

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

"Haller II"

WZG §§ 11 Abs. 1 Nr. 1, 24;
UWG § 16; BGB § 1004

- a) Der Inhaber eines nach Löschungsreife wieder in Benutzung genommenen Warenzeichens kann dem Inhaber eines während der Löschungsreife zum "Zwischenrecht" erstarkten Firmenrechts auch den warenzeichenmäßigen Gebrauch der Firma nicht untersagen.
- b) Ein als "Zwischenrecht" zu behandelndes Firmenrecht gibt keinen Anspruch auf Löschung des älteren Warenzeichens, das nach Löschungsreife wieder in Benutzung genommen wird (Ergänzung zu BGH GRUR 1978, 642, 644 - Silva).

BGH, Urt. v. 28. April 1983 - I ZR 52/81 - OLG München
LG München I

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 52/81

URTEIL

Verkündet am
28. April 1983
Mehrhof,
Justizangestellte

in dem Rechtsstreit

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

der Firma K[REDACTED] Uhrenfabriken GmbH, Jakob-K[REDACTED]-Straße [REDACTED],
S[REDACTED] am Neckar, gesetzlich vertreten durch den
Geschäftsführer Dipl.-Ing. (FH) Alfred R[REDACTED] und den
stellvertretenden Geschäftsführer Dipl.-Volkswirt Otto H[REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und
Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma Siegfried Ha[REDACTED], Uhrenfabrik, Inhaber Siegfried Ha[REDACTED],
Si[REDACTED]/Sc[REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin und
Revisionsbeklagte,

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

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. April 1983 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Frhr. v. Gamm und die Richter Dr. Merkel, Dr. Piper, Dr. Erdmann und Dr. Teplitzky

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 15. Januar 1981 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klägerin mit dem Klagantrag zu 4 (Verurteilung der Beklagten in die Löschung des Warenzeichens Nr. 912 324 "Haller" einzuwilligen) abgewiesen und ihrerseits auf die Widerklage verurteilt worden ist, in die Löschung der für sie unter den Warenzeichen-Nrn. 392 857 und 615 256 beim Deutschen Patentamt eingetragenen Warenzeichen "Haller" einzuwilligen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen wird.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin, die Uhren herstellt und vertreibt, ist Inhaberin des Warenzeichens Nr. 392 857 "Haller", mit Priorität vom 22. Mai 1928, eingetragen für Uhren und Teile derselben, das 1936 von der von ihr 1931 erworbenen Uhrenfirma Thomas Ernst Haller AG auf sie umgeschrieben worden ist; ferner ist sie Inhaberin des Warenzeichens Nr. 615 256 "Haller" mit Priorität vom 16. Oktober 1950, eingetragen für Uhren und andere Zeitmeßinstrumente.

Die Beklagte ist seit 1949 unter der Firma Siegfried Haller im Handelsregister eingetragen. Sie stellt ebenfalls Uhren her, insbesondere sogenannte Jahresuhren. Ihrer Anmeldung eines Warenzeichens "Haller" wurde auf Widerspruch der Klägerin durch Beschluß des Deutschen Patentamts vom 7. November 1961 die Eintragung versagt. 1972 meldete die Beklagte zwei Warenzeichen an, beide lautend auf "Haller". Die Klägerin erhob gegen eine dieser Anmeldungen Widerspruch, der zur Versagung der Eintragung führte (zuletzt Beschluß des Senats vom 25. Mai 1979 "Haller" - GRUR 1979, 707). Gegen die zweite Anmeldung legte die Klägerin, wie sie vorträgt aus Kostengründen, keinen Widerspruch ein. Diese Anmeldung vom 7. März 1972 führte zur Eintragung des Warenzeichens Nr. 912 324 "Haller", das die Beklagte auf ihren Briefbögen verwendet. Am 9. Januar 1980 ist für die Beklagte ferner aufgrund Anmeldung vom 16. Juni 1979 das Warenzeichen Nr. 995 804 "Haller" (in Schreibschrift) eingetragen worden.

Die Klägerin ist der Ansicht, die Beklagte verletze durch die warenzeichenmäßige Benutzung des Namens "Haller" ihre Warenzeichenrechte. Die Zeichen der Klägerin seien vor und nach dem Krieg und nach dem 1. Januar 1968 ständig

zur Kennzeichnung von Uhren benutzt worden. Die Klägerin hat sich zusätzlich auf die Priorität der Firmenrechte ihrer Tochtergesellschaft Thomas Ernst Haller GmbH berufen.

Die Klägerin hat beantragt zu erkennen:

1. Die Beklagte wird bei Vermeidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu DM 500.000,--, im Falle der Nichtbeitreibbarkeit der Ordnungshaft, oder der Ordnungshaft verurteilt, den warenzeichenmäßigen Gebrauch des Wortes "Haller" im geschäftlichen Verkehr für Uhren und Uhrenteile zu unterlassen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, der Klägerin Auskunft über ihre Umsätze seit November 1971 zu erteilen.
3. Es wird festgestellt, daß die Beklagte der Klägerin den Schaden zu ersetzen hat, der durch die warenzeichenmäßige Benutzung des Wortes "Haller" seit November 1971 entstanden ist.
4. Die Beklagte wird verurteilt, in die Löschung des Warenzeichens Nr. 912 324 "Haller" einzuwilligen.

Die Beklagte hat sich gegenüber dem Warenzeichen Nr. 615 256 (1950) auf die Priorität ihres Firmenrechts (1949) berufen. Das ältere Warenzeichen Nr. 392 857 der Klägerin könne ihr nicht entgegengehalten werden, weil es nicht benutzt worden sei. Insbesondere hat sie Benut-

zungshandlungen der Klägerin für beide Warenzeichen vor 1969 und nach 1973 bestritten; die von 1969 bis 1973 vorgenommenen Benutzungshandlungen seien nicht ausreichend gewesen, um dem Benutzungszwang zu genügen. Ferner hat die Beklagte die Verjährungseinrede erhoben und sich auf Verwirkung berufen.

Sie hat Widerklage erhoben und - zuletzt - beantragt:

- I. Die Klägerin wird verurteilt, in die Löschung der für sie unter den Nummern 392 857 und 615 256 in der Warenzeichenrolle des Deutschen Patentamts eingetragenen Warenzeichen "Haller" einzuwilligen.
- II. Die Klägerin wird verurteilt, in die Eintragung eines neuen Warenzeichens "Haller" für die Waren "Uhren und andere Zeitmeßinstrumente, insbesondere Jahresuhren" für die Beklagte in der Warenzeichenrolle des Deutschen Patentamtes einzuwilligen.

Das Landgericht hat im wesentlichen nach den Klageanträgen erkannt und die Widerklage abgewiesen.

Auf die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das Urteil des Landgerichts abgeändert und die Klage in vollem Umfang abgewiesen. Auf die Widerklage hat es die Klägerin verurteilt, in die Löschung der für sie unter den Nrn. 392 857 und 615 256 in der Warenzeichenrolle des Deutschen Patentamts eingetragenen Warenzeichen "Haller" einzuwilligen und der Anmeldung eines Warenzeichens "Haller" für die Waren

"Uhren und andere Zeitmeßinstrumente, insbesondere Jahresuhren" durch die Beklagte zuzustimmen.

Mit der dagegen gerichteten Revision beantragt die Klägerin, unter Aufhebung des angefochtenen Urteils nach ihren Schlußanträgen in der Berufungsinstanz zu erkennen. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen. In der mündlichen Verhandlung haben die Parteien übereinstimmend den Widerklageantrag zu II für erledigt erklärt und wechselseitig Kostenbelastung beantragt.

Entscheidungsgründe:

I. Zur Abweisung der Klage führt das Berufungsgericht aus, auf das Warenzeichen Nr. 392 857 könne sich die Klägerin nicht berufen, weil es von 1928 bis 1969 wegen Nichtbenutzung löschungsreif gewesen sei. Konkrete Benutzungshandlungen habe die Klägerin nur für die Zeit ab 1969 behauptet. Soweit Benutzung für die Zeit ab 1928 bis 1969 behauptet worden sei, habe es an substantiiertem Vortrag gefehlt, obwohl ein solcher Vortrag bei gründlicher Nutzung der Erkenntnisquellen trotz des Zeitablaufs möglich gewesen wäre, was das Berufungsgericht im einzelnen ausführt. Die Behauptungen und Beweisangebote, die die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vorgebracht habe, seien auch verspätet und wegen grober Nachlässigkeit zurückzuweisen. Der Klägerin habe danach vor 1969 der Benutzungswille gefehlt.

Auf das Warenzeichen Nr. 615 256 könne die Klägerin ihre Anträge nicht stützen, weil der Beklagten aufgrund ihres älteren Firmenrechts das bessere Recht gegenüber diesem

Zeichen zustehe. Dazu stellt das Berufungsgericht fest, die Beklagte führe die Firmenbezeichnung Siegfried Haller seit 1949 und verwende sie im geschäftlichen Verkehr, was sich aus der Handelsregistereintragung und den vorgelegten Unterlagen ergebe. Das Firmenrecht gewähre auch Schutz gegen den Gebrauch, wie hier, verwechslungsfähiger Warenzeichen.

Schließlich könne sich die Klägerin auch nicht mit Erfolg auf das Firmenrecht ihrer Tochtergesellschaft Thomas Ernst Haller GmbH berufen. Es seien keine konkreten Tatsachen für eine Geschäftstätigkeit dieser Firma in der Zeit nach der Umschreibung zum Handelsregister Rottweil (1934) bis 1969 vorgetragen worden. Für eine erst 1979 aufgenommene Geschäftstätigkeit dieses von der Beklagten als bloßer Firmenmantel bezeichneten Unternehmens spräche auch, daß erst zu diesem Zeitpunkt das Gesellschaftskapital von DM 5.000,-- auf DM 1.000.000,-- erhöht worden sei. Deshalb stünde auch insoweit der Beklagten das ältere und bessere Firmenrecht zu.

Der Widerklageantrag auf Löschung sei begründet, weil die Klagezeichen wegen Nichtbenutzung löschungsreif seien. Aufgrund des besseren Firmenrechts stehe der Beklagten auch ein Beseitigungsanspruch zu.

II. Die dagegen gerichtete Revision hat nur zum Teil Erfolg.

1. Warenzeichen Nr. 615 256, angemeldet 16. Oktober 1950:

Die auf die §§ 24 und 11 Abs. 1 Nr. 1 WZG gestützten Klageanträge hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler als unbegründet erachtet. Die Revision rügt dazu als fehlerhaft, daß das Berufungsgericht dem Firmenrecht Siegfried Haller

der Beklagten (eingetragen im Handelsregister am 8.9.1949) die Priorität gegenüber diesem Klagezeichen auf Grund der Feststellung zugesprochen hat, die Beklagte habe diese Firmenbezeichnung seit 1949 im geschäftlichen Verkehr benutzt und dazu hinreichende Tatsachen vorgetragen. Das Berufungsgericht stützt seine Feststellung auf die Handelsregistereintragung und die Anlagen B 8 - B 26 und B 28 - B 43. Dem hält die Revision entgegen, die Anlagen B 8, B 9 und B 29 betreffen Uhrenlieferungen aus dem Jahre 1948 und seien offensichtlich unrichtig, weil es eine Firma Siegfried Haller zu diesem Zeitpunkt überhaupt noch nicht gegeben habe; gleiches gelte für die Anlage B 38, die sich ebenfalls auf das Jahr 1949 und "eventuell" auf das Jahr 1949 beziehe.

Die getroffene Feststellung kann jedoch nicht schon deshalb als Verstoß gegen § 286 ZPO angesehen werden, weil die von Geschäftspartnern der Beklagten im Jahre 1977 ausgestellten Bestätigungen nicht genau mit dem Zeitpunkt der Handelsregistereintragung übereinstimmen. Das Berufungsgericht ist offenbar davon ausgegangen, daß eine Geschäftstätigkeit, wie bestätigt seit 1948, im Zusammenhang mit den weiteren Unterlagen und der Handelsregistereintragung als hinreichende Indizien für eine Firmenführung jedenfalls vom Zeitpunkt der Handelsregistereintragung ab, angesehen werden kann. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wird auch gestützt durch das Schreiben der Firma Himmelsbach^{KG} wonach diese der Beklagten seit dieser Zeit Zifferblätter mit dem Namenszug "Haller" geliefert haben will.

Dieser Feststellung steht auch nicht entgegen, daß das Berufungsgericht im Zusammenhang mit der Erörterung der Priorität der Firma der Beklagten gegenüber dem Waren-

zeichen Nr. 392 857 ausgeführt hat, diese bestünde auch dann, wenn das Firmenrecht nicht von 1949, sondern von einem späteren Zeitpunkt ab datiere. Ein Widerspruch zur hier erörterten Feststellung, wie die Revision meint, liegt darin nicht, weil es sich dabei ersichtlich um eine Hilfsbegründung für die dort erörterte Frage des besseren Rechts gegenüber dem genannten Warenzeichen handelt.

Im Hinblick auf die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen durfte danach das Berufungsgericht dem Firmenrecht der Beklagten gegenüber dem Warenzeichen Nr. 615 256 den besseren Zeitrang zubilligen und damit, da im Konflikt zwischen einer älteren Firma und einem jüngeren Warenzeichenrecht grundsätzlich die Priorität maßgeblich ist (BGHZ 15, 107, 110 - Koma), auch das bessere Recht.

2. Warenzeichen Nr. 392 857:

Auch dieses Warenzeichenrecht hat das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend nicht als durchgreifend anerkannt. Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, die Klägerin könne aus diesem gegenüber dem Firmenrecht der Beklagten älteren Warenzeichen keine Rechte herleiten, weil dieses Recht wegen Nichtbenutzung von 1928 bis 1969 löschungsreif gewesen sei; das Vorbringen der Klägerin über eine Benutzung in diesem Zeitraum sei unsubstantiiert und außerdem verspätet. Die Revision macht geltend, der Umstand, daß die Beweisanträge der Klägerin, erst in der (letzten) mündlichen Verhandlung vom 15. Januar 1981 gestellt worden seien, habe nicht auf grober Nachlässigkeit beruht. Denn erst in der mündlichen Verhandlung vom 15. Januar 1981 sei erkennbar geworden, daß es dem Berufungsgericht auf Benutzungshandlungen vor 1969 angekommen sei. Bis zu diesem Zeitpunkt habe die Klägerin darauf vertrauen dürfen, daß dies für das Berufungsgericht nicht entscheidungserheblich sei (Rüge aus § 139 ZPO).

Dem kann nicht beigetreten werden. Es trifft allerdings zu, daß das Berufungsgericht, wie der Beweisbeschluß vom 10. Januar 1980 ausweist, zu erkennen gegeben hat, es halte für rechtserheblich die Behauptung der Klägerin, sie habe das Zeichen seit 1975 benutzt. Andererseits hat die Beklagte aber in ihrer Berufungsbegründung vom 20. Oktober 1978 Seite 21 ff mehrere Urteile des Bundesgerichtshofes zur Frage der Löschungsreife unbenutzter Zeichen ausführlich referiert und als für die rechtliche Beurteilung des Streitfalls maßgeblich hingestellt (unter anderem BGH GRUR 1975, 135, 137 - Kim Mohr; BGH GRUR 1970, 27, 28 - Ein-Tannenzeichen). Daraus hätte die Klägerin unschwer ersehen können, daß die Aufnahme der Benutzung ab 1969 für sich allein ihren Klageanspruch jedenfalls dann nicht zweifelsfrei begründen konnte, wenn die Beklagte ein vor 1969 begründetes Kennzeichenrecht besaß und das Klagezeichen tatsächlich vor 1969 löschungsreif gewesen sein sollte. Es hätte deshalb einer sachgerechten Prozeßführung entsprochen, gegenüber dem Bestreiten durch die Beklagte Tatsachen vorzutragen, die geeignet waren, dem Einwand der zeitweiligen Löschungsreife des Klagezeichens Rechnung zu tragen. Die Klägerin hat sich jedoch damit begnügt, in ihrer Berufungserwiderung vom 11. Mai 1979 auf ihren Schriftsatz vom 19. Oktober 1977 zu verweisen. Dort hatte sie - unsubstantiiert - behauptet und unter Beweis eines Zeugen gestellt, daß das Zeichen "Haller" von ihr und ihrer Tochterfirma sowohl vor als auch nach dem Krieg ständig benutzt worden sei. Die Klägerin hat dort aber außerdem vorgetragen, daß es allein darauf ankomme, ob das Klagezeichen nach dem 1. Januar 1968 und innerhalb von fünf Jahren vor Klagezustellung benutzt worden sei, weshalb die Rechtsausführungen der Beklagten zur 40-jährigen Nichtbenutzung ins Leere gingen. Wenn das Berufungsgericht unter solchen Umständen davon abgesehen hat, die Klägerin entgegen deren erklärter Rechtsmeinung im Wege des § 139 ZPO

zu weiterem Tatsachenvortrag aufzufordern, dann kann das aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, zumal die erst durch den Beweisbeschluß vom 10. Januar 1980 erkennbar gewordene Rechtsansicht des Berufungsgerichts, daß die Benutzung ab 1975 rechtserheblich sei, für den unterlassenen Vortrag wie dargelegt, nicht ursächlich war. Unter diesen Umständen durfte das Berufungsgericht die dann neu in der letzten mündlichen Verhandlung vom 15. Januar 1981 vorgebrachten Behauptungen als verspätet zurückweisen, aber auch als nicht hinreichend substantiiert ansehen.

Die Revision macht ferner geltend, es komme auf Benutzungshandlungen vor 1969 nicht an, weil die - bewiesenen oder unter Beweis gestellten - Benutzungshandlungen nach 1969 genügten, um den Klageanspruch zu rechtfertigen. Denn durch diese Inbenutzungnahme sei eine - unterstellte - Löschungsreife mit der Priorität der Anmeldung geheilt worden. Zwar seien, abweichend von diesem Grundsatz, die Inhaber von Zwischenrechten geschützt, die während der Zeit der Löschungsreife entstanden seien, weil ihnen gegenüber die Heilung nur ex nunc wirke, so daß der Inhaber des geheilten Zeichens wegen des objektiv besseren Zeitranges nicht gegen sie vorgehen könne. Im Streitfall sei aber kein den warenzeichenrechtlichen Ansprüchen der Klägerin gegenüber beachtliches Zwischenrecht entstanden. Denn wenn auch für die Beklagte das Firmenrecht vor Heilung der Löschungsreife entstanden sein möge, so berechtige dieses doch den Inhaber der Firma nicht, diese gegenüber einem durch Benutzungsaufnahme geheilten Warenzeichen auch warenzeichenrechtlich zu benutzen.

Dem kann nicht zugestimmt werden. Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, daß löschungsreife Zeichen durch Aufnahme der Benutzung wieder vollen Rechtsschutz mit der Priorität der Anmeldung erlangen können,

dieser Rechtsschutz aber gegenüber jüngeren übereinstimmenden Warenzeichen, die während der Zeit der Löschungsreife angemeldet und bekanntgemacht worden sind, eingeschränkt ist (BGH GRUR 1971, 409, 410 - Stallmeister; GRUR 1974, 276, 278 - King; GRUR 1975, 434, 436 - Bouché; GRUR 1978, 642, 644 - Silva). Dieser Grundsatz gilt im Hinblick auf die Gleichwertigkeit von Firmen- und Warenzeichenrecht auch zugunsten eines Zwischenrechts, das ein Firmenrecht ist (vgl. Baumbach/Hefermehl, WZG, 11. Aufl., Rdz. 59 zu § 11; Heydt, GRUR 1972, 290, 298, GRUR 1974, 5). Dabei kann nicht unterschieden werden, wie die Revision meint, zwischen dem firmenmäßigen und dem warenzeichenmäßigen Gebrauch. In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß der Schutzzumfang des Firmenrechts sich auch auf den warenzeichenmäßigen Gebrauch verwechslungsfähiger Bezeichnungen erstreckt (BGHZ 15, 107, 110 - Koma; GRUR 1958, 544, 547 - Colonia; GRUR 1964, 71, 73 - Personifizierte Kaffeekanne; vgl. auch Hefermehl, WZG aaO, § 16 Rdz. 8 v. Gamm, WZG § 16 Rdz. 23). Diese für den Schutzzumfang anerkannte Erstreckung aller Kennzeichnungsrechte auf einen umfassenden kennzeichenmäßigen - nämlich warenzeichen- und firmenmäßigen Gebrauch - muß auch für die Berechtigung zur Benutzung der eigenen Kennzeichnung, jedenfalls im hier gegebenen Fall eines Erstarkens zum Zwischenrecht im angeführten Sinn, gelten; denn meist enthält ein firmenmäßiger Gebrauch gleichzeitig einen warenzeichenmäßigen Gebrauch und umgekehrt ein warenzeichenmäßiger Gebrauch meist gleichzeitig einen firmenmäßigen Gebrauch (vgl. BGH GRUR 1957, 433, 434 - Hubertus; 1958, 544, 546 - Colonia; 1975, 257 - Buddelai; 1977, 789, 790 - Tina-Spezialversand; Hefermehl aaO; v. Gamm aaO). Bei dieser Sachlage würde eine Beschränkung des Firmenrechts - als Zwischenrecht - auf den firmenmäßigen Gebrauch unter

Ausschluß eines warenzeichenmäßigen Gebrauchs zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Einengung des Firmenrechts führen. Eine einengende Auslegung, wie sie die Revision vertritt, würde zu Firmenrechten mit unterschiedlichem Umfang führen, wofür keine sachlichen Gesichtspunkte sprechen.

Es kann danach aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden, wenn das Berufungsgericht die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche auch aus dem Warenzeichen Nr. 392 857 nicht zugebilligt hat.

3. Ein älteres Firmenrecht der Tochtergesellschaft der Klägerin Thomas Ernst Haller GmbH hat das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, es sei nicht hinreichend dargelegt worden, daß dieses von der Beklagten als bloßer Firmenmantel bezeichnete Unternehmen bis 1969 geschäftlich tätig geworden sei. Die Revision macht dagegen geltend, das Berufungsgericht habe insoweit bei der Beweismwürdigung den Gleichheitssatz verletzt, weil es gegenüber der Firmeneintragung der Beklagten ein pauschales Bestreiten der Geschäftstätigkeit nicht habe ausreichen lassen, wohl aber gegenüber der Firma Thomas Ernst Haller. Dabei wird aber nicht hinreichend berücksichtigt, daß die Beklagte neben der Handelsregistereintragung zahlreiche Tatsachen für eine Geschäftstätigkeit unter ihrer Firma behauptet und dargelegt hat, während es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts an solchem zusätzlichen Vortrag bei der Klägerin gefehlt hat. Das Berufungsgericht konnte deshalb ohne Rechtsfehler das bloße Bestreiten durch die Beklagte genügen lassen.

4. Die Revision wendet sich ferner gegen die Abweisung des Klageantrags auf Einwilligung in die Löschung des

Warenzeichens Nr. 912 324. Diese Rüge hat Erfolg. Die Abweisung des Löschungsanspruchs setzt voraus, daß die eingetragenen Zeichen der Klägerin Nr. 392 857 und 615 256 am 7. März 1972, dem Tag der Anmeldung des Warenzeichens 912 324 nicht schutzfähig, sondern löschungsreif waren. Dazu hat das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen, sondern sich auf die Wiedergabe der bestrittenen Klagebehauptungen beschränkt, nach denen die Klägerin diese Zeichen jedenfalls nach dem 1. Januar 1968, und dann ständig, benutzt habe. Davon ist für das Revisionsverfahren auszugehen. Auf dieser Grundlage ist die Abweisung des Löschungsanspruchs nicht begründet. Die Tatsache, daß die Beklagte über das gegenüber den Warenzeichen der Klägerin als Zwischenrecht hinzunehmende Firmenrecht "Siegfried Haller" verfügt, berechtigt sie nicht zur Führung eines gegenüber den Klagezeichen jüngeren Warenzeichens, soweit erstere Rechtsbestand haben, was im weiteren Verfahren vor dem Berufungsgericht zu klären sein wird.

5. Widerklage auf Einwilligung in die Löschung der Warenzeichen Nr. 392 857 und Nr. 615 256.

Die Verurteilung der Klägerin hat das Berufungsgericht damit begründet, die Klagezeichen seien wegen Nichtbenutzung löschungsreif, der Beklagten stehe aufgrund ihres besseren Firmenrechts auch ein Beseitigungsanspruch zu. Dem kann für den gegenwärtigen Verfahrensstand nicht beigetreten werden. Nach dem Vortrag der Klägerin, von dem mangels tatsächlicher Feststellung im Berufungsurteil für die Revisionsinstanz ausgegangen werden muß, hat diese ihre Warenzeichen zumindest ab 1. Januar 1968 ständig benutzt. Damit wäre die Löschungsreife beseitigt worden, die Zeichen hätten ihren Rechtsschutz wieder erlangt. Das Firmenrecht der

Beklagten ist dann zwar gleichwohl im Verhältnis dieser beiden Rechte als Zwischenrecht prioritätsälter, da die Heilung der Löschungsreife diesem gegenüber nur ex nunc wirkt (BGH GRUR 1971, 409, 410 - Stallmeister). Es verschafft aber dem Inhaber des Firmenrechts keinen Löschungsanspruch gegenüber dem Inhaber des früher eingetragenen Warenzeichenrechts. Das hat der Senat bereits für das Verhältnis zweier Warenzeichen bei gleicher Konstellation ausgesprochen (BGH 1978, 642, 644 li. Sp. unten - Silva). Für das Verhältnis einer Firma als Zwischenrecht und eines früher eingetragenen Warenzeichens nach Behebung der Löschungsreife kann nichts anderes gelten (so auch Heydt, GRUR 1972, 290, 296 f, GR 1974, 5).

Danach ist für die Entscheidung über den Löschungsanspruch erheblich, ob die Klägerin, wie sie behauptet hat, die Benutzung der Warenzeichen aufgenommen und dadurch die Löschungsreife behoben hat. Wird dies im weiteren Verfahren festgestellt, so ist die Löschungsklage abzuweisen. Gelingt der Klägerin der Nachweis einer hinreichenden Benutzung nicht, so ist der Löschungsantrag aufgrund des Beseitigungsanspruchs begründet.

Als selbständigen Löschungsgrund hat die Beklagte sich auch auf § 11 Abs. 1 Nr. 2 WZG mit dem Vortrag berufen, die Klägerin habe das Warenzeichen Nr. 392 857 im Hinblick auf § 8 WZG nicht wirksam erworben. Das Berufungsgericht hat diesen Gesichtspunkt, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, nicht erörtert und dazu keine Feststellungen getroffen. Das wird gegebenenfalls im weiteren Verfahren nachzuholen sein.

6. Das Berufungsurteil war danach aufzuheben, soweit darin der Klageantrag zu 4 (Verurteilung zur Einwilligung

in die Löschung des Warenzeichens 912 324 "Haller") abgewiesen worden ist und soweit die Klägerin auf die Widerklage zur Einwilligung in die Löschung der Warenzeichen Nr. 392 857 und Nr. 615 265 verurteilt worden ist. Insoweit war die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen war.

v. Gamm

Merkel

Piper

Erdmann

Richter am Bundesgerichtshof Dr. Teplitzky ist wegen Krankheit an der Unterschriftsleistung verhindert.

v. Gamm