

24. 1. Begriff eines „Freizeichens“ im Sinne von §. 10 des Markenſchutzgeſetzes.
2. Begriff eines im Verkehre allgemein als Kennzeichen der

**Ware eines bestimmten Gewerbetreibenden geltenden Warenzeichens
im Sinne von §. 9 des Markenschutzgesetzes.**

II. Civilsenat. Urth. v. 11. Januar 1881 i. C. Th. (Rl.) w. B.
(Wekl.) Rep. II. 326/80.

- I. Kreisgericht Kassel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Klage auf Löschung von fünf im Zeichenregister des Kreisgerichts Kassel eingetragenen Warenzeichen wurde in zwei Instanzen abgewiesen, vom Reichsgerichte aber für begründet erachtet aus folgenden Gründen:

„Der Appellrichter erkennt an, daß die Klägerin auf Grund einer am 6. Sept. 1848 beim Magistrate zu Bamberg erfolgten Anmeldung landesgesetzlichen Schutzes für Bayern bis zum 1. Januar 1872, als dem Zeitpunkte der Einführung des deutschen Strafgesetzbuches, beanspruchen konnte, verneint aber, daß dieser landesgesetzliche Schutz auch nach diesem Zeitpunkte fortgedauert, also bei Einführung des Markenschutzgesetzes noch bestanden habe. Gegen diese letztere Entscheidung richten sich vorzugsweise die Angriffe der Nichtigkeitsbeschwerde.

Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Angriffe begründet sind, und ob nicht, selbst bei Unterstellung jenes landesgesetzlichen Schutzes, die Erklärung, es seien die fraglichen Zeichen Freizeichen (§. 10), jedenfalls sei auch der Besitzstand der Beklagten zu schützen (§. 9), genügen würde, die Klageabweisung zu rechtfertigen; denn die Nichtigkeitsbeschwerde rügt ferner Verletzung der §§. 9 und 10 des Markenschutzgesetzes und diese Rüge erscheint begründet.

Die angefochtene Entscheidung beruht auf zwei selbständigen Entscheidungsgründen, nämlich auf der Annahme, daß die fraglichen Warenzeichen (Fischwappen und Pfau) als Freizeichen im Sinne des §. 10 a. a. D. zu betrachten seien; und der weiteren Annahme, daß jedenfalls auch zu Gunsten der Beklagten ein im Verkehre allgemein anerkannter Besitzstand im Sinne des §. 9 a. a. D. anzunehmen wäre.

Ohne Zweifel ist der Appellrichter zu beiden Annahmen auf Grund einer Würdigung thatsächlicher Verhältnisse gelangt, welche Würdigung, soweit sie sich auf thatsächlicher Grundlage bewegt, der Nachprüfung des Nichtigkeitsrichters entzogen ist.

Ebenso zweifellos ist aber auch, daß in beiden Beziehungen Rechtsbegriffe in Frage stehen, d. h. das Gesetz einen gewissen Thatbestand voraussetzt, den der Richter richtig zu erkennen und seiner tatsächlichen Würdigung zu Grunde zu legen verpflichtet ist, daß also die Entscheidung vernichtet werden muß, wenn aus ihren Gründen ersichtlich ist, es sei der vom Gesetze unterstellte Rechtsbegriff verkannt; ja wenn auch nur ernstliche Zweifel obwalten, ob er richtig erkannt sei.

1. Was nun zunächst den Rechtsbegriff des Freizeichens anbelangt, so ist dasselbe nach dem Wortlaute des Gesetzes „ein Warenzeichen, welches bisher (bis zur Einführung des Gesetzes) im freien Gebrauche aller oder gewisser Klassen von Gewerbetreibenden sich befunden hat“.

In den Motiven des Gesetzentwurfes ist zur Erläuterung dieser Bestimmung bemerkt:

„Noch gegenwärtig werden Waren vielfach mit Zeichen versehen, welche von altersher für diese Waren in Gebrauch sich befinden, eine weitere Bedeutung aber zur Zeit nicht mehr besitzen.“

„Bei anderen Waren sind Zeichen allgemein üblich, welche hergebrachterweise bestimmte Qualitäts- oder Größen-Verhältnisse bekunden.“

„Endlich giebt es noch Zeichen, welche die Herkunft der Waren aus einem bestimmten Orte oder Bezirke erkennbar machen und demgemäß nur von den dort wohnenden Gewerbetreibenden gebraucht werden.“

„Der auf solcher, meist altertümlicher Observanz beruhende Gemeingebrauch gewisser Zeichen soll zu Gunsten der Interessen einzelner Gewerbetreibenden keine Störung erleiden.“

Aus diesen Erläuterungen, welchen bei den Reichstagsverhandlungen nichts beigelegt wurde, erhellt, daß das Gesetz teils solche Zeichen im Auge hat, die zur Zeit einen bestimmten, ihre Benutzung zur Kennbarmachung der Waren bestimmter Gewerbetreibenden ausschließenden Zweck (Bezeichnung von Qualität, Größe, Herkunft aus einem gewissen Orte etc) haben, teils solche Zeichen, die ursprünglich als Kennzeichen der Waren bestimmter Gewerbetreibenden gedient haben mögen, diese Bedeutung jedoch im Laufe der Zeit völlig verloren haben und ohne weiteren Zweck zur Zeit nur noch gebraucht werden, weil eben das Publikum sich gewöhnt hat, bei gewissen Waren gewisse Zeichen angebracht zu

sehen. Bei beiden Arten von Zeichen erachtete man es für geeignet, den bei Einführung des Gesetzes vorhandenen Besitzstand zu schützen, somit, da dieser Besitzstand die Erwerbung von Sonderrechten ausschloß, deren Eintragung zu untersagen.

Den Gegensatz zu der bezüglichen Bestimmung des §. 10 bildet die Bestimmung des §. 9, welche den Besitzstand betreffs solcher Warenzeichen schützt, die bei Einführung des Gesetzes im Verkehre allgemein als Kennzeichen der Ware eines bestimmten Gewerbetreibenden gegolten haben, und es ist nötig, auch diese letztere Bestimmung ins Auge zu fassen, um Sinn und Tragweite des §. 10 klar zu stellen.

Die Worte „eines bestimmten Gewerbetreibenden“ sollen offenbar nicht bedeuten, daß das Warenzeichen im ausschließlichen Besitze eines einzelnen Gewerbetreibenden sein müsse, vielmehr ist es im Sinne des Gesetzes vollkommen statthast, daß betreffs des nämlichen Warenzeichens bei mehreren, ja bei einer größeren Zahl von Gewerbetreibenden ein Besitzstand, wie ihn §. 9 im Auge hat, vorliegt und gesetzlichen Schutz beanspruchen kann.

Ist die Zahl der Gewerbetreibenden, welche ein Warenzeichen benutzen, eine sehr große, so entsteht allerdings die Frage, ob dasselbe die Eigenschaft, als Kennzeichen der Ware bestimmter Gewerbetreibenden zu dienen, noch beanspruchen könne, oder ob nicht vielmehr ein Freizeichen anzunehmen sei. Ist solchenfalls nicht ein bestimmter, den Einzelbesitz ausschließender Zweck ersichtlich, handelt es sich vielmehr einfach nur um die Thatsache allgemeinen Gebrauchs, so wird zunächst die Art und Weise, wie dieser Gebrauch sich gebildet, zu erforschen, und falls sich dabei ergibt, daß ursprünglich Sonderbesitz eines oder mehrerer Gewerbetreibenden vorgelegen, im Zweifel nicht anzunehmen sein, daß das Warenzeichen seinen ursprünglichen Charakter völlig verloren und sich in ein Freizeichen umgewandelt habe.

Faßt man nun die Gründe des angefochtenen Erkenntnisses ins Auge, so lassen sie keineswegs erkennen, daß der Appellrichter den Begriff eines Freizeichens im erörterten Sinne richtig erfaßt, berechtigten vielmehr zur Annahme, daß seine Entscheidung auf Verkennung desselben beruht.

Der Appellrichter begründet seine Entscheidung, daß die in Frage stehenden Zeichen (Fischwappen und Pfau) Freizeichen seien, nur mit dem Hinweis auf die von ihm für zutreffend erklärten Gründe des ersten

Richters, sowie mit der Erklärung, daß der von der Beklagten dargestellte Sachverhalt erwiesen sei.

Aus den Gründen des ersten Richters, der übrigens die Frage des Freizeichens dahingestellt ließ, sowie aus der Sachdarstellung der Beklagten ergibt sich aber im wesentlichen nichts weiter, als daß eine größere Zahl von Tabakfabrikanten die Zeichen längere Zeit hindurch im Gebrauch hatte, eine Thatsache, die an und für sich ungenügend und nicht geeignet ist, die Frage zu lösen, ob konkurrierender Besitz im Sinne von §. 9 oder freier Gebrauch im Sinne von §. 10 vorliegt.

Der Appellrichter prüft weder, ob etwa fragliche Zeichen ihren bestimmten, den Einzelbesitz ausschließenden Zweck haben, noch prüft er, auf die ursprüngliche Benutzung zurückgehend, wie der allgemeinere Gebrauch sich gebildet habe, giebt also zu erkennen, daß er der irrigen Ansicht ist, es sei in allen Fällen, wo ein Warenzeichen im Gebrauche einer größeren Zahl von Gewerbetreibenden sich befinde, ein Freizeichen anzunehmen.

2. Was den Begriff der allgemeinen Anerkennung im Verkehre betrifft, von welcher §. 9 a. a. O. spricht, so ist zunächst soviel klar, daß der bloße Gebrauch eines schon im Verkehre befindlichen Warenzeichens einen eigenen konkurrierenden Besitzstand nicht zu begründen vermag, da dieser Gebrauch möglicherweise nur die Folge hat, daß das Publikum die mit diesem Zeichen versehenen Waren als Waren der ihm bekannten älteren Besitzer ansieht und kauft. Es wird dies, wenigstens in erster Zeit, sogar zu vermuten, also der Nachweis erforderlich sein, daß neben dem älteren Besitzstande ein eigener konkurrierender Besitzstand sich gebildet habe.

Abgesehen hiervon ist aber auch nicht anzunehmen, daß das Gesetz von der Frage, ob der erlangte konkurrierende Besitz ein redlicher oder ein unredlicher sei, ganz habe absehen und seine Bergünstigung Leuten habe gewähren wollen, die sich in einen fremden Besitz in der unlauteren Absicht eindrängten, ihn zu ihrem Vortheile auszubeuten, und zwar bloß deshalb, weil sie den in dieser Weise erlangten Mitbesitz bei Einführung des Gesetzes einige Zeit ausgeübt hatten.

Wenn auch hieraus nicht folgt, daß immer nur auf die Art der Erwerbung eines solchen Mitbesitzes Rücksicht zu nehmen sei, vielmehr anzuerkennen ist, daß auch auf Grund eines unredlichen Erwerbes im Verlaufe der Zeit, insbesondere bei Wechsel der Personen, sich ein Besitzstand bilden kann, der im Sinne des §. 9 zu schützen ist, wie denn

überhaupt das Gesetz in althergebrachte Verhältnisse nicht störend eingreifen will, so ist doch in allen Fällen, wo jemand in den Besitz eines anderen eigenmächtig eingetreten ist, die Frage zu prüfen, ob der vorliegende Besitzstand so geeigenschaftet sei, daß er den Schutz des Gesetzes beanspruchen könne.

Diese Frage ist nun vom ersten Richter, auf dessen Gründe der Appellrichter Bezug nimmt, nicht geprüft, vielmehr giebt derselbe zu erkennen, daß er sich der Erheblichkeit derselben nicht bewußt gewesen sei, da er seine bezügliche Entscheidung allein auf die von der Klägerin zugegebene Thatsache gründet, daß Beklagte fragliche Warenzeichen seit 1870 im Gebrauche gehabt. Da demgemäß keiner der beiden bezeichneten Entscheidungsgründe rechtlich haltbar ist, so war das Erkenntnis zu vernichten, betreffs der Kosten aber nach §. 66 der Verordnung vom 24. Juni 1867 zu erkennen.

Bei freier Sachprüfung ergibt sich, daß der Klagantrag begründet ist.

Zunächst ist die Frage, ob die beiden streitigen Zeichen (Fischwappen und Pfau) Freizeichen im Sinne des §. 10 seien, zu verneinen.

Daß diese Zeichen irgend einem, den Einzelbesitz ausschließenden besonderen Zwecke gedient hätten, ist nicht behauptet, was aber die ursprüngliche Bedeutung derselben, sowie die Art und Weise, wie sie in allgemeineren Gebrauch gekommen sind, betrifft, ergibt sich aus der Beweisführung folgendes:

Die Fabrik der Klägerin befand sich ursprünglich zu Zwolle in Holland, wurde anfangs dieses Jahrhunderts nach Minden und später nach Kassel verlegt, wo bereits im Jahre 1816 die klägerische Firma bestand.

Aus einer amtlichen Bescheinigung des Stadtsekretärs von Kassel vom 16. Dezember 1816 und den in beglaubigter Abschrift beigelegten Ausfagen zweier am 7. nämlichen Monats vernommenen Auskunftspersonen ergibt sich, daß die beiden in Frage stehenden Warenzeichen in ihrer jetzigen Form von jeher im Besitze der Familie Thorbecke waren und insbesondere auch von Franz Heinrich Thorbecke, dem damaligen Inhaber der klägerischen Firma, als solche benutzt wurden.

Dasselbe ergibt sich aus einem amtlichen Zeugnisse des Bürgermeisters der Stadt Zwolle vom 10. August 1836.

In einer Zuschrift des Kurf. hess. Kriminalgerichts zu Kassel vom 13. Nov. 1812 wird dem Th. kundgegeben, daß ein Tabakfabrikant

N. wegen Nachahmung seines Fabrikszeichens bestraft worden sei, und inhaltlich eines Urteils des Kurf. hess. Obergerichtskriminalsenats vom 23. Sept. 1825 wurde Wittve H., Besitzerin einer Tabaksfabrik zu Sanau, bestraft, weil sie unter anderem auch die Fabrikzeichen von Th. nachgeahmt hatte.

Aus diesen urkundlichen Belegen geht klar hervor, daß ursprünglich die klägerische Firma, beziehungsweise die Familie Th., im Alleinbesitze der fraglichen Zeichen gewesen ist, worauf übrigens schon die unter dem Pfau befindlichen Worte: „te Zwoil“, welche von allen, die später dieses Zeichen gebrauchten, insbesondere auch von der Beklagten beibehalten wurden, hindeuten. Ferner ist als erwiesen zu betrachten, daß mindestens bis Ende der zwanziger Jahre dieser Alleinbesitz fortgedauert habe.

Es geht nun allerdings aus den Aussagen der vernommenen Zeugen hervor, was übrigens von der Klägerin selbst bereits zugestanden war, daß im Verlaufe der letzten 40 Jahre auch andere Tabakfabrikanten und zwar im ganzen etwa 14, neben der Klägerin, fragliche Zeichen in Gebrauch genommen haben, allein dieser Mitbesitz, der zudem nur nach und nach eintrat und ursprünglich jedenfalls kein gutgläubiger war, erscheint nicht ausreichend, um die Umwandlung der Zeichen in Freizeichen zu bewirken. Es kann dies um so weniger angenommen werden, als die Klägerin durch die am 6. September 1848 erfolgte Anmeldung der Zeichen beim Magistrat zu Bamberg auf Grund der bayer. Verordnung vom 6. März 1840 für dieselben landesgesetzlichen Schutz in Bayern erworben und dieser Schutz mindestens bis 1. Januar 1872 fortgedauert hatte.

Wenn die Zeugen ihre Ansicht aussprechen, daß die in Frage stehenden Warenzeichen von jedem Fabrikanten hätten gebraucht werden dürfen, so ist auf diese Ansicht (ganz abgesehen davon, daß vor Einführung des Markenschußgesetzes von jedem Warenzeichen das nämliche gesagt werden konnte), welche offenbar keine rein thatächliche, sondern auch eine rechtliche Würdigung der Sachlage enthält, kein Wert zu legen. Wie unzuverlässig die betreffende Beurteilung der Zeugen ist, ergibt sich daraus, daß einer der Zeugen die Benutzung der Zeichen durch die Wittve H. (welche, wie bemerkt, im Jahre 1825 deshalb bestraft worden ist) als Beleg anführt, und ein anderer Zeuge meint, die Benutzung von Warenzeichen von der Art wie das Fischwappen sei überhaupt nicht unerlaubt, wenn nur die Firma beigefügt werde.

Auch die weitere Frage, ob die Beklagte gleichfalls einen nach §. 9 a. a. D. zu schützenden Besitzstand beanspruchen könne, ist zu verneinen. Daß die Klägerin bis zur Einführung des Markenschutzgesetzes fortwährend im Besitze der fraglichen Warenzeichen gewesen, und daß sie ihren Besitzstand durch rechtzeitige Anmeldung gewahrt, ist erwiesen, im Grunde auch unbestritten. Unstreitig ist ferner, daß die Beklagte im Jahre 1870, als sie ihr Geschäft gründete, diese Warenzeichen in Gebrauch genommen und seither gebraucht hat. Zu prüfen ist daher, ob ihr Besitz so geeigenschaftet ist, daß er den Schutz des §. 9 a. a. D. beanspruchen kann.

Die Umstände ergeben klar, daß die Beklagte fragliche Zeichen sich nicht deshalb aneignete, weil sie meinte, dieselben seien Freizeichen ohne besondere Bedeutung, daß sie vielmehr von der Absicht geleitet war, das Ansehen, welches diese Zeichen bei den Konsumenten genossen, auszubenten und davon Vorteil zu ziehen. Diese Absicht tritt insbesondere darin klar zu Tage, daß sie der in den Umschriften beider Zeichen angebrachten Firmenbezeichnung die Worte „te Zwoll“ beifügte, welche nur bei der klägerischen Firma Sinn hatten, bei der Firma der Beklagten aber eine offene Unwahrheit enthielten, daß sie ferner nicht bloß die fraglichen Zeichen für sich, sondern die vollständigen Warenzeichen der Klägerin mit allem Zubehör ganz genau nachahmte, z. B. auch die Seitenschrift, durch welche Th. ankündigte, daß er zur Unterscheidung dieser „echten von Zwoll seienden Fabrik“ dieses Familienwappen führen werde. Bei dieser Sachlage kann die Beklagte nicht als gutgläubige Besitzerin gelten, und kann die kurze Zeit von 4—5 Jahren nicht hinreichen, ihr einen nach §. 9 zu schützenden Besitzstand zu verschaffen. Es ist sogar zu bezweifeln, ob nach Lage der Sache, insbesondere bei dem Umstande, daß die Firma der Beklagten nur in den Umschriften der Zeichen in wenig erkennbarer Weise angebracht und dabei noch die unwahre Bezeichnung „te Zwoll“ beigefügt ist, überhaupt von einem eigenen Besitzstande der Beklagten die Rede sein könne.

Was nun die einzelnen Warenzeichen anbelangt, deren Löschung verlangt wird, so enthalten sie sämtlich fragliche Zeichen teils einzeln, teils vereinigt, und zwar in der Weise, daß sie, abgesehen vom „Neuter“, der als anerkanntes Freizeichen außer Betracht bleibt, den wesentlichsten Bestandteil der Warenzeichen bilden.

Die Zeichen selbst (Fischwappen und Pfau) sind, mit Ausnahme

der oberrwähnten bedeutungslosen Verschiedenheit der Firmenbezeichnung, denen der Klägerin vollkommen gleich.“