

102. 1. Setzt der Anspruch auf Löschung eines Warenzeichens aus § 9 Nr. 1 WZG. voraus, daß die Eintragung des jüngeren Warenzeichens ein Schutzrecht hat entstehen lassen, das für den Lösungskläger auf Grund seiner früheren Eintragung bereits besteht?

2. Ist es für die Frage der Gleichartigkeit von Waren, die durch verwechslungsfähige Warenzeichen geschützt sind, von Bedeutung, daß für einen Teil ein Freizeichen besteht?

II. Zivilsenat. Urtr. v. 1. Juli 1921 i. S. S. (Rl.) w. L. (Wekl.)
II 33/21.

L Landgericht Freiberg. — II. Oberlandesgericht Dresden.

Für die Klägerin ist seit dem 27. März 1909 unter Nr. 116164 in die Zeichenrolle des Reichspatentamts das Warenzeichen Juno für Zigaretten, Zigarettenpapier und Zigarettenhüllen eingetragen. Als Geschäftsbetrieb ist dabei Zigarren- und Zigarettenfabrik angegeben. Das Wort Juno ist im Jahre 1908 zum Freizeichen für Zigarren erklärt worden.

Für den Beklagten ist am 2. Juni 1919 unter Nr. 232661 das Warenzeichen Julo für „sämtliche Tabakfabrikate“ in die Zeichenrolle eingetragen worden. Als Geschäftsbetrieb ist Herstellung und Vertrieb von Tabakfabrikaten angegeben. Während der Rechtsstreit vor dem Landgerichte schwebte, ist auf Antrag des Beklagten am 20. November 1919 bei seinem Warenzeichen eingetragen worden, daß es für sämtliche Tabakfabrikate mit Ausnahme von Zigarren gelöscht sei.

Die Klägerin hat auf Einwilligung des Beklagten in die Löschung des für ihn eingetragenen Warenzeichens Julo mit der Begründung geklagt, daß es für den ihrigen gleichartige Waren bestimmt sei und die Gefahr der Verwechslung beider Zeichen im Verkehr bestehe. Der Beklagte hat in erster Linie ein Schutzrecht der Klägerin bestritten, da Juno Freizeichen für Zigarren sei, im übrigen hat er die Verwechslungsgefahr beider Zeichen in Abrede gestellt.

Das Landgericht hat nach dem Klageantrage erkannt, das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Die Revision der Klägerin hatte Erfolg.

Gründe:

Das Warenzeichen umfaßt nach §§ 5 und 12 WZG. regelmäßig die Waren, für die es eingetragen ist, und die diesen gleichartigen. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, daß sich das Warenzeichen „Juno“ der Klägerin nur auf die Waren, für die es eingetragen ist, also Zigaretten, Zigarettenpapier und Zigarettenhüllen, nicht aber auf Zigarren beziehe, obgleich es feststellt, daß diese an sich jenen Waren im zeichenrechtlichen Sinne gleichartig sind. Es verneint die Aus-

dehnung des Schutzes auf Zigarren deshalb, weil diese wegen der Freizeicheneigenschaft der Bezeichnung Juno für Zigarren aus dem Kreise der durch das Warenzeichen der Klägerin geschützten Waren ausscheiden. Das Berufungsgericht nimmt also an, daß das Wort Juno als Freizeichen für Zigarren nicht Warenzeichen für diese sein könne. Diese Ansicht ist zutreffend, wird von der Revision auch nicht bemängelt.

Das Berufungsgericht zieht nun aus der Freizeicheneigenschaft des Wortes Juno für Zigarren weiter den Schluß, daß die Eintragung des Wortzeichens Zulo für den Beklagten als Warenzeichen für Zigarren trotz der Verwechslungsfähigkeit dieses Wortes mit Juno nicht ein Schutzrecht für ihn habe entstehen lassen, das die Klägerin auf Grund der früher für sie erfolgten Eintragung des Warenzeichens Juno und dessen erweiterter Geltung nach den Grundsätzen der Gleichartigkeit der Waren und der Verwechslungsfähigkeit der Zeichen schon erworben habe. Das Bestehen eines solchen Schutzrechtes der Klägerin hält das Berufungsgericht für eine notwendige Voraussetzung des Löschananspruches und sieht daher diesen Anspruch, weil es das Vorhandensein jenes vermeintlichen Erfordernisses vermißt, nicht als gegeben an. Das Berufungsgericht versagt hiernach der Klägerin den Löschananspruch deshalb, weil ihr Schutzrecht sich nicht auf die Verwendung des Wortes Juno für Zigarren erstreckt.

Mit Recht wendet sich die Revision gegen die Auffassung des Berufungsrichters, als sei nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 WZG. eine Voraussetzung des Löschananspruches, daß die Eintragung des jüngeren Warenzeichens ein Schutzrecht habe entstehen lassen, welches für den Löschankläger bereits bestehe. Klageberechtigt ist nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 derjenige, für den das Zeichen des Neueingetragenen oder ein der Gefahr der Verwechslung mit diesem Zeichen ausgelegtes ähnliches Zeichen auf Grund einer früheren Anmeldung für dieselben oder für gleichartige Waren eingetragen ist. Diese Voraussetzungen sind gegeben. Es liegt sowohl eine Verwechslungsgefahr der Zeichen wie auch eine Gleichartigkeit der geschützten Waren vor. Was zunächst die Verwechslungsgefahr betrifft, so wird diese, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennet, nicht durch den Umstand ausgeschlossen, daß die Bezeichnung Juno für Zigarren Freizeichen ist. Nach der vom Berufungsgerichte bedenkenfrei festgestellten Verwechslungsgefahr des für den Beklagten für Zigarren eingetragenen Wortzeichens Zulo mit dem Warenzeichen der Klägerin Juno ist nach § 20 WZG. die Rechtsklage die gleiche, als ob auch für den Beklagten das Wortzeichen Juno als Warenzeichen eingetragen wäre. Eine solche Eintragung unterläge aber nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 a. a. O. der Lösung, wenn auch die Klägerin dem Beklagten den Gebrauch dieses Wortes wegen

seiner Freizeicheneigenschaft für Zigarren nicht untersagen könnte. Wenn der Beklagte in der Revisionsinstanz die Verwechslungsfähigkeit des für ihn eingetragenen Warenzeichens Zulo mit dem Freizeichen Zuno zu seinen Gunsten geltend zu machen sucht, indem er ausführt, daß, da Zuno Freizeichen für Zigarren sei, es auch das verwechslungsfähige Wort Zulo sei, so geht dieser Versuch fehl. Bei der Anmeldung des Wortzeichens Zulo als Warenzeichen für Zigarren hätte es das Patentamt wegen der Verwechslungsgefahr mit dem Freizeichen Zuno möglicherweise selbst als Freizeichen betrachtet und deshalb seine Eintragung als Warenzeichen für Zigarren ablehnen können. Wenn das aber — wie hier — nicht geschehen ist, sondern der Anmeldung stattgegeben und das Zeichen als Warenzeichen eingetragen worden ist, so gilt es für die Dauer der Eintragung als Warenzeichen mit allen sich daraus ergebenden Rechtswirkungen; es kann daher auch nicht nach Belieben seines Inhabers als Freizeichen angesehen werden.

Weiter hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum die Gleichartigkeit von Zigarren mit den Waren des Schutzbereichs der Klägerin im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 1 a. a. O. bejaht. Danach sind Zigarren einerseits und Zigaretten sowie das zu ihrer Herstellung nötige Zigarettenpapier nebst Zigarettenhüllen andererseits, wenn sie sich auch durch Herstellung und Material unterscheiden, nach Gattung und Zweckbestimmung einander so nahestehend, daß der Abnehmer im regelmäßigen Verkehr annehmen muß, diese Waren entstammten, falls sie mit demselben oder mit verwechslungsfähigen Zeichen versehen sind, derselben Ursprungsstätte. Es ergibt sich daraus die Möglichkeit, daß das verbrauchende (rauchende) Publikum die mit dem Warenzeichen Zulo versehenen Zigarren des Beklagten für Erzeugnisse der Klägerin ansieht (RGZ. Bd. 60 S. 324). Wenn das Berufungsgericht aber trotzdem deshalb, weil die Bezeichnung Zuno für Zigarren Freizeichen ist, die Gleichartigkeit dieser Ware mit den oben angegebenen Waren ablehnen zu müssen glaubt, so beruht diese Auffassung, wie die Revision zutreffend annimmt, auf einer Verkennung des Begriffs der Gleichartigkeit. Denn Waren, die nach den oben dargelegten Grundsätzen nach der für diese Beurteilung maßgebenden Anschauung und Auffassung des gewerblichen und Handelsverkehrs gleichartig sind, wie das nach der Feststellung des Berufungsgerichts an sich hier der Fall ist, können diese Eigenschaft nicht deshalb verlieren, weil die Bezeichnung Zuno für Zigarren ein Freizeichen ist. Das maßgebende kaufende Raucherpublikum beurteilt die Frage der Gleichartigkeit nur nach der Art der Waren und ist daher der Möglichkeit einer Verwechslung oder Täuschung ausgesetzt, wenn es die in Betracht kommenden Waren mit demselben oder mit ähnlichen, die Verwechslungsgefahr begründenden Zeichen versehen sieht. Der Umstand, daß das Zeichen auf der

einen der sich so nahe stehenden Waren ein Freizeichen ist, scheidet für das verbrauchende Publikum bei seiner Beurteilung der Gleichartigkeit von Waren aus. Es kann hierauf schon deshalb kein Gewicht legen, weil es nicht immer weiß, daß das eine Zeichen ein Freizeichen ist; aber selbst wenn es das wissen und die Bedeutung kennen sollte, würde es nicht anders urteilen. Aus dem gleichen Grunde ist auch der vom Beklagten in der Revisionsinstanz geltend gemachte Gesichtspunkt verfehlt, eine zeichenrechtliche Gleichartigkeit bestehe schon deshalb nicht, weil sonst das für Zigarren anerkannte Freizeichen Juno vom Patentamt nicht als Warenzeichen für Zigaretten, Zigarettenpapier und Zigarettenhüllen eingetragen worden wäre. Nicht dieser Umstand, sondern allein die Auffassung des Verkehrs ist, wie dargelegt, entscheidend für die Beantwortung der Frage, welche Waren als gleichartig im zeichenrechtlichen Sinne anzusehen sind. Daher ist es für diese Frage auch rechtlich unerheblich, ob der Beklagte, wie er in der Revisionsinstanz weiter behauptet, durch die nachträgliche Beschränkung seines ursprünglich für sämtliche Tabakfabrikate eingetragenen Warenzeichens Julo auf Zigarren den Gegensatz zwischen diesen und den Waren der Klägerin zum Ausdruck bringen wollte.

Hiernach sind sämtliche Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Nr. 1 WZG. erfüllt: Das Zeichen des Beklagten, das wegen der Gefahr der Verwechslung mit dem der Klägerin als diesem gleichlautend rechtlich zu behandeln ist, steht für die Klägerin auf Grund früherer Anmeldung für gleichartige Waren in der Zeichenrolle des Patentamts eingetragen. Weitere Voraussetzungen, insbesondere daß der Löschungsanspruch, wie das Berufungsgericht meint, nur dann gegeben sei, wenn die Eintragung des jüngeren Warenzeichens ein Schutzrecht habe entstehen lassen, das für den Löschungskläger auf Grund seiner früheren Eintragung bereits bestehe, sind dem Gesetz fremd. Im übrigen ist die vom Berufungsgerichte vermißte angebliche Voraussetzung gegeben. Denn das Wortzeichen des Beklagten Julo als Warenzeichen für Zigarren erstreckt sich nach den obigen Ausführungen ohne weiteres auch auf die durch das Warenzeichen der Klägerin Juno geschützten Zigaretten, Zigarettenpapier und Zigarettenhüllen als gleichartige Waren und kollidiert daher mit dem Warenzeichen der Klägerin (§ 20 WZG.). . . .