

37. 1. Ist Art. 28 Abs. 2 des zwischen den Staaten des Deutschen Zoll- und Handelsvereins und Frankreich am 2. August 1862 geschlossenen Handelsvertrages (preuß. G. S. 1865 S. 333) durch den Beitritt des Deutschen Reiches zu der internationalen Übereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883 (Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 9. April 1903, R. G. Bl. S. 147) aufgehoben?
2. Hat der unter Nr. 1 angeführte Handelsvertrag auch Geltung für Hamburg?
3. Sind unter „Fabrikzeichen“ im Sinne des Abs. 2 Art. 28 des erwähnten Handelsvertrages vom 2. August 1862 auch „Handelszeichen“ zu verstehen?

II. Zivilsenat. Ur. v. 22. November 1907 i. S. S. (Rl.) w. W. & Cie. in Paris (Bekl.). Rep. II. 260/07.

- I. Landgericht Hamburg.
 II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Klägerin ist das Wort „Driva“ als Warenzeichen für Tennisschläger am 15. April 1905 durch Eintragung in die Zeichenrolle des Patentamtes geschützt.

Die Beklagte vertreibt unter derselben Bezeichnung in Deutschland Tennisschläger; sie hat solche auch in Hamburg annonciert; die Beklagte fabriziert Tennisschläger.

Durch dieses Vorgehen der Beklagten erachtet die Klägerin ihr Zeichenrecht als verletzt; sie behauptet, die Beklagte habe bei diesem Eingriff wissentlich oder doch grob fahrlässig gehandelt. Gestützt auf §§ 12 und 14 des Warenzeichengesetzes, hat sie Klage mit dem Antrag erhoben, der Beklagten bei Strafe zu untersagen, Tennisschläger mit dem Wortzeichen „Driva“ in Deutschland feilzuhalten und in Verkehr zu bringen oder anzukündigen; ferner soll die Beklagte schadensersatzpflichtig erklärt und verurteilt werden, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, welcher ihr durch die Verletzung des Zeichenrechts entstanden ist. Dieser letzte Teil des Antrags soll als *salva liquidatione* gestellt oder als Feststellungsantrag aufgefaßt werden.

Die Beklagte hat sich des streitigen Zeichens in Frankreich, dem Herstellungsland der Tennisschläger, bereits bedient, ehe die Klägerin

den deutschen Zeichenschutz erlangt hatte. Außerdem ist das Wort „Driva“ als Fabrikzeichen am 23. April 1903 für Tennisschläger mit der Nr. 79405 für einen gewissen S. deponiert. Nach Behauptung der Beklagten, die die Klägerin bestreitet, ist dieser S. der alleinige Inhaber der verklagten Firma. Die Beklagte hält sich daher durch Art. 28 des Handelsvertrages für geschützt, den Frankreich mit den Staaten des deutschen Zoll- und Handelsvereins am 2. August 1862 abgeschlossen hat.

Die Klägerin erachtet diesen Vertrag als aufgehoben; sie macht aber fürsorglich geltend, daß der erwähnte Art. 28 des Handelsvertrages nur Fabrikzeichen im Auge habe. Die von der Beklagten mit der Bezeichnung „Driva“ in den Handel gebrachten Tennisschläger stammten jedoch nicht ausschließlich aus der Fabrik des S., sondern es bediene sich die Beklagte des Drivazeichens auch für nicht von S. bezogene Tennisschläger. Das Landgericht hat dem Klageantrag stattgegeben, die Strafe auf 300 *M* angedroht und der Beklagten die Kosten auferlegt. Nach den Gründen ist durch den auf Schadensersatz lautenden Teil des Urteils über den Grund des Anspruchs erkannt, den die Klägerin in einem weiteren Prozeß spezifizieren soll.

Auf die Berufung der Beklagten ist die Klage abgewiesen worden. Die Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Das Oberlandesgericht stellt fest, daß S., auf dessen Namen das Wort „Driva“ am 23. April 1903 unter Nr. 79405 in Frankreich als Fabrikzeichen deponiert worden ist, Alleininhaber der Beklagten ist, und daß die Beklagte sich, lange bevor die Klägerin das Wort „Driva“ für Tennisschläger beim deutschen Patentamte zur Eintragung angemeldet hat, dieses Fabrikzeichens für die von ihr vertriebenen Tennisschläger in Frankreich bediente. Der Berufungsrichter hat mit Rücksicht auf diese Sachlage die Klage abgewiesen, weil Art. 28 Abs. 2 des deutsch-französischen Handelsvertrages vom 2. August 1862 durch die Pariser Union (d. h. durch die internationale Übereinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums vom 20. März 1883), welcher das Deutsche Reich nach Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 9. April 1903 (R.G.Bl. 1903 S. 147) mit Wirkung vom 1. Mai 1903 beigetreten ist, nicht aufgehoben sei, und Abs. 2

des Art. 28 des erwähnten Handelsvertrages den Vorbenutzer eines Fabrikzeichens vor Verfolgung schütze.

Klägerin bekämpft diese Auffassung unter Berufung auf Fingers Kommentar zum Warenzeichengesetz, 2. Aufl. S. 496 unter e, während sich der Berufungsrichter auf die gegenteilige Annahme Seligsohns in seinem Kommentar 2. Aufl. S. 153/4 bezieht. Beide Schriftsteller geben für ihre Meinung keine Begründung. Der erkennende Senat hat bereits in seiner Entscheidung vom 20. November 1906 (Entsch. in Zivilf. Bd. 64 S. 304) ausgeführt, daß Art. 28 des erwähnten Handelsvertrages durch den Friedensvertrag vom 10. Mai 1871 und die Deklaration vom 8. Oktober 1873 wieder in Kraft gesetzt worden ist, und seine Bedeutung weder durch die deutsche Marken- und Warenzeichengesetzgebung noch durch das Warenzeichengesetz vom 12. Mai 1894 eingebüßt hat. Dort ist ferner als Sinn des Abs. 2 des Art. 28 angenommen, daß das in Frankreich geschützte Zeichen von den französischen Staatsangehörigen beim Vertrieb ihrer Erzeugnisse in Deutschland ohne die Gefahr strafrechtlicher oder zivilrechtlicher Verfolgung geführt werden darf, wenn dieses Zeichen in Frankreich benutzt wurde, ehe dasselbe Zeichen in Deutschland durch Eintragung für einen anderen geschützt worden ist. Durch diese Vorschrift ist nur eine tatsächliche Duldung gewährleistet; der erwähnte Artikel gibt dagegen in seinem Abs. 2 nicht das Recht, eine Löschung des in Deutschland eingetragenen gleichen Zeichens zu verlangen oder dem Eingetragenen die aus seiner Eintragung nach dem Warenzeichengesetz entstandenen Ansprüche streitig zu machen; noch auch gibt dieser Artikel das Recht, nun in Deutschland eine Eintragung des zuerst in Frankreich angewendeten Zeichens zu verlangen. Derselbe hat folgenden Wortlaut:

„In betreff der Bezeichnung oder Etikettierung der Waren oder deren Verpackung,, der Fabrik- oder Handelszeichen sollen die Untertanen eines jeden der vertragenden Staaten in dem anderen denselben Schutz, wie die Inländer genießen.“

Wegen des Gebrauchs der Fabrikzeichen des einen Landes in dem anderen soll eine Verfolgung nicht stattfinden, wenn die erste Anwendung dieser Fabrikzeichen in dem Lande, aus welchem die Ausfuhr der Erzeugnisse erfolgt, in eine frühere Zeit fällt, als die durch Niederlegung oder auf andere Weise bewirkte Aneignung dieser Zeichen in dem Lande der Einfuhr.“

Der Abs. 1 spricht ganz allgemein den Grundsatz der Gegenseitigkeit aus. Der Abs. 2 wurde auf Verlangen der deutschen Bevollmächtigten hinzugefügt, weil im Gebiet des Zollvereins eine Markengesetzgebung nicht bestand, nach dem französischen Gesetz vom 23. Juni 1857 über die Fabrik- und Handelsmarken aber die Deponierung der Marke bei der zuständigen Stelle das Eigentum an der Marke und das Recht zu ihrer ausschließlichen Benützung verleiht. Deutscherseits hegte man deshalb die Befürchtung, es möchte die in Deutschland geführte Marke in Frankreich nachgeahmt und deponiert werden, um nun mit Hilfe des so erlangten Markenschutzes der deutschen Marke den Eintritt in Frankreich zu verwehren. Französischerseits war man der Meinung, es ergebe sich der Inhalt des Abs. 2 ohne weiteres schon aus dem in Abs. 1 aufgestellten Gegenseitigkeitsprinzip; man stimmte dem Verlangen der Gegenseite, die alle Zweifel für die Zukunft abgeschnitten wissen wollte, deshalb zu. So kam der Abs. 2 zustande.

Vgl. *Annales de la Propriété industrielle artistique et littéraire* Bd. 40 S. 284.

Aus dieser Entstehungsgeschichte ergibt sich, daß der Abs. 2 des Art. 28 als eine Ausführungsbestimmung des Abs. 1 aufzufassen ist. So versteht auch die französische Rechtsprechung und Literatur bei allen Auslegungstreitigkeiten den Zusammenhang zwischen den Absf. 1 und 2 des Art. 28.

Pouillet, *Traité des Marques de Fabrique*, 5^e Edition Nr. 338 et p. 1020.

Hieraus folgt, daß der Abs. 2 des Art. 28, obgleich er nur von Fabrikzeichen spricht, unter Fabrikzeichen auch die in Abs. 1 erwähnten Handelszeichen mitverstanden hat. Die Ungenauigkeit des Ausdrucks erklärt sich durch die beabsichtigte sprachliche Kürze. Denn in Frankreich gibt es keinen Unterschied in der rechtlichen Behandlung von Fabrik- und Handelszeichen. Auch in Deutschland besteht zur Zeit und bestand auch früher keine solche Unterscheidung mit rechtlichen Folgen. Die internationalen Bestrebungen zielen ebenfalls darauf hin, derartige Unterscheidungen, wo sie etwa bestehen, aufzuheben.

Belletier u. Vidal-Naquet, *La Convention d'Union pour la Protection de la Propriété industrielle*, Paris 1902, Nr. 340.

Sollte sich Bellagte, wie Klägerin einwendet, in der Tat nicht nur

ihr eigenes Fabrikat, sondern auch anderwärts bezogene Tennisschläger mit dem Zeichen „Driva“ versehen und in den Handel bringen, so würde das Zeichen „Driva“ von der Beklagten eben nicht nur als Fabrik-, sondern auch als Handelszeichen benutzt und deshalb nicht des Schutzes entbehren, den Abs. 2 des Art. 28 des Handelsvertrags gewährt. Aber auch abgesehen davon verliert ein Fabrikzeichen nicht deshalb seine Bedeutung, weil ein Fabrikant seine Fabrikate nicht ausschließlich selbst herstellt. Es genügt, daß der Fabrikant Waren als seine Fabrikate bezeichnet; er kann sich dann dafür seines Fabrikzeichens bedienen. Das Fabrikzeichen wird dadurch noch nicht zum Handelszeichen. Kommt Art. 28 Abs. 2 des vom deutschen Zollverein mit Frankreich am 2. August 1862 abgeschlossenen Handelsvertrags zur Anwendung, so ist die Klage abzuweisen aus den oben angeführten Gründen.

Nun gehörte Hamburg allerdings zu jener Zeit dem Zollverein nicht an. Allein anstatt des Zollvereins entstand der Norddeutsche Bund, der mit den vier süddeutschen Staaten den Zollvereinungsvertrag vom 8. Juli 1867 abschloß. Durch Art. 40 der Reichsverfassung wurden die Bestimmungen des Zollvereinungsvertrags aufrecht erhalten, und das Reichsgebiet zu einem einheitlichen Zoll- und Handelsgebiete erklärt.

Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Aufl. Bd. 4 S. 385.

Nachdem nun der Vertrag vom 2. August 1862 von dem Deutschen Reich, das an der Stelle aller Einzelstaaten als vertragschließender Teil aufgetreten ist, und Frankreich als vertragschließenden Parteien wieder in Kraft gesetzt worden ist, muß angenommen werden, daß nun die Geltung des Handelsvertrags vom 2. August 1862 mit seinem Art. 28 auf das ganze Reichsgebiet, einschließlich Hamburgs, ausgedehnt worden ist. Die frühere Sonderstellung Hamburgs erweist sich daher als einflußlos für die Anwendung des mehrerwähnten Art. 28.

So wenig nun die deutsche Warenzeichengesetzgebung an der Fortgeltung des Art. 28 des mehrerwähnten Handelsvertrages etwas geändert hat, so wenig wurde sie durch die Pariser Union beeinflusst.

Art. 15 der Union gestattet den der Union beigetretenen Staaten Sonderabmachungen, die den Bestimmungen der Union nicht widersprechen. Die Klägerin hält hier den Grundsatz für entscheidend,

daß durch die Union in Folge des Art. 15 alle früheren Staatsverträge ohne weiteres aufgehoben seien — gleich wie das jüngere Gesetz alle älteren Gesetze aufhebt. Die Ansicht, daß durch den Beitritt zur Union deren Inhalt zum Landesgesetz erhoben werde und allen anderen älteren Bestimmungen vorgehe, wird in der Literatur in der That verteidigt (vgl. Pelletier u. Vidal-Raquet Nr. 44). Dieser Ansicht ist jedoch nicht beizutreten. Durch den Beitritt zur Pariser Union wird ein Staatsvertrag zum Zweck der Regelung der internationalen Beziehungen zwischen den an der Union teilnehmenden Staaten hinsichtlich des Schutzes des gewerblichen Eigentums geschlossen. Insofern hat dieser Staatsvertrag die Bedeutung eines internationalen Gesetzes, und zwar in dem Sinn, daß den Staatsangehörigen der an der Union teilnehmenden Staaten ein Mindestmaß von Schutz gewährleistet werden soll.

Die Bedeutung des Art. 15 der Union besteht deshalb darin, daß auch ältere Staatsverträge, welche dem Ausländer einen über die Unionsgrundsätze hinausgehenden Schutz zusichern, in Kraft bleiben. Dies ist eine selbstverständliche Folgerung aus dem Wortlaute des Art. 15, der künftige Abmachungen, die den Unionsgrundsätzen nicht zuwiderlaufen, den Staaten, die sich der Union angeschlossen haben, gestattet. Die Union beruht auf dem in Art. 2 der Union aufgestellten Grundsatz der Gleichstellung des Inländers mit dem Ausländer. Diesem Grundsatz wäre nur dann widersprochen, wenn dem Ausländer ein geringeres Maß des Schutzes gewährt, oder sein Schutz an schwerere Voraussetzungen geknüpft werden sollte, als die Pariser Union bestimmt hat.

Nun geht Art. 28 Abs. 2 des Handelsvertrags vom 2. August 1862 aber über diese Grundbestimmungen des Art. 2 der Pariser Union noch hinaus und gewährt einen weitergehenden beiderseitigen Schutz, wie dies oben dargelegt ist. Danach widerspricht der Art. 28 des erwähnten Handelsvertrags der Pariser Konvention vom 20. März 1883 nicht und besteht in Kraft, solange er nicht durch einen anderen Staatsvertrag aufgehoben ist. Aus dem Dargelegten ergibt sich, daß die Beklagte, als Vorbenutzerin des Drivazeichens von der Klägerin auf Grund ihrer Eintragung desselben Zeichens nicht angegriffen werden kann.“