

54. 1. Setzt die Vorschrift des § 7 Abs. 1 WZG. voraus, daß überhaupt ein Geschäftsbetrieb vorhanden ist?

2. Welche Rechtsbehelfe sind gegeben gegen die Klagenprüche des Erwerbers eines Warenzeichens aus §§ 12, 9 Abs. 1 Nr. 1, § 20 WZG., auf den das unter Verletzung des § 7 Abs. 1 Satz 2 WZG. rechtswirksam ertorbene Zeichen umgeschrieben ist?

II. Zivilsenat. Ur. v. 26. März 1935 i. S. W. (Kl.) w. UG. f. Feinmechanik vorm. J. & S. (Bekl.). II 277/34.

I. Landgericht II Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger stellt her und betreibt seit einer Reihe von Jahren unter der nicht eingetragenen Firma „Aeskulap, chemisch-pharmazeutische Fabrik“ einige chemisch-pharmazeutische Erzeugnisse, insbesondere für kosmetische Zwecke, darunter an erster Stelle das Hüftmittel „Mamoplast“, und gebraucht auch für seine Waren die Bezeichnung „Aeskulap“.

Die Beklagte, die eine Fabrik für feinmechanische und chirurgische Werkzeuge und Geräte sowie für Krankenhausseinrichtungen betreibt, hat dem Kläger auf Grund des für sie seit dem 17. Juni 1922 u. a. auch für Arzneimittel, medizinische, hygienische, chemische und pharmazeutische Erzeugnisse unter Nr. 288011 in die Zeichenrolle des Patentamts eingetragenen Warenzeichens „Aeskulap“ die Benutzung dieser Bezeichnung untersagt und in dem vorangegangenen Rechtsstreit mit umgekehrten Partierollen auf Grund der mündlichen Verhandlung vor dem Kammergericht vom 15. Februar 1932 ein rechtskräftig gewordenes Urteil dahin erwirkt, daß der jetzige Kläger verurteilt wurde

I. zur Unterlassung, a) das Warenzeichen „Aeskulap“ als Bestandteil seiner Firma zu benutzen, b) Waren oder deren Verpackung oder Umhüllung oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dgl. mit der Bezeichnung „Aeskulap“ oder mit einer dieses Wort enthaltenden Firmenbezeichnung zu versehen;

II. zur Beseitigung der vorhandenen Preislisten, Briefbogen, Rechnungen, Drucksachen und sonstigen Geschäftspapiere, die mit der Bezeichnung „Aeskulap“ oder mit einer diesen Namen enthaltenden Firmenbezeichnung versehen sind.

In diesem Vorprozeß hat der jetzige Kläger, damaliger Beklagter, vor dem Berufungsgericht zuletzt noch vorgetragen, er habe gemäß den vorgelegten notariell beglaubigten Urkunden vom 23. Januar und 13. Februar 1932 von dem früheren Inhaber der Firma Dr. G. & Co., R. F. in B., das für diesen bereits am 7. März 1922 für Magen-, Migräne- und Wurmtabletten eingetragene, aus Bild und Wort zusammengesetzte Zeichen mit dem Wortbestandteil „Aeskulap“ mit dem Geschäftsbetrieb erworben, auch sei das Zeichen auf ihn umgeschrieben worden. Das Berufungsgericht hat damals im Urteil vom 15. Februar 1932 einen rechtsgültigen Erwerb des Warenzeichens verneint, weil es an beiden Voraussetzungen für einen solchen fehle, nämlich an dem Übergang eines Geschäftsbetriebes und an der Umschreibung des Zeichens in der Zeichenrolle.

Der Kläger macht nunmehr mit der vorliegenden Vollstreckungsgegenklage geltend, daß er das bereits im Vorprozeß von ihm in Anspruch genommene Bild- und Wortzeichen mit dem Wortbestandteil „Aeskulap“ von dem Kaufmann F., damaligem Inhaber der genannten Firma, nach der letzten mündlichen Verhandlung im Vorprozeß rechtswirksam erworben habe. Denn es sei nicht nur am 19. April 1932 auf ihn (Kläger) umgeschrieben worden, sondern er habe außerdem das ganze chemische Laboratorium dieser Firma mit allen Beständen an Waren, Chemikalien und Geräten, an Rezepten, Geschäftsbüchern und Werbemitteln usw. erworben. Weiter behauptet er, er habe nach der letzten mündlichen Verhandlung vom 15. Februar 1932 im Vorprozeß auch das für durchlochtcs Burgunder Pechpflaster für die Firma M. S. in B. bereits am 6. März 1905 eingetragene Wortzeichen „Durchlochtcs Burgunder Pechpflaster Aeskulap“ und den gesamten Geschäftsbetrieb dieser Firma in Ansehung des Burgunder Pechpflasters erworben. Die Übergabe dieses Geschäftsbetriebes sei am 30. August 1932 erfolgt, die Umschreibung des Zeichens auf ihn, den Kläger, am 7. September 1932.

Der Kläger hat nunmehr beantragt, die Zwangsvollstreckung aus den gegen ihn im Vorprozeß ergangenen Urteilen des Landgerichts und des Kammergerichts für unzulässig zu erklären.

Die Beklagte hat die Übernahme des Geschäftsbetriebes der Firma Dr. G. & Co. bestritten, da dieser zur Zeit der angeblichen Übernahme schon eingestellt gewesen sei, wie bereits das Berufungsgericht im Vorprozeß festgestellt habe. An dieser Beurteilung habe

sich nichts geändert. Durch den Erwerb des Kombinationszeichens „Durchlohtes Burgunder Pechpflaster Meskulap“ aber habe der Kläger nicht die Befugnis erhalten, das ihm durch das angegriffene Urteil im Vorprozeß verbotene Wort „Meskulap“ für sich allein zu benutzen.

Das Landgericht hat die Zwangsvollstreckung aus den genannten Urteilen beider Rechtszüge des Vorprozesses insoweit für unzulässig erklärt, als der Kläger es danach auch zu unterlassen hat, Waren oder deren Verpackung oder Umhüllung oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dgl. mit der Gesamtbezeichnung „Durchlohtes Burgunder Pechpflaster Meskulap“ zu versehen. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen.

Gegen das Urteil des Landgerichts haben beide Parteien Berufung eingelegt, eine jede soweit sie unterlegen ist. Das Kammergericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten unter entsprechender Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage in vollem Umfange abgewiesen.

Die Revision des Klägers hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

I. 1. Der Kläger macht mit der vorliegenden Vollstreckungsgegenklage geltend, daß er entgegen seiner Verurteilung im Vorprozeß auf Unterlassung der Benutzung des Wortes „Meskulap“ als Bestandteil seiner Firma und auf Rechnungen, Preislisten usw. sowie auf Beseitigung dieser und sonstiger Geschäftspapiere, soweit sie mit der Bezeichnung „Meskulap“ oder mit einer dieses Wort enthaltenden Firmenbezeichnung versehen sind, zur Führung der Bezeichnung „Meskulap“ berechtigt sei. Dieses Recht stützt er darauf, daß er nach der letzten mündlichen Verhandlung im Vorprozeß vom 15. Februar 1932 von zwei verschiedenen Firmen zwei Warenzeichen mit dem Wortbestandteil „Meskulap“, die beide älter seien als das für die jetzige Beklagte — im Vorprozeß Klägerin — eingetragene, rechtswirksam erworben habe und diese Warenzeichen auch in der Zeichenrolle des Patentamts auf ihn umgeschrieben seien. Das Berufungsgericht sieht in dem Erwerbe weder des einen noch des anderen Warenzeichens durch den Kläger eine hinreichende Stütze für die Vollstreckungsgegenklage.

2. Was zunächst den Erwerb des für R. F. in P. seit dem 7. März 1922 für Magentabletten, Migränetabletten, Wurmtabletten ein-

getragen gewesen und am 19. April 1932 auf den Kläger umgeschriebenen Warenzeichens Nr. 281679 betrifft, das aus Bild und Wort besteht, nämlich aus einer Darstellung des griechischen Gottes der Heilkunde mit dem bekannten Wahrzeichen des Schlangenstabes in der Hand und von zwei weiteren solchen Wahrzeichen umgeben mit dem Worte Askulap unter dem Standbild, so verurteilt das Kammergericht dem Kläger die Berufung auf den nachträglichen Erwerb dieses Warenzeichens, weil er keinesfalls einen Erwerb des Geschäftsbetriebs, zu dem das F.'sche Zeichen gehörte, entsprechend der Vorschrift des § 7 WZG. nachweisen könne, eine rechtswirksame Übertragung dieses Zeichens auf ihn somit nicht stattgefunden habe, und zwar schon deshalb nicht, weil der Geschäftsbetrieb der Firma bereits vor dem Kaufabschluß mit dem Kläger endgültig sein Ende erreicht hatte. Die hiergegen erhobene Revisionsrüge ist unbegründet. . . (Wird ausgeführt).

Die Revision rügt ferner, daß das Berufungsgericht ohne weiteres die Unwirksamkeit der Übertragung eines noch eingetragenen Warenzeichens bei Wegfall des Geschäftsbetriebs angenommen habe, eben weil ein Geschäftsbetrieb nicht übertragen worden sei. Nach Meinung der Revision setzt die Vorschrift des § 7 WZG. voraus, daß überhaupt ein Geschäftsbetrieb vorhanden sei; ein Grund, ein Warenzeichen für unübertragbar zu erklären, das überhaupt nicht mit einem Geschäftsbetriebe verbunden sei, bestehe nicht. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Ein Zeichen, das ohne den Betrieb besteht und das daher der Popularklage aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 WZG. auf Löschung unterliegt, soll nach § 7 WZG. gerade nicht übertragbar sein. Wird es trotzdem übertragen und auf den angeblichen Erwerber umgeschrieben, so unterliegt auch dieser der Popularklage aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 WZG. auf Löschung; denn das Zeichenrecht kann auch bei ihm nicht etwa hinterher durch Verknüpfung mit seinem Betriebe zu Kräften kommen. Nach der bisherigen — strengen — Rechtsprechung des erkennenden Senats (RGZ. Bd. 56 S. 369 betr. Venus, ferner Bd. 100 S. 3 betr. Antiformin) ist das Zeichen in solchem Falle rechtsunwirksam und nichtig, da sich der bisherige Zeicheninhaber durch die Umschreibung öffentlich von dem Zeichen losgesagt hat, sein Geschäftsbetrieb also nicht mehr dahinter steht, und der Nachfolger das Zeichen mangels eines rechtswirksamen Übergangs nicht erwerben konnte (ebenso Sagens WZM. § 7 Anm. 5; Seligsohn WZG. § 7 Anm. 3).

RGZ. Bd. 56 S. 371 sagt mit Recht: „Das Warenzeichen findet seine bestimmungsgemäße Verwendung im eigenen Geschäftsbetrieb seines Inhabers, es ist Herkunftszeichen des Geschäftsbetriebes und unlösbar mit diesem verbunden (§ 7 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 2, § 1, § 2 Abs. 1, § 3 Nr. 2 WZG.). Das Gesetz will den Handel mit Warenzeichen, die von dem Geschäftsbetriebe losgelöst sind, verhindern, da andernfalls die Aufgabe des Zeichens, auf einen bestimmten Geschäftsbetrieb hinzuweisen, gefährdet wäre“. Jede Übertragung eines Kennzeichens ohne Geschäftsbetrieb auf ein anderes Unternehmen ist geeignet, eine Täuschung des Publikums zu bewirken. Demgemäß ist gesetzlich die sich schon aus dem Wesen des Kennzeichens ergebende Bindung an den Geschäftsbetrieb ausgesprochen für die Firma in § 23 HGB., für das Warenzeichen in § 7 WZG. Rechtsgeschäfte, die gegen diese Vorschriften verstoßen oder sie umgehen wollen, sind nichtig gemäß § 134 BGB. (Callmann UnWZG. § 16 Anm. 33). Nach der oben angeführten Rechtsprechung soll beim Warenzeichen die gesetzwidrige Übertragung ohne den Geschäftsbetrieb nicht nur Rechtsunwirksamkeit des Zeichenerwerbs, sondern Vernichtung des rechtlichen Daseins des Zeichens bewirken, so daß auch seine Rückübertragung ausgeschlossen sei. „Deshalb hat auch das Gesetz jedem Dritten das Recht gegeben (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 WZG.), die Löschung des Zeichens zu beantragen“ (RGZ. Bd. 56 S. 371). Die Frage, ob jene strenge Auffassung berechtigt sei, oder ob es nicht vielmehr genüge, anzunehmen, daß bei gesetzwidriger Übertragung ein nichtiges und damit wirkungsloses, den Bestand des Zeichenrechts nicht berührendes Rechtsgeschäft abgeschlossen worden sei (vgl. Bußmann in MuW. 27/28 S. 521; Baumbach Das gesamte Wettbewerbsrecht S. 275 [276]), braucht hier nicht entschieden zu werden, da es sich im vorliegenden Fall nur um die Frage handelt, ob der Erwerber eines solchen Zeichens, das auf ihn umgeschrieben und bezüglich dessen eine Widerklage auf Löschung aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 WZG. nicht erhoben worden ist, Rechte aus §§ 12 und 9 Abs. 1 Nr. 1 WZG. geltend machen kann. An sich ist er auf Grund seiner Eintragung als Zeicheninhaber in der Rolle zur Erhebung der Klage befugt. Doch gibt die Umschreibung kein Recht, sondern nur eine formelle Berechtigung; gegenüber Einwendungen ist das Recht, d. h. die Wirksamkeit der Übertragung, nachzuweisen (Urt. des erf. Senats in MuW. XXIX S. 341). Wegen der oben dargelegten unlösbaren Verbundenheit des Warenzeichens mit einem bestimmten Geschäfts-

betriebe darf nur derjenige die Rechte aus der Eintragung geltend machen, der damit den Schutz des hinter dem Zeichen stehenden Unternehmens erstrebt. Andernfalls ist die Rechtsverfolgung ein Mißbrauch des formalen Zeichenrechts (Callmann UnWZG. § 16 Anm. 147). § 9 Abs. 1 Nr. 2 WZG. gewährt für den Fall der Betriebseinstellung die Popularklage, gleichzusetzen ist aber jeder Fall des Nichtbestehens eines Geschäftsverkehrs in bezug auf die im Warenverzeichnis des Patentamts eingetragenen Waren, wie der erkennende Senat häufig entschieden hat. Rechtlich gleich steht deshalb auch der Fall des § 7 Abs. 1 Satz 2 WZG., wenn jemandem ein Warenzeichen ohne den zugehörigen Geschäftsbetrieb übertragen wird (vgl. außer der oben angegebenen Rechtsprechung ferner RGZ. Bd. 114 S. 276; RGUrt. in JW. 1928 S. 644 Nr. 17, S. 2079 Nr. 5; MuW. XXII S. 118, 1927/28 S. 448; Callmann a. a. O. § 16 Anm. 147 und Hagens WZR. § 7 Anm. 5 und 7). Aber der Beklagte ist gegenüber der Klage des Scheinerwerbers eines ohne Geschäftsbetrieb auf ihn übertragenen, auf ihn umgeschriebenen und bisher nicht gelöschten Warenzeichens nicht auf die Vöschungswiderklage aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 WZG. beschränkt. Er ist vielmehr in sinngemäßer Anwendung der vom erkennenden Senat in seiner neueren Rechtsprechung entwickelten Grundsätze befugt, den Mißbrauch des formalen Zeichenrechts durch den Kläger auch im Wege des Einwandes aus § 1 UnWZG. (§ 826 BGB.) oder im Wege der Arglisteinrede wegen mißbräuchlicher Rechtsausübung oder auch letzten Endes wegen Verstoßes gegen die Grundsätze von Treu und Glauben geltendzumachen; denn das Warenzeichenrecht stellt nur einen Ausschnitt aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht dar. Daher stehen neben jeder der Vorschriften des Warenzeichengesetzes ergänzend die Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und des § 826 BGB. (vgl. z. B. RGZ. Bd. 120 S. 328 und in MuW. 1927/28 S. 337, 1932 S. 78). Das formale Recht darf nur innerhalb der Grenzen ausgeübt werden, die das Recht höherer Ordnung setzt, insbesondere nur innerhalb der Grenzen des lautereren Wettbewerbs und der guten Sitten (vgl. z. B. RGZ. Bd. 111 S. 197, Bd. 114 S. 363; RGUrt. in MuW. 1927/28 S. 62). Der Kläger kann eben sein Recht nicht geltend machen, weil es nur ein Scheinrecht ist (Seligsohn WZG. § 7 Anm. 3). Die Beklagte hat in ihrem Vorbringen wiederholt auf das unlautere Verhalten des Klägers hingewiesen.

Nach alledem kann der Kläger aus dem Erwerb des F.'schen Warenzeichens vom 13. Februar 1932 und dessen Umschreibung auf ihn am 19. April 1932, also nach Erlass des Berufungsurteils im Vorprozeß vom 15. Februar 1932, keine Warenzeichenrechte in bezug auf das Wort „Neskulap“ gegen die Beklagte herleiten und daher, wie in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht anzunehmen ist, auf diesen Erwerb die Vollstreckungsgegenklage nicht stützen.

An sich käme es daher auf den Hilfsgrund des Berufungsgerichts nicht mehr an, daß der Kläger, selbst wenn der Geschäftsbetrieb des F.'schen Unternehmens (der Firma Dr. G. & Co.) zur Zeit der Übertragung als noch vorhanden anzusehen sein sollte, aus dieser keine Zeichenrechte gegen die Beklagte herleiten könnte, weil es ihm in Wahrheit nicht auf den Erwerb des Geschäftsbetriebs, zu dem das Zeichen gehört, angekommen sei, sondern nur auf den Erwerb des Zeichens selbst. Das Berufungsgericht führt zur Begründung aus, der Kläger trage zwar vor, daß seit reichlich einem Jahre nun in seinem Betriebe auch Magentabletten hergestellt würden, behaupte aber nicht einmal bestimmt, daß dabei das Rezept der Firma Dr. G. & Co. benutzt werde. Ferner stellt das Berufungsgericht fest, daß die Verwendung der nach der als wahr unterstellten Behauptung des Klägers von ihm mitübernommenen alten Warenschilder nach der ganzen Art seiner Werbung ohne weiteres ausgeschlossen sei. Auch unter Berücksichtigung der übrigen Angaben des Klägers gelangt das Berufungsgericht zu dem gleichen verneinenden Ergebnis.

Die Revision greift diese Begründung des Berufungsgerichts an mit dem Bemerken, daß es nicht auf die Beweggründe ankomme, die den Kläger veranlaßt hätten, den Geschäftsbetrieb zu übernehmen; daß die Geschäftsübernahme aber ein nach § 117 BGB. nichtiges Rechtsgeschäft wäre, stelle das Berufungsgericht nicht fest. Auch dieser Angriff der Revision konnte keinen Erfolg haben.

Die Annahme, daß ein Geschäftsbetrieb übergegangen ist, hängt zwar nicht davon ab, daß alle Bestandteile des Betriebs sowie alle Vermögenswerte und Schulden übergehen, es können Bestandteile, wie z. B. ausstehende Forderungen und Schulden sowie die Warenvorräte ausgeschieden werden. Doch muß ein Erwerb im großen und ganzen vorliegen und zwar derart, daß diejenigen Bestandteile des Betriebs übergehen, welche die Fortführung ermöglichen (Urt. d. erkennenden Senats v. 12. Juni 1928 II 496/27 in JW.

1928 S. 2077 Nr. 5 = MuW. 1927/28 S. 522 betr. Webers Feigenkaffee; Seligsohn WZG. S. 117 Abs. 2; Hagens WZR. § 7 Anm. 4 S. 137). Hier sind nach der eigenen, vom Berufungsgericht als wahr unterstellten Angabe des Klägers übertragen Restbestände von Chemikalien usw. . . (Wird ausgeführt). Daraus, daß der Kläger keinen der übernommenen Bestandteile benutzt, zieht das Berufungsgericht den Schluß, daß es jenem überhaupt nicht um den Erwerb des Geschäftsbetriebs — einen solchen unterstellt — mit dem zugehörigen Zeichen zu tun war, sondern nur um das Zeichen selbst, und daß er den Geschäftsbetrieb nur mit hinzunahm, um nach außen hin die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 2 WZG. als erfüllt erscheinen zu lassen. Wenn das Berufungsgericht einen solchen Erwerb des Zeichens als nicht dem Zweck der Vorschrift des § 7 entsprechend betrachtet, so ist diese Auffassung entgegen der Ansicht der Revision jedenfalls im Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden. Es ist auch nicht richtig, wie die Revision meint, daß diese Frage nur unter dem Gesichtspunkt zu prüfen sei, ob ein Scheingeschäft i. S. des § 117 BGB. vorliege. Es kann unbedenklich angenommen werden, daß der Kläger die Mitübernahme der obengenannten Gegenstände durchaus ernstlich gewollt hat, gerade um auf diese Weise den äußeren Anschein zu erwecken, daß er die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 2 WZG. zwecks rechtswirksamen Erwerbs des Warenzeichens erfüllt habe. Wenn er aber, wie der vom Berufungsgericht festgestellte Sachverhalt bezüglich der Nichtbenutzung der auf ihn übertragenen Gegenstände in seinem schon vorher vorhandenen Geschäftsbetriebe ohne weiteres ergibt, diese Gegenstände nur der Form wegen erworben hat, ohne das auf ihn übergegangene, mit ihnen bisher verknüpft gewesene Warenzeichen im tatsächlichen Gebrauch auch weiter mit ihnen in Verbindung zu bringen, so wird gerade durch sein Verhalten der Zustand geschaffen, den das Gesetz durch die Vorschrift des § 7 Abs. 1 Satz 2 verhindern will, indem es den Zeichenübergang an den Übergang des Geschäftsbetriebs bindet, nämlich die Vermeidung von Täuschungen der Allgemeinheit. Denn da der Sinn und Zweck des Zeichens der Hinweis auf die Herkunft der mit ihm versehenen Waren aus einem bestimmten Betriebe ist, nämlich aus demjenigen, zu dem es gehört, so würde das Zeichen bei der durch das Verhalten des Klägers erfolgten Loslösung von diesem einen falschen Inhalt erhalten und die Gefahr einer Täuschung begründen. In diesem Falle wäre daher

die Popularklage aus § 9 Abs. 1 Nr. 3 WZG. auf Löschung des Zeichens gegen den Kläger gegeben, sie ist hier jedoch nicht (als Widerklage) erhoben. Aber ebenso wie in dem obigen Falle — wo es sich um die Übertragung eines Zeichens ohne den Geschäftsbetrieb handelte, der im Zeitpunkt der Zeichenübertragung bereits erloschen war, und wo daher die Popularklage aus § 9 Abs. 1 Nr. 2 WZG. auf Löschung an sich gegeben ist — der Klage des Scheinertwerbers des Zeichens aus § 12 oder § 9 Abs. 1 Nr. 1 WZG. außerdem der Einwand des Mißbrauchs des formalen Zeichenrechts entgegengehalten werden kann, muß ein Gleiches auch in dem vorstehend behandelten Fall gelten.

Danach kann der Kläger aus dem Erwerb des F.'schen Warenzeichens vom 13. Februar 1932 und aus dessen Umschreibung auf ihn nach Erlass des Berufungsurteils im Vorprozeß vom 15. Februar 1932, auch wenn der Geschäftsbetrieb des F. (oder der Firma Dr. G. & Co.) im Zeitpunkt der Übertragung noch nicht erloschen gewesen sein sollte, keine Warenzeichenrechte in bezug auf das Wort „Nestulap“ gegen die Beklagte herleiten. Er kann daher auch in diesem Fall auf den Erwerb des Zeichens die Vollstreckungsgegenklage nicht stützen, wie auch das Berufungsgericht angenommen hat . . .