

13
I ZR 95/60

Verkündet
am 13. Februar 1962
Zug, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

2518 057

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Verlag I [REDACTED] P [REDACTED] GmbH i.L., St [REDACTED],
vertreten durch den Liquidator Dr. I [REDACTED], St [REDACTED]-W,
F [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

die Firma Erich Z [REDACTED] Druck- und Verlagshaus Kommandit-
gesellschaft, B [REDACTED] [REDACTED], Zo [REDACTED] Straße [REDACTED],
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter
Robert Str [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofes auf die
mündliche Verhandlung vom 13. Februar 1962 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Prof. Dr. h. c. Wilde sowie
der Bundesrichter Dr. Krüger-Nieland, Dr. Spreng, Jung-
bluth und Pehle

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil
des 5. Zivilsenats des Kammergerichts in
Berlin vom 15. März 1960 wird zurückgewiesen.
Die Kosten der Revision werden der Beklagten
auferlegt, auch insoweit, als sich die Haupt-
sache in der Revisionsinstanz erledigt hat.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten um den Zeitschriftentitel "Deutsche Illustrierte". Die Klägerin hat geltend gemacht, die Beklagte verletze die von ihr vertraglich erworbenen Rechte an diesem Zeitschriftentitel. Sie hat beantragt, die Beklagte zur Unterlassung, Auskunftserteilung und Einwilligung in die Löschung der für die Beklagte in die Warenzeichenrolle eingetragenen Warenzeichen 655 077 und 655 078 zu verurteilen. Außerdem hat die Klägerin Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt.

Dem Rechtsstreit liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Aktiengesellschaft Verlag Dr. S. E. in B. gab seit dem Jahre 1925 die Wochenzeitschrift "Deutsche Illustrierte" heraus. Ihr Verlagsunternehmen übernahm im September 1936 der Verleger Erich Z. unter der Firma "Erich Z., Druck- und Verlagshaus". Die "Deutsche Illustrierte", die für 0,10 RM verkauft wurde, hatte in den Jahren 1938 und 1939 eine Auflage von über 1 Million Stück wöchentlich. Am 1. September 1944 mußte ihr Erscheinen auf Anordnung der Reichspressekammer eingestellt werden.

Nach dem Kriege verstarb Erich Z. in einem Konzentrationslager. Sein Verlag befand sich von 1945 bis zum 17. Mai 1949 unter Vermögenskontrolle gemäß Gesetz Nr. 52. Seit dem 1. Juni 1949 bildeten die Erben und Erbeserben Erich Z. die "Erich Z. Druck- und Verlagshaus Kommanditgesellschaft" (kurz: Z.-KG). Persönlich haftende Gesellschafterin war Maria Z.. Die Z.-KG führte das Unternehmen mit den Maschinen und Einrichtungen, die nach der Zerstörung des Verwaltungsgebäudes und der

- 3 -

Demontage der Maschinen übrig geblieben waren, als reinen Druckerei-Betrieb weiter.

Ende 1949 stellte die Z[REDACTED]-KG bei der amerikanischen Militärregierung einen Antrag auf Erteilung einer Verlagslizenz. Unter den vorgesehenen Verlagsgegenständen befand sich die "Deutsche Illustrierte". Der Antrag wurde am 23. Mai 1950 abgelehnt. Am 8. Mai 1952 beantragte die Z[REDACTED] KG die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens, das am 21. Oktober 1952 eröffnet wurde. Am 5. Januar 1953 wurde das Anschlußkonkursverfahren eröffnet.

Mit Wirkung vom 1. Juni 1954 gründeten Dr. Wolfgang Sch[REDACTED] als persönlich haftender Gesellschafter und seine Schwester Ilse Sch[REDACTED] als Kommanditistin die Klägerin, die mit der Z[REDACTED]-KG namensgleiche Erich Z[REDACTED] Druck- und Verlagshaus. Nach der handelsregisterlichen Anmeldung und Eintragung führt die Klägerin das Geschäft der Z[REDACTED]-KG unter Ausschluß der Haftung für die früheren Verbindlichkeiten fort. Gemäß Vertrag vom 22. Mai 1954 beteiligte sich die Z[REDACTED]-V[REDACTED] GmbH in H[REDACTED] an der Klägerin als stille Gesellschafterin. 1957 schieden die Geschwister Sch[REDACTED] aus der Klägerin aus. An ihre Stelle traten die Z[REDACTED]-V[REDACTED] GmbH als Kommanditistin und ihr Geschäftsführer Robert Streitberger als persönlich haftender Gesellschafter.

Die Beklagte gab seit 1946 eine illustrierte Wochenzeitschrift unter dem Titel "Schwäbische Illustrierte" zu einem Verkaufspreis von 0,50 DM heraus. Sie ließ diese Zeitschrift seit Heft Nr. 8/1952 vom 23. Februar 1952 mit dem Untertitel "Die Deutsche Illustrierte" und seit Heft Nr. 30/1952 vom 26. Juli 1952 nur noch mit dem Titel "Deutsche Illustrierte" erscheinen. Am 17. März 1954 wurden für



die Beklagte die am 29. März bzw. 19. Juli 1952 angemeldeten Wort- bzw. Bild-Warenzeichen 655 077 und 655 078 "Deutsche Illustrierte" in die Zeichenrolle beim Deutschen Patentamt eingetragen. Während der Titelumstellung stieg die Auflage der Zeitschrift von 260.000 auf 400.000 Stück. Mit Heft Nr. 7/1959 vom 14. Februar 1959 ließ die Beklagte ihre "Deutsche Illustrierte" letztmalig erscheinen. Mit Heft Nr. 8/1959 vom 21. Februar 1959 änderte die Bu- Druck- und Verlags-GmbH in Offenburg den Titel ihrer Wochenzeitschrift "Bunte Illustrierte" in "Bunte Deutsche Illustrierte". Beides geschah aufgrund einer Vereinbarung der Beklagten mit der Bu- Druck- und Verlags-GmbH, die die Vereinigung beider Zeitschriften zum Gegenstand hatte. Wegen der Benutzung dieses Titels führt die Klägerin einen Prozeß gegen die Bu- Druck- und Verlags-GmbH.

Mit Schreiben vom 23. April 1952 erklärte der Verlagsmakler Ra- der Beklagten, daß das Titelrecht der Z-KG zustehe, daß die Z-KG mit großen Schwierigkeiten kämpfe und wohl deshalb bisher keine Kenntnis von der Titelbenutzung durch die Beklagte erhalten habe und daß er sich anbiere zu versuchen, den Titel für die Beklagte zu erwerben. Mit Schreiben vom 6. Mai 1952 antwortete die Beklagte, daß die Bezeichnung lediglich als Untertitel erscheine und daß dagegen keinerlei Bedenken beständen. Ra- erwiderte am 26. Mai 1952, er sei nicht etwa von der Z-KG beauftragt gewesen, er habe der Beklagten nur helfen wollen. Die Z-KG habe inzwischen ihren Betrieb stillgelegt und das Vergleichsverfahren beantragt.

Am 15. Dezember 1952 schrieb die Z-KG der Beklagten, ihr sei durch Zufall die von der Beklagten verlegte Zeitschrift "Deutsche Illustrierte" in die Hände gefallen; sie bitte um Mitteilung, von wem die Beklagte den Titel erworben

habe, da diesor ein Verlagsobjekt ihres Hauses sei. Mit Schreiben vom 30. Dezember 1952 entgegnete die Beklagte, ihr sei bekannt, daß die Z[REDACTED]-KG vor vielen Jahren eine "Deutsche Illustrierte" verlegt habe, doch sei ihr neu, daß die Z[REDACTED]-KG die Zeitschrift wieder herausbringen wolle. 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 gegen die Z[REDACTED]-KG erwirken.

Mit Schreiben vom 11. Mai 1953 teilte der Konkursverwalter der Z[REDACTED]-KG, Ne[REDACTED], der Beklagten mit, daß über das Vermögen der Z[REDACTED]-KG das Konkursverfahren eröffnet sei, daß er gegen die Herausgabe der "Deutschen Illustrierten" Einspruch erhebe, sich Schadensersatzansprüche vorbehalte und bitte, ihm entsprechende Vorschläge zu unterbreiten, sofern der Beklagten an einer gütlichen Regelung gelegen sei. Die Beklagte erwiderte ^{am 29. Mai 1953} /ein Titelschutz komme nicht in Betracht, weil die Konkurseröffnung beweise, daß die Z[REDACTED]-KG nicht nur vorübergehend an dem Gebrauch des Titels behindert gewesen sei; der Titel sei nunmehr für sie geschützt; sie habe deshalb nicht die geringste Veranlassung, irgendwelche Vorschläge zu unterbreiten.

Am 27. Juli 1953 schrieb Radowitz mit Vollmacht des Konkursverwalters Ne[REDACTED] an die Beklagte, er wolle vorerst versuchen, die Angelegenheit in Güte und ohne Inanspruchnahme der Gerichte aus der Welt zu schaffen und bitte um Mitteilung, ob sie bereit sei, für das Verlags- und Titelrecht an der "Deutschen Illustrierten" eine Entschädigung zu zahlen. Mit Antwortschreiben ihres Rechtsanwalts Dr. K[REDACTED] vom 8. August 1953 lehnte die Beklagte unter Hinweis auf die nach ihrer Auffassung gegebene Sach- und Rechtslage insbesondere die bald zehnjährige Unterbrechung der Titel-

benutzung durch die Z[REDACTED]-KG, diese Bitte ab.

Auf ein Schreiben des Konkursverwalters vom 2. September 1953 erwiderte Rechtsanwalt Dr. K[REDACTED] am 22. September 1953, daß er dem Wunsche, die Beklagte zu einer Zahlung an die Konkursmasse zu veranlassen, nicht entsprechen könne; die Z[REDACTED]-KG habe ihr Titelrecht verloren, weil die Lizenzierung ihres Verlages abgelehnt worden sei und weil sie nicht die Möglichkeit wahrgenommen habe, die "Deutsche Illustrierte" in Westdeutschland, wo die Lizenzpflicht seit dem 21. September 1949 aufgehoben worden sei, herauszubringen, wie sie es im Falle der von ihr gleichfalls herausgegebenen "Eleganten Welt" getan habe; der Titel sei nunmehr für sie geschützt. Mit Schreiben vom 6. November 1953 antwortete Konkursverwalter Ne[REDACTED], daß er sich der Ansicht der Beklagten nicht anschließen könne, sich daher nachdrücklich gegen eine weitere Titelbenutzung verwahre und sich alle Rechte vorbehalte.

Mit notariellem Vertrag vom 4. Juni 1954 übertrugen Konkursverwalter Ne[REDACTED] und die Z[REDACTED]'schen Erben auf die inzwischen gegründete Klägerin die Firma und das Unternehmen der Z[REDACTED]-KG mit sämtlichen Geschäftsunterlagen sowie die Rechte auf Verlag und Herausgabe von nichttechnischen Zeitschriften mit dem Recht auf Führung und Ausnutzung dieser Zeitschriftentitel und der etwa entstandenen oder noch entstehenden Rechte gegen Verletzer dieser Rechte wegen Unterlassung, Schadensersatz, Rechnungslegung und Auskunftserteilung, jedoch ohne die sonstigen zur Befriedigung der Konkursgläubiger benötigten Aktiven (Grundbesitz, Maschinen, Debitoren), unter Ausschluß der Haftung für die früheren Verbindlichkeiten und mit dem Recht, Firma und Geschäft in den bisherigen Geschäftsräumen fortzusetzen. Dabei verpflichteten sich Konkursverwalter Ne[REDACTED]

und die Z[REDACTED]'schen Erben die Z[REDACTED]-KG, ihren Geschäftsbetrieb und ihre Firma nicht fortzuführen.

Mit weiterem notariellem Vertrag vom 4. Juni 1954 gab Konkursverwalter Ne[REDACTED] die übertragenen Gegenstände aus der Konkursmasse frei, da sie unverwertbar seien und sich für die Konkursmasse ein Gewinn hieraus in absehbarer Zeit ohne erhebliches Risiko und ohne Aufwendung erheblicher neuer, in der Konkursmasse nicht vorhandener Geldmittel nicht erzielen lasse und überließ der Klägerin die Rechtsverfolgung wegen der Ansprüche gegen die Beklagte aus der Verletzung des Rechts am Titel der "Deutschen Illustrierten" (§ 1). Dafür hatte die Klägerin an Konkursverwalter Ne[REDACTED] zur Verteilung an die Konkursgläubiger zu zahlen 40.000,-- DM sowie 10 % der etwaigen "Netto-Erlöse" aus der Rechtsverfolgung oder irgendeiner Verwertung des Titels "Deutsche Illustrierte" abzüglich der Kosten der Rechtsverfolgung, der etwaigen Steuern, der 40.000,-- DM, der den Zander'schen Erben zur Verfügung gestellten Beträge - nach Behauptung der Klägerin 5.000,-- DM -, aller sonstigen mit dem Erwerb in Zusammenhang stehenden Aufwendungen und der Gehaltsaufwendungen für die Tätigkeit Maria Z[REDACTED] als Geschäfts- und Schriftführerin bei der Klägerin (§ 2).

Mit schriftlichem Vertrag vom 4. Juni 1954 verpflichtete sich die Klägerin gegenüber den Z[REDACTED]'schen Erben u.a., wegen der Herausgabe der "Deutschen Illustrierten" einen Prozeß gegen die Beklagte einzuleiten (§ 1) und den Z[REDACTED]'schen Erben 45 % der aus der Rechtsverfolgung oder irgendeiner Verwertung des Titels erzielten Entschädigungen oder Vorteile zu zahlen abzüglich der Kosten der Rechtsverfolgung, der etwaigen Steuer, der dem Konkursverwalter Ne[REDACTED] (40.000,-- DM) und den Zander'schen Erben (5.000,-- DM) zur

Verfügung gestellten Beträge, aller sonstigen mit dem Erwerb im Zusammenhang stehenden Aufwendungen und der Gehaltsaufwendungen für die Tätigkeit Maria Z[REDACTED] als Geschäfts- und Schriftführerin bei der Klägerin (§ 2). Für den Fall, daß die Klägerin selbst oder durch einen Teilhaber oder Rechtsnachfolger eine "Deutsche Illustrierte" herausgibt, sollte sie den Z[REDACTED]'schen Erben nach Maßgabe eines beigefügten Berechnungsbeispiels pro Monat für jedes Exemplar, das die durchschnittliche wöchentliche Druckauflage von 300.000 Stück übersteigt, eine Lizenzgebühr von einem Pfennig zahlen (§ 4). Zur Herausgabe einer "Deutschen Illustrierten" oder der übrigen Zeitschriften sollte die Klägerin oder ihr Rechtsnachfolger jedoch nicht verpflichtet sein (§ 3 Abs.2).

Zur Begründung ihres Klagebegehrens hat die Klägerin im wesentlichen geltend gemacht:

Sie habe rechtswirksam die Rechte der Z[REDACTED]-KG am Titel "Deutsche Illustrierte" erworben. Diese Rechte seien auch nicht untergegangen, weil sie von ihrer Rechtsvorgängerin vorübergehend nicht ausgeübt worden seien. Diese habe niemals die Absicht aufgegeben, die Wochenzeitschrift mit dem früheren Titel wiedererscheinen zu lassen. Trotz ständiger Bemühungen seien erst seit Ende 1954 die Voraussetzungen für eine Neuherausgabe gegeben gewesen. Das einzige Hindernis habe dann in der unbefugten Titelbenutzung durch die Beklagte gelegen.

Die Beklagte hat demgegenüber zunächst eingewandt, die Veräußerung des Unternehmens der Z[REDACTED]-KG mit Firma und Titulrechten an die Klägerin sei nichtig, weil sie gegen den Konkurszweck und gegen die guten Sitten verstoßen habe. Darüber hinaus hat die Beklagte die Auffassung vertreten,

die von der Klägerin geltend gemachten Rechte seien erloschen. Die Verkehrsgeltung des alten Titels bestehe infolge langjähriger Nichtbenutzung nicht mehr; auch habe die Z[REDACTED]-K[REDACTED] den Titel nicht mehr benutzen wollen und können. Die Klägerin habe den Titel nicht erworben, um ihn für eine Zeitschrift zu verwenden, sondern nur, um ihn der Beklagten im Interesse der Z[REDACTED]-V[REDACTED] GmbH und der mit dieser verknüpften N[REDACTED]-Verlag GmbH, der Herausgeberin der illustrierten Wochenzeitschrift "S[REDACTED]", streitig machen zu können. Schließlich hat sich die Beklagte noch darauf berufen, 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 mit Urteil vom 15. Juni 1955 die Klage abgewiesen. Die dagegen von der Klägerin eingelegte Berufung wurde mit Urteil des Kammergerichts vom 2. Oktober 1955 zurückgewiesen. Auf die Revision der Klägerin hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 11. Juli 1958 (abgedruckt u. a. in GRUR 1959, 45) das Urteil des Kammergerichts aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Nach erneuter Verhandlung und nach Beweisaufnahme hat das Kammergericht mit Urteil vom 15. März 1960 die Beklagte den Klageanträgen gemäß verurteilt. Gegen dieses Urteil richtet sich die hier zur Entscheidung stehende Revision der Beklagten.

Nach Revisionseinlegung sind die Warenzeichen 655 077 und 655 078 auf Antrag der Beklagten in der Warenzeichenrolle gelöscht worden. Im Termin zur mündlichen Verhandlung über die Revision gab die Beklagte vor Eintritt in die mündliche Verhandlung eine den Unterlassungsanspruch betreffende Unterlassungsverpflichtung ab. Die Klägerin er-

klärte daraufhin ohne Widerspruch der Beklagten den Rechtsstreit hinsichtlich der Anträge auf Unterlassung und auf Einwilligung in die Löschung der Warenzeichen für erledigt. Die Beklagte beantragte nunmehr, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen, soweit die Sache noch nicht erledigt ist. Die Klägerin bat um Zurückweisung der Revision. Beide Streitparteien beantragten, die gesamten Kosten des Rechtsstreits der Gegenseite aufzuerlegen.

Entscheidungsgründe:

In der Revisionsinstanz ist, nachdem der Streit über den Unterlassungsanspruch und über den Anspruch auf Einwilligung in die Löschung der Warenzeichen für erledigt erklärt ist, darüber zu entscheiden, ob die auf Feststellung der Schadensersatzpflicht und auf Auskunftserteilung gerichteten Klaganträge begründet sind und wen die durch die erledigten Anträge verursachten Kosten treffen. Die letztere Entscheidung ist gemäß § 91 a ZPO unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstands im Zeitpunkt der Erledigungserklärung nach billigem Ermessen zu treffen. Es ist daher auch auf die in der Hauptsache erledigten Klagansprüche einzugehen.

A) Unterlassungsanspruch

- I. Das Berufungsgericht befaßt sich zunächst mit dem Einwand der Beklagten, sämtliche Klageansprüche seien jedenfalls schon deshalb unbegründet, weil die Übertragungsverträge vom 4. Juni 1954 nichtig seien und die Beklagte daher keine Rechte von der Zander-KG erworben habe. Der Berufungsrichter prüft insbesondere unter den rechtlichen Gesichtspunkten der §§ 134, 138 BGB, ob die Veräußerung des Unternehmens der Zander-KG einschließlich Zeitschriftentitel

dem Konkurszweck offenbar zuwiderlief. Nach Auffassung des Berufungsrichters sind Bedenken gegen die Rechtswirksamkeit der Veräußerung jedoch nicht zu erheben. In den Ausführungen des Berufungsgerichts ist ein Rechtsfehler nicht erkennbar; die Revision hat auch insoweit nichts geltend gemacht.

In der mündlichen Verhandlung hat die Revision noch eingewandt, die Veräußerung sei unwirksam, weil eine "Leerübertragung" des Zeitschriftentitels vorliege. Dieser Einwand ist jedoch schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil das Berufungsgericht in tatrichterlicher Würdigung ohne Rechtsverstoß festgestellt hat, daß eine Übertragung des Unternehmens mit dem Titel und nicht nur eine Übertragung des Titels allein stattgefunden hat (vgl. Berufungsurteil S. 18 ff).

Auf den weiteren Einwand der Revision, bei der Veräußerung handele es sich um ein Scheingeschäft, ist später unter II 2 einzugehen.

II. Das Berufungsgericht erörtert dann, ob die Klägerin für den Titel den Schutz des § 16 Abs. 1 UWG beanspruchen kann.

1. Es prüft zunächst, ob die nach § 16 Abs. 1 UWG erforderliche Unterscheidungskraft des Titels zu bejahen ist. Hierbei geht das Berufungsgericht im Einklang mit dem früheren Revisionsurteil des Senats von der Auffassung aus, daß sich der Titel "Deutsche Illustrierte" lediglich aus nicht kennzeichnenden Gattungsbegriffen zusammensetzt und daher aufgrund des § 16 Abs. 1 UWG nur dann geschützt ist, wenn ein nicht unbeträchtlicher Teil der beteiligten Verkehrskreise in ihm den Hinweis auf eine bestimmte Zeitschrift erblickt. Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Titel in den Jahren 1925 bis zur Einstellung der Zeitschrift da

die Reichspressekammer am 1. September 1944 Verkehrsgeltung in diesem Sinne besessen habe und daß diese Verkehrsgeltung infolge der hohen Auflage in den beiden letzten Jahren vor dem Kriege sogar als ungewöhnlich stark angesehen werden müsse. Im Anschlusse hieran trifft der Berufungsrichter mit eingehender Begründung die Feststellung, daß der Titel diese Verkehrsgeltung auch noch besaß, als die Beklagte ihre ursprünglich mit "Schwäbische Illustrierte" bezeichnete Zeitschrift seit Heft Nr. 8/1952 vom 23. Februar 1952 mit dem Untertitel "Die Deutsche Illustrierte" und seit Heft Nr. 30/1952 nur noch mit dem Titel "Deutsche Illustrierte" erscheinen ließ.

Das Berufungsgericht prüft alsdann, ob diese Verkehrsgeltung auch noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (16. Februar 1960) bestand. Dies werde, so führt das Berufungsgericht aus, bezweifelt werden müssen. Denn inzwischen sei die Zeitschrift der Beklagten 7 Jahre lang bis zum Februar 1959 in stärkerer Auflage erschienen (Ende 1952 bis Mitte 1955 in einer Druckauflage von 400.000 Stück und in einer verbreiteten Auflage von 350.000 Stück wöchentlich). Das habe zur Folge gehabt, daß die maßgebenden Verkehrskreise ihre Erinnerung an die alte "Deutsche Illustrierte" der Z[REDACTED]-KG weitgehend verloren hätten und im übrigen nicht mehr geneigt seien, an ein Wiedererscheinen der alten "Deutschen Illustrierten" der Z[REDACTED]-KG zu glauben. Das Berufungsgericht ist jedoch der Auffassung, die Beklagte dürfe sich auf das Erlöschen der Verkehrsgeltung nicht berufen, weil sie selbst diesen Verlust durch ihre widerrechtliche Benutzung des Titels bewirkt habe. Es müsse angenommen werden, daß die Verkehrsgeltung der alten "Deutschen Illustrierten" ohne das Erscheinen der neuen "Deutschen Illustrierten" erhalten geblieben wäre. Mindestens bis Ende 1955 hätte, so führt das Berufungs-

gericht aus, die Verkehrsgeltung des Titels der alten Zeitschrift ohne weiteres fortbestanden. Noch vor Ablauf dieser Zeit hätte aber die Klägerin, nachdem sie das Titelrecht inzwischen erworben hatte, die Zeitschrift wieder unter dem alten Titel herausbringen und damit die Verkehrsgeltung des Titels aufrechterhalten können. Daran sei sie nur durch die Beklagte gehindert worden. Denn solange die Beklagte mit ihrer "Deutschen Illustrierten" auf dem Zeitschriftenmarkt aufgetreten und solange die Frage der Berechtigung dieser Titelbenutzung nicht gerichtlich geklärt gewesen sei, sei es der Klägerin nicht zuzumuten gewesen, mit der Wiederherausgabe zu beginnen. Sie sei sonst Gefahr gelaufen, die hierzu erforderlichen großen Geldmittel zu verlieren und sonstige Verluste zu erleiden. Die Beklagte habe zwar das Erscheinen ihrer "Deutschen Illustrierten" seit Februar 1952 eingestellt. Sie habe aber ihre Zeitschrift mit der von der Burda Verlag- und Druck-GmbH herausgegebenen "Bunten Illustrierten" zur "Bunten Deutschen Illustrierten" vereinigt. Damit sei durch das Verhalten der Beklagten ein neues Hindernis aufgetreten, um dessen Beseitigung sich die Klägerin bemühe, indem sie jetzt auch gegen die Burda-Druck- und Verlag-GmbH auf Unterlassung klage. Die Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe ohnehin niemals die Absicht gehabt, die "Deutsche Illustrierte" wieder herauszugeben, zumindest hätte sie diese Absicht angesichts der fortbestehenden Schwierigkeiten nicht ausführen können, treffe nicht zu.

Die Angriffe der Revision richten sich zunächst gegen die Feststellung des Berufungsgerichtes, der Titel "Deutsche Illustrierte" habe noch im Frühjahr 1952 für die bis zum Jahre 1944 herausgegebene alte Zeitschrift

Verkehrsgeltung besessen. Die Revision meint, das Berufungsgericht setze sich mit seiner Auffassung, die Erinnerung der beteiligten Verkehrskreise dauere noch solange fort, wie ein nicht unbeträchtlicher Teil der damaligen Leser am Leben sei, in Widerspruch zu der allgemeinen Erfahrungstatsache, daß das menschliche Erinnerungsvermögen nicht unbegrenzt ist. Selbst stärkste Eindrücke würden, so meint die Revision, im Laufe der Jahre immer mehr im Gedächtnis verblassen und ständig durch neue überlagert. Für den Grad der Verkehrsgeltung sei es ferner sehr wesentlich, daß durch das Heranwachsen der jüngeren Generation eine ständige Verschiebung innerhalb der beteiligten Verkehrskreise statfinde. Das Berufungsgericht habe daher den Antrag der Beklagten nicht übergehen dürfen, das Gutachten eines Meinungsforschungsinstitutes darüber einzuholen, daß im Frühjahr 1952 die alte "Deutsche Illustrierte" beim Publikum in Vergessenheit geraten sei und somit keine ausreichende Unterscheidungskraft mehr besessen habe. Die Revision bittet in diesem Zusammenhang auch um Prüfung der Frage, ob das Berufungsgericht zu Recht von der Vernehmung des als Zeugen benannten Assessors Vi[REDACTED] habe absehen dürfen. Schließlich greift die Revision noch die Auffassung des Berufungsgerichtes an, die Beklagte dürfe sich auf den späteren Fortfall der Verkehrsgeltung nicht berufen.

Den Angriffen der Revision muß jedoch der Erfolg versagt bleiben.

Das Berufungsgericht hat zunächst ohne Rechtsverstoß festgestellt, daß der Titel "Deutsche Illustrierte" im Jahre 1944 ungewöhnlich starke Verkehrsgeltung besaß. Insoweit hat auch die Revision nichts geltend gemacht. Es läßt

aber auch die Feststellung, daß diese Verkehrsgeltung noch im Jahre 1952, d.h. in dem Zeitpunkt bestand, als die Beklagte erstmalig ihre Zeitschrift mit dem streitigen Titel erscheinen ließ, einen Rechtsfehler nicht erkennen. Wenn das Berufungsgericht diese Auffassung dann begründet hat, die Erinnerung der maßgebenden Verkehrskreise - Zeitschriftengroßhändler, Kleinhändler, Lesezirkel und Zeitschriftenleser - an eine Zeitschrift mit sehr starker Verkehrsgeltung dauere so lange, wie ein nicht unbeträchtlicher Teil der damaligen Leser und Interessenten noch lebe, und wenn es anschließend feststellt, dieser Kreis sei 1952 immer noch beträchtlich gewesen, so läßt sich dies aus Rechtsgründen nicht beanstanden. Der Berufungsrichter hat damit nicht, wie die Revision meint, an die Stelle der notwendigen tatsächlichen Feststellungen eine Hypothese gesetzt. Seine Ausführungen sind vielmehr bei unbefangener Würdigung als Feststellung zu werten, daß im Jahre 1952 ein beträchtlicher Teil der infrage kommenden Verkehrskreise in den ihm noch bekannten Zeitschriftentitel "Deutsche Illustrate" den Hinweis auf eine bestimmte Zeitschrift erblickt hat. Gegen diese im wesentlichen auf dem Gebiete tatsächlicher Würdigung liegende Feststellung lassen sich aus Rechtsgründen Bedenken nicht erheben. Insbesondere sind Bedenken nicht daraus herzuleiten, daß das Berufungsgericht aufgrund eigener Kenntnis die Fortdauer der Verkehrsgeltung im Sinne einer individualisierenden Unterscheidungskraft als offenkundig festgestellt hat. Die Feststellung des Berufungsgerichtes steht bei der hier zu Kriegsende gegebenen sehr starken Verkehrsgeltung des Titels im Einklang mit der Lebenserfahrung. Besondere Gesichtspunkte, die die Auffassung des Berufungsgerichtes als bedenklich erscheinen lassen könnten mit der Folge,

daß es aus Rechtsgründen zur Einholung sachverständigen Rates verpflichtet gewesen wäre, sind nicht ersichtlich. Aus den vom Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß - wenn auch unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkte - getroffenen weiteren Feststellungen ergibt sich im Gegenteil, daß der in erster Linie infrage kommende Kreis der Zeitschriftenleser aufgrund der ihm bekannten allgemeinen kriegs- und nachkriegsbedingten Maßnahmen (Einstellung des Erscheinens aufgrund Anordnung der Reichspressekammer, Vermögenskontrolle gemäß Gesetz Nr. 52, Lizenzierungszwang) das Nichterscheinen als vorübergehend betrachtete und sich auch deshalb das Erinnerungsbild bewahrte. Nicht anders als im Falle eines beantragten Sachverständigenbeweises (vgl. BGH Nr. 10 zu § 286 (C) ZPO, BGH GRUR 1961, 189, 191 - Rippenstreckmetall, BGH GRUR 1961, 193, 195 - Medaillenwerbung) war das Berufungsgericht daher nicht verpflichtet, auf den von der Beklagten gestellten, auf eine Verkehrsumfrage abzielenden Beweisantrag einzugehen. Zudem ging dieser Beweisantrag dahin (Schriftsatz der Beklagten vom 1. Februar 1960 S. 3), daß im Jahre 1952 ein nicht unbeträchtlicher Kreis des Verkehrs sich der alten "Deutschen Illustrierten" nicht mehr entsonnen habe. Bei solchem Beweisergebnis aber wäre nicht auszuschließen gewesen, daß ein anderer nicht unbeträchtlicher Teil des Verkehrs im Titel den Hinweis auf die alte Zeitschrift erblickte. Das Berufungsgericht hat den § 286 ZPO auch nicht dadurch verletzt, daß es von der Vernehmung des Assessors Vi [REDACTED], des Hauptgeschäftsführers des Verbandes Deutscher Zeitschriftenverleger, mit der Begründung absah, die Beklagte habe trotz Befragung keine näheren Einzel Tatsachen angeben können, die sie in das Wissen des Zeugen stelle. Unter diesen Umständen war der Beweisantrag als Antrag auf Vernehmung eines Sachverständigen

aufzufassen, dem das Berufungsgericht aus den erörterten Gründen jedoch nicht stattzugeben brauchte. Schließlich hat das Berufungsgericht auch ohne Rechtsverstoß Bedenken gegen die Fortdauer der Verkehrsgeltung im Zeitpunkt der Inbenutzungnahme des Titels durch die Beklagte weder aus den Auskünften der Fachverbände und der Industrie- und Handelskammern noch aus der vorübergehenden Benutzung des Titels durch zwei andere Verlage in den Jahren 1949 und 1950 hergeleitet. Nach alledem kann der Auffassung des Berufungsgerichtes, die für den Titelschutz notwendige Unterscheidungskraft habe im Jahre 1952 bestanden, aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden.

Entgegen der Meinung der Revision kann auch der Auffassung des Berufungsgerichtes, die Beklagte könne sich nicht darauf berufen, der von der Z-KG benutzte Titel habe im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung Verkehrsgeltung im Sinne einer individualisierenden Unterscheidungskraft nicht mehr besessen, aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Dabei kann dahinstehen, ob, wie die Revision meint, auszuschließen ist, daß der Verlust der Verkehrsgeltung aufgrund der von der Beklagten mit dem gleichen Titel betriebenen Werbung eingetreten ist. Auf die damit in Zusammenhang stehenden Ausführungen der Revision braucht daher nicht eingegangen zu werden. Auszugehen ist vielmehr von der Feststellung des Berufungsgerichtes, die Verkehrsgeltung des Titels der alten Zeitschrift hätte mindestens bis Ende 1955 fortbestanden. Diese Feststellung begegnet - jedenfalls hinsichtlich eines nicht unbeträchtlichen Teiles der infrage kommenden Verkehrskreise - aus Rechtsgründen keinen Bedenken. Das Berufungsgericht konnte sie ebenso wie die Feststellung der Fortdauer der Verkehrsgeltung

für das Jahr 1952 ohne Verfahrensverstöß aufgrund eigener Sachkunde treffen. Sie widerspricht im Hinblick auf die vom Berufungsgericht für das Kriegsende festgestellte ungewöhnlich starke Verkehrsgeltung und den bis zum Jahre 1955 in Berlin bestehenden Lizenzzwang auch nicht der Lebenserfahrung. Die Revision rügt zwar unter Berufung auf § 286 ZPO, das Berufungsgericht habe seine Auffassung nicht auf das von der Klägerin vorgelegte Privatgutachten Me[REDACTED] stützen dürfen. Diese Rüge muß jedoch schon deshalb erfolglos bleiben, weil es sich insoweit nur um zusätzliche Ausführungen des Berufungsgerichtes handelt, die für seine Auffassung nicht tragend waren. Das Berufungsgericht hat dieses Privatgutachten ersichtlich nur zur Unterstützung seiner ohnedies aus eigener Sachkunde gewonnenen Überzeugung herangezogen. Die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichtes kann daher durch die Verfahrensrüge schon aus diesem Grunde nicht zu Fall gebracht werden. Der Revision kann auch nicht zugegeben werden, das Berufungsgericht habe aufgrund der Auskünfte der Industrie- und Handelskammern und der Fachverbände zu einer anderen Auffassung kommen müssen. Dafür, daß das Berufungsgericht diese Auskünfte bei seiner hier behandelten Feststellung nicht berücksichtigt habe, bestehen keine Anhaltspunkte. Wenn es diesen auf die Frage der Durchsetzung des von der Beklagten verwendeten Titels im Verkehr abgestellten Auskünften keine Bedeutung für die Frage der Fortwirkung der Verkehrsgeltung des alten Titels beigemessen hat, ist dies nicht zu beanstanden. Eine 1953 dem neuen Titel der Beklagten etwa erwachsene Verkehrsgeltung hätte überdies, wie der Senat in seinem früheren Revisionsurteil (S. 13) ausgeführt hat, nicht einmal als Beweisanzeichen dafür gelten können, daß Anfang 1953 die Unterscheidungskraft

des alten Titels bereits verloren gegangen war. Dabei sei noch darauf hingewiesen, daß der Deutsche Industrie- und Handelstag in seinem Schreiben vom 9. Juni 1953 an das Deutsche Patentamt ausgeführt hat, die Einstellung der Leserschaft zu der von ihm veranstalteten Umfrage sei nach den Berichten des Zeitschriftenhandels offenbar deshalb nicht uneingeschränkt positiv, weil die Erinnerung an den früheren B[] Z[]-Verlag, der seinerzeit die "Deutsche Illustrierte" zum Preise von 10 Pfennig herausgebracht habe, noch wach sei.

Auch die vom Berufungsgericht im Anschluß an seine gekennzeichnete Feststellung getroffenen tatrichterlichen Erwägungen, die Klägerin hätte noch vor Ende 1955 die Zeitschrift wieder unter dem alten Titel herausbringen und damit die Verkehrsgeltung des Titels aufrechterhalten können, und sie sei daran durch die Beklagte gehindert worden, sind rechtlich nicht zu beanstanden. Insbesondere ist es nicht rechtsfehlhaft, wenn das Berufungsgericht meint, solange die Beklagte mit ihrer "Deutschen Illustrierten" auf dem Zeitschriftenmarkt aufgetreten und solange die Berechtigung dieser Titelbenutzung gerichtlich nicht geklärt gewesen sei, hätte es der Klägerin nicht zugemutet werden können, mit der Herausgabe zu beginnen, weil sie sonst Gefahr gelaufen wäre, die hierzu erforderlichen Geldmittel zu verlieren und sonstige Verluste zu erleiden. Dabei hat das Berufungsgericht mit Recht auch dem Umstand, daß die Beklagte das Erscheinen ihrer "Deutschen Illustrierten" seit Februar 1959 eingestellt hat, keine Bedeutung beigemessen, weil sie nach den Feststellungen des Berufungsgerichtes ihre Zeitschrift mit der von der Bu[] Verlag- und Druck-GmbH herausgegebenen "Bunten Illustrierten" zur "Bunten Deut-

schen Illustrierten" vereinigt hatte. Das Berufungsgericht hat dies ohne Rechtsverstoß als neues, durch das Verhalten der Beklagten verursachtes Hindernis aufgefaßt. Nach alledem ist es nicht rechtsfehlend, wenn das Berufungsgericht unter diesen Umständen der Beklagten die Berufung auf das Fehlen einer ausreichenden Unterscheidungskraft des alten Titels im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung versagt hat. Eine solche Berufung widerspricht unter den obwaltenden Umständen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

Es ist daher der Ansicht des Berufungsgerichtes zuzustimmen, daß die Klägerin hinsichtlich des Fortbestandes der Verkehrsgeltung im Zeitpunkt der letzten Tatsachenverhandlung so gestellt werden muß, als habe diese Verkehrsgeltung zu diesem Zeitpunkt noch bestanden.

2. Das Berufungsgericht prüft weiter, ob die für einen Kennzeichenschutz nach § 16 Abs. 1 UWG erforderliche Voraussetzung, daß der Berechtigte sich der besonderen Bezeichnung, die geschützt werden soll, bedient, im vorliegenden Falle gegeben ist.

Grundsätzlich muß ein Zeitschriftentitel, der Schutz nach § 16 Abs. 1 UWG genießen will, mit einer noch bestehenden Zeitschrift verknüpft sein. Der Schutz geht verloren, wenn die unter dem Titel entfaltete Tätigkeit endgültig eingestellt worden ist und der Titel fortan im geschäftlichen Verkehr nicht mehr verwendet wird (BGH GRUR 1960, 346, 348 - Naher Osten). Nach den Grundsätzen, die von der Rechtsprechung namentlich für die Kriegs- und Nachkriegszeit entwickelt worden sind, braucht der Kennzeichenschutz jedoch nicht verloren zu gehen, wenn die Herausgabe der Zeitschrift nur vorüber-

gehend eingestellt wird. Eine solche unschädliche vorübergehende Nichtbenutzung ist anzunehmen, wenn der Geschäftsbetrieb des Verlegers oder doch jedenfalls der der Herausgabe der Zeitschrift dienende Teil des Geschäftsbetriebes nur zeitweilig stillgelegt wird, in seinem wesentlichen Bestand jedoch erhalten bleibt, und wenn die Absicht und die Möglichkeit besteht, ihn innerhalb eines solchen Zeitraumes fortzusetzen, daß die Stilllegung und der dadurch bedingte Nichtgebrauch des Titels noch als vorübergehende Unterbrechung erscheinen kann (BGH GRUR 1959, 541, 542 - Nußknacker m.w.Nachw. aus der Rechtsprechung). Die bloße Absicht der Wiederaufnahme genügt also nicht, um den Kennzeichenschutz trotz der Einstellung des Betriebes fort dauern zu lassen. Es muß auch die tatsächliche Möglichkeit vorhanden sein, diese Absicht so rechtzeitig zu verwirklichen, daß die Betriebsunterbrechung nach der Verkehrsanschauung noch als vorübergehend angesehen werden kann (BGH aaO).

Das Berufungsgericht hat diese Rechtsgrundsätze, auf die auch im früheren Revisionsurteil hingewiesen worden war, jedenfalls in den entscheidenden Punkten nicht verkannt, mag auch seinen Ausführungen in der Begründung des angefochtenen Urteils nicht in allen Einzelheiten zuzustimmen sein. Es hat im Rahmen einer ausführlichen Begründung (S. 29 - 37) festgestellt, daß sowohl die Z--KG bzw. ihr Konkursverwalter als auch die Klägerin die Absicht und die Möglichkeit hatten, die "Deutsche Illustrierte" wiedererscheinen zu lassen. Es hat weiter festgestellt (insbesondere Seiten 24 - 27), daß die beteiligten Verkehrskreise mit einem Wiedererscheinen der Zeitschrift mindestens bis Ende 1955 rechnen und die Unterbrechung sonach bis zu diesem Zeitpunkt als vorübergehend ansehen konnten. Für die folgende Zeit

hat das Berufungsgericht die Auffassung vertreten, die Beklagte könne sich darauf, daß der Verkehr mit dem Wiedererscheinen der Zeitschrift später nicht mehr gerechnet habe, nicht berufen, weil das Wiedererscheinen zu einem Zeitpunkt, zu dem die Unterbrechung nach der Verkehrsanschauung noch als vorübergehend angesehen werden konnte, durch das Verhalten der Beklagten verhindert worden sei. Solange die "Deutsche Illustrierte" der Beklagten bzw. die "Bunte Deutsche Illustrierte" auf dem Markte gewesen und die Rechtslage nicht geklärt gewesen sei, habe es der Beklagten nicht zugemutet werden können, mit der Wiederherausgabe zu beginnen.

Die Revision greift die Begründung des Berufungsgerichtes insoweit an, als das Berufungsgericht die Auffassung vertreten hat, die jetzige Klägerin habe die Absicht und die Möglichkeit gehabt, die Benutzung des Zeitschriftentitels "Deutsche Illustrierte" innerhalb eines solchen Zeitraumes fortzusetzen, daß die Stilllegung noch als vorübergehende Unterbrechung erscheinen konnte. Den Angriffen der Revision muß jedoch der Erfolg versagt bleiben. Die Beurteilung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht läßt auch insoweit einen Rechtsfehler nicht erkennen.

Die Revision rügt zunächst, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß die Klägerin nach ihrem eigenen Vortrag nur eine Tarnungs- und Auffangsgesellschaft des Z-V sei. Da eine solche Gesellschaft, wie schon die Bezeichnungen besagten, niemals einen eigenen Geschäftsbetrieb unterhalten solle, ihr Zweck vielmehr darin bestehe, als Strohmann eines anderen Unternehmens aufzutreten, auf das später die von Dritten erworbenen Rechte weiter übertragen würden, habe es bereits bei

Abschluß des Vertrages mit dem alten Z-Verlag an den für die Titelübertragung notwendigen Voraussetzungen gefehlt. Nur wenn der Erwerber ein Unternehmen mit einem eigenen Geschäftsbetrieb unterhalten solle, könne eine rechtswirksame Übertragung stattfinden.

Das Berufungsgericht hat jedoch entgegen der Meinung der Revision nicht übersehen, daß die Klägerin von dieser selbst im Rechtsstreit als "Tarnungs- und Aufangsgesellschaft" des Z-V bezeichnet worden war. Die Klägerin hatte dies nicht nur selbst vorgetragen, die Treuhänderschaft der Klägerin ergab sich auch aus dem vorgelegten Vertragswerk, insbesondere aus § 5 des privatschriftlichen Vertrages vom 22. Mai 1954. Das Berufungsgericht hat demgemäß im angefochtenen Urteil ausdrücklich festgestellt, daß die Klägerin Treuhänderin der Z-V GmbH war (vgl. u.a. S. 36 der Urteilsbegründung). Der Berufungsrichter hat auch mit Recht angenommen, daß trotz der Kenntnis des Veräußerers d.h. des Konkursverwalters und der Z'schen Erben von der Treuhänderschaft ("Strohmanneigenschaft") der Klägerin gegen die Wirksamkeit der Veräußerung des Unternehmens der alten Z-KG einschließlich des Rechtes auf die Benutzung des Zeitschriftentitels Bedenken nicht zu erheben sind. Selbst wenn davon auszugehen wäre, daß die von der Klägerin erworbenen Rechte später auf die Z-V GmbH übertragen werden sollten und dem Veräußerer dies bekannt war, könnte dies der Rechtswirksamkeit der Veräußerung an die Klägerin nicht entgegenstehen. Ein Scheingeschäft liegt, wie die Revision anzunehmen scheint, nicht stets dann vor, wenn der Vertragsgegner des Strohmannes dessen Stellung als Strohmann kennt. Der Strohmann wird vielmehr auch solchen-

falles, wenn es sich um ein ernstgemeintes Geschäft handelt, Eigentümer der veräußerten Sachen und Inhaber der übertragenen Rechte (BGH NJW 1959, 332, 333). Dafür aber, daß die Übertragung der für die Fortführung des Zeitschriftenbetriebes erforderlichen Bestandteile des Betriebes der alten Z[REDACTED]-KG auf die Klägerin nicht ernst gemeint gewesen sei, bestehen keinerlei Anhaltspunkte. Der Inhalt der Verträge spricht vielmehr gegen eine solche Annahme. Überdies kann der Revision auch nicht zugegeben werden, daß aus der Verwendung des Ausdrucks "Tarnungs- und Auffangsgesellschaft" geschlossen werden müßte, die Klägerin selbst habe niemals einen eigenen Geschäftsbetrieb unterhalten sollen. Ob ein solcher Schluß in dem hier erörterten Zusammenhang überhaupt von rechtlicher Bedeutung wäre, kann dahinstehen. Im Hinblick auf die in den Verträgen vom 4. Juni 1954 getroffenen Vereinbarungen läßt er sich jedenfalls aus der im Rechtsstreit in anderem Zusammenhang erfolgten Verwendung des Ausdrucks "Tarnungs- und Auffangsgesellschaft" durch die Klägerin allein nicht herleiten.

Die Revision rügt unter Berufung auf § 286 ZPO weiter, das Berufungsgericht habe das ihm vorliegende umfangreiche Beweismaterial nicht ausreichend verwertet. Bei ausreichender Berücksichtigung habe es zu dem Ergebnis gelangen müssen, daß es an einer ernsten Absicht der Klägerin und des hinter ihr stehenden Z[REDACTED]-V[REDACTED], die alte "Deutsche Illustrierte" wieder herauszugeben, gefehlt habe.

Aus den ausführlichen Darlegungen des Berufungsgerichtes zu der hier in Rede stehenden Frage (Berufungsurteil S. 33 - 35) ergibt sich indessen, daß der Berufungs-

richter eine sachentsprechende Beweiswürdigung vorgenommen hat. Er hat sich insbesondere auch eingehend mit der Aussage der Zeugin Schloß, auf die sich die Revision in besonderem Maße bezogen hat, auseinandergesetzt und u.a. festgestellt, diese Zeugin habe die Behauptung der Beklagten nicht bestätigt, die Klägerin habe mit den Verträgen vom 4. Juni 1954 das Recht am Titel "Deutsche Illustrierte" nicht erworben, um den Titel für eine Zeitschrift zu verwenden, sondern nur, um ihn im Interesse der Z-V GmbH und der hinter dieser stehenden N-Verlag GmbH ("S") der Beklagten streitig machen zu können. Auch die Aussage der Zeugin Sch spreche somit, so stellt das Berufungsgericht fest, nicht gegen, sondern für die Herausgabeabsicht der Klägerin.

Diese tatsächliche Würdigung läßt sich aus Rechtsgründen nicht beanstanden. Die Revision weist darauf hin, die Zeugin habe ausgesagt, sie sei von den Herren Dr. Buc und Str vom Z-V mündlich unterrichtet worden, daß man von der früheren Z-KG Unternehmen und Titel der "Deutschen Illustrierten" erwerben wolle, und daß man nach einem obsiegenden Urteil sehen wolle, wie weit die Dinge gediehen seien, und überlegen werde, ob man die alte "Deutsche Illustrierte" wieder herausgeben wolle. Daraus will die Revision den Schluß ziehen, der Z-V sei von vornherein gar nicht fest entschlossen gewesen, eine Zeitschrift unter dem Titel "Deutsche Illustrierte" wieder herauszugeben. Die Revision übersieht dabei, daß die Zeugin ihre Aussage im Verlaufe ihrer Vernehmung dahin präzisiert hat, man habe ihr erklärt, wenn es gelinge, den Titel zurückzuerobern, wolle man versuchen, die "Deutsche Illustrierte" in B wieder herauszubringen. Wenn das Berufungsgericht

aus dem von ihm eingehend gewürdigten Inhalt des Vertragswerkes vom 4. Juni 1954 in Verbindung mit der Aussage der Zeugin Sch. und mit den von ihm weiter herangezogenen Tatsachen den Schluß gezogen hat, die Klägerin habe die Absicht gehabt, die alte "Deutsche Illustrierte" wieder herauszugeben, ist dies sonach rechtlich nicht zu beanstanden. In diesem Zusammenhang einen Unterschied zwischen Absicht und ernster Absicht zu machen, wie dies die Revision unter Hinweis auf die Hausbücherei-Entscheidung des Senats (BGHZ 21, 66, 69) tut, geht nicht an. Die Absicht der Wiederbenutzung muß, wenn sie schutzwürdig sein soll, selbstverständlich ernsthaft/sein. Eine nicht ernst zu nehmende Absicht genügt nicht. Dies hat das Berufungsgericht indessen nicht verkannt. Seinen Ausführungen ist zu entnehmen, daß es eine ernsthafte Absicht der Klägerin, die alte "Deutsche Illustrierte" nach Überwindung der zunächst entgegenstehenden Hindernisse herauszugeben, für gegeben erachtet hat.

Schließlich ist auch nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht sonstiges Beweismaterial oder für die Entscheidung wesentliches Parteivorbringen übergangen habe. Der Tatsachenrichter braucht nicht auf jede Behauptung der Prozeßparteien und auf alle Schlüsse aus vorgetragenen Tatsachen sowie auf jedes Beweismittel ausführlich einzugehen und er braucht auch nicht alles, was er für erheblich hält, ausdrücklich zu erörtern, sofern sich aus seinen Ausführungen nur ergibt, daß eine sachentsprechende Beurteilung überhaupt stattgefunden hat (Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts § 111 IV 3 a m.Nachw. aus der Rechtsprechung). Eine solche sachentsprechende Beurteilung aber hat das Berufungsgericht vorgenommen. Die Revision kann daher mit

ihren gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichtes gerichteten Angriffen, die im Grunde darauf hinauslaufen, eine andere Würdigung des Sachverhaltes an die Stelle der vom Berufungsgericht getroffenen Würdigung zu setzen, keinen Erfolg haben. Die Feststellungen des Berufungsgerichtes binden das Revisionsgericht ohne Rücksicht darauf, ob eine andere Würdigung möglich gewesen wäre, es sei denn, daß die von der Revision weiterhin erhobene Verfahrensrüge durchgreift.

Die Revision rügt insoweit, das Berufungsgericht habe den von der Beklagten im Schriftsatz vom 1. Februar 1960 angekündigten und in der letzten mündlichen Verhandlung gestellten Antrag auf Vernehmung des Rechtsanwalts Dr. La [REDACTED] als Zeuge nicht als verspätet zurückweisen dürfen. Die Rüge ist jedoch nicht berechtigt.

Das Gericht entscheidet nach pflichtmäßigem Ermessen darüber, ob ein Beweismittel gemäß § 279 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen ist. Eine Nachprüfung in der Revisionsinstanz findet nur insoweit statt, als es sich um die Voraussetzungen und Grenzen des Ermessens handelt. Das Berufungsgericht hat die Zurückweisung des in der letzten mündlichen Verhandlung gestellten Antrages auf Vernehmung des Rechtsanwalts und Notars Dr. La [REDACTED] damit begründet, die Berücksichtigung dieses Beweisantritts werde den Rechtsstreit verzögern. Die Beklagte sei auch in der Lage gewesen, den Beweis erheblich früher anzutreten. Denn sie habe bereits durch den Schriftsatz der Klägerin vom 18. Mai 1956, dessen Behauptungen zum Gegenstand des Beweisbeschlusses des Berufungsgerichtes vom 9. Juni 1959 gemacht worden seien, erfahren, daß Dr. La [REDACTED] der Berater der Z [REDACTED]'schen Erben ge-

wesen und zu den Verhandlungen über das Vertragswerk vom 4. Juni 1954 hinzugezogen worden sei. Ein Rechtsirrtum tritt in diesen Ausführungen nicht zutage. Dafür, daß etwa die Voraussetzungen des § 279 Abs. 1 ZPO nicht vorgelegen hätten, hat die Revision im einzelnen nichts vorgebracht, vielmehr im wesentlichen geltend gemacht, daß die Aussage des Dr. La [REDACTED] entscheidungserheblich gewesen wäre. Ob das Berufungsgericht den Beweis- antrag zutreffend auch wegen nicht ausreichender Substantiierung (BU S. 35/36) abgelehnt hat, kann unter diesen Umständen auf sich beruhen.

Nach alledem hat das Berufungsgericht den von der Klägerin geltend gemachten Unterlassungsanspruch nach § 16 Abs. 1 UWG ohne Rechtsverstoß als gerechtfertigt angesehen.

3. Entgegen der Meinung der Revision war der Unterlassungsanspruch auch nicht verwirkt. Das Berufungsgericht ist bei der Erörterung des von der Beklagten erhobenen Verwirkungseinwandes zutreffend von der vom Senat im Anschluß an die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichtes vertretenen Rechtsauffassung ausgegangen. Es hat jedoch den Verwirkungstatbestand im Streitfall aufgrund ausführlicher Erwägungen (S. 37 - 42 der Urteilsgründe) nicht für gegeben gehalten. Dagegen sind aus Rechtsgründen Bedenken nicht zu erheben. Die Revision kann mit ihren Angriffen auch insoweit keinen Erfolg haben.

Die Revision rügt zunächst, die Auffassung des Berufungsgerichtes sei schon deshalb fehlerhaft, weil der Berufsrichter dem gestellten Beweisantrag auf Einholung eines demoskopischen Gutachtens nicht stattgegeben habe

und daher nicht anhand von Tatsachenmaterial habe feststellen können, ob der alte Zeitschriftentitel noch eine hinreichende Unterscheidungskraft besessen habe. Hätte das Berufungsgericht, so macht die Revision geltend, Beweis erhoben, so hätte sich ergeben, daß der alte Titel längst dem Bewußtsein der beteiligten Verkehrskreise entschwunden gewesen sei. Die Beklagte habe deshalb bei der Übernahme des Zeitschriftentitels "Deutsche Illustrierte" davon ausgehen können, daß die Z[REDACTED]-KG ihn nicht wieder benutzen werde. Da sich ihr Titel, wie auch das Berufungsgericht richtig festgestellt habe, bis zum Herbst 1952 beim Publikum allgemein durchgesetzt habe, sei der gute Glaube der Beklagten durch das erste Schreiben der Z[REDACTED]-KG erst in einem Zeitpunkt gefährdet gewesen, in dem die Beklagte bereits einen schutzwürdigen Besitzstand erlangt gehabt habe.

Diesem Angriff der Revision ist jedoch schon deshalb der Boden entzogen, weil nach den ohne Rechtsverstoß getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichtes (vgl. oben unter II 1) der alte Zeitschriftentitel in dem Zeitpunkt, als die Beklagte erstmalig ihre Zeitschrift mit dem streitigen Titel erscheinen ließ, bei einem beträchtlichen Teil der infrage kommenden Verkehrskreise noch bekannt war. Es ist daher nicht rechtsfehlerhaft, wenn das Berufungsgericht im Rahmen der Erörterung des Verwirkungstatbestandes - davon ausgehend, daß die Verkehrsgeltung des alten Titels im Zeitpunkt der Inbenutzungnahme des Titels durch die Beklagte noch keine stärkere Einbuße erlitten hatte - feststellt, die Beklagte habe schon aus diesem Grunde weder im Zeitpunkt der Ingebrauchnahme noch auch im Zeitpunkt der ersten Abmahnung am 15. Dezember 1952 damit rechnen können, daß die

Z[REDACTED]-KG den Titel nicht mehr benutzen wolle oder könne. Es ist rechtlich auch nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht dem Umstande, daß die Beklagte für eine weite Verbreitung ihrer Zeitschrift gesorgt, u.a. nach der Aussage des Zeugen M[REDACTED] nach B[REDACTED] wöchentlich 10 000 bis 20 000 Exemplare geliefert und eine größere Zeitungswerbung für den neuen Titel betrieben hatte, in diesem Zusammenhang keine Bedeutung beimißt, vielmehr aufgrund der damals gegebenen besonderen Umstände davon ausgeht, die Beklagte habe immer noch damit rechnen müssen, daß die Z[REDACTED]-KG aus irgendwelchen Gründen nichts davon erfahren habe. Daß die Rechtsvorgängerin der Klägerin tatsächlich keine Kenntnis hatte, hat das Berufungsgericht übrigens aufgrund der Aussagen der Zeugen Maria Z[REDACTED], R[REDACTED] und Ra[REDACTED] ohne Rechtsverstoß festgestellt. Das Berufungsgericht ist daher ohne Rechtsirrtum zu dem Ergebnis gelangt, daß das Schweigen der älteren Berechtigten von der Beklagten nicht dahin verstanden werden konnte, daß die ältere Berechtigte die Verletzung dulde. Es hat daher rechtlich zutreffend angenommen, daß der von der Beklagten erlangte Besitzstand im Zeitpunkt der ersten Abmahnung nicht schutzwürdig gewesen ist. Ob, wie das Berufungsgericht mit ausführlicher Begründung weiter feststellt (Berufungsurteil S. 41), die Beklagte bei Ingebrauchnahme des Titels mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat, oder ob ihr nur Fahrlässigkeit zur Last gelegt werden kann, kann auf sich beruhen.

Schließlich sind auch die weiteren Ausführungen des Berufungsgerichtes (Berufungsurteil S. 39 - 41), die Beklagte habe auch in dem späteren Verhalten der Z[REDACTED]-KG bzw. der Klägerin eine Duldung der Weiterbenutzung des Titels nicht erblicken können, aus Rechtsgründen

nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht hat seine Auffassung eingehend und sachgerecht begründet. Es hat alle Umstände, insbesondere auch den einschlägigen Schriftwechsel herangezogen und gewürdigt. Ein Rechtsfehler ist hierbei nicht zu erkennen. Die Revision macht auch insoweit nur geltend, nach der ersten Abmahnung vom 15. Dezember 1952 sei die nächste Abmahnung erst ein halbes Jahr später, d.i. am 11. Mai 1953 erfolgt. Sie will damit offenbar sagen, die Beklagte habe daraus eine Duldung seitens der Rechtsvorgängerin der Klägerin herleiten dürfen. Das Berufungsgericht hat diesen Sachverhalt jedoch nicht übersehen. Es führt aus, die zweite Verwarnung sei zwar erst mit Schreiben des Konkursverwalters Ne[REDACTED] vom 11. Mai 1953 erfolgt, mit dem er Einspruch gegen die Herausgabe der "Deutschen Illustrierten" durch die Beklagte erhoben, sich Schadensersatzansprüche vorbehalten und um Vorschläge für eine gütliche Einigung gebeten habe. Die Beklagte sei aber bereits, so legt das Berufungsgericht dar, durch das erste Schreiben vom 15. Dezember 1952 eingehend dahin unterrichtet worden, daß die Z[REDACTED]-KG die "Deutsche Illustrierte" immer noch als ihr Verlagsobjekt betrachte. Angesichts des bedeutenden Wertes des Titels habe die Beklagte keinen Anlaß gehabt, an der Ernsthaftigkeit dieses Hinweises zu zweifeln. Schließlich habe sie die inzwischen verstrichenen 5 Monate auch deshalb nicht als Einverständnis der Z[REDACTED]-KG mit der Weiterbenutzung ihres Titels werten dürfen, weil ihr die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Z[REDACTED]-KG durch die Schreiben des Verlagsmaklers Ra[REDACTED] vom 23. April und 26. Mai 1952 bekannt gewesen seien und sie deshalb mit einer Verzögerung bei der Weiterverfolgung des Titelrechtes seitens der Z[REDACTED]-KG habe rechnen müssen. Diese tatrichterlichen Ausführungen lassen entgegen der Meinung der Revision

einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

Sonach läßt sich die Auffassung des Berufungsgerichtes, der von der Beklagten geltend gemachte Unterlassungsanspruch sei nicht verwirkt, aus Rechtsgründen nicht beanstanden.

Nach alledem ist davon auszugehen, daß der Unterlassungsantrag bis zur Erledigung der Hauptsache begründet war. Die Revision der Beklagten hätte daher insoweit erfolglos bleiben müssen. Es entspricht daher dem billigen Ermessen, die Beklagte mit den durch diesen Antrag verursachten Kosten des Rechtsstreits zu belasten.

B. Löschungsanspruch

Der Antrag der Klägerin, die Beklagte zur Einwilligung in die Löschung der Warenzeichen 655 077 und 655 078 zu verurteilen, hat sich durch die während des Revisionsrechtszuges auf Antrag der Beklagten in der Warenzeichenrolle erfolgte Löschung erledigt. Die Parteien streiten auch insoweit nur noch über die Kosten.

Auch diese Kosten waren gemäß § 91 a ZPO der Beklagten aufzuerlegen, weil der Löschungsanspruch bis zur Erledigung begründet war. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, daß die Klägerin in sinngemäßer Anwendung des § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB die Beseitigung der Warenzeicheneintragungen aufgrund ihres besseren Titelrechtes fordern konnte.

C. Ansprüche auf Feststellung der Schadensersatzpflicht und auf Auskunft

Das Berufungsgericht hat dem auf die Feststellung der

Schadensersatzpflicht der Beklagten gerichteten Klagebegehren stattgegeben und entsprechend dem im zweiten Berufungsrechtszug insoweit geänderten Klageantrag die Verpflichtung der Beklagten festgestellt, der Klägerin den Schaden zu ersetzen, der der früheren Erich Z██████ Druck- und Verlagshaus KG in B██████ und der Klägerin durch die Benutzung des Titels "Deutsche Illustrierte" entstanden ist und noch entstehen wird.

Gegen diesen Urteilsausspruch sind aus Rechtsgründen Bedenken nicht zu erheben.

Zur Begründung seiner Auffassung, die Beklagte habe schuldhaft gehandelt, stützt sich das Berufungsgericht in dem angefochtenen Urteil im wesentlichen auf seine im Rahmen der Prüfung des Verwirkungseinwandes gemachten Ausführungen. Es vertritt die Auffassung, die Beklagte habe, wenn sie die Sach- und Rechtslage mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 BGB) geprüft hätte, erkennen müssen, daß sie das Titelrecht der Z██████-KG und später der Klägerin verletze.

Die Revision macht demgegenüber insbesondere geltend, ein Verschulden der Beklagten liege nicht vor, weil sie sich erst nach einer sorgfältigen rechtlichen Prüfung durch Rechtsanwalt Dr. K██████ und nach eingehenden Untersuchungen der Sachlage im Frühjahr 1952 zur Verwendung des Titels "Deutsche Illustrierte" als Haupttitel entschlossen habe. Von rechtlicher Bedeutung sei ferner, daß sowohl das Landgericht mit Urteil vom 15. Juni 1955 als auch das Berufungsgericht mit Urteil vom 2. Oktober 1956 zugunsten der Beklagten erkannt hätten. Man könne von der Beklagten nicht verlangen, daß sie trotz

aller Vorkehrungsmaßnahmen klüger als die beiden Vorinstanzen gewesen sei.

Die Revision kann jedoch auch mit diesem Vorbringen keinen Erfolg haben. Die Feststellung des Berufungsgerichtes, die Beklagte habe fahrlässig gehandelt, liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiete. Die Ausführungen des Berufungsgerichtes lassen entgegen der Meinung der Revision einen Rechtsirrtum, insbesondere eine Verkenntung des Rechtsbegriffes der Fahrlässigkeit, nicht erkennen. Das Berufungsgericht hat, wie seine im Rahmen der Erörterung der Verwirkungsfrage angestellten Erwägungen (insbesondere S. 41 der Urteilsgründe) ersichtlich machen, ohne Rechtsverstoß angenommen, daß die Beklagte - insbesondere im Hinblick auf die damals noch gegebene Verkehrsgeltung des alten Titels - im Zeitpunkt der Inbenutzungnahme des Titels nicht davon ausgehen durfte, sie könne den Titel benutzen ohne sich dem Vorwurf des Verschuldens auszusetzen. Ob die Beklagte, wie das Berufungsgericht annimmt, bei Ingebrauchnahme des Titels mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat, kann dabei auch in diesem Zusammenhang dahinstehen. Ihr konnte jedenfalls bei Aufwendung der gebotenen Sorgfalt und Aufmerksamkeit das Rechtswidrige ihres Verhaltens nicht verborgen bleiben. Bei sorgfältiger Prüfung mußte die Beklagte insbesondere erkennen, daß die alte Z[REDACTED]-KG ihren Titel nicht aufgegeben habe und nicht aufgeben wolle. Sie hätte sich daher schon vor Ingebrauchnahme des Titels an die Z[REDACTED]-KG wenden müssen. Auch die Inanspruchnahme des Rates eines Rechtsanwaltes konnte die Beklagte unter den gegebenen Umständen nicht entlasten. Die günstige Stellungnahme eines sachkundigen Juristen schließt nicht notwendig ein Verschulden aus (vgl. BGH GRUR 1951, 159, 163 - Störche; BGH GRUR 1957, 342, 347 - Underberg). Überdies läßt sich mangels ausreichenden

Sachvortrages nicht feststellen, welche Auffassung im einzelnen der hinzugezogene Rechtsanwalt damals vertreten hat und ob diese Auskunft von der branchekundigen Beklagten für überzeugungskräftig gehalten werden konnte. Auch der Umstand, daß das Landgericht und im ersten Berufungsrechtszug auch das Berufungsgericht zugunsten der Beklagten erkannt haben, kann unter Würdigung der erst im späteren Verlaufe des Rechtsstreites eingehender geklärten Gesamtlage nicht zu einer anderen Beurteilung der Verschuldensfrage für den Zeitpunkt der Inbenutzung des Titels durch die Beklagte führen. Die Beklagte konnte sich aber auch nicht von dem Zeitpunkt ab, in dem ihr die Entscheidungen dieser Gerichte bekannt wurden, für entlastet halten. Der Verletzer ist nicht stets dann entlastet, wenn sein Standpunkt durch eine nicht rechtskräftige Entscheidung eines Gerichtes geteilt wird. Einer solchen Entscheidung kann zwar Bedeutung für die Überzeugungsbildung des Verletzern über die Berechtigung seiner Handlungsweise zukommen. Es kommt dabei jedoch wesentlich auf die dem Standpunkt des Urteils gegebene Begründung und deren Überzeugungskraft an. Schon deshalb, weil der Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt war, kann sich aber die Beklagte nicht auf die beiden nicht rechtskräftigen Urteile berufen. Es kann daher keine Rede davon sein, daß die Beklagte nunmehr ohne weiteres habe annehmen können, daß sie zur Benutzung des Titels "Deutsche Illustrierte" berechtigt sei.

Das Berufungsgericht hat es im Rahmen der Prüfung des Feststellungsinteresses für wahrscheinlich gehalten, daß ein Schaden entstanden ist. Diese Feststellung des Berufungsgerichts liegt weitgehend auf tatsächlichem

Gebiete; ein Rechtsfehler ist darin nicht zu sehen. Ob den Ausführungen des Berufungsgerichts in allen Einzelheiten zuzustimmen ist, kann dabei dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist nach den gesamten Umständen hier ebenso wie auch sonst in Wettbewerbssachen die Erwägung, daß irgend ein auf das Verhalten der Beklagten zurückzuführender Schaden entstanden, der Schaden selbst aber noch nicht zu beziffern ist, nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht hat schließlich auch ohne Rechtsverstoß die Beklagte gemäß § 242 BGB für verpflichtet gehalten, der Klägerin die geforderte Auskunft zu erteilen.

Nach alledem war die Revision der Beklagten zurückzuweisen.

Die Kosten der zurückgewiesenen Revision fallen nach § 97 ZPO der Beklagten zur Last. Auch die Kosten für den erledigten Teil des Rechtsstreites müssen, wie unter A und B dargelegt, die Beklagte treffen.

Wilde

Krüger-Nieland

Spreng

Jungbluth

Pehle