

! für das Nachschlagewerk!

Nicht für die Amtliche Sammlung!

----- 2534 017 6

Gesetz: UWG § 16 Abs. 1

Rechtssatz: Unabhängig von einer etwa noch fortbestehenden Verkehrsgeltung kann ein Zeitschriftentitel in der Regel dann keinen Schutz mehr genießen, wenn der Berechtigte seine Benutzung endgültig eingestellt hat. Indessen kommt es für die Beurteilung der Frage, ob im Zweifelsfalle aus dem Verhalten des Berechtigten auf seinen Willen zur endgültigen Aufgabe der Benutzung des Titels geschlossen werden darf, sehr wesentlich auch auf den Grad der Unterscheidungskraft an, den der Titel in dem in Betracht kommenden Zeitpunkt etwa noch besessen hat.

Aktenzeichen: I ZR 187/56

Urteil des BGH vom 11. Juli 1958 - Kammergericht.

6

I ZR 187/56

Verkündet
am 11. Juli 1958
Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

der Firma Erich Z [REDACTED] Druck- und Verlagshaus Kommandit-
gesellschaft, B [REDACTED], Z [REDACTED] Straße [REDACTED], persönlich
haftender Gesellschafter: Dr. Wolfgang S [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma V [REDACTED] I [REDACTED] P [REDACTED] GmbH., vertreten durch
ihren Geschäftsführer K [REDACTED], S [REDACTED], F [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 8. Juli 1958 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Prof.Dr.h.c.Wilde, Dr. Christoph,
Dr. Weiss, Dr. Spreng und Dr. Löscher

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil
des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom
2. Oktober 1956 aufgehoben. Die Sache wird zur an-
derweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über
die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

6

- 2 -

Tatbestand:

Der Verlag Dr. S. [REDACTED]-E. [REDACTED] AG in B. [REDACTED] gab seit dem Jahre 1925 die Wochenzeitschrift "Deutsche Illustrierte" heraus. Die Aktiengesellschaft wurde im September 1936 in die Einzelfirma "Erich Z. [REDACTED], Druck- und Verlagshaus" umgewandelt. Außer der "Deutschen Illustrierten" erschienen in diesem Verlag noch die "Deutsche Radio-Illustrierte", "Deutsche Familien-Illustrierte", "Elegante Welt", "Wahre Geschichten", "Lustige Blätter" und "Das Magazin".

Die "Deutsche Illustrierte", die für 0,10 RM verkauft wurde, hatte um die Jahre 1938/39 eine Auflage von wöchentlich über 1 Million Stück. Am 1. September 1944 erfolgte auf Anordnung der Reichspressekammer im Zuge der Kriegemaßnahmen die Einstellung der Herstellung und des Vertriebs der "Deutschen Illustrierten". Der Verlag Erich Z. [REDACTED], dessen Inhaber nach dem Zusammenbruch 1945 in einem Konzentrationslager verstarb, befand sich vom Jahre 1945 bis zum 17. Mai 1949 unter Vermögenskontrolle gemäß Gesetz Nr. 52. Die geschiedene Ehefrau Maria Z. [REDACTED] meldete am 23. September 1949 zu den Handelsregisterakten "Erich Z. [REDACTED] Druck- und Verlagshaus" die Kommanditgesellschaft "Erich Z. [REDACTED] Druck- und Verlagshaus Kommanditgesellschaft" zur Eintragung an. Die Gesellschaft, deren persönlich haftende Gesellschafterin Maria Z. [REDACTED] war, hatte ihre Tätigkeit am 1. Juni 1949 aufgenommen. Das Unternehmen wurde mit den nach der Zerstörung des Verwaltungsgebäudes und Demontage der Maschinen noch übriggebliebenen Maschinen als reiner Druckereibetrieb geführt. Anfang 1950 stellte die Kommanditgesellschaft bei der amerikanischen Militärregierung einen Antrag auf Erteilung einer Verlagslizenz. Unter den vorgesehenen Verlagsobjekten befand sich die "Deutsche Illustrierte".

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Der Lizenzantrag wurde indessen am 23. Mai 1950 abgelehnt. Am 8. Mai 1952 stellte die Kommandit-Gesellschaft Antrag auf Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens. Durch Beschluß des Landgerichts vom 28. Oktober 1952 wurde das Vergleichsverfahren eröffnet. Da der Vergleichsvorschlag nicht die zur Annahme erforderliche Gläubigermehrheit fand, wurde durch Beschluß des Amtsgerichts Charlottenburg vom 5. Januar 1953 das Anschlußkonkursverfahren eröffnet.

Die am 1. Juni 1954 gegründete Klägerin ist eine Kommanditgesellschaft, deren persönlich haftender Gesellschafter der Assistenzarzt Dr. Wolfgang Sch[REDACTED] mit einer Bareinlage von 40 000 DM, ^{und deren} Kommanditistin seine Schwester Ilse Sch[REDACTED] mit einer Einlage von 10 000 DM sind. Der Z[REDACTED]-Verlag E. Sch[REDACTED] & Co ist an ihr, wie der Vertrag vom 22. Mai 1954 ausweist, mit einer Einlage von 50 000 DM als stiller Gesellschafter beteiligt. Nach dem Vertrage sind die Geschwister Sch[REDACTED] berechtigt, ihre Einlagepflicht aus diesem Betrage zu erfüllen. Die Klägerin macht geltend, sie habe durch Verträge vom 4. Juni 1954 Firma und Restaktiven der Gemeinschaftschuldnerin unter Ausschluß der Verbindlichkeiten erworben.

Die Beklagte gab seit dem Jahre 1946 eine illustrierte Wochenzeitschrift unter dem Titel "Schwäbische Illustrierte" zu einem Verkaufspreis von 0,50 DM heraus. Von dem Heft Nr. 8 des Jahrgangs 1952 ab, das am 21. Februar 1952 erschien, ließ die Beklagte ihre Zeitschrift mit dem Untertitel "Die Deutsche Illustrierte" erscheinen. Mit dem Heft Nr. 30 des Jahrgangs 1952, das am 26. Juli 1952 ausgegeben wurde, lautete der Titel nur noch "Deutsche Illustrierte". Am 29. März 1952 meldete die Beklagte das Wortzeichen "Deutsche Illustrierte" bei dem Deutschen Patentamt an, am 19. Juli 1952 wurde ein Bildzeichen "Deutsche Illustrierte" angemeldet.

Die Eintragung der angemeldeten Zeichen in die Zeichenrolle fand am 17. März 1954 unter den Nr. 655.077 und 655.078 statt.

Am 15. Dezember 1952 schrieb die Firma Erich Z. Kommanditgesellschaft an die Beklagte, ihr sei durch Zufall die von der Beklagten verlegte Zeitschrift "Deutsche Illustrierte" in die Hände gefallen. Da der Titel ein Verlagsobjekt der Erich Z. KG sei, bitte sie die Beklagte um unverzügliche Mitteilung, von wem sie den Titel erworben habe. Die Beklagte erwiderte am 30. Dezember 1952, ihr sei zwar bekannt, daß die Anfragende früher eine "Deutsche Illustrierte" verlegt habe. Es sei ihr indessen völlig neu, daß diese Zeitschrift erneut herausgebracht werden solle. Für den Fall, daß die Zeitschrift unter dem Titel "Deutsche Illustrierte" wieder erscheinen solle, müsse sie eine einstweilige Verfügung auf Unterlassung des Gebrauchs des Titels erwirken. Im Mai 1953 trat der Konkursverwalter N. der Z. KG an die Beklagte heran und versuchte, sich mit ihr wegen der Titelbenutzung zu einigen. Auf ein Schreiben des Konkursverwalters vom 2. September 1953 erwiderte für die Beklagte Rechtsanwalt Dr. K. am 22. September 1953, er lehne es ab, die Beklagte zu einer Zahlung an die Konkursmasse zu veranlassen. Der Konkursverwalter antwortete mit Schreiben vom 6. November 1953, daß er sich der Auffassung der Beklagten nicht anschließen könne, sich nachdrücklich gegen eine weitere Titelbenutzung verwahre und sich alle Rechte vorbehalte.

Die Klägerin vertritt die Auffassung, die von ihr vertraglich erworbenen Rechte an dem Titel "Deutsche Illustrierte" seien von ihrer Rechtsvorgängerin nur vorübergehend nicht ausgeübt worden. Diese habe niemals die Absicht aufgegeben, die Wochenzeitschrift mit dem früheren Titel wieder erscheinen zu lassen. Trotz ständiger Bemühungen seien erst seit Ende 1954 die Voraussetzungen für eine Neuherausgabe gegeben gewesen. Das einzige Hindernis liege nunmehr in der unbefugten Titelbenutzung durch die Beklagte.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zur Unterlassung der Benutzung des Titels "Deutsche Illustrierte" und zur Auskunfterteilung, ferner zur Einwilligung in die Löschung der für die Beklagte in die Warenzeichenrolle eingetragenen Warenzeichen 655 077 und 655 078 zu verurteilen, sowie schließlich festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen Schaden zu ersetzen, der dieser durch die Benutzung des Titels "Deutsche Illustrierte" entstanden ist und noch entstehen wird.

Die Beklagte hat um Klageabweisung gebeten. Sie vertritt die Auffassung, daß die Rechte der Klägerin durch Nichtgebrauch des streitigen Titels erloschen seien. Auch beruft sie sich darauf, daß ihr gegenüber etwaige Rechte an dem Titel verwirkt seien, denn sie habe nach den gesamten Umständen der Überzeugung sein dürfen, daß die frühere "Deutsche Illustrierte" nicht wieder erscheinen werde.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, daß die Klägerin ihre Rechte verwirkt habe. Die Berufung ist zurückgewiesen worden. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht läßt es dahingestellt, ob die Rechte an dem Titel "Deutsche Illustrierte" auf Grund der Verträge vom 22. Mai und 4. Juni 1954 rechtswirksam auf die Klägerin übergegangen seien oder ob die Verträge, wie die Beklagte geltend gemacht hat, im Hinblick auf § 6 KO, §§ 134, 138 BGB nichtig seien. In jedem Falle, so führt das Berufungsgericht aus, stehe der Klägerin nach den genannten Verträgen die Befugnis zu, die im Streit befangenen Ansprüche

im eigenen Namen (Prozeßstandschaft) geltend zu machen. Die Annahme einer Prozeßstandschaft rechtfertige sich aus der Umdeutung des Vertragswillens gemäß § 140 BGB und stehe weder mit dem Schutzgedanken der Konkursordnung, noch mit dem Sinn und Zweck der §§ 134, 138 BGB in Widerspruch. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Klägerin habe durch die vertraglichen Abreden in rechtswirksamer Weise jedenfalls die Befugnis eingeräumt werden sollen, die Benutzung des streitigen Titels durch die Beklagte zu verhindern, ist möglich und beruht auf vernünftigen Erwägungen tatsächlicher Art. Diese Befugnis setzt allerdings ein eigenes rechtsschutzwürdiges Interesse der Klägerin voraus. Die Annahme des Berufungsgerichts, dieses Interesse folge bereits aus der Tatsache, daß die Klägerin in Erfüllung der vertraglichen Abreden eigene Aufwendungen gemacht, insbesondere 40 000 DM an den Konkursverwalter gezahlt habe, reicht zwar, wie der Beklagten zuzugeben ist, allein noch nicht aus, um den vom Berufungsgericht eingenommenen Standpunkt zu rechtfertigen. Denn die Beklagte hat geltend gemacht, daß die Klägerin nur eine Prozeßchance im Interesse des Z-Verlages gekauft und den Betrag nur zu dem Zweck gezahlt habe, ihre Rechtsstellung für den vorliegenden Rechtsstreit zu begründen. Wäre dies der Fall, so könnte sich die Klägerin allerdings nicht auf die Hingabe dieses Geldes berufen. Eine nur im Hinblick auf den behaupteten Zweck geleistete Zahlung würde kein Interesse der Klägerin an der Rechtsverfolgung im eigenen Namen begründen können, das als rechtsschutzwürdig anzuerkennen wäre. Der privatschriftliche Vertrag vom 4. Juni 1954 (§ 2) ergibt indessen, daß im Falle eines erfolgreichen Ausgangs dieses Rechtsstreits der Klägerin auch 45 % von einer etwaigen Entschädigung oder eines sonstigen Vorteils zufließen sollen. Das Interesse, das aus dieser Abrede für die Klägerin folgt, kann die Beklagte nicht mit Erfolg durch

den Hinweis bestreiten, dieser Vertrag sei wegen Verstoßes gegen §§ 134, 138 BGB nichtig. Selbst wenn dies zuträfe, so ist doch nichts dafür dargetan, daß auch die Vertragsgegnerin der Klägerin, die frühere Z [REDACTED] KG, also die Gemeinschuldnerin, sich den Rechtsstandpunkt der Beklagten zu eigen gemacht hat, d.h. daß die Klägerin in Wirklichkeit keine Aussicht hätte, die versprochenen Beträge bei einem erfolgreichen Prozeßausgang zu erhalten. Das Berufungsgericht hat mithin zu Recht das erforderliche eigene Interesse der Klägerin an der Unterlassungsklage als gegeben angesehen.

Andererseits ist der Feststellungsantrag auf Ersatz desjenigen Schadens gerichtet, der der Klägerin entstanden ist oder noch entstehen wird. Für die vom Berufungsgericht unterstellte Rechtslage könnte indessen nur ein Antrag auf Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten hinsichtlich der Gemeinschuldnerin in Betracht kommen. Das hat das Berufungsgericht unberücksichtigt gelassen. Sollte es sich bei der Fassung des Feststellungsantrages nicht etwa nur um eine Ungenauigkeit handeln, die sich daraus erklären könnte, daß in der Klageschrift die Klägerin noch als mit der Gemeinschuldnerin identisch behandelt worden ist, wäre dann die Prüfung erforderlich, ob die Verträge, auf die die Klägerin ihre Rechtsstellung in diesem Rechtsstreit gründet, rechtswirksam sind oder nicht.

II. 1) In der Sache selbst hat das Berufungsgericht die Klageansprüche aus mehrfachen Gründen nicht als gerechtfertigt angesehen. In erster Linie hat es den Standpunkt vertreten, die "Deutsche Illustrierte" genieße keinen Schutz, weil die Verkehrsgeltung des Titels im Zeitpunkt des Abschlusses der Verträge zwischen der Klägerin und der Z [REDACTED] KG bereits erloschen gewesen sei. Die Begründung für diese Auffassung des Berufungsgerichts hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Berufungsgericht hat zum Ausgang seiner Prüfung die Frage gemacht, ob die Gemeinschuldnerin, also die frühere Z. KG, Schutzrechte im Sinne des § 16 Abs. 3 UWG an ihrem früheren Zeitschriftentitel "Deutsche Illustrierte" geltend machen könne. Diese Auffassung ist rechtlich fehlerhaft. Soweit die Klage auf Wettbewerbsrecht gestützt ist, ist Klagegrundlage nicht § 16 Abs. 3 UWG, sondern die Vorschrift des § 16 Abs. 1 UWG. Nach dieser Bestimmung ist neben dem Namen der Firma auch die "besondere Bezeichnung" einer Druckschrift gegen eine Benutzung geschützt, die geeignet ist, Verwechslungen herbeizuführen. Auch der Titel einer Zeitschrift ist eine besondere Bezeichnung im Sinne dieser Bestimmung, wenn er bestimmt oder geeignet ist, die Zeitschrift von anderen Zeitschriften zu unterscheiden (RGZ 104, 88 ff), also eine Namensfunktion in dem Sinne ausübt, daß der Verkehr in der Bezeichnung den Namen oder die Benennung der fraglichen Zeitschrift erblickt (BGHZ 26, 52, 61 - Sherlock Holmes). Die Kennzeichnungsmittel im Sinne des § 16 Abs. 3 UWG ergeben hingegen keinen Namenshinweis, sondern stellen lediglich neben dem Namen, der Firma oder der "besonderen Bezeichnung" ein zusätzliches Unterscheidungsmerkmal dar. Sie genießen demzufolge nur dann Schutz, wenn sie innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichnung des Erwerbsgeschäftes dienen (BGHZ 8, 387, 389 - Fernsprechnummer). Allerdings hat auch der Schutz der "besonderen Bezeichnung" im Sinne der Vorschrift des § 16 Abs. 1 UWG zur Voraussetzung, daß diese von Natur aus unterscheidungskräftig ist. Daher kann Zeitschriftentiteln, denen eine ursprüngliche Unterscheidungskraft mangelt, ein Schutz nach dieser Vorschrift nur dann zugebilligt werden, wenn ein nicht unbeträchtlicher Kreis des Verkehrs in ihnen den Hinweis auf eine bestimmte Zeitschrift erblickt (vgl. BGHZ 4, 167, 169 - DUZ). Da das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum annimmt, daß sich der Titel

"Deutsche Illustrierte" lediglich aus nicht kennzeichnenden Gattungsbegriffen zusammengesetzt, ist er auch auf Grund des § 16 Abs. 1 UWG nur dann geschützt, wenn ihm nach der Auffassung eines nicht unbeträchtlichen Teils der beteiligten Verkehrskreise eine genügend individualisierende Unterscheidungskraft zukommt.

2) Das Berufungsgericht hat als wesentlich für den Titelschutz die Frage angesehen, ob die Z. [REDACTED] KG noch im Zeitpunkt des Abschlusses der Verträge, d. h. im Sommer 1954, als Herausgeberin der alten "Deutschen Illustrierten" bekannt gewesen sei und die beteiligten Verkehrskreise daher aus dem Titel noch auf die Firma Z. [REDACTED] KG als Herausgeberin hätten schließen müssen. Hierbei verkennt das Berufungsgericht einmal, daß selbst im Falle des § 16 Abs. 3 UWG die beteiligten Verkehrskreise keineswegs den Namen des Unternehmers zu kennen brauchen, auf die das Kennzeichnungsmittel hinweist. Es würde vielmehr ausreichen, daß der Verkehr der Annahme wäre, die Waren stammten aus derselben, wenngleich ihm nicht näher bekannten Quelle (RGZ 120, 402, 407; GRUR 1931, 529, 530). Die Bestimmung des § 16 Abs. 1 UWG fordert aber darüber hinaus für den Titelschutz - im Gegensatz zu der besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts - überhaupt nicht, daß mit ihm ein Hinweis auf den Herausgeber des Werkes verbunden ist (BGHZ 26, 52, 61 - Sherlock Holmes). Für den Schutz eines Zeitschriftentitels kommt es nur darauf an, daß der verwendete Titel seine Aufgabe, die Zeitschrift von anderen Zeitschriften zu unterscheiden, in den Augen des Verkehrs erfüllt.

Das "Berufungsgericht hätte sich aber des weiteren nicht auf die Prüfung beschränken dürfen, ob die Verkehrsgeltung "noch im Zeitpunkt des Abschlusses der Verträge" bestanden

6

hat. In Übereinstimmung mit dem zwischen den Parteien unstrittigen Sachverhalt hat das Berufungsgericht angenommen, daß der Titel "Deutsche Illustrierte" bis zur Einstellung der Zeitschrift durch den Präsidenten der Reichspressekammer am 1. September 1944 Verkehrsgeltung genossen hat. Ist dies der Fall, so brauchte eine nur vorübergehende Benutzung des Titels seine Verkehrsgeltung nicht notwendig aufzuheben. Der Senat hat im Anschluß an die fast einhellig in Schrifttum und Rechtsprechung vertretene Ansicht für den Fall der abgekürzten Firma einer Buchgemeinschaft bereits ausgesprochen, daß der Fortbestand der Verkehrsgeltung von Firmennamen oder eines Unternehmenskennzeichens in der Regel für die Jahre der Nachkriegszeit zu vermuten sein wird und daß umso strengere Anforderungen an den vom Verletzer zu führenden Gegenbeweis zu stellen sind, je höher der Grad der Verkehrsdurchsetzung in dem Zeitraum vor 1945 gewesen ist. Dieser Standpunkt rechtfertigt sich aus der Erwägung, daß der Verkehr die durch den Zusammenbruch des gesamten politischen und wirtschaftlichen Lebens sowie die Maßnahmen der Militärregierung bedingte besondere Lage zu würdigen pflegte und damit rechnete, daß die Maßnahmen nur vorübergehender Natur waren (BGHZ 21, 66, 76 - Hausbücherei). Ob der Verkehr die Nichtbenutzung einer geschäftlichen Bezeichnung nur als vorübergehend ansah, richtet sich nach einem objektiven Maßstab. Persönliche Verhältnisse des Inhabers des Unternehmens können für die Beurteilung nur herangezogen werden, soweit sie dem Verkehr bekannt gewesen sind. Für die Frage des Fortbestandes der Verkehrsgeltung eines nicht mehr benutzten Titels müssen diese Grundsätze entsprechend gelten.

Von diesem Ausgangspunkt aus hätte das Berufungsgericht, nachdem es festgestellt hatte, daß der Titel "Deutsche Illustrierte" noch im Jahre 1944 Verkehrsgeltung besaß, prüfen müssen, ob diese Verkehrsgeltung im Sinne einer individualisierenden Unterscheidungskraft auch noch in dem Zeitpunkt be-

standen hat, als die Beklagte erstmalig ihre Zeitschrift mit dem streitigen Titel hat erscheinen lassen. Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten Sachverhalt ist die Zeitschrift der Beklagten zunächst mit dem Untertitel "Die Deutsche Illustrierte" im Heft Nr. 8 vom 21. Februar 1952 erschienen. Seit dem am 26. Juli 1952 ausgegebenen Heft Nr. 30 führte sie nur noch den Titel "Deutsche Illustrierte". Das erste Halbjahr 1952 war also für die Prioritätsprüfung maßgebend. Würde die Verkehrsgeltung des Titels bereits im Jahre 1952 nicht mehr bestanden haben, so wäre es auf die Verhältnisse im Jahre 1954, als die vom Berufungsgericht als maßgebend angesehenen Verträge abgeschlossen wurden, schon deswegen nicht angekommen, weil der für den Titelschutz notwendige Zeitvorrang der Klägerin dann nicht mehr zugestanden hätte. Würde sich andererseits ergeben haben, daß der Titel "Deutsche Illustrierte" im Frühjahr oder Sommer 1952 noch eine ausreichende Unterscheidungskraft besessen hat, so genügt für einen späteren Zeitpunkt nicht schlechthin die Feststellung, daß die Verkehrsgeltung des Titels nunmehr verloren gegangen sei. Es hätte vielmehr der Prüfung bedurft, ob dieser Verlust etwa auf Grund der von der Beklagten betriebenen Werbung mit dem gleichen Titel eingetreten ist. Denn es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats, daß sich niemand auf die Schmälerung oder Auslöschung der Verkehrsgeltung einer Bezeichnung berufen darf, die durch die widerrechtliche Benutzung seitens des Verletzers bewirkt worden ist (BGH GRUR 1957, 428, 430 - Bücherdienst). Ob ein solcher Sachverhalt im Streitfall gegeben ist, hat das Berufungsgericht bisher nicht untersucht. Würde schließlich der Titel eine ausreichende Unterscheidungskraft noch im Jahre 1954 besessen haben, so wäre eine Prüfung in Betracht gekommen, ob die Verkehrsgeltung ohne Zutun der Beklagten jedenfalls zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht zum Erlöschen gekommen ist.

6

Kann hiernach die Begründung des angefochtenen Urteils, soweit sie auf eine mangelnde Verkehrsgeltung des Titels gestützt ist, schon aus den genannten Gründen die Entscheidung nicht tragen, so bedarf es eines Eingehens auf die weiteren, vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang angestellten Erwägungen und die gegen sie von der Revision gerichteten Angriffe im einzelnen nicht mehr. Es mag indessen noch auf folgendes hingewiesen werden:

a) Das Berufungsgericht konnte den Verlust der Verkehrsgeltung auch nicht im Hinblick auf die Äußerungen des V [REDACTED] L [REDACTED] e.V. vom 5. September 1952, des M [REDACTED] e.V. vom 8. Oktober 1952, des V [REDACTED] G [REDACTED] Deutschlands e.V. vom 6. September 1952, des Verbandes [REDACTED], Z [REDACTED] [REDACTED] e.V. vom 6. September 1952, des Verbandes [REDACTED] e.V. vom 5. September 1952, des S [REDACTED] [REDACTED] e.V. vom 22. September 1952, des Verbandes [REDACTED] Z [REDACTED] e.V. vom 3. September 1952 (GA Band 1 Bl. 20 ff) mit der Begründung folgern, durch diese Auskünfte sei dem Patentamt gegenüber bereits nachgewiesen, daß die Beklagte für ihren Zeitschriftentitel "Deutsche Illustrierte" Verkehrsgeltung besitze. Selbst wenn dies bereits zur Zeit der erteilten Bescheinigungen der Fall gewesen ist, hätte geprüft werden müssen, ob sich diese Verkehrsgeltung etwa aus einer noch fortbestehenden Kennzeichnungskraft des früheren Titels der Gemeinschuldnerin erklären ließe. Diese Prüfung hätte umso näher gelegen, als die genannten Bescheinigungen der Beklagten eine Verkehrsgeltung für ihren Zeitschriftentitel bereits zu einem Zeitpunkt bestätigen, zu dem die Beklagte diesen Titel erst wenige Monate vorher als Untertitel und nur wenige Wochen vorher als Haupttitel verwendet hatte. Im üb-

rigen war die inhaltliche Richtigkeit dieser Bescheinigungen von der Klägerin auch bestritten. Sie hatte gerügt, daß es sich bei ihnen nur um Gefälligkeitsbescheinigungen gehandelt habe. Zu diesen Einwänden hat das Berufungsgericht keine Stellung genommen. Auch die Erwägung des Berufungsgerichts, die Annahme einer Verkehrsgeltung des alten Titels "Deutsche Illustrierte" würde in Widerspruch zu der nicht bestrittenen Behauptung der Beklagten stehen, auf Anfrage des Deutschen Patentamts zur Feststellung der Verkehrsgeltung der Bezeichnung "Deutsche Illustrierte" im Februar und April 1953 sei von über 40 oder 50 Industrie- und Handelskammern als Herkunftsstätte der Zeitschrift der Verlag der Beklagten genannt worden, und nur in etwa einem Dutzend von Handelskammerbezirken sei noch eine Erinnerung an die früher in Berlin herausgegebene "Deutsche Illustrierte" vorhanden gewesen, ist bereits im Hinblick auf den Zeitpunkt der genannten Anfragen ohne rechtserhebliche Bedeutung. Hat die Beklagte den streitigen Titel im ersten Halbjahr 1952 unter Verletzung der Titelrechte der Firma Z [REDACTED] KG in Bezug genommen, so kann eine etwa 1953 ihrem neuen Titel erwachsene Verkehrsgeltung nicht einmal als Beweisanzeichen dafür gelten können, daß 1952 die Unterscheidungskraft des alten Titels bereits verlorengegangen sei. Es liegt auf der Hand, daß ein nicht benutzter Titel durch die umfängliche Benutzung seitens eines anderen sehr leicht diesem anderen zugerechnet werden kann, ohne daß daraus etwas Entscheidendes für die Berechtigung der Titelführung des anderen zu folgern ist. Überdies waren die den Auskünften zugrunde liegenden Anfragen des Patentamts nicht dahin gegangen, ob die Verkehrsgeltung des von der früheren Z [REDACTED] KG benutzten Titels noch fortwirke, sondern allein dahin, ob sich die Beklagte mit dem von ihr verwendeten Titel im Verkehr durchgesetzt habe. Die Bejahung dieser letztgenannten Frage brauchte aber die Fortwirkung der Verkehrsgeltung des alten Titels nicht ohne weiteres auszuschließen.

b) Rechtlich bedenklich erscheint auch die Erwägung des Berufungsgerichts (BU S. 23 und 24), daß die Verkehrsgeltung des Titels "Deutsche Illustrierte" wegen des Lizenzzwanges der in Berlin noch bis zum Jahre 1954/55 bestanden hat, jedenfalls im Jahre 1954 endgültig erloschen gewesen sei. Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, die frühere Z [REDACTED] KG hätte nach dem 21. September 1949 ohne weitere rechtliche Schwierigkeiten die "Deutsche Illustrierte" in der Bundesrepublik erscheinen lassen können. Die Herausgabe einer Berliner Zeitschrift in der Bundesrepublik sei ohne Lizenz möglich gewesen. Sie habe auch nicht von der amerikanischen Militärregierung als eine Umgehung angesehen werden können. Diesen Weg habe die Rechtsvorgängerin der Klägerin im Falle der "Eleganten Welt" - durch Gründung der "Maria Z [REDACTED] Verlagsgesellschaft mit beschränkter Haftung" in Stuttgart - gewählt, ohne daß ihr dadurch Schwierigkeiten entstanden seien. Die beteiligten Verkehrskreise, die die Ausweichmöglichkeit eines Berliner Verlages gekannt hätten, seien über das Vorgehen der Z [REDACTED] KG im Falle der "Eleganten Welt" unterrichtet gewesen, da alle solche Vorgänge durch die Nachrichten in den Verleger- und Buchhändlerverbandsorganen sehr schnell bekannt würden. Sie hätte daher schon aus diesem Verhalten der Z [REDACTED] KG, die einer etwaigen gegenteiligen Absicht jemals Ausdruck verliehen habe, schließen müssen, daß mit einem Wiedererscheinen der "Deutschen Illustrierten" nicht zu rechnen sei.

Es mag dahinstehen, ob die Zander KG eine Verlagerung ihrer Zeitschrift nach der Bundesrepublik möglich und unter den gegebenen Umständen zumutbar gewesen ist. Denn selbst wenn man dieser Annahme folgen wollte, so rechtfertigt sie unter Berücksichtigung des Lizenzzwanges, der in Berlin bis zum Jahre 1954/55 fortbestanden hat, noch nicht ohne

weiteres den Schluß, die Wettbewerber hätten aus dem Verhalten der Z [REDACTED] KG entnehmen müssen, die frühere Zeitschrift sei endgültig eingegangen. Mit Recht hat die Revision darauf hingewiesen, daß Presseerzeugnisse in erhöhtem Maße ortsgebunden seien und daß es nur eine Frage der Zeit gewesen sei, wann die Rechtsangleichung Berlins an die Presseverhältnisse im Bundesgebiet erfolgen werde. Nach der Lebenserfahrung begegnet daher die Annahme Bedenken, daß Berliner Verlagsunternehmen in den Augen des Verkehrs die Titel ihrer Verlagserzeugnisse bereits eingebüßt hätten, wenn sie sich wegen der Fortdauer des Lizenzzwanges in Berlin nicht auf einem geeigneten Wege nach der Bundesrepublik verlagert haben. Auch der Hinweis des Berufungsgerichts, daß die frühere Z [REDACTED] KG - auf dem Umweg über die Gründung eines neuen Verlages - im Falle der "Eleganten Welt" den Weg der Herausgabe einer Zeitschrift in der Bundesrepublik tatsächlich gegangen sei, vermag die gegenteilige Auffassung nicht zu begründen. Das Berufungsgericht hätte, wie die Revision zu Recht beanstandet, berücksichtigen müssen, daß die Herausgabe selbst dieser völlig unpolitischen Zeitschrift nur über eine Neugründung im Bundesgebiet erfolgt war und daß sich die Verlagerung - nach dem Vortrag der Klägerin - im Ergebnis als unwirtschaftlich und nicht möglich erwiesen hatte.

III. Das Berufungsgericht hat hilfsweise die Auffassung vertreten, die Klägerin könne mit ihren Ansprüchen auch deswegen nicht durchdringen, weil die frühere Z [REDACTED] KG im Zeitpunkt der Aufnahme des Titels durch die Beklagte ernsthaft nicht mehr die Absicht gehabt habe, den seit 1944 unbenutzten Titel fortzuführen und für eine Wiederverbenutzung auch keine Möglichkeit mehr bestanden habe (BU S. 25).

Diese Erwägungen des Berufungsgerichts gehen von der rechtlich zutreffenden Auffassung aus, daß unabhängig von einer noch fortbestehenden Verkehrsgeltung kein Titel mehr Schutz genießen kann, wenn der Berechtigte seine Benutzung endgültig eingestellt hat. Sie haben also mit der Frage, ob dem Titel noch eine ausreichende Unterscheidungskraft in den Augen der beteiligten Verkehrskreise zukommt, unmittelbar nichts zu tun. Ebenso wie Firmennamen oder "besondere Bezeichnungen" im Sinne des § 16 Abs. 1 UWG nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur dann Schutz genießen, wenn sie mit einem bestehenden lebenden Unternehmen verbunden sind (BGHZ 21, 66, 69 und die dort angeführte Rechtsprechung), muß selbst ein bereits von Natur aus unterscheidungskräftiger Zeitschriftentitel mit einer Zeitschrift verknüpft sein, die noch besteht oder mit deren Wiedererscheinen nach Lage des Falles vom Verkehr gerechnet werden muß. Wäre der Vertrieb der Zeitschrift "Deutsche Illustrierte" daher von der Rechtsvorgängerin der Klägerin freiwillig und endgültig eingestellt worden, so würde unter den gegebenen Umständen des Streitfalls kein Grund ersichtlich sein, der ein Fortbestehen des Schutzes für den Titel rechtfertigen könnte. Die Frage der Verkehrsgeltung des Titels würde in diesem Zusammenhang gleichwohl insoweit von Bedeutung sein, als alle vom Berufungsgericht erörterten Umstände, die nach seiner Auffassung für die Aufgabe des Titels durch die Rechtsvorgängerin der Klägerin sprechen, in einem wesentlich anderen Lichte erscheinen könnten, wenn der alte Titel "Deutsche Illustrierte" noch im Jahre 1952 Unterscheidungskraft besessen hat. Denn in diesem Falle würde je nach Stärke des damals noch vorhandenen Unterscheidungskraft die Wahrscheinlichkeit, die frühere Z KG habe auf einen etwaigen wertvollen Titel verzichtet, wesentlich geringer sein, als wenn dieser in der genannten Zeit bereits weitgehend in Vergessenheit ge-

raten wäre. Da das Berufungsgericht, wie erörtert, insoweit keine Feststellungen getroffen hat, ist bereits aus diesem Grunde die Würdigung rechtlich zu beanstanden, die das Berufungsgericht den von ihm für wesentlich gehaltenen Umständen hat zuteil werden lassen.

Im Hinblick auf die erforderliche erneute Prüfung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht erscheint es indessen zweckmäßig, auch auf die nachfolgenden rechtlichen Bedenken hinzuweisen, zu denen die Begründung des Berufungsgerichts in dem erörterten Zusammenhang Veranlassung gibt.

a) Das Berufungsgericht hat auf die finanziellen Schwierigkeiten der Z. KG, insbesondere das Vergleichs- und anschließende Konkursverfahren verwiesen und daraus hergeleitet, daß die Absicht, die "Deutsche Illustrierte" wieder erscheinen zu lassen, spätestens zur Zeit der Konkursöffnung von der Rechtsvorgängerin der Klägerin aufgegeben worden sei. Der Maßstab, den das Berufungsgericht insoweit an die Voraussetzungen gelegt hat, von denen der Fortbestand der Schutzrechte an einem zeitweise nicht verwendeten Titel abhängig sind, ist indessen zu streng. Mit der Erwägung, daß die Z. KG mit der Eröffnung des Konkursverfahrens aus einem werbenden "aktiven" Unternehmen eine zur Verwertung stehende "passive" Gesellschaft geworden sei und daher das vom Konkursverwalter zu verfolgende Ziel nur auf die Verwertung der Rechte, nicht aber auf die einer Wiederbelebung der Zeitschrift habe gerichtet sein können (BU S. 28), läßt sich der Standpunkt des Berufungsgerichts selbst dann nicht rechtfertigen, wenn die Unterscheidungskraft des Titels zu dieser Zeit bereits eine Einbuße erlitten haben sollte. Träfe die Auffassung in dieser Allgemeinheit zu, so müßte jedes Unternehmen, das in Konkurs gerät, damit bereits seine

etwaigen Titelrechte verlieren. Auch die vom Berufungsgericht hervorgehobene Bewertung dieser Rechte in der Bilanz des Konkursverwalters mit 0 DM und ihrer Nichterwähnung in seinen Berichten können ihre natürliche Erklärung in der Tatsache finden, daß der Konkursverwalter zunächst keine Geldgeber gefunden hatte, die die auch nach Auffassung des Berufungsgerichts für die Verwertung erforderlichen erheblichen Mittel aufzubringen bereit gewesen wäre. Solange dies nicht der Fall war, lag es jedenfalls nahe, die Titelrechte nicht zu bewerten, zumal da ihre Veräußerung nur zusammen mit dem Unternehmen erfolgen konnte und hierfür die vom Berufungsgericht nicht festgestellte Zustimmung der Gemeinschuldnerin erforderlich gewesen wäre. Ebenso läßt der Hinweis des Berufungsgerichts auf die vom Konkursverwalter abgegebene Erklärung: "Das Geschäft ist und bleibt geschlossen" die naheliegende Überlegung vermissen, daß er diese Erklärung nur auf den damals noch arbeitenden Druckereibetrieb der Gemeinschuldnerin, nicht aber auf eine etwaige Verwertung der Titelrechte in der Zukunft bezogen haben könnte. Nach den eigenen Feststellungen des Berufungsgerichts hat sich der Konkursverwalter bereits im Mai 1953, also wenige Monate nach Konkurseröffnung, mit der Beklagten wegen der Titelbenutzung in Verbindung gesetzt. Hiermit scheint die Auffassung des Berufungsgerichts, der Konkursverwalter habe die "Titel-einstellung" als endgültige Tatsache hingenommen und sich entsprechend verhalten (BU S. 30), nicht vereinbar.

b) Auch soweit das Berufungsgericht die fehlende Marktüberwachung durch die frühere Z. KG als Beweis dafür angesehen hat, daß der Kommanditgesellschaft eine ernsthafte Absicht an der Wiederherausgabe ihrer Zeitschrift gefehlt habe, ist die Würdigung des Sachverhalts bisher nicht erschöpfend. Die Revision weist nicht mit Unrecht darauf hin, daß sich die Rechtsvorgängerin der Klägerin

jedenfalls bereits seit Mai 1952 im Vergleichsverfahren befunden hat und es daher auch für die beteiligten Kreise, denen nach den Feststellungen des Berufungsgerichts diese wirtschaftlichen Schwierigkeiten nicht verborgen geblieben sind, verständlich erscheinen konnte, wenn sie nicht ihre ganze Aufmerksamkeit auf die Verletzung ihrer etwa noch bestehenden Titelrechte gerichtet hat.

Das Berufungsgericht hat seine Auffassung, die Titelrechte der Rechtsvorgängerin der Klägerin hätten zur Zeit des Vertragsabschlusses im Juni 1954 auch deshalb nicht bestanden, weil die frühere Z [REDACTED] KG seit der Eröffnung des Vergleichsverfahrens und des Anschlußkonkurses nicht mehr in der Lage gewesen sei, sie zu verwerten, im wesentlichen mit denselben Erwägungen begründet, die es für die von ihm angenommene Aufgabe dieser Rechte durch die Z [REDACTED] KG oder den Konkursverwalter herangezogen hat. Eines Eingehens auf diese Ausführungen und die gegen sie gerichteten Angriffe der Revision bedarf es im Hinblick auf die erörterten Bedenken nicht mehr.

IV. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Beklagte den bereits oben erörterten Gesichtspunkt in den Vordergrund gestellt, die Klägerin könnte deswegen keine Ansprüche gegen die Beklagte erheben, weil das die Rechtsstellung der Klägerin begründende Vertragswerk vom Juni 1954 wegen Verstoßes gegen zwingende Bestimmungen der Konkursordnung und die Vorschriften der §§ 134, 138 BGB nichtig sei. Auf diesen Vortrag kommt es für die Frage eines etwaigen Fortbestandes der Titelrechte der Rechtsvorgängerin der Klägerin indessen nicht an. Der Inhalt dieser Verträge könnte in dem erörterten Zusammenhang nur dann von rechtserheblicher Bedeutung sein, wenn sich aus ihm Anzeichen dafür herleiten ließen, daß die Klägerin oder der Zeitverlag die Titelrechte mit der Absicht

erworben haben, den Titel "Deutsche Illustrierte" endgültig aufzugeben. In dieser Richtung ergeben die Verträge indes- sen nichts Greifbares. Der von der Beklagten hervorgeho- bene Gesichtspunkt, die Klägerin habe lediglich eine "Pro- zeßchance" erworben, vermag die Beurteilung der materiellen Rechtslage hinsichtlich der Frage des Bestandes der Titel- rechte nicht zu beeinflussen.

V. Gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die Rechts- vorgängerin der Klägerin habe die Rechte an dem Titel "Deutsche Illustrierte" im Zeitpunkt der Vertragsabschlüsse vom 4. Juni 1954 bereits verwirkt (BU S. 35), gelten die gleichen Bedenken, die oben bereits erörtert worden sind. Auch die Frage der Verwirkung läßt sich nicht abschließend beantworten, solange nicht feststeht, ob und gegebenenfalls in welchem Umfange der Titel noch Unterscheidungskraft be- sessen hat, als die Beklagte ihn erstmals in Benutzung nahm. Bei einer noch fortbestehenden Verkehrsgeltung zu diesem Zeitpunkt hätte die Beklagten jedenfalls, wie be- reits dargelegt, nach der Lebenserfahrung nicht ohne wei- teres mit einer Aufgabe der Titelrechte durch die Beklagte rechnen können. Auch die Anforderungen, die an die Pflicht der Beklagten zu stellen sind, sich über die Sach- und Rechtslage hinsichtlich des Titels zu unterrichten, hän- gen weitgehend von der Stärke der Unterscheidungskraft ab, die der Titel "Deutsche Illustrierte" in dem maßgebenden Zeitpunkt gegebenenfalls noch besessen hat. Der Standpunkt des Berufungsgerichts, bis zum 15. Dezember 1952 habe die Beklagte jedenfalls davon ausgehen dürfen, daß die Auf- nahme des Titels "Deutsche Illustrierte" von der früheren Zander KG nicht mehr beanstandet werde (BU S. 34), ist hiernach bisher nicht ausreichend begründet. Aber auch so- weit das Berufungsgericht seine Auffassung, die Titelrechte seien verwirkt, weiterhin daraus herleitet, daß die Rechts-

vorgängerin der Klägerin dem Schreiben vom 15. Dezember 1952 nicht den nötigen Nachdruck verliehen, auf das ablehnende Schreiben der Beklagten vom 30. Dezember 1952 nicht erwidert habe und daß schließlich die Klage erst am 28. Juli 1954 erhoben worden sei (BU S. 35), erscheint die Würdigung des Sachverhalts nicht bedenkenfrei. In dem Schreiben vom 15. Dezember 1952 hat die Rechtsvorgängerin der Klägerin jedenfalls die Beklagte unmißverständlich darauf hingewiesen, daß der Titel "Deutsche Illustrierte" ihr Verlagsobjekt sei und sie daher um unverzügliche Mitteilung bitte, von wem die Beklagte den Titel erworben habe. Der Umstand, daß sie das Antwortschreiben der Beklagten vom 30. Dezember 1952 nicht umgehend beantwortet hat, vermag nichts daran zu ändern, daß die Beklagte vom 15. Dezember 1952 ab jedenfalls darüber unterrichtet war, daß die Rechtsvorgängerin der Klägerin die Titelrechte für sich in Anspruch nehme. Die nachfolgende Korrespondenz, insbesondere zwischen dem Konkursverwalter und der Beklagten, ist bisher nicht vollständig vorgelegt worden. Nach dem Vortrag der Beklagten hat indessen der Konkursverwalter bereits am 11. Mai 1953 der Beklagten mitgeteilt, daß er nachdrücklich gegen ihr Verhalten Einspruch erhebe und sich Schadensersatzansprüche vorbehalte. Das wäre gleichfalls eine eindeutige Verwarnung, die eine Gutgläubigkeit der Beklagten spätestens in diesem Zeitpunkt ausschließen würde. Mit der Auffassung des Berufungsgerichts, die Beklagte habe noch bis zum Schreiben des Rechtsanwalts Dr. R. [REDACTED] vom 14. Dezember 1953 erwarten dürfen, daß die frühere Z. [REDACTED] KG ihre Rechte nicht ernsthaft verteidigen werde (BU S. 34, 35), stehen die genannten Schreiben jedenfalls in unvereinbarem Widerspruch. Wann die Beklagte einen eigenen Besitzstand für ihren Titel nach Auffassung des Berufungsgerichts begründet hat, ist aus den Entscheidungsgründen nicht klar zu ersehen. Aus ihnen er-

6

gibt sich nur die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe für ihren Titel vor dem Oktober bzw. September 1953 bereits Verkehrsgeltung erworben (BU S. 35 u. S. 30). Ob dies auch bereits vor dem 15. Dezember 1952 oder dem 11. Mai 1953 der Fall gewesen sein soll, ist den Gründen nicht zu entnehmen. Dem fraglichen Zeitpunkt könnte indessen deswegen eine maßgebliche Bedeutung zukommen, weil nach der Rechtsprechung des Senats der Übergang von einem bewußt rechtswidrig begründeten Besitzstand in einen schutzwürdigen Besitzstand eine längere Zeitdauer erfordern würde, als das bei einem von Anfang an gutgläubigen Besitzstand der Fall wäre (BGHZ 21, 83). Da das Berufungsgericht sich mit den erörterten entscheidungserheblichen Gesichtspunkten bisher nicht erschöpfend auseinandergesetzt hat, fehlt es an ausreichenden Feststellungen, die dem Senat ein eigenes Urteil darüber ermöglichen, ob der Verwirkungseinwand von der Beklagten mit Erfolg erhoben werden kann. Eines Eingehens auf die übrigen vom Berufungsgericht in diesem Zusammenhang angestellten Erwägungen bedarf es nach dem Gesagten nicht mehr.

Das angefochtene Urteil mußte nach alledem aufgehoben und der Rechtsstreit zur Nachholung der fehlenden Feststellungen an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Die

Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens war dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Wilde Christoph Weiss Spreng Löscher