

84. 1. Über Dauer und Verlust des Ausstattungsbesitzes.
2. Sind gegenüber der Popularklage nach § 9 Abs. 1 Nr. 2
BZG. Einwendungen aus der Person des Popularklägers zu-
lässig, insbesondere die Einrede der Arglist?

BZG. §§ 9, 15.

II. Zivilsenat. Ur. v. 17. April 1928 i. S. B. (Rl.) w. St. (Bekl.).
II 411/27.

- I. Landgericht I Berlin, Kammer für Handelsfachen.
II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger verlangt mit der Behauptung, er habe für seine Schuhwaren, namentlich für Sportstiefel, den Ausstattungschutz an dem Wort „Bärenstiefel“ erworben, Löschung des Zeichenschutzes, den die Beklagte an diesem Wort erlangt hat. Letzteres soll, wie der Kläger geltendmacht, in Kenntnis davon geschehen sein, daß er die Bezeichnung „Bärenstiefel“ in den Verkehr eingeführt habe. Außerdem fordert der Kläger die Einwilligung der Beklagten dazu, daß dieses Wort für ihn als Warenzeichen eingetragen werde. Nachdem durch früheres Urteil des erkennenden Senats das die Klage in vollem Umfang abweisende Erkenntnis des Kammergerichts vom 7. November 1925 aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden war, hat der Kläger im neuen zweitinstanzlichen Verfahren vorgetragen, daß er 1924 in Zahlungsschwierigkeiten geraten sei und infolge davon im Jahre 1925 unter Löschung seiner Firma im Handelsregister sein Geschäft aufgegeben, seiner Ehefrau die Rechte aus dem Mietvertrag über das Geschäftslokal abgetreten und ihr unter Vorbehalt seiner Rechte, nämlich seines Ausstattungs-schutzes an dem Wort „Bärenstiefel“, das Recht zur Benutzung dieser Bezeichnung für die ihr von Schuhfabrikanten kommissionsweise zum Verkauf übergebenen Sportstiefel eingeräumt habe. Außerdem machte der Kläger geltend, er habe zum 1. November 1926 in B.-Sch. ein Agentur- und Kommissionsgeschäft „für den Vertrieb der Bärenstiefel“ angemeldet und für dieses unter seinem Namen geführte Geschäft das Wortzeichen „Bärenstiefel“ eintragen lassen wollen. Daraufhin behauptete die Beklagte, der etwaige Ausstattungschutz des Klägers sei erloschen, weil er seinen Geschäftsbetrieb nicht fortgesetzt habe. Diesem Vorbringen setzte der Kläger den Einwand der Arglist entgegen mit der Begründung: die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, daß sein Ausstattungschutz durch diese Veränderung seiner geschäftlichen Verhältnisse erloschen sei. Denn ihr unlauterer Wettbewerb, durch den sie ihm den Gebrauch des Wortes „Bärenstiefel“ unmöglich gemacht habe, sei die Ursache seiner geschäftlichen Schwierigkeiten und dafür gewesen, daß er seine Rechte aus dem Mietvertrag auf seine Frau habe übertragen müssen.

Das Kammergericht hat die Klage wiederum abgewiesen. Die Revision des Klägers hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

Der Berufungsrichter begründet die Abweisung der Klage nunmehr damit, daß der Kläger, selbst wenn er für das von ihm seinerzeit unter der Firma Hans B. betriebene Schuhwarengeschäft einen Ausstattungsschutz an dem Wort „Bärenstiefel“ erworben haben sollte, heute nicht mehr berechtigt wäre, diesen Schutz für sich in Anspruch zu nehmen. Denn er habe sein Geschäft unter Löschung der Firma im Jahre 1925 aufgegeben; das jetzt von ihm betriebene Agentur- und Kommissionsgeschäft zum Vertrieb der „Bärenstiefel“, wofür er dieses Wort als Warenzeichen eintragen lassen wolle, sei aber nicht die Fortsetzung seines früheren Geschäfts, sondern ein ganz neuer Betrieb.

Auf den Vorwurf der Arglist, den der Kläger gegen die Beklagte erhoben hatte, ist das Kammergericht nicht eingegangen. Darüber beschwert sich die Revision unter Hinweis auf § 551 Nr. 7 ZPO. Die Klage ist an sich zulässig, da die Nichtberücksichtigung eines selbständigen Angriffs- oder Verteidigungsmittels unter diese Vorschrift fällt. Sie ist aber nicht begründet; denn die Berufung auf Arglist der Beklagten ist nach Lage der Sache nicht zulässig.

Die Klage aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 WZG. auf Löschung eines Warenzeichens wegen Einstellung des Geschäftsbetriebs, welcher der Einwand der Beklagten rechtlich gleichsteht, ist eine Popularklage. Wie dadurch beim Warenzeichen jedermann im öffentlichen Interesse die Möglichkeit zur Herbeiführung der Löschung unrechtmäßiger Zeichen erhalten hat, so ist auch beim Ausstattungsschutz jedem beliebigen eine Handhabe zur Geltendmachung des Wegfalls dieses Schutzes gegeben. Da beim Ausstattungsschutz keine Löschung in Frage kommt, bedarf es hier nicht der Erhebung einer Widerklage. Der Popularkläger vertritt, wie bereits in den Urteilen des erkennenden Senats RGZ. Bd. 109 S. 73 und Bd. 114 S. 276 für das Warenzeichenrecht ausgesprochen ist, das Interesse der Allgemeinheit daran, daß ein Schutz, der infolge dauernder Aufgabe des Geschäftsbetriebs endgültig aufgehört hat, nicht mehr als bestehend betrachtet und daß dann das betreffende Wort, Bild, die Gestaltung der Ware oder deren Verpackung usw. für den Verkehr frei wird. Des Nachweises eines eigenen schutzwürdigen Interesses des Popularklägers bedarf es nicht. Ist aber davon auszugehen,

daß durch das unzulässig gewordene Warenzeichen oder den zu Unrecht als noch bestehend betrachteten Ausstattungschutz die Allgemeinheit beeinträchtigt wird und daß daher ein öffentliches Interesse an der Beseitigung dieses unrechtmäßigen Zustands zu bejahen ist, so folgt daraus, daß derjenige, der die Klage erhoben hat, dem andern Teil nicht als bestimmte Einzelperson, sondern lediglich als Vertreter allgemeiner Interessen gegenübersteht, die auch von Verbänden oder Organisationen des öffentlichen Rechts, z. B. von einer Handelskammer, wahrgenommen werden könnten. Dann muß folgerichtig abgesehen werden von der Person dessen, der die Popularklage oder, beim Ausstattungschutz, den ihr rechtlich gleichstehenden Einwand aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 WZG. erhoben hat, also auch von seinem früheren Verhalten gegenüber dem andern Teil und von den etwaigen unlauteren Zwecken, die er mit dem Rechtsbehelf nebenher verfolgt. Die vom erkennenden Senat in RGZ. Bd. 108 S. 37 angenommene Möglichkeit, daß die Popularklage selbst eine unerlaubte Handlung darstellt und aus diesem Grunde abzuweisen wäre, muß deshalb ausscheiden. Eine solche Möglichkeit kann nach den vorstehenden Darlegungen nicht in Frage kommen. Für den in RGZ. Bd. 108 a. a. O. rechtlich gleichgestellten Fall, daß die Klage etwa gegen Vertragsrecht verstößt (*exceptio pacti*), ist schon deshalb kein Raum, weil die vertragliche Ausschließung der Klage oder des Einwands aus § 9 Abs. 1 Nr. 2, d. h. die Übernahme der Verpflichtung, ein nach dem Gesetz rechtsunwirksam gewordenes Warenzeichen oder einen nicht mehr bestehenden Ausstattungschutz als rechtswirksam und weiterbestehend zu behandeln, nach §§ 134, 306 BGB. nichtig wäre. Aus der Rechtsunwirksamkeit des Warenzeichens als Folge der Einstellung des Geschäftsbetriebs, für den der Zeichenschutz erworben ist, oder aus dem Aufhören des Ausstattungschutzes wegen dauernder Aufgabe des Geschäftsbetriebs folgt aber auch, daß der bisherige Zeichenberechtigte oder Ausstattungsbesitzer in Wahrheit gar kein schutzwürdiges Interesse an der Geltendmachung eines Einwands oder einer Replik hat, um die Klage oder den Einwand aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 a. a. O. zu Fall zu bringen. Im übrigen wäre es für ihn auch ohne bleibenden Wert, die Klage des einzelnen Popularklägers zu beseitigen, weil sofort ein anderer die gleiche Klage erheben könnte, ohne daß der Einwand Erfolg hätte, daß er nur als Kläger vorgeschoben sei. Da hiernach dem Popularkläger Einreden aus seiner Person nicht entgegengehalten werden

können, so verfährt ihm gegenüber die Berufung der andern Partei auf seine Arglist.

Der Ansicht Julius Seligsohns (Gewerbl. Rechtsjch. 1927 S. 547), der im wesentlichen unter Hinweis auf Äußerungen des Schrifttums zur Patentnichtigkeitsklage die gegenteilige Auffassung vertritt, vermag der Senat nicht beizutreten. Eine Stellungnahme zum Standpunkt der von Seligsohn angeführten Schriftsteller, die zum Teil wieder untereinander abweichen, erübrigt sich hier, weil die Verhältnisse bei der Patentnichtigkeitsklage rechtlich anders liegen als beim Warenzeichen- und Ausstattungsschutz. Es soll nur darauf hingewiesen werden, daß die Fragen, ob eine zur gewerblichen Verwertung geeignete Erfindung vorliegt und — zutreffendfalls — ob sie neu ist, nach dem Stande der Technik in vielen Fällen einer durchaus verschiedenen Beantwortung fähig sind, und daß daher im Rahmen des Patentrechts die Wirksamkeit eines Vertrags (Vergleichs) über die Ausschließung der Nichtigkeitsklage nicht zu beanstanden ist und die *exceptio pacti* gegenüber dem vertragsbrüchigen Nichtigkeitskläger mit Recht für zulässig gehalten wird.

Sind hiernach Einwendungen gegen die Popularklage aus der Person des Popularklägers auf dem Gebiete des Zeichen- und Ausstattungsschutzes (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 WZG.) nicht zulässig, so verbleibt dem andern Teil doch das Recht, seine vermeintlichen Ansprüche auf Schadensersatz aus unlauterem Wettbewerb oder unerlaubter Handlung im Prozeßweg zu verfolgen. Der Schadensersatzanspruch kann aber immer nur auf Geld gerichtet sein. Der Grundsatz des Naturalersatzes (§ 249 Satz 1 BGB.) muß hier nach § 251 Abs. 1 daselbst regelmäßig ausscheiden, weil mit der dauernden Einstellung des Geschäftsbetriebs die gesetzlichen Voraussetzungen für den mit diesem verbundenen Zeichen- oder Ausstattungsschutz endgültig beseitigt sind.

Den Vorschriften des Warenzeichengesetzes (namentlich § 1) entspricht sodann auch die Ansicht des Vorderrichters, daß der Ausstattungsschutz ebenso wie das Warenzeichen grundsätzlich nur für einen bestimmten Gewerbebetrieb erworben werden kann. Ohne einen bestehenden Gewerbebetrieb ist der Erwerb des Zeichen- und des Ausstattungsschutzes nicht denkbar. Die Ausstattung ist eine vom Verkehr anerkannte Kennzeichnung der Ware eines bestimmten Geschäftsbetriebs; sie muß tatsächlich in einem solchen Betrieb Verwendung finden und sich Verkehrsgeltung dahin verschafft haben, daß sie als Kennzeichen für die Herkunft der Ware angesehen wird.

Dabei ist nicht erforderlich, daß das Publikum den Namen dieses Geschäftsbetriebs kennt; es genügt, daß es in der Ausstattung den Hinweis auf die betreffende Herkunftsstätte erblickt.

Der Ausstattungsschutz dauert fort, solange der tatsächliche Zustand bestehen bleibt, der ihn begründet. Das ist z. B. auch dann der Fall, wenn der Geschäftsinhaber den Betrieb, für den er Ausstattungsschutz erworben hat, auf einen andern überträgt und dieser die Ausstattung weiterführt, wenn also nur die Person des Betriebsinhabers wechselt. Es handelt sich dann nur um die Fortsetzung des bisherigen Betriebs, für den der Schutz erworben war. Eine solche Übertragung des Geschäftsbetriebs (durch den Kläger auf seine Ehefrau) liegt hier, jedenfalls im Rechtsinne, nicht vor. Der Kläger war vielmehr durch seine Zahlungsschwierigkeiten im Jahre 1924 genötigt, das Geschäft aufzugeben. Die Ehefrau, der er nach seiner Angabe die Rechte aus dem Mietvertrag über die Geschäftsräume abtrat, eröffnete dann unter ihrem Namen (Helene B.) in denselben Geschäftsräumen ein Geschäft in Schuhwaren, das sie anscheinend noch jetzt führt. Dadurch, daß er ihr, wie er weiter vorträgt, auf eine gewisse Zeit gestattet haben sollte, die Bezeichnung „Bärenstiefel“ für die ihr von Schuhfabrikanten kommissionstweise überlassenen Waren zu verwenden, mit dem Vorbehalt jedoch, dieses Wort als Warenzeichen für sich selbst eintragen zu lassen, hätte er ihr eine Lizenz an seiner Ausstattung eingeräumt. Die Frage, ob eine Lizenz an der Ausstattung möglich ist, wird von Hagens WZG. S. 250 und den dort Genannten im Gegensatz zu dem Urteil des erkennenden Senats vom 8. Mai 1914 (RGZ. Bd. 85 S. 30) und zu Seligsohn WZG. S. 250 bejaht; sie bedarf aber hier nicht der Entscheidung, da keine Rechte aus Lizenzerteilung geltendgemacht werden. Es sei nur noch bemerkt, daß, auch wenn man grundsätzlich die Möglichkeit einer Lizenz an der Ausstattung bejaht, die Rechtsgültigkeit im einzelnen Fall davon abhängt, daß der Lizenzgeber den Geschäftsbetrieb, für den er den Ausstattungsschutz erworben hatte, nicht endgültig wieder aufgegeben hat.

Die Beantwortung der letzteren Frage ist maßgebend für die Entscheidung über die Klage; denn der Kläger stützt seine Ansprüche auf angeblichen Ausstattungsschutz an dem Wort „Bärenstiefel“.

Das Berufungsgericht sieht in Übereinstimmung mit der Beklagten den vom Kläger für seinen früheren Geschäftsbetrieb etwa erworbenen Ausstattungsschutz mit der Aufgabe jenes Betriebs ohne

weiteres als verloren an, weil die Ausstattung ihrem Zwecke nach einen Hinweis auf das frühere Geschäft habe bilden sollen und daher mit dessen Aufhören jede Bedeutung verloren habe. In dieser Allgemeinheit kann dem Vorderrichter nicht zugestimmt werden. Die Voraussetzungen des Ausstattungsschutzes sind tatsächlicher Art. Hatte sich das Publikum auf Grund mehrjähriger starker Reklame des Klägers daran gewöhnt, das Wort „Bärenstiefel“ auf Schuhe, besonders Sportstiefel, aus dem Betrieb des Klägers zu beziehen, so ist nicht einzusehen, weshalb sich diese Gewöhnung nicht für gleichartige Waren eines neuen Geschäftsbetriebs des Klägers fortsetzen sollte, falls er aus besonderen Gründen seinen bisherigen Geschäftsbetrieb aufgeben mußte, aber in der Lage war, alsbald einen neuen Betrieb mit Waren gleicher Art zu eröffnen.

Daraus, daß der Zeichenschutz bei Aufgabe des Geschäftsbetriebs, für den das Zeichen eingetragen ist, ohne weiteres aufhört und nicht etwa auf einen vom Geschäftsinhaber später gegründeten neuen Gewerbebetrieb übergeht, folgt entgegen der Ansicht des Berufungsrichters nichts für den Ausstattungsschutz. Denn für dessen Begründung und Beendigung entscheidet allein der tatsächliche Zustand, während sich Beginn und Ende des Zeichenschutzes nach den genauen, formalen Vorschriften des Warenzeichengesetzes bestimmen. Auch der Umstand, daß der neue Geschäftsbetrieb des Klägers abweichend vom früheren nur ein Agentur- und Kommissionsgeschäft für den Vertrieb der „Bärenstiefel“ ist, stände dem Übergang des Ausstattungsschutzes auf ihn nicht entgegen. Nicht gerechtfertigt ist das Bedenken des Berufungsgerichts (das sich übrigens nur auf die Agenten- und nicht auf die Kommissionär-Tätigkeit des Klägers beziehen könnte), ob für ein geschäftliches Unternehmen, dessen Gegenstand bloß die Vermittlung des Warenvertriebs ist, der Erwerb eines Zeichen- und Ausstattungsschutzes überhaupt möglich sei. Der Geschäftsbetrieb des Verkaufsagenten dient nicht weniger dem Vertrieb von Waren als der eines anderen Gewerbetreibenden. Daß dies beim Kommissionär der Fall ist, versteht sich von selbst. Deshalb können auch Kommissionär und Agent auf die von ihnen betriebenen fremden Waren Zeichen- und Ausstattungsschutz erhalten (RGSt. Bd. 16 S. 312; Hagens a. a. O. Anm. 16 zu § 1; Seligsohn a. a. O. Anm. 5 und 8 zu § 1). Auch der Ausdruck „seiner Waren“ in § 1 WZG. gibt keinen Anlaß zu Bedenken. Denn diese Fassung bedeutet nicht, daß der Zeichenschutz sich nur auf Waren erstrecken solle, die im

Eigentum des Zeicheninhabers stehen, sondern bezeichnet nur den Gegensatz der Waren, die gerade der Zeicheninhaber in den Verkehr bringen will, zu denen, die von anderen Personen vertrieben werden. Das ergibt sich klar aus § 12 WZG., wo nur von „Waren“ die Rede ist.

Wie schon bemerkt, entscheiden nur Umstände tatsächlicher Art über Erwerb und Verlust des Ausstattungs-schutzes. Wäre der Aufgabe des bisherigen Geschäftsbetriebs des Klägers alsbald die Gründung seines neuen Betriebs gefolgt und würde es sich demnach nur um eine vorübergehende Nichtbenutzung der angeblichen Ausstattung handeln, so bestände kein Anlaß, den Übergang des Ausstattungs-schutzes auf den neuen Betrieb oder die Weiterentwicklung eines im Entstehen begriffenen Schutzes zugunsten der gleichartigen Waren des neuen Geschäftsbetriebs zu bezweifeln.

Aber so liegt der Fall hier nicht. Das Vorbringen der Revision, die Gründung des Agentur- und Kommissionsgeschäfts für den Vertrieb der „Bärenstiefel“ habe sich unmittelbar an die Aufgabe des früheren Fabrikations- und Verkaufsgeschäfts des Klägers angeschlossen, steht im Widerspruch mit der Feststellung des Berufungsgerichts, wonach er das ursprüngliche Geschäft infolge seiner im Jahre 1924 eingetretenen Zahlungsschwierigkeiten aufgegeben und seine Firma im folgenden Jahre hat löschen lassen. Das Agentur- und Kommissionsgeschäft hat er aber, wie aus der überreichten Anmeldung hervorgeht, erst mit dem 1. November 1926 begonnen. Seit dem Erlaß des klageabweisenden kammergerichtlichen Urteils vom 7. November 1925, worin ausgesprochen wurde, daß sich das Publikum an die Bezeichnung „Bärenstiefel“ als Kennzeichen für die Ware der Beklagten gewöhnt und daß der Kläger daher kein Recht auf die Verwendung dieser Bezeichnung habe, hat aber der Kläger nach seiner eigenen Angabe dieses Wort nicht mehr verwendet. Der Fall einer nur vorübergehenden Nichtbenutzung der angeblichen Ausstattung liegt daher nicht vor.

Nach alledem hat der Kläger den etwa erworbenen Ausstattungs-schutz an dem Wort „Bärenstiefel“ und die Priorität auf dieses Wort durch die Aufgabe seines Geschäfts verloren.