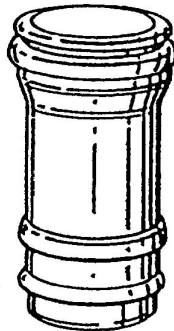
Beide Parteien stellen Schreibgeräte her und vertreiben diese. Die Klägerin bringt seit Anfang der 90er Jahre in Deutschland die Schreibgeräteserie "P. D." auf den Markt, die aus Füllhalter, Roller-Pen, Kugelschreiber und Drehbleistift besteht. Diese lehnt sich in der Gestaltung an die bereits in den 20er Jahren mit großem Erfolg vertriebene "D."-Serie an.

Die mit der Klägerin verbundene P. Pen Products (GB) ist Inhaberin der nachstehend abgebildeten dreidimensionalen Marken Nr. 397 02 632 (an-

gemeldet am 23.1.1997) und Nr. 398 70 850 (angemeldet am 9.12.1998). Beide Marken sind für Schreib-, Zeichen- und Markierungsgeräte eingetragen, die ältere Marke Nr. 397 02 632 u.a. auch für Tinten, Schreibwaren und Büroartikel (ausgenommen Möbel).

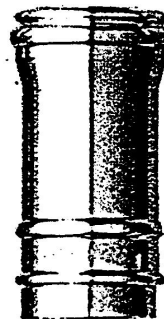
Nr. 397 02 632

Akz.: 397 02 632.3



Nr. 398 70 850

Akz.: 398 70 850.9/16



Nur bei der jüngeren Marke Nr. 398 70 850 ist der Anmeldung eine Beschreibung beigelegt. Aus dieser ergibt sich u.a., daß die Marke Schutz für das obere Abschlußstück eines Gerätes zum Schreiben, Zeichnen oder Markieren beansprucht.

Die Beklagte bietet in Deutschland eine Schreibgeräteserie (Füllhalter, Roller-Pen und Kugelschreiber) unter der Bezeichnung "L. " an, wobei sie den als Anlage P 18 (in Farbkopie) vorgelegten Prospekt verwendet. Nachfolgend sind einzelne dieser Schreibgeräte als Beispiele wiedergegeben:

a) TY-200SB:



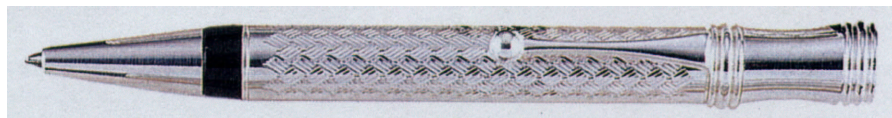
b) CH-211SB:



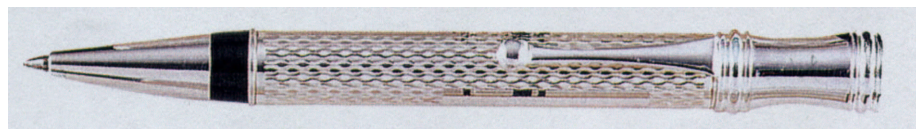
c) "Dance":



d) TY-108SS:



e) TY-106SS:



f) TY-101SS:



Die Klägerin nimmt die Beklagte - soweit im Revisionsverfahren nach nur teilweiser Annahme ihrer Revision noch von Bedeutung - wegen zahlreicher in ihrem Farbprospekt wiedergegebener Kugelschreiber, die jeweils ein säulenförmiges Abschlußstück besitzen, auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz in Anspruch. Sie stützt ihre Klage - mit Ermächtigung der P. Pen Products (GB) - auf Ansprüche aus den eingetragenen dreidimensionalen Marken. Das säulenförmige Abschlußstück der beanstandeten Schreibgeräte diene deren Kennzeichnung und sei mit den Klagemarken verwechselbar. Weiter macht die Klägerin Ansprüche aus wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz geltend. Die "D. " -Stifte wiesen eine hohe wettbewerbliche Eigenart auf. Die Beklagte versuche, mit der systematischen Nachahmung aller wesentlichen Gestaltungsmerkmale dieser Schreibgeräte eine Herkunftstäuschung herbeizuführen und ihren besonderen Ruf auszubeuten. Mit dem Modell "D. " seien in Deutschland von 1995 bis 1998 Umsatzerlöse von insgesamt 2.376.000,-- DM erzielt worden; die Werbeaufwendungen für Schreibgeräte der Marke "P. " hätten allein 1997 und 1998 insgesamt 1.543.000,-- DM betragen.

In den Vorinstanzen hat die Klägerin weitergehend mit Ermächtigung der mit ihr verbundenen P. Pen B.V. (NL) auch aus deren Rechten aus dem Geschmacksmuster Nr. DM/015 534 geklagt und ihre Anträge auf alle in dem Farbprospekt gemäß Anlage P 18 abgebildeten Schreibgeräte (d.h. auch solche ohne säulenförmiges Abschlußstück) bezogen.

Die Klägerin hat vor dem Landgericht beantragt, die Beklagte unter Androhung von näher bezeichneten Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, Schreibgeräte entsprechend der Abbildung in der Anlage zum Klageantrag (die dem Prospekt der Beklagten gemäß Anlage P 18 entspricht) in der Bundesrepublik Deutschland anzubieten, zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen. Weiter hat sie beantragt, die Beklagte zur Auskunftserteilung zu verurteilen und ihre Schadensersatzpflicht festzustellen.

Die Beklagte hat sich gegenüber den markenrechtlichen Ansprüchen auf ihre nachstehend abgebildete, u.a. für Schreibgeräte eingetragene, dreidimensionale Marke Nr. 398 06 929 (angemeldet am 10.2.1998) berufen, deren Gegenstand die Grundform der beanstandeten Kugelschreiber mit säulenförmigem Abschlußstück ist:

Nr. 398 06 929

Akz.: 398 06 929.8/16



Die Beklagte hat gegen die Klägerin Widerklage auf Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 100.000,-- DM erhoben, über die noch nicht entschieden worden ist.

Das Landgericht hat die Beklagte durch Teilurteil nur teilweise entsprechend dem Klageantrag verurteilt. Es hat der Beklagten verboten, Schreibgeräte, insbesondere Kugelschreiber, in der Bundesrepublik Deutschland anzubieten, zu bewerben und/oder in den Verkehr zu bringen, bei denen das obere Abschlußstück säulenartig geformt ist, wie es bei den im Urteilsausspruch im einzelnen bezeichneten, in der Anlage zum Klageantrag abgebildeten Modellen der Fall ist. Bezogen auf solche Handlungen hat das Landgericht die Beklagte auch zur Auskunftserteilung verurteilt und ihre Schadensersatzpflicht festgestellt. Im übrigen hat das Landgericht die Klage abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung der Beklagten das landgerichtliche Urteil abgeändert und die Klage insgesamt abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht zurückgewiesen.

Die Klägerin hat gegen das Berufungsurteil Revision eingelegt, mit der sie allerdings Ansprüche aus Geschmacksmusterrecht nicht mehr weiterverfolgt hat. Der Senat hat die Revision nur hinsichtlich der Klageanträge, die Kugelschreiber mit säulenförmigem Abschlußstück betreffen, angenommen. Im Umfang der Annahme erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung der vom Landgericht ausgesprochenen Verurteilung der Beklagten. Die Beklagte beantragt, die Revision auch insoweit zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A. I. Das Berufungsgericht hat angenommen, daß die Klägerin keine Ansprüche aus den dreidimensionalen Marken Nr. 397 02 632 und Nr. 398 70 850 geltend machen könne, weil die Beklagte diese Marken durch das Angebot und den Vertrieb ihrer Kugelschreiber mit säulenförmigen Abschlußstücken nicht verletzt habe. Dazu hat es ausgeführt:

Der weit überwiegende Teil der beanstandeten Schreibgeräte mache von der als Marke eingetragenen Form keinen kennzeichnenden Gebrauch, d.h. nicht in einer Weise, die von den angesprochenen Verkehrskreisen als Hinweis auf die Herkunft der Ware angesehen werde. Bei den Schreibgeräten der Be-

klagen bilde die Form eines säulenartig verzierten Zylinders lediglich einen funktionalen Bestandteil der Ware, nämlich das obere Abschlußstück. Ein kennzeichnender Gebrauch liege jedoch nur vor, wenn gerade der Teil einer beanstandeten Ware, der für sich der als Marke eingetragenen Form entspreche oder ähnele, nach der Gesamtwirkung der Ware noch als Kennzeichnungsmittel aufgefaßt werde, etwa weil er besonders hervorgehoben erscheine. Danach könne hier den säulenförmigen Abschlußstücken nur bei 14 der beanstandeten Schreibgeräte eine Kennzeichnungsfunktion zugebilligt werden. Dies seien diejenigen Kugelschreiber, die - abgesehen von dem Abschlußstück - hinsichtlich Form, Farbe und Verzierungen eher schlicht gehalten seien, so daß bei diesen das Abschlußstück nach dem Gesamteindruck deutlich hervortrete und dementsprechend als Kennzeichnungsmittel wahrgenommen werden könne. Dabei handele es sich um folgende im Prospekt abgebildete Schreibgeräte: Auf Seite 8 um die Modelle TY-107SS, TY-109SS, auf Seite 9 um die Modelle TY-102SS, TY-106SS (= im Tatbestand abgebildetes Prospektbeispiel e), TY-108SS (= Prospektbeispiel d), Modell Seite 9 des Prospekts/unterste Abbildung (Bezeichnung auf der Prospektkopie abgedeckt), auf Seite 12 um die Modelle TY-107GTS, TY-109GTS, TY-110GTS, TY-111GTS sowie auf Seite 24 um die Modelle TY-101G, TY-102SS, TY-101SG und TY-101SS (= Prospektbeispiel f).

Bei allen anderen Kugelschreibern der Beklagten gehe das säulenförmige Abschlußstück wegen auffälliger weiterer Gestaltungsmerkmale (wie Ornamenten, Ringen und farblichen Absetzungen) im Gesamterscheinungsbild unter und habe demzufolge aus der Sicht des Betrachters keine herkunftskennzeichnende Funktion.

Hinsichtlich aller Kugelschreiber der Beklagten fehle es jedenfalls, auch wenn deren säulenförmige Abschlußstücke als kennzeichnend angesehen würden, trotz gegebener Warenidentität an einer Verwechslungsgefahr.

Die Kennzeichnungskraft der Klagemarke sei eher gering. Säulenförmige Abschlußstücke seien bei Schreibgeräten in der Zeit vor dem 2. Weltkrieg ein im Trend liegendes, verbreitetes Gestaltungsmittel des Art déco gewesen. Solche Abschlußstücke seien zwar in den letzten Jahrzehnten bis zum Wiederaufgreifen des "D." durch die Klägerin nicht mehr verwendet worden, so daß der Verkehr der eingetragenen Form durchaus eine die Herkunft kennzeichnende Originalität beimesse, soweit sie als hervorgehobenes Abschlußstück eines Schreibgeräts verwendet werde. Da es sich aber bei säulenförmigen Abschlußstücken im allgemeinen um historische, an sich gemeinfreie Gestaltungsmittel handle, dürften diese - auch wenn sie in Vergessenheit geraten seien - nicht im Wege des Markenschutzes für eine einzige Person monopolisiert werden. Zwar bestehe kein die Eintragung hinderndes umfassendes Freihaltebedürfnis im Sinne von § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG, der Schutzbereich der Marke dürfe aber nicht so weit gezogen werden, daß es anderen Herstellern unmöglich gemacht werde, sich des historischen Gestaltungsmittels des säulenförmigen Abschlußstücks zu bedienen.

Die Kennzeichnungskraft der Klagemarke habe auch nicht infolge großer Verkehrsbekanntheit eine wesentliche Stärkung erfahren. Aus den von der Klägerin dargelegten hohen Umsätzen und Werbeaufwendungen folge das nicht, da zum einen nicht feststehe, zu welchem Anteil diese gerade auf die Schreibgeräte mit säulenförmigem Abschlußstück entfielen, und zum anderen auch aus einer - unterstellten - Bekanntheit derartiger Schreibgeräte nicht folge, daß diese gerade auf das Abschlußstück und nicht etwa auf den von der Klägerin in

ihrem aktuellen Katalog als gemeinsames Merkmal hervorgehobenen sog. Pfeil-Clip (mit Gravur und Spitze) zurückzuführen sei.

Bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände sei eine Verwechslungsgefahr zu verneinen, weil der Grad der Markenähnlichkeit als zu gering anzusehen sei.

II. Die hiergegen gerichtete Revision hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat zu Recht entschieden, daß die von der Klägerin mit Ermächtigung der Markeninhaber geltend gemachten markenrechtlichen Ansprüche wegen Verletzung der dreidimensionalen Marken Nr. 397 02 632 und Nr. 398 70 850 (§ 14 Abs. 5, Abs. 6 MarkenG) unbegründet sind. Hinsichtlich der jüngeren - am 9. Dezember 1998 angemeldeten - Marke gilt das schon deshalb, weil diese prioritätsjünger ist als die - bereits am 10. Februar 1998 angemeldete - Marke der Beklagten Nr. 398 06 929, deren Gegenstand die Grundform der beanstandeten Kugelschreiber mit säulenförmigem Abschlußstück ist (§ 6 Abs. 2 MarkenG). Aber auch die prioritätsälteste - am 23. Januar 1997 angemeldete - Marke der P. Pen Products (GB) Nr. 397 02 632 wird durch das Angebot und den Vertrieb der angegriffenen Kugelschreiber nicht verletzt.

1. Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, daß markenrechtliche Ansprüche bei dem weit überwiegenden Teil der beanstandeten Schreibgeräte schon deshalb ausscheiden, weil bei diesen die Gestaltung der Abschlußstücke nicht als Gebrauch einer dreidimensionalen Kennzeichnung anzusehen sei.

a) Eine Verletzung des Rechts aus einer dreidimensionalen Marke durch eine Warengestaltung kann nur angenommen werden, wenn diese auch der

Unterscheidung der Waren des Unternehmens von denen anderer Unternehmen dient.

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften ist in Art. 5 Abs. 1 MarkenRL - der durch § 14 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG umgesetzt worden ist - ein ausschließliches Recht des Markeninhabers vorgesehen worden, um den Schutz seiner spezifischen Interessen zu ermöglichen, d.h. um sicherzustellen, daß die Marke ihre Funktionen erfüllen kann. Die Ausübung des Markenrechts muß daher auf Fälle beschränkt bleiben, in denen die Benutzung des Zeichens durch einen Dritten die Funktionen der Marke und insbesondere ihre Hauptfunktion, die Gewährleistung der Herkunft der Ware gegenüber den Verbrauchern, beeinträchtigt oder beeinträchtigen könnte. Der Markeninhaber kann danach auch die Benutzung eines mit der Marke identischen Zeichens für Waren, die mit denjenigen identisch sind, für die die Marke eingetragen ist, nicht verbieten, wenn diese Benutzung im Hinblick auf die Funktionen der Marke seine Interessen als Markeninhaber nicht beeinträchtigen kann (vgl. EuGH, Urt. v. 12.11.2002 - Rs. C-206/01, WRP 2002, 1415, 1419 Tz. 51 ff. = MarkenR 2002, 394 - Arsenal Football Club plc; vgl. weiter BGH, Urt. v. 20.12.2001 - I ZR 60/99, GRUR 2002, 809, 811 = WRP 2002, 982 - FRÜHSTÜCKSDRINK I, m.w.N.).

b) Es ist im wesentlichen Aufgabe des Tatrichters zu beurteilen, ob eine angegriffene Warengestaltung als Ganze oder in einzelnen Teilen herkunftshinweisend ist und somit eine Verletzung der Rechte des Markeninhabers in Betracht kommt. Das Berufungsgericht hat entgegen der Ansicht der Revision seine Annahme rechtsfehlerfrei begründet, daß dies bei denjenigen Schreibgeräten der Beklagten nicht der Fall ist, die nicht wie die 14 anderen, näher bezeichneten Geräte eher schlicht gehalten sind.

Bei der Beurteilung, ob die Abschlußstücke der beanstandeten Schreibgeräte, obwohl sie nur Teil der Warengestaltung sind, für sich genommen als Herkunftshinweis anzusehen sind, kommt es allein auf das Verständnis des angesprochenen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers an (vgl. BGH, Urt. v. 13.1.2000 - I ZR 223/97, GRUR 2000, 506, 508 = WRP 2000, 535 - ATTACHÉ/TISSERAND; Urt. v. 20.12.2001 - I ZR 135/99, GRUR 2002, 812, 813 = WRP 2002, 985 - FRÜHSTÜCKSDRINK II). Dabei entspricht es der Lebenserfahrung, daß der Verkehr eine Warenaufmachung nicht in analysierender Betrachtungsweise, sondern als Ganze so aufnimmt, wie sie sich ihm darstellt. Der Durchschnittsverbraucher abstrahiert in aller Regel nicht die Form einer Ware von ihrer sonstigen Gestaltung. Die Raumform der Ware als Ganzer oder in einzelnen Bestandteilen kann deshalb nur dann als herkunftshinweisend beurteilt werden, wenn sie dies aus der Sicht des Durchschnittsverbrauchers auch in ihrem Zusammenhang mit den anderen Elementen der Aufmachung ist (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 5.4.2001 - I ZR 168/98, GRUR 2002, 171, 174 = WRP 2001, 1315 - Marlboro-Dach; vgl. weiter Ingerl/Rohnke, Markengesetz, § 14 Rdn. 94; Ströbele, MarkenR 2001, 106, 117; ders., Festschrift Erdmann, 2002, S. 491, 500 f.; Krüger ebd. S. 357, 369 f.; Hager, GRUR 2002, 566, 569). Auch eine ausgeprägte Raumform eines Bestandteils der Ware kann in ihrer Wirkung im Rahmen der Gesamtaufmachung durch andere Gestaltungselemente überlagert werden.

Das Berufungsgericht hat demgemäß entgegen der Ansicht der Revision zu Recht darauf abgestellt, wie das Abschlußstück in der Gesamtgestaltung der Schreibgeräte der Beklagten aufgenommen wird, und berücksichtigt, daß bei den Schreibgeräten der Beklagten - abgesehen von den 14 eher schlicht ge-

haltenen Schreibgeräten - die Form des Abschlußstücks aufgrund auffälliger weiterer Gestaltungsmerkmale im Gesamterscheinungsbild zurücktritt.

Für die Beurteilung des Berufungsgerichts spricht zudem, daß der Verkehr die Formgestaltung einer Ware regelmäßig nicht in gleicher Weise wie Wort- und Bildmarken als Herkunftshinweis auffaßt, weil es dabei zunächst um die funktionelle und ästhetische Ausgestaltung der Ware selbst geht. Auch eine besondere Gestaltung der Ware selbst wird danach eher diesem Umstand zugeschrieben werden als der Absicht, auf die Herkunft der Ware hinzuweisen (vgl. dazu auch EuG, Urt. v. 7.2.2002 - Rs. T-88/00, GRUR Int. 2002, 531, 534 Tz. 37 f. - Mag Lite - Taschenlampen; Urt. v. 9.10.2002 - Rs. T-36/01, Tz. 22 ff. [zu einem Glasmuster]; BGH, Beschl. v. 13.4.2000 - I ZB 6/98, GRUR 2001, 56, 57 = WRP 2000, 1290 - Likörflasche; Ströbele, GRUR 2001, 658, 665 f.; Plaß, WRP 2002, 181, 186; vgl. weiter Osterloh, Festschrift Erdmann, 2002, S. 445, 451).

Etwas anderes kann allerdings gelten, wenn der Verkehr aufgrund der Kennzeichnungsgewohnheiten auf dem einschlägigen Warenggebiet geneigt ist, auch einzelnen Formelementen in einer Gesamtaufmachung eine eigenständige Kennzeichnungsfunktion zuzuerkennen (vgl. dazu auch BGH GRUR 2002, 171, 174 - Marlboro-Dach). Dafür ist hier aber nichts dargetan. Ebenso wenig kann davon ausgegangen werden, daß die säulenförmige Gestaltung des Abschlußstücks bei den Schreibgeräten im Verkehr in einem Umfang als Herkunftshinweis auf die Klägerin bekannt geworden ist, daß dies das Verständnis der Aufmachung der beanstandeten Schreibgeräte beeinflussen könnte (vgl. dazu auch BGH, Urt. v. 6.7.2000 - I ZR 21/98, GRUR 2001, 158, 160 = WRP 2001, 41 - Drei-Streifen-Kennzeichnung).

2. Das Berufungsgericht hat die Ansicht vertreten, daß die säulenförmigen Abschlußstücke bei den 14 eher schlicht gehaltenen Schreibgeräten der Beklagten kennzeichenmäßig verwendet worden sind. Diese trichterliche Beurteilung ist rechtsfehlerfrei, auch wenn im Tatsächlichen manches für die Ansicht der Revisionserwiderung spricht, daß der Verkehr unter den gegebenen Umständen eine solche Warenform nicht ohne weiteres als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Unternehmen auffaßt.

3. Das Berufungsgericht hat weiter zu Recht angenommen, daß bei den 14 näher bezeichneten Kugelschreibern, bei denen es von einem kennzeichenmäßigen Gebrauch des Abschlußstücks ausgegangen ist, eine Verwechslungsgefahr nicht gegeben ist.

Die Beurteilung der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Dabei besteht eine Wechselwirkung zwischen den in Betracht zu ziehenden Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Marken und der Ähnlichkeit der mit ihnen gekennzeichneten Waren sowie der Kennzeichnungskraft der älteren Marke, so daß ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder durch eine erhöhte Kennzeichnungskraft der Marke ausgeglichen werden kann und umgekehrt (vgl. BGH, Urt. v. 20.12.2001 - I ZR 78/99, GRUR 2002, 342, 343 = WRP 2002, 326 - ASTRA/ESTRAPUREN; Beschl. v. 8.5.2002 - I ZB 4/00, GRUR 2002, 1067, 1068 = WRP 2002, 1152 - DKV/OKV). Diese Grundsätze gelten auch bei einer dreidimensionalen Klagemarke (BGH, Urt. v. 3.11.1999 - I ZR 136/97, GRUR 2000, 888, 889 = WRP 2000, 631 - MAG-LITE).

a) Die Klagemarke Nr. 397 02 632 hat eine dreidimensionale säulenartige Raumform zum Gegenstand. Aus dem Markenregister ergibt sich nicht, daß die Marke bestimmungsgemäß bei den im Warenverzeichnis aufgeführten Waren in einer konkret bezeichneten Weise, insbesondere zur Gestaltung des Abschlußstücks von Schreibgeräten in dieser Form, verwendet werden soll, zumal im Warenverzeichnis außer Schreib-, Zeichen- und Markierungsgeräten auch zahlreiche andersartige Waren aufgeführt sind. Für den Schutzzumfang ist nur von der Marke auszugehen, wie sie eingetragen ist (vgl. BGH, Beschl. v. 4.2.1999 - I ZB 38/96, GRUR 1999, 583, 584 = WRP 1999, 662 - LORA DI RECOARO; Urt. v. 20.10.1999 - I ZR 110/97, GRUR 2000, 608, 610 = WRP 2000, 529 - ARD-1). Es ist dafür ohne Bedeutung, wie die Klägerin selbst die Marke für ihre Waren benutzt (vgl. BGH, Urt. v. 19.2.1998 - I ZR 138/95, GRUR 1998, 1034, 1036 = WRP 1998, 978 - Makalu).

b) Die Kennzeichnungskraft der Klagemarke Nr. 397 02 632 ist auch in Bezug auf Schreibgeräte als normal anzusehen. Da die Klagemarke nicht lediglich einen Bestandteil von Schreibgeräten, wie sie im Warenverzeichnis aufgeführt sind, wiedergibt, kann ihre Kennzeichnungskraft - entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts - nicht mit der Begründung als eher gering eingestuft werden, daß die geschützte Raumform in früherer Zeit ein verbreitetes Mittel zur Gestaltung des Abschlußstücks von Schreibgeräten gewesen sei. Die Marke ist als geschützte Raumform zudem keine einfache Gestaltung, sondern - wie das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang zutreffend ausgeführt hat - durch einen besonderen, durchdachten Aufbau gekennzeichnet.

Eine Steigerung der Kennzeichnungskraft durch Benutzung ist nicht festgestellt; sie wird von der Revision auch nicht geltend gemacht. Eine erhöhte Kennzeichnungskraft kann etwa angenommen werden, wenn ein Zeichen im

Verkehr durch umfangreiche Benutzung als Marke, d.h. als Mittel, die betroffene Ware von den Waren anderer Unternehmen zu unterscheiden, an Bekanntheit gewonnen hat (vgl. dazu auch EuGH, Urt. v. 18.6.2002 - Rs. C-299/99, GRUR 2002, 804, 808 Tz. 64 = WRP 2002, 924 - Philips). Auch wenn mit dem Berufungsgericht unterstellt wird, daß die von der Klägerin vertriebenen Stifte als Waren bekannt sind, bedeutet dies deshalb noch nicht, daß damit in gleicher Weise die Bekanntheit der als Marke geschützten Raumform in ihrer Funktion als Herkunftshinweis gesteigert worden ist. Dagegen spricht die vom Berufungsgericht dargelegte Möglichkeit, daß die Schreibgeräte der Klägerin an anderen Zeichen (vor allem dem gemeinsamen Merkmal des sog. Pfeil-Clips) erkannt werden, sowie der Umstand, daß die als Marke geschützte Raumform bei ihrer Verwendung zur Gestaltung der Abschlußstücke von Schreibgeräten nicht ohne weiteres als Herkunftshinweis verstanden wird.

c) Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht angenommen, daß die Markenähnlichkeit im Rechtssinn bei den sich gegenüberstehenden Zeichen gering ist.

(1) Bei der Beurteilung der Markenähnlichkeit ist auf den jeweiligen Gesamteindruck der sich gegenüberstehenden Zeichen abzustellen (vgl. BGH GRUR 2002, 342, 343 - ASTRA/ESTRA-PUREN, m.w.N.). Die Ähnlichkeit einer Marke mit einem angegriffenen Zeichen kann nur in bezug auf die konkrete Form, in der dieses verwendet wird, festgestellt werden (vgl. BGH GRUR 1999, 583, 584 - LORA DI RECOARO). Maßgebend sind dabei im Hinblick auf die Hauptfunktion der Marke, die Ursprungsidentität der gekennzeichneten Waren oder Dienstleistungen zu gewährleisten (vgl. EuGH GRUR 2002, 804, 806 Tz. 30 - Philips; BGH, Beschl. v. 28.6.2001 - I ZB 1/99, GRUR 2002, 64 = WRP 2001, 1445 - INDIVIDUELLE), nur Übereinstimmungen in denjenigen Merkma-

len, die jeweils herkunftshinweisende Bedeutung haben (vgl. BGH GRUR 2000, 608, 610 - ARD-1; BGH GRUR 2000, 888, 889 - MAG-LITE).

(2) Das Berufungsgericht hat seine Annahme, die sich gegenüberstehenden Zeichen seien nur in geringem Maß ähnlich, mit einem Vergleich des Aufbaus der Formen und ihres Gesamteindrucks begründet. Dazu hat es ausgeführt: Die Grundform der Klagemarke bestehe aus einem (geraden) Zylinder, der sich im oberen Teil verbreitere; zugleich seien am oberen und unteren Ende jeweils zwei Ringe, jedoch in unterschiedlichem Abstand voneinander und vom jeweiligen Ende der Säule, angebracht. Die Form erhalte dadurch einen durchdachten Aufbau. Das angegriffene Abschlußstück vermittle dagegen im Gesamteindruck ein von der Klagemarke durchaus zu unterscheidendes Bild. Es habe eine sich in der Mitte gleichmäßig verjüngende Grundform, an deren oberen und unteren Ende jeweils die gleiche Anordnung von drei Ringen angebracht sei, wodurch eine Symmetrie zur gedachten Mittelquerachse entstehe.

Diese trichterliche - im Revisionsverfahren ohnehin nur eingeschränkt überprüfbar (vgl. BGH GRUR 1999, 583, 584 f. - LORA DI RECOARO) - Beurteilung ist rechtsfehlerfrei. Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe übergangen, daß beide Zeichen übereinstimmend eine säulenförmige Grundform aufweisen, berücksichtigt nicht, daß mit einer solchen Verallgemeinerung von Merkmalen der markenrechtlich relevante Ähnlichkeitsbereich verlassen wird und der Markenschutz auf allgemeine ästhetische Grundformen erstreckt werden soll, die nicht schutzfähig sind (vgl. dazu auch EuGH GRUR 2002, 804, 809 Tz. 78 - Philips; BGH GRUR 2000, 888, 889 - MAG-LITE).

d) In der Abwägung der für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr maßgebenden Faktoren ist die danach nur in Betracht kommende Marken-

ähnlichkeit zu gering, um eine Verwechslungsgefahr im Rechtssinn zu begründen, auch wenn die Klagemarke Nr. 397 02 632 normale Kennzeichnungskraft besitzt und die Warenidentität ins Gewicht fällt (vgl. BGH GRUR 2000, 506, 508 - ATTACHÉ/TISSERAND). Bei dieser Beurteilung ist mit zu berücksichtigen, daß sich der Schutz des Markenrechts auch bei einer dreidimensionalen Marke vor allem gegen die Beeinträchtigung der Herkunftsfunktion der Marke richtet, nicht gegen die Übernahme ästhetischer Gestaltungsgedanken durch Mitbewerber für deren Waren (vgl. dazu auch - zur Übernahme technischer Lösungen oder Gebrauchseigenschaften - EuGH GRUR 2002, 804, 809 Tz. 78 - Philips).

B. I. Das Berufungsgericht hat auch die Ansprüche der Klägerin aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz, die sich gegen das Angebot und den Vertrieb der Schreibgeräte der Beklagten mit säulenförmigem Abschlußstück richten, als unbegründet angesehen. Dazu hat es ausgeführt:

Den "D. " -Kugelschreibern und -Drehbleistiften könne in ihrer Gesamtheit eine wettbewerbliche Eigenart nicht abgesprochen werden. Die Stifte verfügten jedenfalls bei den Verkehrskreisen, die an teuren Schreibgeräten interessiert seien, über den Ruf besonderer Qualität und Exklusivität. Die Eignung der Stifte, auf die betriebliche Herkunft und die Besonderheiten des Erzeugnisses hinzuweisen, werde jedoch in erster Linie durch den charakteristischen "Pfeil-Clip" (mit Gravur und dreieckiger Spitze) in Verbindung mit dem säulenförmigen Abschlußstück begründet. Dagegen gehörten die übrigen Merkmale der Stifte - insbesondere deren Grundform und die Anordnung der verschiedenen Ringe - zu den bei Schreibgeräten üblichen Gestaltungsmitteln; sie trügen daher zur wettbewerblchen Eigenart der Stifte jedenfalls nicht nennenswert bei. Gerade den sog. Pfeil-Clip habe die Beklagte nicht übernommen; bei der Ge-

staltung des Abschlußstücks habe sie einen gewissen Abstand vom Vorbild der Klägerin eingehalten.

Der Beklagten sei weiter nicht vorzuwerfen, daß sie eine Vielzahl von Kugelschreibern mit dem beanstandeten Abschlußstück versehen habe. Dabei gehe es nicht um eine gleichzeitige systematische Annäherung an mehrere wettbewerblich eigenartige Vorbilder, sondern lediglich um unterschiedliche Varianten der Annäherung an dasselbe Vorbild. Die wettbewerblichen Interessen der Klägerin würden dadurch nicht weitergehend als durch die Annäherung als solche beeinträchtigt. Die Gefahr einer Herkunftstäuschung sei nicht nur wegen der unterschiedlichen Gestaltung der Stifte, sondern auch deshalb zu verneinen, weil die Schreibgeräte der Beklagten schon wegen des großen Preisunterschieds nicht mit der Klägerin in Verbindung gebracht würden. Auch eine Beeinträchtigung des besonderen Rufes der Klägerin sei nicht zu befürchten. Jeder, der den "D. -" -Kugelschreiber der Klägerin kenne und mit ihm einen besonderen Ruf verbinde, werde an dem deutlich anderen Clip und dem ebenfalls abweichend gestalteten oberen Abschlußstück der beanstandeten Kugelschreiber sofort erkennen, daß diese nicht von der Klägerin stammen könnten. Dies gelte auch, wenn er die Kugelschreiber nur in der Hand eines Dritten sehe.

Die von der Beklagten vorgenommene Annäherung an die Schreibgeräte der Klägerin sei damit noch als ein - wettbewerbsrechtlich zulässiger - Versuch zu werten, an einem von der Klägerin eingeleiteten Trend teilzunehmen, nämlich der "Wiederentdeckung" von Art déco-Formen in diesem Produktbereich.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Revisionsangriffe haben keinen Erfolg. Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zu Recht Ansprüche der Klä-

gerin aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz (§ 1 UWG) verneint.

1. Durch die sondergesetzliche Regelung des § 14 MarkenG werden Ansprüche aus § 1 UWG nicht von vornherein ausgeschlossen. Neben Ansprüchen aus Markenrecht können Ansprüche aus § 1 UWG gegeben sein, wenn sie sich gegen ein wettbewerbswidriges Verhalten richten, das als solches nicht Gegenstand der markenrechtlichen Regelung ist (vgl. BGH, Urt. v. 26.4.2001 - I ZR 212/98, GRUR 2002, 167, 171 = WRP 2001, 1320 - Bit/Bud). So liegt der Fall hier, weil sich die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche aus Markenrecht und ihre behaupteten Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz auf verschiedene Schutzgegenstände beziehen.

Die Klägerin hat ihre markenrechtlichen Ansprüche darauf gestützt, daß zwischen den für sie eingetragenen Marken, die (abstrakte) Raumformen darstellen, und der Gestaltung der Abschlußstücke bei den beanstandeten Schreibgeräten eine Verwechslungsgefahr bestehe. Mit ihren Ansprüchen aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz macht sie dagegen geltend, daß die Beklagte durch den Vertrieb der beanstandeten Schreibgeräte unlauter handle, weil diese Nachahmungen von Schreibgeräten der erfolgreichen "D. " -Serie seien. Gegenstand dieses Klagevorbringens ist demgemäß nicht der Vorwurf der unlauteren Annäherung an fremde Kennzeichnungen, sondern der Vorwurf der Ausnutzung eines für die "D. " -Kugelschreiber und -Drehbleistifte als konkrete Erzeugnisse erworbenen Rufs besonderer Qualität und Exklusivität.

2. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die Übernahme einer Gestaltungsform, die nicht (mehr) unter Sonderrechtsschutz

steht, nach § 1 UWG wettbewerbswidrig sein kann, wenn das Erzeugnis von wettbewerblicher Eigenart ist und besondere Umstände hinzutreten, die die Nachahmung unlauter erscheinen lassen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 15.6.2000 - I ZR 90/98, GRUR 2001, 251, 253 = WRP 2001, 153 - Messerkennzeichnung; Urt. v. 19.10.2000 - I ZR 225/98, GRUR 2001, 443, 444 = WRP 2001, 534 - Viennetta, jeweils m.w.N.). Eine solche wettbewerbliche Eigenart setzt voraus, daß die konkrete Ausgestaltung oder bestimmte Merkmale des Erzeugnisses geeignet sind, die angesprochenen Verkehrskreise auf seine betriebliche Herkunft oder seine Besonderheiten hinzuweisen (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 21.2.2002 - I ZR 265/99, GRUR 2002, 629, 632 = WRP 2002, 1058 - Blendsegel, m.w.N.).

3. Ansprüche aus ergänzendem wettbewerbsrechtlichem Leistungsschutz stehen der Klägerin danach schon deshalb nicht zu, weil die Beklagte nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts die Merkmale, aus denen sich die wettbewerbliche Eigenart der "D. -Stifte ergibt, bei den beanstandeten Schreibgeräten nicht übernommen hat.

a) Die Annahme des Berufungsgerichts, daß den "D. -Kugelschreibern und -Drehbleistiften als solchen zwar wettbewerbliche Eigenart zukomme, diese aber in erster Linie durch den charakteristischen "Pfeil-Clip" (mit Gravur und dreieckiger Spitze) in Verbindung mit dem säulenförmigen Abschlußstück begründet werde, ist als tatrichterliche Beurteilung - entgegen der Auffassung der Revision - nicht widersprüchlich, sondern nachvollziehbar und rechtsfehlerfrei. Die Klägerin hat ihre Behauptung, daß die "D. -Schreibgeräte auch durch ihre sonstige Form ein "eigenes Gesicht" hätten, nicht durch konkrete Ausführungen belegt. Die pauschale Verweisung auf einen Aktenordner mit den Abbildungen einer Vielzahl abweichender Gestaltungen genügte dafür nicht.

Die Klägerin hat auch nicht begründet, warum die Abmessungen der "D. "-Schreibgeräte, die bei den beanstandeten Schreibgeräten übernommen sein sollen, für die wettbewerbliche Eigenart bedeutsam seien.

b) Die danach für die wettbewerbliche Eigenart der "D. "-Schreibgeräte maßgeblichen Merkmale fehlen bei den beanstandeten Schreibgeräten. Diese weisen den charakteristischen "Pfeil-Clip" nicht auf. Das säulenförmige Abschlußstück der "D. "-Schreibgeräte hat die Beklagte bei ihren Schreibgeräten nicht in seiner besonderen Ausgestaltung übernommen. Wie das Berufungsgericht im Zusammenhang mit den markenrechtlichen Ansprüchen ausgeführt hat, unterscheidet sich die Form der Abschlußstücke bei den beanstandeten Schreibgeräten erheblich und für den Gesamteindruck wesentlich von der Form der Abschlußstücke der "D. "-Schreibgeräte. Wettbewerbsrechtlichen Schutz für den Gedanken, ein Schreibgerät mit einem säulenförmigen Abschlußstück zu versehen, kann die Klägerin nicht beanspruchen, auch wenn sich die Beklagte durch die Übernahme dieses Gedankens einen Trend zunutze machen sollte, den die Klägerin mit der Gestaltung der "D. "-Schreibgeräte eingeleitet hat.

C. Die Revision war danach auf Kosten der Klägerin zurückzuweisen (§ 97 Abs. 1 ZPO).

Ullmann

v. Ungern-Sternberg

Starck

Pokrant

Büscher