

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 82/66

URTEIL

Verkündet am

12. Juli 1968

Werner,

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Josef Ernst Fürst F [REDACTED] von G [REDACTED], K [REDACTED]/Schwaben,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Wilhelm O [REDACTED] oHG, Zigarrenfabriken in
E [REDACTED]/Westf., persönlich haftende Gesellschafter
Herbert Günter und Werner O [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Juli 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkmann, Dr. Mösl, Alff und Dr. Merkel

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 21. April 1966 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger sieht sein Namensrecht dadurch verletzt, daß die Beklagte das Warenzeichen "Die F [REDACTED]" für Zigarillos und Zigarren verwendet.

Dieses Warenzeichen wurde auf die Anmeldung der Firma Arnold B [REDACTED] am 12. November 1954 unter der Nummer 666 451 in die Zeichenrolle beim Deutschen Patentamt eingetragen; seine Schutzdauer wurde mit Wirkung vom 16. Dezember 1963 verlängert. Es wurde von einer Tochtergesellschaft der Anmelderin, der Firma Arnold B [REDACTED] GmbH, seit Anfang 1954 für Zigarren und Zigarillos benützt. Gemäß Verfügung der Warenzeichenabteilung des Deutschen Patentamts vom 20. Januar 1965 wurde das Warenzeichen auf die Beklagte umgeschrieben; dem liegt eine Vereinbarung zwischen der Beklagten und dem Liquidator der Arnold B [REDACTED] GmbH i.L. vom 16. Mai 1961 zugrunde, wonach

- 3 -

"die Firma B [REDACTED]" das Warenzeichen mit Wirkung vom 30. Juni 1961 auf die Beklagte übertrug; die Beklagte erwarb nach dieser Vereinbarung außerdem Bestände an Werbe- und Verpackungsmaterial, Klischees usw., sowie die vorhandenen Bestände an Fertigware.

Der Kläger, der erstmals im November 1956 von dem Warenzeichen "Die F [REDACTED]" erfahren haben will, ließ die Firma Böninger mit Anwaltsschreiben vom 14. Januar 1957 zur Unterlassung des Zeichengebrauchs und zur Löschung des Zeichens auffordern. Daran schloß sich eine Besprechung und weitere Korrespondenz zwischen den beiderseitigen Anwälten, in deren Verlauf der Kläger mit Schreiben vom 5. September 1957 Einwilligung in die Löschung des Warenzeichens forderte, worauf die Firma B [REDACTED] mit Schreiben vom 19. Oktober 1957 Verwirkung geltend machte und dem Kläger vorschlug, sie werde das Warenzeichen freiwillig löschen lassen, wolle die Bezeichnung aber mit seinem Einverständnis für Qualitätszigarren weiter benutzen. Darauf ließ der Kläger am 18. August 1961 antworten, er "wäre bereit, diesem Vorschlag näherzutreten", bitte aber um den Nachweis der bisherigen Art und Aufmachung der 'F [REDACTED]-Zigarre', "damit auch hierzu eine klare Stellungnahme abgegeben werden kann". Dieser Bitte kam die Firma B [REDACTED] mit Begleitschreiben vom 4. Oktober 1961 nach, in dem der Nachfolger ihres inzwischen verstorbenen Anwalts den bereits im Oktober 1957 erhobenen Einwand der Verwirkung wiederholte und in dem er ferner einen neuen Vergleichsvorschlag unterbreitete, wonach das Warenzeichen bestehen bleiben, aber nur für hochwertige Zigarren benutzt werden sollte. Diesen Vorschlag lehnte der Kläger am 7. März 1962 ab. Der Schriftwechsel wurde fortgesetzt, bis die Firma B [REDACTED] mit Schreiben vom 17. Juli 1964 die vom Kläger verlangte Löschung des Zeichens zurückwies.

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



Der Kläger sieht sein Namensrecht durch das ohne seine Kenntnis eingetragene Warenzeichen als verletzt an. Der Name "F [REDACTED]" sei kein historischer Name, sondern der Eigennahme noch lebender Mitglieder der Familie F [REDACTED]. Seine Rechte habe er nicht verwirkt, da die Beklagte an dem Warenzeichen keinen Besitzstand erworben haben könne; vor der Zeichenübertragung an die Beklagte, deren Rechtmäßigkeit bestritten werde, habe nicht die Zeicheninhaberin, sondern deren Tochtergesellschaft das Zeichen benützt; diese Firma sei aber erloschen und damit seien etwa bei ihr entstandene Rechte untergegangen.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, gegenüber dem Deutschen Patentamt in die Löschung des Warenzeichens

Nr. 666 451 "Die F [REDACTED]" (Wortzeichen) einzuwilligen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie meint, das beanstandete Zeichen beziehe sich nicht auf eine einzelne lebende Person, sondern auf eine oder mehrere geschichtliche Persönlichkeiten. Sie weist ferner auf zahlreiche weitere Warenzeichen mit dem Wortbestandteil "F [REDACTED]" hin. Für ihr eigenes Zeichen beruft sie sich darauf, daß das Patentamt - was unstreitig ist - vor der Eintragung keine Zustimmung des Namensträgers verlangt habe; damit sei auch von seiten des Amtes ein Eingriff in das Namensrecht des Klägers verneint worden.

Zur Begründung des Verwirkungseinwands weist die Beklagte auf den Vertrieb von Zigarren und Zigarillos durch die Firma B [REDACTED] GmbH seit 1954 und auf ihren eigenen Vertrieb seit Mai 1961 mit einem durchschnittlichen Jahresumsatz von einer halben Million DM hin. Nachdem der Kläger im Schreiben vom 19. Oktober 1957 auf den Besitzstand hingewiesen worden sei, habe er nahezu vier Jahre nichts mehr unternommen; als die Korrespondenz im August 1961 wieder aufgenommen worden sei, sei danach die Verwirkung bereits eingetreten gewesen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I. 1. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß das Namensrecht des Klägers durch die Verwendung des Warenzeichens "Die F [REDACTED]" seitens der Beklagten verletzt werde; es nimmt aber an, daß der Kläger die Durchsetzung seines Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs verwirkt habe.

Das Oberlandesgericht führt zunächst aus, daß der Kläger dem beanstandeten Warenzeichen "Die F [REDACTED]" nur den Namensbestandteil "F [REDACTED]" gegenüberstelle; dieser Namensbestandteil, so legt das angefochtene Urteil weiter dar, sei für sich allein durchaus geeignet, auf die Person des Klägers hinzuweisen und ihn von anderen Personen, die nicht den Namen oder Namensbestandteil "F [REDACTED]" führen,

zu unterscheiden. Zwar erfasse die Bezeichnung "Die F [REDACTED]" eine Mehrzahl von Personen; dabei könne es sich um die historische Personengruppe "die F [REDACTED] in A [REDACTED]" handeln, ebenso aber auch um Angehörige der Familie F [REDACTED], die heute noch leben. Das angefochtene Urteil führt fort: "Es mag daher nicht auszuschließen sein, daß die Bezeichnung 'Die F [REDACTED]' nicht ausschließlich historische Persönlichkeiten, sondern auch deren lebende Nachkommen betrifft, zu denen der Kläger gehört".

Das Berufungsgericht bejaht sodann das schutzwürdige Interesse des Klägers an der Beseitigung der Beeinträchtigung, die darin liege, daß sein Name als Warenzeichen verwendet werde, und faßt das rechtliche Ergebnis wie folgt zusammen: "Demgemäß mögen für den Kläger gegenüber der Beklagten die Rechte gemäß § 12 BGB entstanden sein".

2. Die wiedergegebenen unbestimmten Wendungen legen die Annahme nahe, daß das Berufungsgericht eine Verletzung des Namensrechts des Klägers nicht feststellen, sondern nur unterstellen wollte, und daß es dies von seinem Standpunkt aus deshalb als ausreichend angesehen hat, weil es etwaige Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche des Klägers als verwirkt angesehen hat.

Der Revisionserwiderung ist zuzugeben, daß die angeführten Darlegungen des angefochtenen Urteils dem Revisionsgericht keine hinreichende Grundlage für die Entscheidung geben, ob das Namensrecht des Klägers verletzt worden ist. Denn § 12 BGB hat zur Voraussetzung, daß ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs in einem ihm entgegentretenden Namen einen Hinweis auf denjenigen erblickt, der ihm

unter diesem Namen bekannt ist (RGZ 171, 67, 70 - F[REDACTED]bräu). Das Reichsgericht hat in der genannten Entscheidung ausgeführt, daß zwar in der Bezeichnung "F[REDACTED]" der Name des damaligen Klägers, eines Grafen F[REDACTED], nur teilweise wiederkehre und daß es auch andere Vertreter des Namens F[REDACTED] gebe, daß aber die Annahme eines Hinweises auf den damaligen Kläger dadurch nicht ausgeschlossen werde, weil sich die Beziehung zu ihm jedenfalls für den örtlichen Bereich, auf den sich das Absatzgebiet der Brauerei erstrecke, schon aus deren langjähriger räumlicher Verbindung mit dem Gutsbetrieb des Klägers und aus dem weiteren Umstand ergebe, daß die Brauerei bis zum Verkauf an die damalige Zweitbeklagte im Eigentum des Klägers gestanden habe.

Vergleichbare Umstände sind für den vorliegenden Fall nicht festgestellt. Es fehlt schon an Feststellungen darüber, auf welches Absatzgebiet sich die Verbreitung der mit dem angegriffenen Zeichen versehenen Tabakwaren erstreckt; es hätte ferner festgestellt werden müssen, daß in dem in Betracht kommenden Verbreitungsgebiet und auf dem in Rede stehenden Warengbiet ein nicht unerheblicher Teil des Verkehrs das Zeichen "Die F[REDACTED]" nicht allein auf die geschichtlich weithin bekannten Augsburger Handelsherren dieses Namens aus dem 15. und 16. Jahrhundert beziehe - worauf schon die Mehrzahl "Die F[REDACTED]" hindeuten könnte -, sondern daß in den einschlägigen Verkehrskreisen der Kläger als noch lebender Träger des historischen Namens mit dem beanstandeten Warenzeichen in Verbindung gebracht werden könne. Nur auf Grund einer dahingehenden Feststellung hätte das Berufungsgericht rechtlich unangreifbar annehmen können, daß das

Namensrecht des Klägers durch den Gebrauch des angegriffenen Zeichens verletzt werde.

II. Diese Frage, die im angefochtenen Urteil in einer den Kläger und Revisionskläger nicht beschwerenden Art behandelt worden ist, kann jedoch auch im Revisionsverfahren offen bleiben; denn jedenfalls halten die Darlegungen des Berufungsgerichts, daß der Kläger die Geltendmachung etwaiger Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche verwirkt habe, der rechtlichen Nachprüfung stand. Dabei geht das Oberlandesgericht zutreffend davon aus, daß der Verwirkungseinwand auch gegenüber der Klage aus § 12 EGB durchgreifen kann (RGZ 167, 184, 190).

1. a) Das Berufungsgericht führt aus, der Kläger behaupte nicht, daß die Rechtsvorgängerin der Beklagten hinsichtlich des Warenzeichens, die Firma Arnold B., das beanstandete Zeichen in Kenntnis entgegenstehender Namensrechte des Klägers erworben habe. Unter den Parteien sei unstreitig, daß nach der Amtspraxis des Deutschen Patentamts im allgemeinen Eigennamen nur mit Zustimmung des Namensträgers in die Zeichenrolle eingetragen würden; die Beklagte habe aber unwidersprochen vorgetragen, daß das Patentamt das Zeichen "Die F." ohne einen solchen Nachweis eingetragen habe.

b) Danach habe sich, so fährt das angefochtene Urteil fort, die damalige Zeicheninhaberin nach dem ersten Verwarnungsschreiben des Klägers vom 14. Januar 1957 mit gutem Grund auf den Standpunkt stellen können, angesichts ihrer Gutgläubigkeit und ihres alten und soliden Familienunternehmens vom Kläger die Genehmigung der vergangenen und die Einwilligung zur zukünftigen Benutzung des Zeichens

"Die F[REDACTED]" zu erhalten (Schreiben vom 9. Februar 1957). Diese Einstellung der Rechtsvorgängerin der Beklagten habe durch das Schreiben des Klägers vom 5. September 1957 nicht beeinträchtigt werden können, da darin keine neuen Tatsachen oder rechtlichen Gesichtspunkte hervorgetreten seien. Bereits im Antwortschreiben vom 19. Oktober 1957 habe die Firma B[REDACTED] erstmals den Einwand der Verwirkung erhoben. Dieses Schreiben habe der Kläger erst am 18. August 1961 beantworten lassen, wobei auffalle, daß er nicht auf den Inhalt des vorangegangenen Schreibens eingegangen sei, sondern vor Beantwortung des darin enthaltenen Vergleichsvorschlags weitere Aufklärung erbeten habe. Erst nach weiterem Schriftwechsel habe der Kläger mit Schreiben vom 7. März 1962 die Vergleichsvorschläge der Firma B[REDACTED] zurückgewiesen und sein Unterlassungsbegehren wieder hervorgehoben.

2. Die daraus gezogene rechtliche Folgerung des Berufungsgerichts, der Kläger habe seine Ansprüche gegen die Beklagte verwirkt, bekämpft die Revision vergeblich unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten.

a) Zutreffend ist der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, wonach sich der Inhaber von Ansprüchen dem Einwand der Verwirkung aussetzt, wenn er sie so spät geltend macht, daß der Verletzer, der inzwischen einen wertvollen Besitzstand an der angegriffenen Bezeichnung erlangt hat, auf Grund des Verhaltens des Berechtigten annehmen durfte, dieser werde der Benutzung der Bezeichnung nicht oder nicht mehr entgegentreten, und wenn danach die verspätete Geltendmachung der Ansprüche auch unter Berücksichtigung aller sonstigen Umstände als unzulässige Rechtsausübung anzusehen ist (§ 242 BGB; vgl. BGHZ 21, 66,

78 - Hausbücherei; EGH GRUR 1961, 420, 424 - Cuypers; 1963, 478, 480 - Bleiarbeiter).

b) Die Anwendung dieser Grundsätze auf den Streitfall beanstandet die Revision vorweg mit dem Hinweis, daß die den Verwirkungseinwand begründenden Umstände allenfalls zu einer Zeit entstanden sein könnten, als die Firma Arnold B. [REDACTED] Inhaberin des Zeichens war; daraus könne aber die Beklagte nichts für sich herleiten, da es keinen übertragbaren Verwirkungseinwand gebe, der mit dem Warenzeichen abgetreten werden könnte.

Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Es handelt sich nicht um die "Übertragung" des Verwirkungseinwands auf die Beklagte, sondern darum, daß mit der Übertragung des Zeichenrechts auf die Beklagte und mit der Übertragung des entsprechenden Teiles des Betriebes der Tochtergesellschaft der Zeicheninhaberin auch der an die Benutzung des Zeichens geknüpfte wettbewerbsrechtliche Besitzstand auf die Beklagte übergegangen ist. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war zur Zeit der Zeichenübertragung auf die Beklagte (30. Juni 1961) der Verwirkungstatbestand im wesentlichen bereits abgeschlossen; dann konnte aber die Vollendung des Entstehungstatbestandes nicht dadurch verhindert und ferner der Einwand nicht dadurch vernichtet werden, daß das angegriffene Zeichen von der bisherigen Berechtigten auf die gleichfalls gutgläubige Beklagte überging.

Danach kommt es entgegen der Ansicht der Revision für den Tatbestand der Verwirkung nicht allein darauf an, wie lange die Beklagte das Zeichen "Die F. [REDACTED]" benutzt hat, sondern es ist auf die gesamte Dauer der Benutzung,

auch durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten, abzustellen, da nichts dafür vorgetragen oder ersichtlich ist, daß sich die Beklagte bezüglich des guten Glaubens in einer anderen Lage befunden hätte als die Firma B [REDACTED] und deren Tochtergesellschaft. Insbesondere bestand für die Beklagte kein Anlaß zu der Annahme, die Untätigkeit des Klägers sei irgendwie auf die Benutzung des Zeichens gerade durch ihre Rechtsvorgängerin abgestellt.

c) Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen der Beklagten und ihrer Rechtsvorgängerin beanstandet die Revision, das Berufungsgericht habe nicht klar genug zwischen den hier in Betracht kommenden drei Rechtspersonen unterschieden: der Firma Arnold B [REDACTED], für die das Zeichen eingetragen worden sei; der Firma B [REDACTED] GmbH, die das Zeichen tatsächlich benutzt habe; endlich der Beklagten, die das Zeichen übertragen erhalten habe. Die Dauer der Benutzung durch die Firma B [REDACTED] GmbH von 1954 bis 1961 könne der Firma Arnold B [REDACTED] nicht zugerechnet werden. Im übrigen sei streitig gewesen, ob die B [REDACTED] GmbH das Warenzeichen tatsächlich benutzt habe; dazu habe der Berufungsrichter zu Unrecht nicht auf die Beweislast der Beklagten abgestellt.

Die Rüge ist nicht begründet. Das angefochtene Urteil stellt eindeutig fest (Tatbestand S. 3), daß das Warenzeichen für die Firma Arnold B [REDACTED] eingetragen war und daß es von deren Tochtergesellschaft, der Firma Arnold B [REDACTED] GmbH, seit Anfang des Jahres 1954 benutzt wurde. Diese Benutzung beruhe, wie der Berufungsrichter an anderer Stelle ausführt, auf einer wirksamen Warenzeichenlizenz. Die Beweisansprüche der Beklagten, welche die Revision in diesem Zusammenhang hervorhebt, bezogen

sich lediglich auf die Höhe der Umsätze, die mit Zigarren und Zigarillos der Marke "Die F [REDACTED]" in den Jahren von 1954 bis 1961 von der Firma B [REDACTED] GmbH und in den folgenden Jahren von der Beklagten getätigt worden sind.

Soweit die Revision meint, für die Übertragung des Warenzeichens habe es nicht genügt, daß der zugehörige Betriebsteil des Lizenznehmers übertragen worden sei, ist die Rüge nicht schlüssig. Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob es als Leerübertragung (§ 8 WZG) zu betrachten wäre, wenn ein Warenzeichen unter Zustimmung des Zeicheninhabers (§ 185 BGB) von einem Lizenznehmer mit dem entsprechenden Betriebsteil auf den Erwerber übertragen wird. Denn sollte die Übertragung des Zeichens im Streitfall unwirksam gewesen sein, so wäre Inhaberin des Zeichens noch die Firma Arnold B [REDACTED]; das würde aber nichts daran ändern, daß die Beklagte das Zeichen gutgläubig benutzt hat und daher den Verwirkungstatbestand erfüllt haben kann. Andererseits könnte sie nicht schon deshalb, weil sie zu Unrecht in der Zeichenrolle eingetragen wäre, auf Löschung in Anspruch genommen werden; denn für ihre Verurteilung zur Einwilligung in die Löschung des Zeichens würde ein Rechtsschutzinteresse nur dann gegeben sein, wenn ein Löschungsanspruch auch gegen die Firma B [REDACTED] gegeben wäre; ein solcher besteht aber ebenfalls wegen des Verwirkungstatbestandes nicht. In bezug auf den Verwirkungseinwand sind danach die Firma Arnold B [REDACTED], die B [REDACTED] GmbH und die Beklagte im vorliegenden Fall als wirtschaftliche Einheit anzusehen.

d) Die Revision meint, der Verwirkungseinwand könne auch deshalb nicht durchgreifen, weil die Beklagte

und deren Rechtsvorgängerin das Zeichen "Die F [REDACTED]" nicht redlich in Gebrauch genommen hätten; denn der Gebrauch des Zeichens habe die Rechte der Firma L [REDACTED] & Cie. in [REDACTED] verletzt, für die seit dem Jahre 1918 das Warenzeichen "F [REDACTED]-Tabak" für Rauch-, Kau- und Schnupftabak eingetragen sei.

Das Berufungsgericht hat dazu ausgeführt, der Kläger sei nicht Inhaber dieses Zeichens und könne daher keine Rechte daraus geltend machen; das Interesse der Beklagten an dem hier streitigen Zeichen sei aber nicht beeinträchtigt, solange die Inhaberin des älteren Rechts daraus keine Einwendungen gegen die Beklagte herleite.

Die Revision weist demgegenüber darauf hin, daß der Kläger selbstverständlich keine eigenen Rechte aus dem Warenzeichen der Firma L [REDACTED] herleite, sondern daß er sich lediglich darauf berufe, der Zeichengebrauch durch die Beklagte und deren Rechtsvorgängerin sei nicht redlich gewesen.

Auch daraus kann der Kläger jedoch nichts für sich herleiten. Für den Verwirkungseinwand kommt es grundsätzlich nur auf die Rechtsbeziehungen zwischen dem Rechtsträger und dem Verletzer an, also darauf, ob der Verletzer gegenüber dem Inhaber des verletzten Rechts davon ausgehen konnte, dieser erlaube oder dulde die Verwendung der Bezeichnung (vgl. Faumbach/Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 9. Aufl. UWG Einl. Anm. 298).

e) Die Revision meint ferner, es sei mangels gegenteiliger Feststellungen für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß sowohl die Überlassung des Zeichens "Die F [REDACTED]"

durch die Firma Arnold B [REDACTED] an ihre Tochtergesellschaft wie auch die Übertragung des Zeichens an die Beklagte "ungesetzlich, sittenwidrig und unlauter" gewesen sei. Auch dieser Angriff dringt nicht durch.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, dem Verwirkungseinwand stehe nicht entgegen, daß das umstrittene Zeichen nicht von der Firma Arnold B [REDACTED] als der Rechtsvorgängerin der Beklagten in bezug auf das Recht am eingetragenen Warenzeichen Nr. 666 451, sondern von deren Tochtergesellschaft benutzt worden sei, da gegen die Zulässigkeit einer solchen Warenzeichenlizenz keine rechtlichen Bedenken bestünden. Demgegenüber vermag die Revision nicht darzutun, daß erheblicher Parteivortrag, der gegen die Zulässigkeit der in Rede stehenden Warenzeichenlizenz spräche, übergegangen worden wäre. Zur Übertragung des Warenzeichens an die Beklagte stellt das Oberlandesgericht fest, die Beklagte habe das Zeichen mit dem dazu gehörigen Teil des Geschäftsbetriebs erworben und damit die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 WZG erfüllt; den Einwand der sogenannten Leerübertragung habe der Kläger in der Berufungsinstanz folgerichtig nicht mehr aufrecht erhalten.

Die Revision beanstandet nunmehr weiter, daß die Beklagte das Zeichen vom Liquidator der Tochtergesellschaft nicht wirksam habe erwerben können, da dieser zur Verfügung über das der Firma Arnold B [REDACTED] zustehende Zeichen nicht berechtigt gewesen sei. Dabei übersieht die Revision, daß die Beklagte im Schriftsatz vom 7. Juli 1965 unwidersprochen vorgetragen hatte, die Firma Arnold B [REDACTED] habe der Zeichenübertragung durch die B [REDACTED] GmbH mit Schreiben vom 16. Mai (zu ergänzen ist: 1961)

zugestimmt, da andernfalls die Umschreibung in der Zeichenrolle nicht möglich gewesen wäre.

3. Nach allem konnte das Oberlandesgericht in weitgehend tatrichterlicher Würdigung den gesamten Zeitraum der Benutzung des Zeichens "Die F [REDACTED]" durch die Rechtsvorgängerin der Beklagten und deren Tochtergesellschaft seiner Beurteilung zugrunde legen, ob der Kläger seine Ansprüche verwirkt habe. Dabei darf unter den hier gegebenen Umständen der Beurteilungszeitraum nicht in der Weise getrennt nach Zeitabschnitten betrachtet werden, daß bei der gebotenen Gesamtwürdigung das vor der ersten Verwarnung liegende Verhalten schon deshalb völlig ausgeschaltet würde, weil jedenfalls bis zu diesem Zeitpunkt noch keine Verwirkung eingetreten sei. Für die rechtliche Beurteilung des Verwirkungseinwandes kann es nämlich sehr wohl mit auf eine Benutzung ankommen, die vor einer zwischenzeitlichen Auseinandersetzung der Parteien über die rechtliche Lage stattgefunden hat; auch wenn eine solche Auseinandersetzung unter Aufrechterhaltung der beiderseitigen Standpunkte beendet worden ist, kann eine längere erneute Untätigkeit des Berechtigten vom Verletzer unter Umständen dahin aufgefaßt werden, der Berechtigte habe sich von der Berechtigung der bisher vorgebrachten Gesichtspunkte überzeugt oder wolle der Benutzung jedenfalls nicht mehr entgentreten (BGH GRUR 1963, 478, 480 - Bleiarbeiter).

Das Berufungsgericht konnte also ohne Rechtsirrtum davon ausgehen, daß die Firma Arnold B [REDACTED] das Zeichen jedenfalls gutgläubig erworben hat, da das Deutsche Patentamt entgegen seiner sonstigen Übung ihr nicht zur Auflage gemacht hatte, die Zustimmung des Namensträgers beizu-

bringen, und da ferner, wie die Beklagte im einzelnen belegt hat, zu dieser Zeit eine ganze Reihe von Warenzeichen mit dem Namen "F[REDACTED]" für verschiedene Waren auf dem Markt waren, gegen die die Träger des Namens F[REDACTED] offensichtlich nichts unternommen hatten.

Gegenüber der Verwarnung durch den Kläger hat sich die Firma B[REDACTED] im Schreiben vom 19. Oktober 1957 auf den seit Anfang 1954 errungenen wertvollen Besitzstand berufen und gegenüber dem Verlangen des Klägers auf Löschung des Zeichens geltend gemacht, daß ein solcher Anspruch, vor allem auch im Hinblick auf die jahrzehntelange Duldung anderer Warenzeichen mit dem Namen F[REDACTED], verwirkt sei. Mit Rücksicht auf die angenommene Verwirkung hat die Firma B[REDACTED] in diesem Schreiben allerdings den Vorschlag gemacht, daß sie das Warenzeichen freiwillig löschen lasse, daß ihr aber die Weiterbenutzung der Bezeichnung "Die F[REDACTED]" für Qualitätszigarren in der bisherigen Art und Aufmachung ausdrücklich gestattet werde.

Wenn der Kläger auf diesen Vorschlag nahezu vier Jahre geschwiegen hat, dann kann es nicht als rechtsfehlerhaft angesehen werden, wenn das Berufungsgericht aus dem jahrelangen Schweigen im Zusammenhalt mit der Vorgeschichte den Schluß gezogen hat, der Kläger habe seine Ansprüche verwirkt. Das Landgericht hat hierzu mit Recht hervorgehoben, daß der Kläger durch sein Schweigen in zurechenbarer Weise bei der Firma B[REDACTED] die Erwartung veranlaßt habe, er werde gegen den Zeichengebrauch nicht mehr vorgehen, zumal die rechtlichen Einwendungen im vorangegangenen Schreiben nicht aus der Luft gegriffen gewesen seien und den Kläger hätten zum Einlenken veran-

lassen können. Das konnte um so eher angenommen werden, als es nicht unzweifelhaft war, ob mit dem Zeichen "Die F [REDACTED]" das Namensrecht des Klägers verletzt wurde.

Daß die Firma B [REDACTED] in ihrem Vergleichsvorschlag zum Entgegenkommen bereit war, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung; wollte man die Bereitschaft zu vergleichsweisen Nachgeben in dieser Weise zum Nachteil des Verletzters werten, so würden im Ergebnis Vergleichsverhandlungen weitgehend verhindert werden.

Entgegen der Auffassung der Revision ist auch nicht von entscheidender Bedeutung, daß der Kläger im Schreiben vom 5. September 1957 eine Aufbrauchsfrist von etwa 2 Jahren vorgeschlagen hatte, denn diesem Schreiben hatte die Zeicheninhaberin am 19. Oktober 1957 widersprochen und damit auch den Vorschlag einer bloßen Aufbrauchsfrist zurückgewiesen.

Demgegenüber kann die Revision nicht mit der Meinung durchdringen, eine Verwirkung sei deshalb ausgeschlossen, weil die Firma B [REDACTED] in einem vorhergehenden Schreiben das Bestehen des Klageanspruchs anerkannt habe. Mag auch in dem Schreiben der Firma B [REDACTED] vom 9. Februar 1957 zum Ausdruck kommen, daß sie vom Bestehen des Namensrechts des Klägers ausgehe, so hat sie sich jedenfalls am 19. Oktober 1957 auf Verwirkung berufen; diese setzt aber gerade voraus, daß ursprünglich in die Rechte des Klägers eingegriffen worden war.

4. Der Revision kann auch nicht darin gefolgt werden, daß die Beklagte keinen wertvollen Besitzstand erworben habe, weil keine Verkehrsgeltung ihres Warenzeichens nach-

gewiesen sei. Dabei ist übersehen, daß nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Erwerb einer Verkehrsgeltung durch den Verletzer nicht Voraussetzung des Verwirkungseinwands ist (BGHZ 21, 66, 78 - Hausbücherei; EGH GRUR 1958, 143 - Schwarzmänn; 1958, 606 - Kronenmarke; 1960, 137, 141 - Astra). Vielmehr genügt es, wenn der Verletzer durch eine länger andauernde, redliche und ungestörte Benutzung einer Bezeichnung einen Zustand geschaffen hat, der für ihn einen beachtlichen Wert verkörpert und der ihm deshalb nach Treu und Glauben erhalten bleiben muß, sofern der Verletzte diesen Zustand durch sein Verhalten ermöglicht hat. Daß das Berufungsgericht diese Voraussetzung angesichts der von der Beklagten mitgeteilten Umsätze - die der Kläger nicht substantiiert bestritten hat - mit den unter der Marke "Die F[REIHEIT]" vertriebenen Tabakwaren als gegeben angesehen hat, läßt keinen Rechtsfehler erschen. Dieser Besitzstand ist auch nicht nur, wie die Revision meint, in einem etwaigen Zuwachs der Umsätze nach der ersten Verwarnung zu erblicken, sondern er ergibt sich aus der Umsatzentwicklung seit der Ingebrauchnahme des strittigen Warenzeichens. Daß der von der Firma B[REIHEIT] GmbH erworbene Besitzstand nach der Zeichenübertragung der Beklagten zugute kommt, ist bereits dargelegt worden.

III. Da das angefochtene Urteil auch im übrigen keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Klägers erschen läßt, war dessen Revision mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Pehle

Sprenkman

Mösl

Alff

Merkel