

45. 1. Über zeichenrechtliche Gleichartigkeit.  
 2. Zur Frage der Beschränkung der Teillösungsklage aus  
 § 9 Abs. 1 Nr. 2 WZG.  
 a) im Falle der Entwicklung des beanstandeten Zeichens  
 zum Kennzeichen des Unternehmens des Zeicheninhabers,  
 b) wenn die vom Zeicheninhaber nicht geführten ein-  
 getragenen Waren nach der Art seines Geschäftsbetriebs ohne  
 weiteres in diesen Betrieb fallen.  
 WZG. §§ 5, 9 Abs. 1 Nr. 2.

II. Zivilsenat. Urk. v. 14. Oktober 1927 i. S. Akt.-Ges. St. (R.)  
 w. Firma St. & B. (Bekl.). II 133/27.

- I. Landgericht Köln, Kammer für Handelsachen.  
 II. Oberlandesgericht daselbst.

Für die Klägerin ist auf ihre Anmeldung vom 21. August 1911 das Wort „Goldkrone“ als Warenzeichen für Kakao, Kakaoprodukte, Schokolade, Tee und eine Reihe anderer Waren unter Nr. 161753 in die Zeichenrolle des Reichspatentamts eingetragen worden. Ferner ist der Klägerin auf ihre Anmeldung vom 6. Februar 1923 unter Nr. 312145 in die Zeichenrolle eingetragen der Spruch: „Stollwert Goldkrone Edel wie der Name“, und zwar als Warenzeichen für die gleichen Waren wie oben, also auch für Tee, außer jenen Waren aber auch für geröstete und gemahlene Eicheln, auch in Mischung mit Kakao, zur Bereitung kaffee- und kakaohähnlicher Getränke. Der Geschäftsbetrieb der Klägerin, in dem die Zeichen verwendet werden sollen, ist bei beiden Eintragungen bezeichnet als: Kakao-, Schokoladen- und Zuckerwarenfabrik, Fabrik von Kanditen, Konserben und anderen Nahrungs- und Genußmitteln, automatischer Warenvertrieb.

Für die Beklagte ist auf ihre Anmeldung vom 2. Oktober 1924 unter Nr. 331864 das Wort „Kronen-Gold“ als Warenzeichen für Kaffee und Tee in die Zeichenrolle eingetragen. Ihr Geschäftsbetrieb ist in der Rolle als „Kaffee- und Teehandlung, Kaffeerösterei“ gekennzeichnet. Die Beklagte ist nach der Feststellung des Berufungsgerichts in Köln als Spezialgeschäft für Kaffee und Tee im großen und im kleinen bekannt.

Die Klägerin hat, nachdem sie trotz Benachrichtigung durch das Patentamt der Eintragung des Zeichens Nr. 331864 nicht widersprochen hatte, die Beklagte vergebens zur Löschung aufgefordert. Mit der Klage verlangte sie Löschung des Wortzeichens „Kronen-Gold“ und Verzicht der Beklagten auf die Sperrfrist aus § 4 Abs. 3 WZG. wegen Verwechslungsfähigkeit der beiderseitigen für gleichartige Waren eingetragenen Zeichen. Die Beklagte begehrte widerlegend Löschung der beiden Wortzeichen der Klägerin, des ersteren, soweit es für Tee, des letzteren, soweit es für Tee und geröstete und gemahlene Eicheln zur Bereitung kaffeeähnlicher Getränke eingetragen ist, weil die Klägerin weder Tee noch Kaffee noch kaffeeähnliche Getränke führe und daher ihr Zeichenschutz für diese Waren nicht berechtigt sei. Unstreitig hat die Klägerin früher auch Tee geführt. Sie hat aber ihrer Angabe nach den Vertrieb von Tee infolge des Kriegs einstellen müssen. Nach Beendigung des Kriegs will sie versucht haben, diesen Geschäftszweig wieder aufzunehmen.

Das Landgericht gab der Klage statt und wies die Widerklage ab. Das Oberlandesgericht dagegen erkannte umgekehrt. Auf die Revision der Klägerin wurde dem Klagantrag stattgegeben und die Widerklage dem Verlangen der Revisionsklägerin entsprechend insoweit abgewiesen, als sie sich auf die Ware Tee bezieht.

#### Gründe:

Die Verwechslungsfähigkeit der beiderseitigen Wortzeichen „Goldkrone“ und „Kronen-Gold“ steht außer Zweifel. Das gleiche gilt für das zweite Wortzeichen der Klägerin „Stollwerck Goldkrone Edel wie der Name“ und das Wortzeichen „Kronen-Gold“. Denn die spruchartige Zusammenfassung des Wortes „Goldkrone“ mit noch anderen Wörtern (im zweiten Zeichen der Klägerin) ändert nichts daran, daß die Bezeichnung „Goldkrone“, die durch das erste Zeichen der Klägerin geschützt ist, im Verkehr neben dem Firmennamen „Stollwerck“ schlagwortartig vor den anderen Wörtern hervortritt. Es handelt sich daher für die Klage nur um die Frage der Gleichartigkeit der beiderseits geschützten Waren, und zwar kommt es für die Revisionsinstanz nur auf die Ware Tee an, da die Klägerin das Urteil des Berufungsgerichts nur insoweit angefochten hat, als hinsichtlich dieser Ware zu ihren Ungunsten erkannt ist.

Die Entscheidung über die Klage hängt nicht von derjenigen über die Widerklage ab. Denn selbst wenn die Widerklage, die als

PopularKlage aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 WZG. auf Löschung der Ware Tee im Warenverzeichnis der Klägerin — wegen Nichtführung dieser Ware — gerichtet ist, Erfolg hätte und die Klägerin daher ihren Löschungsanspruch nicht mehr darauf stützen könnte, daß beiderseits die gleiche Ware (Tee) durch verwechselbare Zeichen geschützt sei, so müßte doch geprüft werden, ob der Klagenanspruch nicht wegen Gleichartigkeit anderer der Klägerin geschützter und von ihr unstreitig geführter Waren, wie Kakao, Schokolade mit der Ware Tee begründet wäre. Das Berufungsgericht hat diese Frage aus einer rechtsirrigen Erwägung nicht geprüft; sie ist aber ohne weiteres zu bejahen. Denn für die zeichenrechtliche Gleichartigkeit ist nach feststehender Rechtsprechung des erkennenden Senats nicht die Gleichheit oder Ähnlichkeit des Stoffes und der Herstellungsart der sich gegenüberstehenden Waren entscheidend, sondern die Frage, ob diese Waren im allgemeinen in Geschäften gleicher oder ähnlicher Art feilgehalten und daher im allgemeinen von den gleichen Kreisen der Bevölkerung gekauft werden. Im Bejahungsfalle sind diese Käufer — und wäre es auch nur ein gewisser, nicht ganz unerheblicher Teil von ihnen — der Gefahr ausgesetzt, in der Gleichheit oder Verwechslungsfähigkeit der Zeichen der dort feilgehaltenen Waren einen Hinweis auf dieselbe Herkunftsstätte zu erblicken. Erfahrungsgemäß wird nun in fast sämtlichen Geschäften, in denen Schokolade und Kakao zu haben ist, auch Tee feilgeboden. Die obige Voraussetzung für die Möglichkeit einer Täuschung der Käufer oder wenigstens eines nicht unerheblichen Teils von ihnen ist somit gegeben.

Da hiernach die zeichenrechtliche Gleichartigkeit der für die Klägerin eingetragenen und unstreitig von ihr geführten Waren (Kakao und Schokolade) mit der für die Beklagte eingetragenen und von ihr geführten Ware Tee zu bejahen ist, so ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts der Klagenanspruch auf Löschung des Zeichens der Beklagten für Tee und ebenso das Verlangen ihres Verzichts auf die Sperrfrist des § 4 Absatz 3 WZG. begründet. Der Revision war daher zur Klage — soweit es sich um Tee handelt — stattzugeben.

Die Revision ist aber auch insoweit begründet, als sie sich gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts über die Widerklage richtet. Es handelt sich hier, wie schon erwähnt, um die aus § 9 Abs. 1 Nr. 2

WZG. erhobene Popularklage auf Löschung der Ware Tee im Warenverzeichnis der Klägerin. Dieses Verlangen wird damit begründet, daß die Klägerin diese zwar vor dem Krieg führte, während des Kriegs aber aufgegebene Ware auch nach Beendigung des Kriegs nicht wieder in ihren Geschäftsbetrieb aufgenommen habe, jedenfalls nicht in einer Weise, die für die Wiederaufnahme dieses Geschäftszweigs als ausreichend angesehen werden könne.

Die grundsätzliche Zulässigkeit einer Teillösungsklage aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 WZG. wegen solcher im Warenverzeichnis eingetragener Waren, die früher vom Zeicheninhaber geführt wurden, deren Führung dann aber eingestellt und in angemessener Zeit nicht wieder aufgenommen wurde, wird vom Reichsgericht anerkannt, ebenso wie die Möglichkeit der Teillösungsklage wegen sog. Vorratswaren, deren Führung in angemessener Zeit überhaupt nicht aufgenommen worden ist (RGZ. Bd. 101 S. 374, Bd. 104 S. 312). Auch die Rechtslehre macht in dieser Richtung keine Zweifel mehr geltend. Eine Gestaltung, bei der ohne weiteres eine Einschränkung der Teillösungsklage geboten wäre, liegt hier nicht vor. Denn es handelt sich nicht um einen der Fälle, wo sich das Warenzeichen als Kennwort des Unternehmens des Berechtigten derart Geltung verschafft hat, daß der Verkehr, wenn nunmehr der Inhaber eines andern Betriebs das gleiche Zeichen für ganz andere Waren benutzen wollte, eine Ausdehnung des Betriebs des Zeichenberechtigten annehmen würde. In solchem Fall könnte der Zeicheninhaber, selbst wenn sich sein eingetragenes Warenverzeichnis auf die von ihm geführten Waren beschränkte, von dem andern die Unterlassung der Benutzung fordern, sei es nach § 1 UnWZG. (so RGZ. Bd. 111 S. 197), sei es mit der Popularklage des § 9 Abs. 1 Nr. 3 WZG. (so Hagens Kommentar zum WZG. S. 161). Dann wäre es widersinnig, einem Dritten in bezug auf Waren, die für einen andern Betrieb in der Rolle stehen, ohne daß dieser sie führt, die Teillösungsklage des § 9 Abs. 1 Nr. 2 WZG. einzuräumen. Denn diese Klage findet ihre Rechtfertigung nur in dem Bedürfnis, für solche Waren das Zeichen dem Verkehr freizugeben. Die Revision hat eine Entwicklung der beiden Warenzeichen der Klägerin zum Kennzeichen ihres Unternehmens selbst nicht ernstlich behauptet. Eine derartige Behauptung ist auch von der Klägerin in den Vorinstanzen niemals aufgestellt worden. Die

Entwicklung eines Wortzeichens zum Kennwort eines ganzen Unternehmens müßte aber auch auf dem hier fraglichen Gebiet der Schokolade-Fabrikation als geradezu ausgeschlossen angesehen werden, da hier der Name des Fabrikanten — zumal ein so bekannter wie „Stollwerck“ — bei der Unterscheidung von Waren anderer Hersteller für den Durchschnittskäufer erfahrungsgemäß eine ausschlaggebende Rolle spielt.

Hiernach wäre — entsprechend der Beseitigung des Zeichenschutzes für sog. Vorratswaren, wenn die Absicht, sie zu führen, entweder überhaupt nicht bestand oder nicht in angemessener Zeit verwirklicht wurde — auch der Zeichenschutz für eine früher geführte, aber während des Kriegs aufgegebene Ware zu löschen, wenn nicht der ernstliche Wille, sie wieder aufzunehmen, nach Wegfall des Hindernisses in hinreichender Weise betätigt worden ist.

Nun ist Tee (die Ware, um deren Löschung wegen angeblich unterbliebener Wiederaufnahme dieses Geschäftszweigs es sich hier handelt) nach dem oben Gesagten allerdings gleichartig mit anderen der Klägerin geschützten und unstreitig von ihr geführten Waren, insbesondere mit Katakao, Katakaoerzeugnissen und Schokolade. Auch stellt das Urteil des erkennenden Senats vom 15. Januar 1924 (RGZ. Bd. 108 S. 34) den Grundsatz auf, daß nicht nur die tatsächlich geführten, sondern auch die nicht geführten, aber den geführten gleichartigen Waren in der Zeichenrolle belassen werden müßten. Aber der Senat vermag nach nochmaliger Prüfung an dieser Auffassung nicht festzuhalten, jedenfalls nicht in der damals ausgesprochenen Allgemeinheit. Denn jene Auffassung findet im Warenzeichengesetz keine Stütze und entspricht auch in diesem Umfang keinem Verkehrsbedürfnis; sie führt vielmehr zu einem ins Ungemessene erweiterten Zeichenschutz und zu einer überflüssigen und störenden Belastung der Zeichenrolle. Grundsätzlich soll ja das Warenverzeichnis nur diejenigen Waren enthalten, für die das Zeichen bestimmt ist, d. h. solche, die in dem betreffenden Geschäftsbetrieb schon zur Zeit der Anmeldung geführt werden oder deren Vertrieb innerhalb angemessener Zeit nach der Anmeldung aufgenommen werden soll. Wollte man die Löschung von Waren ohne Rücksicht darauf, ob sie tatsächlich geführt werden, nur deshalb versagen, weil sie anderen eingetragenen und wirklich geführten Waren gleichartig sind, so würde man zu Defensiv- und

Vorratswaren-Verzeichnissen im weitesten Umfang und schließlich zur Firmenmarke gelangen, die das deutsche Warenzeichenrecht nicht kennt (wie sich ohne weiteres aus § 2 WZG. und daraus ergibt, daß § 12 das. das Schutzrecht nur für ganz bestimmte in der Rolle eingetragene Waren verleiht). Es würden — entgegen dem Grundsatz des § 2 WZG. — auf dem Umweg der Gleichartigkeit mit anderen, für denselben Betrieb eingetragenen und von ihm geführten Waren eine Anzahl von nicht geführten Waren eingetragen werden oder eingetragen bleiben. Ein praktisches Bedürfnis hierfür besteht nicht. Denn der Zeichenschutz des § 12 WZG. erstreckt sich nach § 5 das. nicht nur auf die eingetragenen, sondern auch auf die gleichartigen Waren. Hiernach bedarf es für gleichartige Waren zur Erlangung des Zeichenschutzes keiner Eintragung. Andererseits kann aber ihre Löschung nicht lediglich wegen ihrer Gleichartigkeit mit anderen eingetragenen und auch geführten Waren desselben Betriebs versagt werden, wenn der Zeichenerberechtigte trotz Ablaufs angemessener Zeit ihren Vertrieb nicht angefangen oder wieder aufgenommen hat. Endlich würde bei uneingeschränkter Aufrechterhaltung der in RZ. Bd. 108 S. 34 (37) vertretenen Ansicht der Bereich des Zeichenschutzes ohne gesetzliche Grundlage insofern erweitert, als er dann auch die den eingetragenen, aber nicht geführten Waren gleichartigen Waren mitumfaßte.

Jene frühere Auffassung des Senats wird zwar von einigen Schriftstellern (so von J. Seligsohn im Gewerbbl. Rechtsschutz 1925 S. 62 und von Reimer ebenda. 1927 S. 81) und namentlich auch von den neueren Kommentaren zum Warenzeichengesetz von A. Seligsohn 3. Aufl. S. 147, Pinzger-Heinemann S. 163, Hagens S. 42 flg. und 159 beanstandet. Aber im praktischen Ergebnis kommen sie alle jener Auffassung sehr nahe oder unterscheiden sich kaum noch von ihr. So spricht sich A. Seligsohn a. a. O. nur für die Teillösung der „betriebsfremden“, Pinzger-Heinemann nur für die Teillösung der nicht „unmittelbar gleichartigen“ Waren aus; und Hagens S. 43 und 159 befürwortet die Ablehnung der Teillösung dann, „wenn es wahrscheinlich ist, daß sich der Geschäftsbetrieb in absehbarer Zeit auf die fraglichen Waren erstrecken wird, z. B. wenn die geführten Waren gleichartig sind“.

In der Tat kann bei der Entscheidung der vorliegenden Frage auf die Berücksichtigung der Gleichartigkeit und des nahen wirt-

schäftlichen Verhältnisses der eingetragenen und nicht geführten zu den eingetragenen und geführten Waren und zu der Art des betreffenden geschäftlichen Unternehmens überhaupt nicht verzichtet werden, wenn auch die Entscheidung Bd. 108 S. 34 in dieser Beziehung zu weit geht. Es sind die besonderen Umstände des Falles zu berücksichtigen, insbesondere ist auf die Art des Geschäfts und auf seine sich daraus ergebenden wirtschaftlichen Bedürfnisse zu achten. Dem vernünftigen Sinn des Warenzeichengesetzes würde es nicht entsprechen, in Fällen, wo sich der Teillösungsanspruch aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 WZG. auf Waren richtet, die nach der Art des Geschäftsbetriebs ohne weiteres in diesen fallen und mit deren späterer Aufnahme daher so gut wie sicher zu rechnen ist, die Löschung ebenso zu regeln wie bei betriebsfremden nicht geführten Waren. Es wäre auch mit dem Zweck des Zeichenschutzes nicht vereinbar, wollte man bei Waren jener Art die Löschung schon dann gewähren, wenn die Erweiterung des Betriebs auf die bisher nicht geführten Waren oder die Wiederaufnahme früher geführter, eine Zeitlang aufgegebener Waren nicht innerhalb kurzer Zeit nach Anmeldung oder nach Beseitigung des der Weiterführung entgegenstehenden Hindernisses klar nachgewiesen würde. Hier muß der schon betonte Nachteil des Betriebsinhabers berücksichtigt werden, wenn für Waren, die er zunächst nicht führte oder deren Führung er aus zwingenden Gründen einstellte, die er aber später in seinen Betrieb aufnahm oder wiederaufnahm und die in engem wirtschaftlichem Zusammenhang mit seinen geführten und eingetragenen Waren stehen, inzwischen das gleiche Zeichen für einen Dritten eingetragen worden ist, weil dessen Waren nicht als gleichartig mit den zunächst allein geführten Waren des andern galten und weil das Warenzeichen des letzteren keine Verlehrsgehung als Kennzeichen seines Betriebs erlangt hatte.

In Fällen solcher Art werden daher nicht zu strenge Anforderungen zu stellen sein an den vom Zeicheninhaber zu führenden Nachweis für die Ausführung der Absicht, seinen Betrieb auf die für ihn eingetragenen, aber bisher von ihm überhaupt nicht oder einige Zeit lang nicht mehr geführten Waren zu erweitern. Es werden vielmehr in dieser Richtung alle ernsthaft unternommenen Versuche zu berücksichtigen sein, auch wenn sie in die letzte Zeit vor Erlaß des Berufungsurteils fallen sollten. Bei früher geführten

Waren der genannten Art muß der Grund für die Aufgabe ihres Betriebs und die Frage, ob und wann das Hindernis für ihre Weiterführung weggefallen ist, in einer die Interessen des Zeicheninhabers nach Möglichkeit wählenden Weise in Betracht gezogen werden. Weiter ist zu beachten, daß sich die Einführung oder Wiedereinführung von Waren, auch wenn sie nach der Art des betreffenden Geschäftsbetriebs ohne weiteres in diesen gehören, nicht sofort in großem Umfang herzustellen läßt und daß daher unter Umständen auch schon verhältnismäßig kleine Anfänge zum Nachweis der Ausführung jener Absicht ausreichen können, vorausgesetzt nur, daß es sich um ernsthafte Versuche der Aufnahme der fraglichen Ware handelt.

Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht die Sachlage nicht gewürdigt. Es hat in erster Linie nicht berücksichtigt, daß Tee mit den für die Klägerin eingetragenen und von ihr geführten Waren Kakao und Schokolade zeichenrechtlich gleichartig ist und in einen mit Kakao, Kakaoverzeugnissen und Schokolade sich befassenden Geschäftsbetrieb erfahrungsgemäß derart hineingehört, daß mit seiner späteren Aufnahme oder Wiederaufnahme so gut wie sicher zu rechnen ist. Unbeachtet ist sodann auch geblieben, daß die Klägerin den früher mit gutem Erfolg ausgeführten Vertrieb von Tee nur wegen der Einfuhrmöglichkeit und der in den Nachkriegsjahren herrschenden Devisennot gezwungenermaßen unterlassen und trotz der obwaltenden schwierigen Verhältnisse ihre Absicht, wieder Tee zu führen, schon im Jahre 1920<sup>2</sup> erkennbar betätigt hat. Wenn ihr damals in Anbetracht der gerade für den Teehandel bestehenden ungünstigen Verhältnisse kein dauernder Erfolg auf diesem Gebiet beschieden war, so hat sie doch zur Bestätigung dessen, daß sie ihre Absicht, auch wieder Tee zu vertreiben, nicht aufgegeben habe, im Jahre 1924 wiederum eine — wenn auch kleine — Menge Tee bezogen und feil gehalten. Das gleiche geschah im Januar 1927 mit einer etwas größeren Menge von Tee.

Unter Berücksichtigung aller dieser Umstände muß man zu dem Ergebnis gelangen, daß die Klägerin ihre Absicht, den Vertrieb von Tee wiederaufzunehmen, ernstlich und in genügender Weise praktisch zum Ausdruck gebracht hat. Das angefochtene Urteil war daher wegen Verletzung des § 9 Abs. 1 Nr. 2 WZG. auch zur Widerklage aufzuheben, soweit sie sich auf die Ware Tee bezieht. Auch insoweit war die (klagabweisende) Entscheidung des Landgerichts wiederherzustellen.