

15. Zur Begriffsbestimmung des Freizeichens. Bildung von Freizeichen aus Individualmarken. Beurteilung der dabei in Betracht kommenden Umstände.

Gesetz über den Markenschuß vom 30. November 1874 §§. 1. 3. 9. 10.

I. Civilsenat. Urt. v. 19. Oktober 1889 i. S. L. (Bekl.) w. B. u. Gen.  
(Rl.) Rep. I. 195/89.

I. Landgericht Hagen.

II. Oberlandesgericht Hamm.

Für die fünf Kläger, welche sämtlich in Oesterreich domicilieren, sind auf Anmeldungen vom September 1875 für die von ihnen fabrizierten Sensen eine Reihe von Warenzeichen im Zeichenregister des damaligen Handelsgerichtes, jetzt Amtsgerichtes zu Leipzig eingetragen und stehen daselbst noch jetzt eingetragen.

Die Zeichen sind in gleicher Weise für die Kläger auf Grund des österreichischen Gesetzes vom 7. Dezember 1858 seit 1859 im Markenregister der Handels- und Gewerbekammer zu Linz eingetragen.

Der Beklagte verwendet alle diese Zeichen seit längerer Zeit auf den von ihm fabrizierten Sensen und bringt die so bezeichneten Sensen in den Verkehr. Der deshalb auf Grund des §. 13 des Markenschußgesetzes erhobenen Klage hat er unter Berufung auf eine im Jahre 1874 von den interessierten deutschen Fabrikanten aufgestellte Tabelle von 93 Freizeichen entgegengesetzt, daß sämtliche Zeichen schon vor dem 1. Oktober 1874 im allgemeinen freien Gebrauche der deutschen Fabrikanten stählerner, sog. blauer, Sensen gewesen und deshalb als Freizeichen im Sinne des §. 10 Abs. 2 des Gesetzes vom 30. November 1874 zu beurteilen seien.

In erster Instanz sind die Kläger abgewiesen, auf ihre Berufung ist aber nach dem Klagantrage erkannt. Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

... „Es kommt lediglich darauf an, ob die streitigen Marken mit dem ersten Richter als Freizeichen anzusehen sind, oder ob ihnen diese Eigenschaft mit dem Berufungsurteile zu versagen ist.

Die Frage ist eine Rechtsfrage, soweit der Rechtsbegriff des Freizeichens im Sinne des §. 10 Abs. 2 des Gesetzes vom 30. No-

vember 1874 in Betracht kommt, thatsächlicher Natur, insoweit die Elemente dieses Rechtsbegriffes auf thatsächlichen Umständen und Verhältnissen beruhen, mit solchen zusammenhängen. Auszugehen ist davon, daß die Kläger für ihre Marken durch deren Anmeldung bei dem Handelsgerichte zu Leipzig und ihre Eintragung in das Zeichenregister desselben den Schuß des Gesetzes nicht erlangt haben, wenn die Marken damals im Inlande die Eigenschaft der Freizeichen hatten (§. 10 Abs. 2), daß aber auch nach dieser Anmeldung und Eintragung das für die Kläger dadurch wie für Inländer begründete ausschließliche Recht durch keinerlei Gebrauch ihrer Marken beeinträchtigt werden konnte, d. h. daß durch einen Gebrauch der Marken im Inlande seitens anderer Personen als der Kläger nach der Anmeldung und Eintragung die Marken die Eigenschaft eines Freizeichens nicht erlangen konnten. Denn ein Gebrauch zu dieser Zeit würde der widerrechtliche Gebrauch eines fremden geschützten Zeichens sein und deshalb nie als ein freier Gebrauch im Sinne des §. 10 Abs. 2 erscheinen. Auch darüber kann kein Zweifel aufkommen, daß dem durch die Anmeldung und Eintragung der Marken prima facie begründeten Rechte der Kläger gegenüber der Beklagte den Beweis der Eigenschaft der Marken als Freizeichen zur Zeit der Anmeldung und Eintragung zu führen hat.

Bei Prüfung dieser Beweisfrage gehen beide Vorderrichter von der thatsächlichen Feststellung aus, daß die streitigen Zeichen, ebenso wie sämtliche in der von dem Beklagten vorgelegten Freizeichentabelle enthaltenen Zeichen, steirischen Ursprunges sind, daß die deutschen Sensesfabrikanten nach Einführung der Fabrikation stählerner (sog. blauer) Senses, wie sie zuerst nur in Steiermark betrieben wurde, in Deutschland sich nach und nach dieser Zeichen für stählerne Senses bemächtigt haben, um ihren Fabrikaten den täuschenden Schein des bei den Konsumenten eines besonders guten Ruf genießenden steirischen Fabrikates zu geben, und so aus diesen Zeichen Vorteil zu ziehen, daß die Verwendung der Zeichen durch die deutschen Fabrikanten ursprünglich kein gutgläubiger, sondern illoyal und ein Mißbrauch gewesen ist.

Diese Feststellung ist nicht angegriffen.

Beide Vorderrichter gehen ferner in Übereinstimmung mit dem, was vom Reichsgerichte wiederholt ausgesprochen ist,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 3 S. 74. 77 flg.; Entsch.

des R.G.'s in Straff. Bd. 1 S. 218; Rechtspr. des R.G.'s Bd. 1 S. 373. 701,

davon aus, daß solche mißbräuchliche Verwendung fremder Marken allein dem deutschen Fabrikanten den österreichischen Berechtigten gegenüber kein Recht, den Marken nicht die Qualität als Freizeichen im Sinne des §. 10 Abs. 2 des Gesetzes vom 30. November 1874 verschaffte, wenngleich der Mißbrauch vor dem Gesetze vom 30. November 1874 im Inlande nicht strafrechtlich verboten und den Berechtigten ein Mittel zum Einschreiten im Inlande nicht gegeben war. Die Revision greift auch dies nicht an, sondern erkennt an, daß für die Auslegung des §. 10 Abs. 2 des Gesetzes die Betrachtung, ob der Nachahmer oder Nachmacher der Marke ein strafbares Unrecht beging, ohne Bedeutung ist. . . .

Der erste Richter gelangt aber auf Grund der Aussagen der Zeugen und Gutachter zu der Feststellung:

daß durch die ungestörte Ingebrauchnahme der Zeichen durch länger als ein Menschenalter sich schließlich ein faktischer Zustand gebildet habe, welcher die rechtliche Seite der Frage völlig verkehrt und den Zeichen ihre ursprüngliche Bedeutung genommen habe, sodaß sie mit Vorwissen aller Interessenten nicht mehr Zeichen der Waren eines bestimmten Gewerbetreibenden, sondern ohne weiteren Zweck nur noch gebraucht werden, weil das Publikum sich daran gewöhnt habe, die Zeichen auf der Ware zu sehen.

Der erste Richter erachtet die Zeichen deshalb für Freizeichen und sieht es für rechtlich unerheblich an:

ob in Oesterreich die Zeichen noch als Zeichen eines einzelnen Gewerbetreibenden respektiert werden und nicht im allgemeinen Gebrauche sind, da sie daneben für Deutschland die Bedeutung der Einzelmarken verloren haben und zu Freizeichen geworden seien.

Der Berufungsrichter sieht dagegen nicht für erwiesen an, daß die streitigen Zeichen dauernd und stetig derart im freien Gebrauche der hier in Betracht kommenden Klasse von Gewerbetreibenden gewesen, daß sie die Eigenschaft von Freizeichen erlangt haben und der ursprüngliche Mißbrauch zu einem berechtigten Gebrauche geworden sei. . . .

Seine Erwägungen sind in der Hauptsache thatsächlicher Natur. Daß der Berufungsrichter über den Begriff des Freizeichens oder

sonst rechtlich geirrt habe, ist nicht zu erkennen. Was die Revision in bezug auf diese Erwägungen rügt, kann als begründet nicht anerkannt werden. . . .

Die Revision rügt, daß der Berufungsrichter das Beweismaterial nicht nach der Richtung hin geprüft habe:

ob das Bewußtsein davon verloren gegangen sei, daß es sich um die Marke eines Einzelnen handle, ob dies Bewußtsein nicht durch den Glauben ersetzt worden sei, alle Sensenfabrikanten bedienten sich unterschiedslos der fraglichen Marken, und ob die gewohnheitsmäßige Nachahmung (Nachmachung) der ausländischen Zeichen nicht soweit gegangen sei, daß dieselben als im freien Gebrauche aller oder gewisser Klassen von Gewerbetreibenden befindlich anzusehen seien. Darauf, daß die Zeichen ursprünglich aus Oesterreich stammen, komme es nicht an, das gebe dem Oesterreicher nicht mehr Anspruch auf Eintragung, als dem Inländer, es sei auch nicht ausschlaggebend, ob das kaufende Publikum die Vorstellung nicht verloren, daß es sich um eine Fabrikmarke (Individualmarke) handle, sondern ein Zeichen, das unterschiedslos von allen Händlern mit Sensen benutzt sei, habe den Charakter des Freizeichens nur dann nicht, wenn das Bewußtsein (bei diesen Händlern) damit verbunden sei, man bediene sich des Warenzeichens eines bestimmten Fabrikanten.

Die Rüge ist unbegründet; sie beruht wesentlich auf einer irrigen Auffassung des Rechtsbegriffes des Freizeichens und auf Verkennung der bei Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse, die dafür in Betracht kommen, festzuhaltenden Gesichtspunkte.

Der §. 10 Abs. 2 des Gesetzes vom 30. November 1874 versagt den Erwerb des ausschließlichen Rechtes durch Anmeldung auf solche Warenzeichen,

welche bisher im freien Gebrauche aller oder gewisser Klassen von Gewerbetreibenden sich befunden haben.

Gedacht ist dabei nach den Motiven zum §. 10 des Gesetzentwurfes (Reichstagsverhandlungen 1874/75 Nr. 20) an Zeichen, welche anders als die Warenzeichen des §. 1 des Gesetzes nicht den Zweck haben, die Ware eines bestimmten Gewerbetreibenden von der eines anderen bestimmten Gewerbetreibenden zu unterscheiden, sondern entweder gar

keinen bestimmten Zweck oder nur die Bestimmung haben, eine ganze Warengattung, Qualität, Größenverhältnisse, Herkunftsort für alle Hersteller der Ware und deren Abnehmer zu bezeichnen. Solche Zeichen sind erfahrungsmäßig in der Regel von alters hergebracht. Dem einzelnen Gewerbetreibenden ist der ausschließliche Gebrauch solcher Zeichen versagt, weil sie im Verkehre nicht als Marke eines einzelnen Gewerbetreibenden gelten und der Schutz des Publikums gegen Täuschung, den das Gesetz für Marken im Sinne des §. 1 des Gesetzes vom 30. November 1874 intendiert, nicht erforderlich ist.

Solche Freizeichen können sich im Laufe der Zeit aus Zeichen herausbilden, welche ursprünglich die Eigenschaft der Einzelmarke gehabt haben, aber diese Eigenschaft durch ihren allgemeinen Gebrauch nach der Anschauung des Verkehrs verloren haben, indem dieser sie nicht mehr als Einzelmarke ansieht, in ihnen nicht mehr das Unterscheidungsmerkmal eines einzelnen bestimmten Gewerbetreibenden, sondern ein Gattungs- oder Qualitätszeichen sieht. Daß zur Bildung eines Freizeichens die Thatsache allein nicht genügt, daß Mehrere oder Viele die Marke eines Anderen ohne Recht, wenn auch ungestraft, für ihre Ware benutzt haben, hat das Reichsgericht bereits in seinem Urtheile vom 11. Januar 1881,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 3 S. 78. 81, ausgesprochen.

Die für die Prüfung, ob aus einer Individualmarke ein Freizeichen geworden, sich hieraus ergebenden Gesichtspunkte sind vom ersten Richter nicht genügend beachtet.

Die Revision hat darin recht, daß die Kläger daraus allein, daß die von ihnen beanspruchten Zeichen ursprünglich aus Oesterreich stammen, einen Anspruch auf Eintragung der Zeichen für sich und Schutz der erlangten Eintragung nicht herleiten können. Aber solange ein Zeichen als Individualmarke auch nur im Auslande zu Recht besteht, auch nur im Auslande gesetzlichen Schutz hat, ist regelmäßig davon auszugehen, daß die Nachahmung (Nachmachung) einer solchen im Auslande berechtigten Marke, auch wenn sie im Inlande erfolgt, kein Recht giebt, sondern ein Mißbrauch ist, der auch im Inlande keinen Schutz verlangen kann und verdient, wenn er auf Täuschung des Publikums berechnet und geeignet ist, das inländische Publikum, welches durch die nachgeahmte oder nachgemachte

Marke über den Verfertiger getäuscht werden soll, ebenso zu schädigen, wie das ausländische.

In solchem Falle ist die Frage, ob neben dem bestehenden Rechte auf die Marke sich ein freier, d. h. berechtigter, allgemeiner Gebrauch derselben Marke als Freizeichen hat bilden können, mit besonderer Vorsicht zu prüfen und der strikte Verweis zu fordern, daß im Verkehre die äußerlich zu Recht bestehende Individualmarke nicht mehr als solche gilt, sondern in Wahrheit erloschen ist. Im vorliegenden Falle kommt dabei ganz besonders in Betracht, daß es sich um eine Ware handelt, welche nicht nur für das Inland angefertigt, sondern, wie die sämtlichen Aussagen ergeben, gerade mit den streitigen Zeichen hauptsächlich in das Ausland, namentlich nach Rußland, exportiert wird.

Nun stehen hier Zeichen in Frage, welche nicht nur ursprünglich aus Oesterreich (Steiermark) stammen, sondern, wie festgestellt, dort auf Grund des österreichischen Gesetzes vom 7. Dezember 1858 seit 1859 in dem Markenregister eingetragen und gesetzlich geschützt, auch schon mehr als ein Jahrhundert vorher in das von den Klägern beigebrachte beglaubigte Zeichenbuch von 1738 und 1745 eingetragen sind. Zu verweisen ist in dieser Beziehung darauf, daß in Oesterreich schon vor dem Gesetze vom 7. Dezember 1858 für die Sensenschmiede nach den Patenten vom 5. Dezember 1748, 9. September 1785, 17. März 1802, 14. Juni 1808,

vgl. Kohler, Markenschutz S. 61; v. Stubenrauch, Das österreichische Marken- und Musterchutzgesetz S. 1. 2,

das Recht und die Pflicht bestand, ihre aus dem sogenannten Meisterzeichen, dem figürlichen Zeichen des einzelnen Meisters und den sogenannten Beischlägen, dem die Innung, welcher der einzelne Meister angehörte, bezeichnenden Innungsbeischlag, bei den vorliegenden Zeichen R. M. (Kirchdorf-Micheldorf), und dem den Sensenschmieden ausdrücklich gestatteten österreichischen Erblandszwappen, zusammengesetzten Marken ebenso wie den Übergang der Marken von einem Meister auf den anderen zur Anmeldung und Eintragung zu bringen, und daß für diese Marken schon seit 1748 ein gesetzlicher Schutz bestand.

Bei Berücksichtigung dieser Bestimmungen und der von den Klägern beigebrachten, vom Beklagten nicht in Zweifel gezogenen Auszüge aus den Zeichenbüchern ist anzunehmen, daß die streitigen

Zeichen in Oesterreich nicht nur seit 1859 den gesetzlichen Schutz der Individualmarke in den Händen der Kläger genießen, sondern auch vorher dauernd und ununterbrochen seit mehr als einem Jahrhundert in den Händen der früheren Inhaber der Fabrikationsstätten genossen haben.

Festgestellt und unstreitig ist, daß diese Zeichen in Deutschland nachgemacht sind. Der Gebrauch der Zeichen in Deutschland für deutsche Sensen, auch wenn er ein allgemeiner, stetiger und dauernder geworden, würde als Nachahmung und Mißbrauch nur dann nicht mehr zu beurteilen sein, wenn nicht nur der Verfertiger der damit bezeichneten Ware gutgläubig die Zeichen ohne das Bewußtsein der Nachahmung einer Individualmarke verwendete, sondern auch in dem maßgebenden inländischen und ausländischen Verkehre, d. h. bei dem Vertriebe der Ware an das konsumierende Publikum, das Bewußtsein von der Eigenschaft der Zeichen als Individualmarken verloren gegangen wäre.

Der Berufungsrichter verneint nach dem Zusammenhange seiner Entscheidungsgründe ersichtlich beides.

Er stellt fest, daß die streitigen Zeichen noch jetzt auf die deutschen Sensen geschlagen werden, weil die Abnehmer in einzelnen Absatzgebieten die Sensen gerade nur mit diesen Zeichen verlangen, oder weil die Kommissionäre und Händler Sensen mit solchen bestimmten Zeichen bestellen. Er entnimmt daraus, daß bei diesen Abnehmern und Bestellern die Zeichen noch jetzt die Bedeutung der Fabrikmarke, d. h. der Individualmarke haben.

Die Revision greift diese rein thatsächliche Feststellung nur deshalb an, weil der Berufungsrichter darauf Gewicht legt, daß das laufende Publikum das Bewußtsein davon, es handle sich bei den Zeichen um eine Individualmarke, sei es eines bestimmten Gewerbetreibenden, sei es der mehreren Gewerbetreibenden aus einem bestimmten Bezirke,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civill. Bd. 3 S. 77, nicht verloren habe.

Diese Rüge ist aber ohne Grund erhoben. Denn der Zweck, die Bestimmung des Warenzeichens, ist nicht auf den Ver-

fertiger an erster Stelle, sondern auf das kaufende Publikum berechnet. Das Warenzeichen vertritt für das kaufende Publikum den Namen des Herstellers der Ware; das Zeichen erspart ihm die Prüfung der Ware, solange es ein wahres Zeichen ist. Der gesetzliche Schutz des Warenzeichens bezweckt den Schutz des Publikums gegen Täuschung durch Ware, welche mit dem Zeichen eines nicht wahren Herstellers versehen ist, nicht nur den Schutz des wahren Herstellers gegen illoyale Konkurrenz. Bei Ware, wie die in Rede stehende, kommt in Betracht, daß der Hersteller, namentlich wenn er auch für den Export arbeitet, niemals direkt an den Konsumenten verkauft, sondern an den Zwischenhändler, dieser an den Detailisten, dieser erst an den Konsumenten. Der Zwischenhändler, der vom Hersteller kauft, kann durch die falsche Marke überhaupt nicht getäuscht werden, da er weiß, von wem er kauft, eher der Detailist, namentlich aber das Publikum. Die Anschauung des Verkehrs, auf welche es für die Prüfung der Frage ankommt, ob die Individualmarke die Eigenschaft einer solchen verloren hat und Freizeichen geworden ist, muß hiernach vor allem die Anschauung des Konsumenten, nicht des Händlers sein. . . .

Es verstößt nicht gegen das Gesetz, sondern entspricht der Sachlage, wenn der Berufungsrichter die Zeugen und Gutachter, auf welche der erste Richter seine Feststellung gründet, als nicht unbefangenen ansieht, da sie die streitigen Zeichen ganz oder teilweise selbst geschlagen und bei der Aufstellung der sog. Freizeichentabelle mitgewirkt haben.

Der Berufungsrichter geht nach seinen Entscheidungsgründen außerdem aber auch von der tatsächlichen Annahme aus, daß noch zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes vom 30. November 1874 und zu der Zeit, wo die deutschen Sensenfabrikanten die vom Beklagten vorgelegte Tabelle der angeblichen Freizeichen aufgestellt haben, in ihren Kreisen das Bewußtsein von dem bis dahin beobachteten illoyalen Verfahren vorhanden war. . . .

Auf dieser Grundlage ist das Berufungsurteil dem Rechtsbegriffe des Freizeichens entsprechend mit vollem Rechte zur Verneinung der Freizeichenqualität der streitigen Zeichen gelangt. Ob der von dem Berufungsrichter aufgestellte Satz:

Die Umwandlung einer Individualmarke in eine Freimarke könne nur angenommen werden, wenn die ausdrückliche oder stillschweigende Zustimmung des Berechtigten anzunehmen oder zu fingieren sei,  
richtig ist, kann dahingestellt bleiben.“