

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

WZG §§ 5 Abs. 7, 11 Abs. 1 Nr. 4; UWG § 3

Doppelkamp

Die ernsthafte Benutzung eines redlich erworbenen, in die Warenzeichenrolle eingetragenen Warenzeichens, das inhaltlich nicht die Gefahr einer Täuschung begründet, genügt in der Regel auch dann den Anforderungen, die an eine rechtswirksame Benutzung im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG gestellt werden, wenn die Art der konkreten Benutzung gegen § 3 UWG verstößt.

BGH, Urt. v. 13. Mai 1977 - I ZR 177/75 - OLG Hamm

LG Paderborn

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 177/75

URTEIL

Verkündet am
13. Mai 1977
Zug,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der V [REDACTED] W [REDACTED] K [REDACTED]
N [REDACTED] & Co., A [REDACTED]/Westfalen,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
Dr. [REDACTED] -

gegen

die M [REDACTED] Peter M [REDACTED], E [REDACTED], K [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und [REDACTED] -

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Mai 1977 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Krüger-Nieland und die Richter Alff, Dr. Merkel, Dr. Schönberg und Schwerdtfeger

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 30. September 1975 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin begehrt gem. § 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG die Löschung des für die Beklagte am 18. September 1961 für Spirituosen eingetragenen Warenzeichens Nr. 764038 "Doppelkamp" mit der Begründung, es sei mehr als fünf Jahre unbe-nutzt. Sie hat ihrerseits am 15. Februar 1971 das Zeichen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



"Doppelkamp" angemeldet, die Anmeldung jedoch zurückgenommen, nachdem die Beklagte sowie die zur Underberg-Gruppe gehörende Firma A [REDACTED] Spirituosenfabrik GmbH (letztere auf Grund ihres Warenzeichens "Doppelkopp-Boonekamp") Widerspruch erhoben hatten. Dem von der Klägerin beim Patentamt eingereichten Antrag vom 20. Februar 1974, das Warenzeichen 764038 zu löschen, hat die Beklagte widersprochen. Daraufhin hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben.

Sie hat zuletzt beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, in die Löschung ihres in das Warenzeichenregister unter der Nr. 764038 eingetragenen Warenzeichens "Doppelkamp" einzuwilligen.

Die Beklagte hat sich darauf berufen, daß das Zeichen noch im Jahre 1972 mit ihrer Zustimmung von der Firma [REDACTED] in Benutzung genommen worden sei. Unstreitig brachte die Firma A [REDACTED] Ende 1972 einen Magenbitter mit 38 % Alkoholgehalt unter der Bezeichnung "Doppelkamp" und mit dem Hinweis "mehr Kräuter" auf den Markt. Dies wurde ihr auf Antrag der Klägerin durch einstweilige Verfügung des Landgerichts Köln vom 19. Februar 1973 untersagt. Die Firma A [REDACTED] stellte daraufhin den Vertrieb dieses Erzeugnisses ein und verpflichtete sich unter Übernahme einer Vertragsstrafe der Klägerin gegenüber, es zu unterlassen, einen Magenbitter mit einem Alkoholgehalt von 38 % unter der Bezeichnung "Doppelkamp" feilzuhalten und in den Verkehr zu bringen. Wegen der weiteren Angabe

"mehr Kräuter" wurde sie im Hauptverfahren vom Oberlandesgericht Köln rechtskräftig zur Unterlassung und - dieser Teil des Rechtsstreits ist Gegenstand des gleichzeitig verhandelten Revisionsverfahrens I ZR 65/75 - zur Auskunftserteilung und zum Schadensersatz (Feststellung der Schadensersatzpflicht) sowohl hinsichtlich der Bezeichnung "Doppelkamp" als auch der Angabe "mehr Kräuter" verurteilt.

Im vorliegenden Rechtsstreit hat das Landgericht mit der Begründung, das angegriffene Zeichen sei innerhalb der 5-Jahres-Frist wirksam in Benutzung genommen worden, die Löschungsklage abgewiesen.

Im zweiten Rechtszug hat die Klägerin die Auffassung vertreten, die Beklagte könne sich auf die Benutzung des Zeichens durch die Firma A [REDACTED] schon deshalb nicht berufen, weil diese Benutzung - wie die Gerichte im Kölner Rechtsstreit festgestellt hätten - wegen Verstoßes gegen §§ 1, 3 UWG rechtswidrig gewesen sei. - Dem ist das Berufungsgericht gefolgt und hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt.

Mit der Revision erstrebt die Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht führt aus: Die Klägerin könne sich nicht mit Erfolg darauf berufen, die Firma A [REDACTED] habe das Zeichen "Doppelkamp" nur zum Schein benutzt. Damit setze sie sich in Widerspruch zu ihrem Verhalten im Kölner Rechtsstreit, aber auch zu ihrem übrigen Vorbringen im vorliegenden Prozeß. Sie behaupte nämlich, die Firma A [REDACTED] habe ihr Erzeugnis "Doppelkamp" in Anlehnung an die Ausstattung "Maykamp" konzipiert und mit Richtung gegen die Klägerin auf den Markt gebracht, um zu verhindern, daß ihr (der Klägerin) Erzeugnis "Maykamp" weitere Markterfolge erringe und sich in das Marktbewußtsein der Verbraucher einpräge. Daß - wie die Beklagte vorgetragen habe - die Benutzung kurz vor Ablauf des 31. Dezember 1972 auch bezweckt habe, den Eintritt der Löschungsreife zu verhindern, stehe der Annahme einer ernstlichen Benutzung nicht entgegen.

Diese Ausführungen werden von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen, sie lassen auch keinen Rechtsfehler erkennen.

II. 1. Gleichwohl - so meint das Berufungsgericht - könne sich die Beklagte auf die Benutzung des Zeichens durch die Firma Aktivator nicht berufen. Die Benutzung habe gegen § 3 UWG verstoßen. Die Bezeichnung "Doppelkamp", unter der die Firma A [REDACTED] einen 38 %igen Magenbitter vertrieben habe, habe einen Boonekamp vorgetäuscht. Dieser irreführende Eindruck werde durch die Endsilbe "-kamp" erweckt, die mit der Endsilbe der Warenbezeichnung Boonekamp und auch mit der Endsilbe des Warenzeichens "Maykamp" übereinstimme, unter dem die Klägerin bis Februar 1973 200 Millionen

Portionsfläschchen Boonekamp verkauft habe. Die Vorsilbe "Doppel-" erwecke darüber hinaus den Eindruck eines besonders starken Boonekamp. Tatsächlich habe der von der Firma A [REDACTED] vertriebene Magenbitter nicht einmal den Mindestalkoholgehalt von 40 % eines normalen Boonekamp erreicht.

Daß eine gegen § 3 UWG verstoßende Benutzung für die Anwendung der §§ 11, 5 WZG rechtlich unbeachtlich sei, folge allerdings weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn des Warenzeichengesetzes; auch wer wettbewerbswidrig benutze, dokumentiere seinen Benutzungswillen. Es widerspräche aber allgemeinen Rechtsgedanken, wenn die Beklagte Rechte aus einem rechtswidrigen Verhalten herleiten könnte. Die Benutzungshandlung der Firma A [REDACTED] sei auch im Rahmen des Warenzeichengesetzes als rechtswidrig zu werten. Es sei anerkannt, daß das Zeichenrecht kein isoliertes Rechtsgebiet sei, sondern durch sachlich-rechtliche Vorschriften anderer Rechtsgebiete ergänzt werde. So sei z. B. eine außerzeichenrechtliche Löschungsklage möglich. Ein enger Zusammenhang bestehe insbesondere zwischen dem Warenzeichengesetz und § 3 UWG. Die Irreführung durch ein Warenzeichen könne sogar gem. § 11 Abs. 1 Nr. 3 WZG zur zeichenrechtlichen Löschungsklage führen. Dem Sinn dieser Vorschrift entspreche es, daß eine gegen die Interessen der Allgemeinheit gerichtete, irreführende Benutzung jedenfalls nicht als im Sinn der Nr. 4 derselben Vorschrift beachtlich angesehen werden könne.

Ob diese Erwägungen auch zutreffen würden, wenn das Zeichen - was hier ausscheide - durch längerfristige und intensive Benutzung bereits Verkehrsgeltung erlangt oder sich gar zu einem starken Zeichen entwickelt hätte, könne dahinstehen. - Da eine rechtlich wirksame Benutzung nicht erfolgt sei, bedürfe es keiner Prüfung, ob die Beklagte der Benutzung durch die Firma A [REDACTED] zugestimmt habe.

2. Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Nach § 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG kann ein Dritter die Löschung eines Warenzeichens beantragen, wenn das Warenzeichen mindestens fünf Jahre in der Warenzeichenrolle eingetragen ist und der Zeicheninhaber das Zeichen innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem Antrag auf Löschung nicht benutzt hat. Einer Benutzung des Zeichens durch den Zeicheninhaber steht es gleich, wenn das Zeichen mit seiner Zustimmung durch einen Dritten benutzt worden ist (Satz 2 dieser Vorschrift i.V.m. § 5 Abs. 7 S. 2 WZG).

Für die Revisionsinstanz ist davon auszugehen, daß die Firma Aktivator nach den Feststellungen des Berufungsgerichts (s. o. II, 1) das Zeichen ernsthaft vor Ablauf der 5-Jahresfrist in Benutzung genommen und die Beklagte - dies hat das Berufungsgericht, von seinem Standpunkt zu Recht, dahingestellt sein lassen, weil es jede gegen § 3 UWG verstoßende Benutzung, gleichviel ob vom Inhaber oder einem Dritten vorgenommen, als rechtlich unbeachtlich ansieht - dieser Benutzung wirksam zugestimmt hat. Es ist weiterhin davon auszugehen, daß die Benutzungshandlungen - wie der erkennende Senat in dem gleichzeitig verkündeten Urteil in der Sache I ZR 65/75 - bestätigt hat - gegen § 3 UWG verstießen.

Der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung, daß eine gegen § 3 UWG verstoßende Benutzung in jedem Fall den an eine rechtlich beachtliche Benutzung im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG zu stellenden Anforderungen nicht genüge, vermag der Senat nicht zu folgen. Diese Vorschrift wurde durch das Gesetz zur Änderung des Patentgesetzes, des Warenzeichengesetzes und weiterer Gesetze vom 4. September 1967 (BGBl I 953) - das sogenannte Vorabgesetz - in das Warenzeichengesetz eingefügt. Wie sich aus der Amtlichen Begründung des Gesetzes (abgedruckt im Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen 1967, 265, 266 unter Nr. 5) ergibt, hat der Gesetzgeber die Frage, welche Benutzungshandlungen den gesetzlichen Tatbestand der Benutzung des Zeichens erfüllen, bewußt offen gelassen. Die Bundesregierung - so heißt es dort - habe erwogen, das Erfordernis der Benutzung durch zusätzliche Tatbestandsmerkmale zu konkretisieren. Einerseits sollten Scheinhandlungen, die nur zu dem Zweck vorgenommen würden, die gesetzlichen Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Zeichens gegen einen Dritten zu erfüllen, nicht als Benutzungshandlungen berücksichtigt werden. Andererseits sollten nur solche Benutzungshandlungen ausreichend sein, die nach Art, Umfang und Dauer dem Zweck der Einführung des Benutzungszwangs entsprechen, der Geltendmachung von nur formalen Zeichenrechten zu begegnen. Daß dabei aber das Erfordernis einer "wettbewerbsrechtlich zulässigen" Benutzung nicht zur Diskussion stand, ergibt sich daraus, daß man - so die Amtliche Begründung aaO - allein zusätzliche Tatbestandsmerkmale wie "ernsthafte" oder "nicht nur vorübergehende" Benutzung oder eine Benutzung "von nicht geringfügigem Umfang" in Erwägung gezogen hatte. Die Überlegungen des Gesetzgebers zielten somit erkennbar

allein darauf ab, klarzustellen, daß nur ernsthafte Benutzungshandlungen als Benutzung im Sinne des Gesetzes gelten sollten.

Der Gesetzgeber hat letztlich von einer Konkretisierung in dieser Richtung abgesehen, weil er davon ausging "daß die Gerichte und das Patentamt, wie sie es auch sonst allgemein bei vergleichbaren Rechtsbegriffen tun, den gesetzlichen Tatbestand der Benutzung so auslegen und anwenden werden, daß der gesetzgeberische Zweck der Einführung des Benutzungszwangs erreicht und insbesondere nicht durch nur zum Schein vorgenommene Benutzungshandlungen umgangen wird" (Amtliche Begründung aaO Nr. 5 am Ende). Auch die Gesetzesmaterialien, die Drucksachen V 714 und V 1631 des Bundestages, 5. Wahlperiode, bieten keinerlei Anhalt dafür, daß das Erfordernis einer "wettbewerbsrechtlich zulässigen" Benutzung zu irgendeinem Zeitpunkt erörtert worden wäre.

Die Rechtswirksamkeit der Benutzung von einem solchen Kriterium abhängig zu machen, würde auch nicht in das geltende Rechtssystem passen. Die Revision weist zu Recht darauf hin, daß es dem deutschen Rechtssystem grundsätzlich fremd ist, die gegen § 3 UWG verstoßende Benutzung eines rechtswirksam eingetragenen Warenzeichens mit dem Verlust des Zeichenrechts zu bestrafen. Ein solcher Wettbewerbsverstoß führt in der Regel dazu, daß dem Zeicheninhaber lediglich untersagt wird, sein Zeichen in der konkreten irreführenden Weise zu verwenden, ohne daß davon der Bestand des Zeichenrechts berührt wird. Soweit die Rechtsprechung ausnahmsweise bei wettbewerbs- bzw. sittenwidriger Verwendung eines Zeichens den Bestand des Zeichens oder der Zeichenanmeldung in Frage gestellt hat, geschah dies, weil

bereits die Zeichenanmeldung auf dem Vorsatz beruhte, die wettbewerbsrechtlich unbedenkliche Sperrwirkung des Zeichens zweckfremd als Mittel des Wettbewerbskampfes zu benutzen oder weil der Mißbrauch des formalen Zeichenrechts nur durch die Löschung des Zeichens verhindert werden konnte (vgl. BGHZ 46, 130, 133 - Modess; BGH GRUR 1967, 304, 306, 307 - Siroset). Solche Fallgestaltungen haben hier außer Betracht zu bleiben. Zur Entscheidung steht allein, ob die gegen § 3 UWG verstoßende ernsthafte Benutzung des Warenzeichens der Beklagten, eines redlich erworbenen formalen Zeichenrechts, das als solches inhaltlich nicht die Gefahr einer Täuschung begründet, als Benutzung im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG anzusehen ist.

Daß sich das umfangreiche Schrifttum zum Benutzungszwang bisher nur vereinzelt und dann nur am Rande mit der hier zur Entscheidung stehenden Frage befaßt hat, mag darauf schließen lassen, daß sie sich für die meisten Autoren erst gar nicht stellt, weil man - insbesondere auch im Hinblick auf die Amtliche Begründung des Vorabgesetzes - allgemein davon ausgeht, daß es für den Erhalt des Zeichens allein auf die tatsächliche, ernsthafte Benutzung des Zeichens ankommt (so Schricker, GRUR Int. 1969, 24; a.M. Hefermehl, Warenzeichenrecht, 10. Auflage, Anmerkung 22 zu § 5 WZG).

Soweit das Berufungsgericht die Auffassung vertritt, dem Sinn des § 11 Abs. 1 Nr. 3 WZG, wonach "die Irreführung durch ein Warenzeichen" sogar zur Löschung des Zeichens führen könne, entspreche es, daß die irreführende - und deshalb rechtswidrige - Benutzung eines Warenzeichens

jedenfalls nicht als beachtlich im Sinne der Nr. 4 derselben Vorschrift angesehen werden könne, kann dem nicht beigespflichtet werden. Nach § 11 Abs. 1 Nr. 3 WZG kann die Löschung eines Warenzeichens beantragt werden, wenn Umstände vorliegen, aus denen sich ergibt, daß der Inhalt des Warenzeichens den tatsächlichen Verhältnissen nicht entspricht und die Gefahr einer Täuschung begründet. Dabei geht es darum, ein Zeichen aus der Rolle zu entfernen, das entweder von Anfang an inhaltlich unrichtig war oder - durch Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse - später unrichtig geworden ist und allein auf Grund dieser inhaltlichen Unrichtigkeit bereits irreführend ist. Ein solches Zeichen ist von Haus aus ungeeignet, zur Kennzeichnung der Waren, für die es eingetragen ist, in einer Weise benutzt zu werden, die eine Irreführung ausschließt. Dagegen geht es bei der Löschung eines Zeichens nach Nr. 4 derselben Vorschrift darum, ein Zeichen aus der Rolle zu entfernen, das seinem Inhalt nach einen solchen Mangel nicht aufweist, jedenfalls nicht aufzuweisen braucht, also jederzeit in redlicher Weise als Kennzeichnung der Waren, für die es eingetragen ist, verwendet werden kann. Klagevoraussetzung ist lediglich, daß es innerhalb der letzten 5 Jahre vor dem Löschungsantrag nicht benutzt wurde. Zweck dieser Vorschrift ist es, Zeichen aus der Rolle zu entfernen, für deren Verwendung offenbar kein Bedarf besteht, die das Patentamt unnötig belasten und die Rolle verstopfen.

Wollte man, wie es das Berufungsgericht tut, jede gegen § 3 UWG verstoßende Benutzungshandlung nicht als beachtliche Benutzungshandlung gelten lassen, könnte das zu Ergebnissen führen, die sich prozessual und materiell

sowohl mit den warenzeichenrechtlichen als auch mit den übrigen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften nicht in Einklang bringen ließen. Da es sich bei der Löschungsklage aus § 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG um eine Popularklage handelt, könnte ein beliebiger Dritter die Löschung eines viele Jahre hindurch unbeanstandet für eine bestimmte Ware benutzten Zeichens verlangen, mit der Begründung, der Zeicheninhaber benutze das Zeichen seit jeher in einer gegen § 3 UWG verstoßenden Weise, habe das Zeichen somit zu keinem Zeitpunkt in einer dem Benutzungszwang entsprechenden rechtlich beachtlichen Weise verwendet. Erweist sich der Täuschungsvorwurf als begründet, wäre dem Antrag stattzugeben, wenn bei Antragstellung die Zeicheneintragung mehr als fünf Jahre zurücklag. Die geltende Rechtsordnung sieht in einem solchen Falle in der Regel indes lediglich eine Klage aus § 3 UWG mit dem Ziel vor, daß dem Zeicheninhaber untersagt wird, sein Zeichen in der konkreten irreführenden Weise zu benutzen; zudem muß der Kläger entweder unmittelbar betroffen oder nach § 13 UWG aktiv legitimiert sein. Dieses Beispiel ist nicht nur von theoretischem Interesse. Es ist nicht ungewöhnlich, daß ein Zeicheninhaber ein Zeichen unbehelligt jahrelang in wettbewerbswidriger Weise benutzt, sei es weil seine Wettbewerber sich dadurch nicht gestört fühlen, sei es weil sie den Verstoß für zweifelhaft halten und das Prozeßrisiko nicht eingehen wollen. Selbst wenn das Verhalten des Zeicheninhabers den Tatbestand der Strafnorm des § 4 UWG erfüllt, braucht dieser eine öffentliche Klage allenfalls dann zu befürchten, wenn sie im öffentlichen Interesse liegt (§ 376 StPO).

Das Berufungsgericht verkennt nicht, daß die Realisierung seiner These zu unhaltbaren Ergebnissen führen kann. Es will deshalb offenbar nur gegen § 3 UWG verstoßende, die Interessen

der Allgemeinheit beeinträchtigende Benutzungshandlungen als unbeachtlich behandelt wissen und läßt ferner offen, wie zu verfahren wäre, wenn ein Zeichen durch längerfristige und intensive, wenn auch wettbewerbswidrige, Benutzung bereits Verkehrsgeltung erlangt oder sich gar zu einem starken Zeichen entwickelt hat (BU S. 8). Die obigen Erwägungen machen jedoch deutlich, daß sich die Bedenken nicht auf die vom Berufungsgericht erwähnten Fälle beschränken, sondern sich dagegen richten, daß die Verwirklichung seiner Auffassung mit dem Rechtssystem des Warenzeichengesetzes unvereinbar wäre. Das Vorabgesetz hat die 5-jährige Nichtbenutzung in § 11 Abs. 1 WZG als zusätzlichen Lösungsgrund neben die der Zeichenübereinstimmung, des fehlenden Geschäftsbetriebes und der Täuschungsgefahr eingefügt. Da es sich bei den letzteren um rein zeichenrechtliche Lösungsgründe ohne jedweden wettbewerbsrechtlichen Bezug handelt - daß dies auch für den Grund der Täuschungsgefahr gilt, wurde bereits ausgeführt - kann auch der in das System des § 11 Abs. 1 aufgenommene Lösungsgrund der 5-jährigen Nichtbenutzung nicht anders bewertet werden. Hätte der Gesetzgeber nur die wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstandende Benutzung als beachtlich gelten lassen wollen, hätte er das schon wegen der damit verbundenen, oben aufgezeigten weitreichenden Konsequenzen bei der Formulierung der Nr. 4 der Vorschrift zum Ausdruck bringen müssen. Die Rechtswirksamkeit der Benutzungshandlung von wettbewerbsrechtlichen Kriterien abhängig zu machen, wäre auch - abgesehen von der Rechtsunsicherheit, die in das Zeichenrecht hineingetragen würde - insbesondere im patentamtlichen Widerspruchsverfahren nicht praktikabel. Nach § 5 Abs. 7 WZG hat der Widersprechende, wenn der Anmelder die Benutzung des Zeichens bestreitet, glaubhaft zu machen, daß er das Zeichen innerhalb der letzten fünf

Jahre vor der Bekanntmachung des angemeldeten Zeichens benutzt hat, wobei davon auszugehen ist, daß der Begriff der Benutzung in § 11 und § 5 WZG inhaltlich identisch ist. Da dem Patentamt nach der Systematik des Warenzeichengesetzes verwehrt ist, die Benutzung des Zeichens auch dahin zu überprüfen, ob sie wettbewerbsrechtlich einwandfrei erfolgt ist, liegt die Annahme fern, daß der Gesetzgeber die Rechtswirksamkeit der Benutzung hätte von solchen Kriterien abhängig machen wollen, die das Patentamt gar nicht prüfen kann. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß er bei der Benutzung - entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes und der hierfür gegebenen Amtlichen Begründung - allein auf die tatsächliche und ernsthafte Verwendung des Zeichens als Herkunftszeichen für die eingetragenen Waren abstellen wollte. Eine solche Regelung entspricht auch dem berechtigten Interesse der Wirtschaft und der übrigen Beteiligten an einer klaren und von Zufalls- und Unsicherheitsfaktoren möglichst wenig beeinflussten Warenzeichensituation. Sie gewährleistet, daß der Anmelder eines Zeichens sich häufig bereits im Widerspruchsverfahren endgültig ein klares Bild darüber verschaffen kann, ob das Widerspruchszeichen Bestand hat, so in allen Fällen, in denen der Widersprechende ein so umfangreiches Benutzungsmaterial vorlegt, daß an der ernsthaften Benutzung des Widerspruchszeichens kein Zweifel bestehen kann.

Da das Berufungsgericht dem Löschungsantrag somit nicht mit der Begründung stattgeben durfte, die Benutzung des Warenzeichens 764038 durch die Firma Aktivator sei wegen Verstoßes gegen § 3 UWG keine rechtswirksame Benutzungshandlung im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 4 WZG gewesen, kommt

es für die Entscheidung darauf an, ob die Beklagte ihre Zustimmung zu einer Benutzung des Zeichens durch die Firma Aktivator erteilt hat (§ 5 Abs. 7 S. 2 WZG). Dazu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen (BU S. 8 letzter Absatz). Das Revisionsgericht kann diese Feststellungen nicht von sich aus treffen. Es bedarf daher der Zurückverweisung.

III. Auf die Revision der Beklagten war daher das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Krüger-Nieland

Alff

Merkel

Schönberg

Schwerdtfeger