

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib ZR 161/64

URTEIL

Verkündet am

4. November 1966
Wüst
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma H.G. S [REDACTED] & Co, Inhaber Hans Georg
S [REDACTED], M [REDACTED], H [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

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

gegen

die Firma Ch. & A. P [REDACTED], Société à Responsabilité Limitée,
gesetzlich vertreten durch den Geschäftsführer M. Charles
P [REDACTED], V [REDACTED]/M [REDACTED], Frankreich,

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] - .

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. November 1966 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Jungbluth, Pehle, Dr. Mösl und Dr. Simon

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 15. Oktober 1964 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Für die Klägerin sind beim Internationalen Büro in Bern seit dem 18. Dezember 1911 die IR-Marke Nr. 158 156 und seit dem 4. Februar 1946 die IR-Marke Nr. 125 130 registriert. Die erstere zeigt den Kopf Napoleons I. und darüber die Worte GRAND CHAMPAGNE NAPOLEON, darunter die abgekürzte Firmenbezeichnung der Klägerin und einen Hinweis auf ihren Sitz. Die jüngere IR-Marke weist unter dem Wort "Champagne" die hervorgehobenen Worte GRAND NAPOLEON, darunter wiederum Hinweis auf die Klägerin auf. Außerdem enthält diese Marke links oben unter einer Krone den Großbuchstaben N innerhalb eines Kreises. Beide Zeichen sind für Champagner eingetragen, den die Klägerin auch im Gebiet der Bundesrepublik absetzt.

Die Beklagte vertreibt in der Bundesrepublik den Schaumwein der Firma N. Napoléon & Cie in Marseille; das Etikett der Flaschen zeigt das herausgestellte Wort NAPOLEON; dasselbe Wort ist auf dem Halsstreifen zweimal aufgedruckt. Die Firma N. Napoléon & Cie ist Inhaberin der IR-Marken Nr. 142 226 und 184 272, die aus dem Wort NAPOLEON bestehen und am 25. Juni 1949 bzw. am 21. April 1955 u.a. für Schaumwein registriert worden sind.

Die Klägerin verlangt, nachdem sie am 4. Oktober 1962 die Beklagte erfolglos abgemahnt hatte, mit der vorliegenden Klage Unterlassung der Verwendung der Bezeichnung Napoléon für Schaumwein. Sie hat beantragt, der Beklagten unter Strafandrohung zu verbieten,

die Verpackung oder Umhüllung von Schaumweinen mit der Kennzeichnung "Napoléon" zu versehen, die so bezeichneten Erzeugnisse in Verkehr zu setzen und/oder feilzuhalten sowie auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen, Rechnungen oder dergl. die oben genannte Kennzeichnung anzubringen oder sich sonst im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Schaumweinen der vorstehend genannten Kennzeichnung zu bedienen.

Darüber hinaus begehrte die Klägerin Auskunft über entsprechende Verletzungshandlungen und die Feststellung, daß die Beklagte ihr den aus solchen Handlungen entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen habe.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und geltend gemacht, das der älteren IR-Marke Nr. 158 156 zugrunde



liegende französische Zeichen Nr. 6 6989 stehe nicht der Klägerin zu; beide IR-Marken der Klägerin seien aus Abgrenzungsgründen auf Champagner eingeschränkt worden und könnten deshalb nicht wieder auf andere Schaumweine ausgedehnt werden. Im übrigen stehe der Firma N. Napoléon & Cie ein älteres Recht zur Verwendung der Bezeichnung Napoléon für Schaumwein zu, weil sie schon 1939 unter dieser Bezeichnung Schaumwein nach Deutschland ausgeführt habe. Hierdurch sei ihr nach §§ 12 BGB, 16 UWG und Art. 8 PVÜ das Recht weiterer Benutzung erwachsen, das sie durch den im Jahre 1957 wieder aufgenommenen Vertrieb von Schaumwein in der Bundesrepublik aufrechterhalten habe. In der Zwischenzeit sei dieser Vertrieb infolge Krieg und Devisenbewirtschaftung unmöglich gewesen. Die Klägerin setze sich auch dem Einwand der Verwirkung aus, da sie die Eintragung der IR-Marke Nr. 184 272 nicht beanstandet und dem im Jahre 1957 wieder aufgenommenen Vertrieb erst im Herbst 1962 entgegengetreten sei. Jedenfalls treffe sie, die Beklagte, kein Verschulden, da sie sich vor Aufnahme des Vertriebes von Schaumwein unter der angegriffenen Bezeichnung bei der Firma Napoléon & Cie über deren Zeichenrechte unterrichtet habe.

Das Landgericht hat der Klage auf Grund der älteren IR-Marke der Klägerin stattgegeben. Es hat insbesondere die Einwendungen der Beklagten gegen die Wirksamkeit der Übertragung der französischen Ursprungsmarke auf die Klägerin für unbegründet erachtet.

Das Oberlandesgericht hat die hiergegen erhobene Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht stützt die Verurteilung der Beklagten im Gegensatz zum Landgericht nicht auf die ältere IR-Marke Nr. 158 156 mit dem Zeitrang vom 18. Dezember 1911, sondern auf die jüngere IR-Marke Nr. 125 130 mit dem Zeitrang vom 4. Februar 1946. Es prüft deshalb nicht die Frage, ob die der älteren IR-Marke zugrunde liegende Heimatmarke Nr. 6 689 wirksam auf die Klägerin übergegangen ist. Da diese Frage französischem Recht unterliegt, ist das Revisionsgericht nicht in der Lage, sie von sich aus zu entscheiden, muß vielmehr insbesondere auf die vom Berufungsgericht behandelte Frage eingehen, ob die Klägerin auch mit ihrer jüngeren IR-Marke von 1946 die Priorität vor den Rechten genießt, die die Beklagte von ihrer Lieferfirma N. Napoléon & Cie in Anknüpfung an einen behaupteten Vertrieb von Schaumwein herleitet, der im Jahre 1939 in Deutschland stattgefunden haben und ab 1957 fortgesetzt worden sein soll.

I. 1. Die Revision rügt es als einen Verstoß gegen § 148 ZPO, daß das Berufungsgericht den Rechtsstreit nicht bis zur Entscheidung über eine in Frankreich erhobene Klage der Firma N. Napoléon & Cie auf Löschung verschiedener Marken der Klägerin ausgesetzt hat; diese Löschungsklage beziehe sich auch auf die dem Urteil des Berufungsgerichts zugrunde gelegte jüngere IR-Marke Nr. 125 130.

Diese Rüge kann keinen Erfolg haben.

Die Entscheidung darüber, ob ein Rechtsstreit ausgesetzt werden soll, bis ein vorgreiflicher anderer Rechtsstreit rechtskräftig entschieden ist, unterliegt dem Ermessen des Tatrichters. Auch wenn die Voraussetzungen für eine Aussetzung

nach § 148 ZPO gegeben sind, kann deshalb in der Ablehnung der Aussetzung ein die Revision begründender Rechtsverstoß grundsätzlich nicht erblickt werden (RGZ 81, 206, 213). Es kann dahingestellt bleiben, ob eine Ausnahme gelten muß, wenn in einem Warenzeichenverletzungsstreit die Aussetzung im Hinblick auf eine vorgreifliche anhängige Löschungsklage abgelehnt worden ist, und ob insoweit die für die Aussetzung des Patentverletzungsstreits bis zur Entscheidung über eine erhobene Patentnichtigkeitsklage entwickelten Grundsätze (vgl. dazu BGH LM Nr. 5 zu § 148 ZPO) herangezogen werden können. Denn ein die Revision begründender Rechtsfehler hinsichtlich der Ausübung des dem Tatrichter zustehenden Ermessens könnte in diesen Fällen jedenfalls dann nicht bejaht werden, wenn die Löschungsklage - wie hier - vor einem ausländischen Gericht erhoben ist und der Tatrichter die nach ausländischem Recht zu beurteilenden, daher in der Revisionsinstanz nicht nachprüfbaren Erfolgsaussichten der Löschungsklage verneint hat. Es braucht deshalb auch nicht zu der unter den Parteien streitigen Frage Stellung genommen zu werden, ob die vor dem französischen Gericht erhobene Klage auch gegen die der IR-Marke Nr. 125 130 zugrunde liegende französische Ursprungsmarke gerichtet ist, und ferner, ob die IR-Marke in ihrem rechtlichen Bestand auch nach der am 15. Dezember 1966 (vgl. hierzu Bekanntmachung des Bundesministers des Auswärtigen vom 8. März 1966, abgedruckt Bl. PMZ 1966, 156) in Kraft tretenden Nizzaer Fassung des Madrider Markenabkommens (BGBl 1962 II 125) von dem Bestand der französischen Ursprungsmarke abhängig bliebe.

2. Die Beklagte beantragt ferner, den Rechtsstreit in der Revisionsinstanz auszusetzen und in diesem Zusammenhang die Erfolgsaussichten der in Frankreich erhobenen Löschungsklage selbständig zu prüfen.

Diesem Antrag war nicht zu entsprechen. In der Revisionsinstanz kann wenigstens in der Regel eine Aussetzung des Streits nicht mehr stattfinden (RGZ 121, 166, 167). Wenn eine solche Aussetzung, was gleichfalls dahingestellt bleiben kann, in einem Warenzeichenverletzungsstreit im Hinblick auf eine vorgreifliche Löschungsklage in entsprechender Anwendung der für den Patentverletzungsstreit entwickelten Grundsätze (vgl. BGH aaO) möglich sein sollte, so würde die Entscheidung über die Aussetzung jedenfalls dem Ermessen des Revisionsgerichts unterliegen. Im vorliegenden Fall erscheint jedoch eine Aussetzung nicht veranlaßt, weil schon das Berufungsgericht die Erfolgsaussichten der Löschungsklage geprüft und verneint hat, insoweit aber dem Revisionsgericht eine rechtliche Nachprüfung verschlossen ist, weil ferner die Löschungsklage vor einem ausländischen Gericht erhoben ist, und weil schließlich auch nicht hinreichend dargetan ist, daß sie Aussicht auf Erfolg biete.

3. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht weiter an, daß die Beschränkung des Schutzzumfangs des Klagezeichens auf "Champagner" die Klägerin nicht hindert, sich gegen die Benutzung eines verwechselbaren Warenzeichens für andere Schaumweine zu wenden. Das Recht aus der IR-Märke besteht im Inland in demselben Umfang, den das deutsche Warenzeichengesetz einem im inländischen Register eingetragenen Warenzeichen gewährt (Art. 1, 4 MMA). Danach umfaßt der sich kraft Gesetzes ergebende Zeichenschutz alle Waren, die mit den eingetragenen Waren - hier Champagner - gleichartig sind; wenn also andere Schaumweine als Champagner bei der Eintragung oder später ausdrücklich aus dem Warenverzeichnis ausgenommen worden sind, oder wenn die Klägerin auf einen Schutz insoweit irgendwelchen Dritten gegenüber verzichtet haben sollte, so

kann dies nur dazu führen, daß für die Abgrenzung des Warenvergleichsbereichs lediglich die Ware "Champagner" zugrundezulegen wäre; der Schutz des Zeichens innerhalb des sich danach ergebenden Bereichs ist aber unabdingbar (EGZ 122, 207; BGH GRUR 1961, 181, 182 - Mon Chéri). Daß das Verbotungsrecht des Zeicheninhabers insofern einen weiteren Umfang als das positive Benutzungsrecht des Zeicheninhabers hat, ergibt sich mit Deutlichkeit zwar nicht aus den Vorschriften der §§ 15, 24 WZG, wohl aber aus dem Zusammenhang dieser Bestimmungen mit den §§ 5 Abs. 4, 11 Abs. 1 Nr. 1 WZG, die dem Zeicheninhaber die Rechte zum Widerspruch und zur Erhebung der Löschungsklage gegenüber jüngeren Anmeldern bzw. Zeicheninhabern dann gewähren, wenn Anmeldung oder Eintragung sich auf Waren beziehen, die den eingetragenen Waren gleich oder gleichartig sind. Dasselbe ergibt sich aus der insoweit gegenüber § 15 WZG klareren Fassung des § 25 WZG, der das für den Inhaber der Ausstattung gegebene Verbotungsrecht in derselben Weise wie für den Inhaber eines Warenzeichens regeln will. Daß aber Champagner und Schaumwein mindestens gleichartige Waren sind, kann nicht zweifelhaft sein.

4. Die Revision bekämpft sodann die Annahme des Berufungsgerichts, daß die angegriffene Bezeichnung Napoléon die Gefahr einer betrieblichen Herkunftsverwechslung mit den unter dem Warenzeichen der Klägerin vertriebenen Waren begründe. Das Berufungsgericht hat insoweit ausgeführt, jenes Wort bilde innerhalb des Klagezeichens zwar nur einen Bestandteil. Es könne jedoch nicht allgemein und uneingeschränkt angenommen werden, daß den Namen historischer Persönlichkeiten als Warenbezeichnungen keine natürliche Unterscheidungskraft zukomme. Da das Klagezeichen außer dem fraglichen Wort

nur noch warenbeschreibende Angaben und die Firma der Klägerin enthalte, biete sich dem Verkehr als Warenbezeichnung lediglich der umstrittene Name an; diesen werde das Publikum um so eher als Herkunftszeichen der Ware auffassen, als ihm gerade dieser Name als Bezeichnung für andere Erzeugnisse auf dem Gebiet der Weine und Spirituosen durchaus geläufig sei. Der Bestandteil Napoléon sei deshalb mit dem Landgericht als das Kenn- und Merkwort des Klagezeichens anzusehen. Da die Beklagte dieses Wort identisch für eine gleichartige Ware verwende und für Schaumweine keine anderen als die hier einander gegenüberstehenden Napoléon-Zeichen bekannt geworden seien, bestehe Verwechslungsgefahr.

Demgegenüber meint die Revision, das Berufungsgericht habe nicht berücksichtigt, daß auf dem Getränkesektor das Wort Napoléon für die Bezeichnung von Erzeugnissen sehr vieler Firmen verwendet werde. Hiernach dränge sich das Gegenteil des vom Berufungsgericht gezogenen Schlusses auf, das Wort sei das Kenn- und Merkwort des Klagezeichens.

Dieser Angriff kann keinen Erfolg haben. Wie auch die Revision nicht verkennt, kann die Kennzeichnungskraft eines Wortes sogar für Waren, die einander im zeichenrechtlichen Sinne gleichartig sind, verschieden groß sein (BGH GRUR 1962, 195, 196 - Palettenbildzeichen). Aus dem Umstand, daß das Wort Napoléon "auf dem Getränkesektor" vielfach benutzt wird, daß es ferner für französische Brantweine als Beschaffenheitsangabe gilt (dagegen wiederum für Wermut als betrieblicher Herkunftshinweis, vgl. BGH GRUR 1966, 259 ff - Napoléon), mußte das Berufungsgericht daher nicht folgern, daß es auf dem Gebiete der Schaumweine keine Unterscheidungskraft als betrieblicher Herkunftshinweis besitze. Vor dem

Landgericht war sogar unstreitig gewesen, daß das Wort Napoléon innerhalb der IR-Marke Nr. 158 156 - in der es nicht mehr hervortritt als in der vom Berufungsgericht herangezogenen jüngeren IR-Marke - das Kenn- und Merkwort sei, dem selbständige Kennzeichnungskraft zukomme. Das Deutsche Patentamt hat in dem von der Klägerin überreichten Beschluß vom 17. November 1959 denselben Standpunkt eingenommen. Wie schon das erste Urteil, auf das sich das Berufungsgericht ausdrücklich bezieht, weiter ausgeführt hatte, hat auch die Beklagte das Wort Napoléon auf ihren Flaschenetiketten nach Art einer Marke blickfangartig herausgestellt. Diese Art der Verwendung stellt, da die auf dem betreffenden Warenggebiet tätigen Kaufleute die Publikumsauffassungen hinsichtlich der Bewertung solcher Angaben im allgemeinen berücksichtigen, ein zusätzliches Beweisanzeichen für das Vorhandensein einer entsprechenden Auffassung der angesprochenen Verkehrskreise dar. Daß die übrigen Bestandteile des Klagezeichens nicht oder weniger geeignet sind, auf die betriebliche Herkunft der Ware hinzuweisen, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum angenommen. Angesichts der identischen Verwendung des Bestandteils und der großen wirtschaftlichen Nähe der beiderseitigen Erzeugnisse läßt sich hiernach die Annahme der Verwechslungsgefahr aus Rechtsgründen nicht beanstanden.

5. Die Revision vermißt ferner eine Auseinandersetzung des Berufungsurteils mit dem Recht der französischen Lieferfirma der Beklagten, N. Napoléon & Cie, auf Führung des eigenen Namens. Sie meint, diesem Unternehmen könne die redliche Führung des Familiennamens ihres Gründers nicht schlechthin verboten werden; das Berufungsgericht habe zu

Unrecht jegliche Prüfung dieser Frage, für die französische Recht zugrundezulegen sei, unterlassen.

Dieser Angriff geht anscheinend von der Vorstellung aus, müßte jedenfalls bei folgerichtiger Durchführung dazu führen, daß die Beklagte unter Berufung auf entsprechende Rechte der französischen Lieferfirma ohne Rücksicht auf fremde verwechselbare Warenzeichen selbst dann zur Verwendung des Namens Napoléon a l s W a r e n b e z e i c h - n u n g befugt wäre, wenn sie diesen Namen im Gebiet der Bundesrepublik noch nie benutzt hätte. Das ist jedoch nicht richtig. Es geht im Streitfall gar nicht darum, ob die Beklagte die F i r m a ihrer Lieferantin oder deren beherrschenden Bestandteil n a m e n s m ä ß i g auch dann benutzen darf, wenn dadurch die Gefahr einer Verwechslung mit dem Warenzeichen der Klägerin hervorgerufen wird. Die Beklagte will vielmehr das Wort Napoléon nicht firmenmäßig, sondern warenzeichenmäßig, d.h. für die Kennzeichnung von Waren verwenden. Dagegen ist auch der Klageantrag gerichtet, und so hat ihn auch das Berufungsgericht zutreffend verstanden. In diesem eingeschränkten Sinn ist ferner das in der Urteilsformel ausgesprochene Verbot aufzufassen. Zu einem solchen warenzeichenmäßigen Gebrauch wäre die Beklagte nur dann berechtigt, wenn die Klägerin mit ihrem Warenzeichen einem älteren Namensrecht der Lieferfirma der Beklagten gegenüberstände; denn dann wäre der Klägerin die Berufung auf ihr jüngeres Warenzeichenrecht deshalb versagt, weil der Inhaber eines älteren Namensrechts auch der warenzeichenmäßigen Verwendung einer jüngeren verwechselbaren Bezeichnung auf Grund der §§ 12 BGB, 16 Abs. 1 UWG entgegengetreten kann (Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 9. Aufl. Übersicht 18 vor § 16 UWG m.w. Nachw.). Unter der

Voraussetzung, daß die Beklagte insoweit die Rechte ihrer Lieferantin gegenüber der Klägerin geltend machen kann (hierzu unten II), könnte die Beklagte sich daher auch mit einem älteren Namensrecht, aber eben nur mit einem älteren Recht, zur Wehr setzen.

Ob das Namensrecht der Lieferantin der Beklagten das ältere ist, beantwortet sich nun aber nicht nach französischem Recht und auch nicht danach, ob jenes Unternehmen in Frankreich gegenüber der Klägerin die älteren Rechte besitzt. Maßgebend ist allein, ob die Lieferantin der Beklagten durch Ingebrauchnahme oder auf sonstige Weise im inländischen Rechtsgebiet ihr Namensrecht früher als die Klägerin ihr Recht aus der IR-Marke zur Entstehung gebracht hat. Das erstere ist nach dem Vortrag der Beklagten frühestens im Jahre 1939 geschehen; auf die aus diesem Tatbestand sich ergebenden Prioritätsfragen ist aber noch näher einzugehen. Es mag sein, daß unter besonderen Voraussetzungen berücksichtigt werden könnte, daß das später auf dem inländischen Markt erscheinende ausländische Unternehmen nach seinem Heimatrecht die besseren Rechte gegenüber seinem hier früher aufgetretenen gleichfalls ausländischen Mitbewerber hat; dabei würde es sich jedoch um die Berücksichtigung eines besonderen wettbewerbsrechtlichen Tatbestandes handeln. Im Streitfall ist insoweit nichts vorgebracht worden.

Darauf, daß auch der rechtmäßige Benutzer seines Namens das Seine dazu beitragen müßte, um die Gefahr einer Verwechslung mit bereits eingetragenen und benutzten Warenzeichen nach Möglichkeit auszuschließen, braucht hier nach nicht mehr eingegangen zu werden.

II. Das Berufungsgericht prüft, ob für die Firma N. Napoléon & Cie in Marseille auf Grund der von der Beklagten behaupteten Benutzung der Bezeichnung NAPOLEON für Schaumwein im Jahre 1939 ein der IR-Marke der Klägerin vom Jahre 1946 vorgehendes Recht zur Bezeichnung französischer Schaumweine im Gebiet der Bundesrepublik entstanden ist. Als ein solches vorgehendes Recht zieht es zutreffend ein aus der Firmenbezeichnung fließendes, durch inländische Benutzung bei der Warenbezeichnung entstandenes Namensrecht nach § 12 BGB in Verbindung mit Art. 8 PVÜ in Betracht. Dabei geht das Berufungsgericht stillschweigend davon aus, daß die B e k l a g t e berechtigt sei, diesen Einwand aus dem Rechte der Firma N. Napoléon & Cie gegenüber dem Warenzeichenrecht der Klägerin geltend zu machen. Dem ist beizutreten.

1. Die Beklagte ist inländisches Vertriebsunternehmen für die Schaumweine der Firma N. Napoléon & Cie. Bei dieser Sachlage ist die Beklagte als berechtigt anzusehen, das behauptete ältere Recht der Firma Napoléon & Cie einredeweise geltend zu machen; denn sie ist nur als derjenige angegriffen, der die Ware der Zeicheninhaberin mit deren Warenzeichen vertreibt, erscheint daher als deren Repräsentant in der Zeichenbenutzung.

2. Hinsichtlich des von der Beklagten für das Jahr 1939 behaupteten Vertriebes von Schaumwein der Firma N. Napoléon & Cie in Deutschland trifft das Berufungsgericht die von der Revision nicht angegriffene Feststellung, daß die umstrittene Bezeichnung sich damals nicht als Herkunftshinweis durchgesetzt habe. Dagegen unterstellt das Berufungsgericht zugunsten der Beklagten, daß die behauptete

13

Benutzung stattgefunden hat und führt dazu aus, es sei fraglich, ob die Bezeichnung damals auch firmenrechtlich und nicht nur zeichenmäßig gebraucht worden sei. Selbst wenn danach in jenem Zeitpunkt für die Firma N. Napoléon in Deutschland ein Namens- und Firmenrecht entstanden sei, könne nicht außer Betracht bleiben, daß der Gebrauch nur von kurzer Dauer gewesen sei und sich daher das Wort Napoléon dem Verkehr nicht nachhaltig habe einprägen und ihm also auch nicht auf die Dauer im Gedächtnis bleiben können. Da der Gebrauch des Wortes dann frühestens im Jahre 1957 wieder aufgenommen worden sei, spreche auch unter Berücksichtigung der Kriegs- und Nachkriegsverhältnisse nichts dafür, daß das Publikum die Firma Napoléon bei ihrem neuerlichen Erscheinen auf dem deutschen Markt wiedererkannt hätte und ihre nunmehrige Geschäftstätigkeit als Fortsetzung der früheren auffasse. Ein seinerzeit in Deutschland etwa entstandenes Namens- oder Firmenrecht wäre also demnächst wieder erloschen und frühestens im Jahre 1957 neu begründet worden, so daß es dem 1946 begründeten Warenzeichenrecht der Klägerin nachgehe.

Die Revision ist der Auffassung, diese Ausführungen entbehrten jeder tatsächlichen Grundlage und setzten sich insbesondere nicht mit dem Vortrag der Beklagten auseinander, wonach unmittelbar nach dem Kriege Lieferungen der Firma Napoléon & Cie in das Saarland und seit 1957 in das gesamte Bundesgebiet erfolgt seien.

Auch diesen Angriffen der Revision muß im Ergebnis der Erfolg versagt bleiben.

a) Nach Art. 8 PVÜ (Pariser Verbandsübereinkunft vom 20. März 1883 zum Schutz des gewerblichen Eigentums, Lon-

doner Fassung, RGBI 1937 II S. 583) soll der Handelsname in allen Verbandsländern, ohne Verpflichtung zur Hinterlegung oder Eintragung, geschützt werden, gleichviel, ob er den Teil einer Fabrik- oder Handelsmarke bildet oder nicht. Die französische Lieferantin der Beklagten genießt danach in Deutschland denselben Namensschutz wie ein inländisches Unternehmen. Dieser Schutz setzt bei einer Bezeichnung, die von Haus aus individualisierende Kennzeichnungskraft besitzt, nur voraus, daß der Name im Inland in Gebrauch genommen worden ist (BGH GRUR 1966, 267, 269 - White Horse), und zwar in einer Weise, die auf den Beginn der dauernden wirtschaftlichen Betätigung im Inland schließen läßt. Dagegen ist nicht erforderlich, daß der ausländische Name so weit in den inländischen Verkehr eingedrungen ist, daß er in den beteiligten Verkehrskreisen schon eine gewisse Anerkennung als Hinweis auf das ausländische Unternehmen gefunden hat. Der Zeitpunkt der inländischen Ingebrauchnahme bestimmt auch den Zeitrang des Namensrechts des ausländischen Unternehmens (BGH aaO).

Da das Berufungsgericht unterstellt, daß das Wort Napoléon im Jahre 1939 vom inländischen Publikum als namensmäßiger Hinweis auf das Unternehmen der französischen Lieferantin aufgefaßt worden ist, muß hiernach in der Revisionsinstanz davon ausgegangen werden, daß dieses Wort damals nach der nicht festgestellten Art seiner Verwendung individualisierende Kennzeichnungskraft besaß und daß damit Namensschutz für jenes Unternehmen **e n t s t a n d e n** ist.

b) Die weitere Frage aber, ob dieser Namensschutz später **e r l o s c h e n** ist, muß mit dem Berufungsgericht bejaht werden. Ein Namensrecht, das - wie im vorliegenden Fall -

durch tatsächliche Ingebrauchnahme im Geschäftsverkehr entstanden ist, kann später entstehenden Warenzeichenrechten nicht auf unbegrenzte Zeit entgegengehalten werden, wenn der Gebrauch des Namens zur Zeit der Entstehung der späteren Warenzeichenrechte nicht fortgedauert hatte. Bei der Benutzung durch ein inländisches Unternehmen hört das Namensrecht, soweit es auf der Inbenutzungnahme beruht, jedenfalls durch endgültige Einstellung der Benutzung auf. Wann die Einstellung einer Benutzung eine endgültige ist, vermag der beteiligte Rechtsverkehr allerdings nur schwer zu erkennen; er muß sich in erster Linie an äußere Gegebenheiten halten können. Für die Frage, ob eine U n t e r b r e c h u n g der Benutzung als eine Einstellung aufzufassen ist, oder ob sie noch als vorübergehend und deshalb der Schutz nach §§ 12 BGB, 16 Abs. 1 UWG als fortdauernd anzusehen ist, kommt es nach anerkannter Rechtsprechung vor allem darauf an, wie lange, in welchem Umfange und unter welchen Verhältnissen die Kennzeichnung vorher verwendet worden war und wie stark sie sich deshalb dem Verkehr eingeprägt hatte (BGH GRUR 1959, 541, 543 - Nußknacker). Bei Auslandsunternehmen ist insoweit selbstverständlich nicht ihre geschäftliche Betätigung im Ausland, sondern die im Inland maßgebend. Das muß grundsätzlich auch dann gelten, wenn eine geschäftliche Betätigung des ausländischen Unternehmens im Inland durch Krieg oder Bewirtschaftungsbestimmungen für längere Zeit unmöglich wird, wenngleich in einem solchen Falle zu berücksichtigen ist, daß die Mitbewerber jedenfalls bei wertvollen Bezeichnungen eher damit rechnen müssen, daß die Einstellung der Benutzung nur eine vorübergehende sein wird.

Die im Jahre 1957 erfolgte Fortsetzung des Zeichengebrauchs kann die Unterbrechung seit 1939 nicht als eine nur vorübergehende erscheinen lassen. Ohne Rechtsirrtum konnte das Berufungsgericht in tatsächlicher Hinsicht annehmen, daß im Jahre 1957 jede Erinnerung an den Zeichengebrauch aus dem Jahre 1939 geschwunden war. Auch die sonstigen objektiven Umstände lassen es nicht gerechtfertigt erscheinen, den Zeitrang des Jahres 1939 zugunsten der Beklagten zugrunde zu legen. Im Grunde hängt die Beachtung eines Rechtes, das seine Entstehung tatsächlichem Gebrauch verdankt, weitgehend von der Fortsetzung des Gebrauchs ab. Auch kann dem inländischen Rechtsverkehr nicht zugemutet werden, sich auf die Beachtung derartiger, nicht aus öffentlichen Registern ersichtlicher Rechte einzurichten, sofern sie längere Zeit hindurch nicht mehr benutzt werden. Je bekannter eine Kennzeichnung durch ihren Gebrauch geworden war, desto eher kann allerdings dem Verkehr zugemutet werden, mit einer Wiederaufnahme des Gebrauchs zu rechnen. Die Fristen für die Fortsetzung eines unterbrochenen Kennzeichengebrauchs dürfen aber nicht zu weit bemessen werden. Da für die Bemessung der Frist im Einzelfall der Grad der durch den vor der Unterbrechung liegenden Gebrauch begründeten Bekanntheit wesentlich ins Gewicht fällt, kann es nicht als rechtsfehlerhaft bezeichnet werden, wenn das Berufungsgericht im vorliegenden Fall eine Anknüpfung an den früheren Kennzeichengebrauch verneint hat.

c) Das Vorbringen der Beklagten über eine Benutzung der angegriffenen Warenbezeichnung im Saarland ist zu unsubstantiiert, um hieraus etwas für die Aufrechterhaltung des Namensschutzes herzuleiten. Dies gilt sowohl in zeitlicher Beziehung als auch hinsichtlich der Art des Gebrauchs des

Firmennamens bzw. des hier angegriffenen Bestandteils sowie der Art der Waren, die im Saarland unter der Firma des französischen Herstellerunternehmens vertrieben worden sein sollen. Insoweit fällt insbesondere auf, daß die Beklagte Umsätze an Schaumwein nur für die Zeit ab 1959 substantiiert angegeben hat. Es bedarf deshalb keiner Stellungnahme zu der unter den Parteien streitigen Frage, ob eine Benutzung im Saarland während der hier in Betracht kommenden Zeit vor der Eingliederung des Saarlandes als eine inländische Benutzung anzusehen wäre.

III. Den von der Beklagten erhobenen Einwand der *V e r - w i r k u n g* hat das Berufungsgericht deshalb für unbegründet erachtet, weil die von der Beklagten behaupteten Inlandsumsätze (1959 = 240 l; 1960 = 9000 l, 1961 = 25070 l; 1962 = 211 302 l; 1963 = 249 562 l) erst im Jahre 1962 hätten auffallen können.

Die Revision kann demgegenüber nicht mit Erfolg geltend machen, es sei hierbei rechtsirrtümlich auf den Zeitpunkt abgestellt worden, in dem der Verletzte Kenntnis von der Benutzung erhalten habe; das Berufungsgericht stellt nicht auf die Kenntnis der Klägerin, sondern darauf ab, daß sie diese Kenntnis nicht früher erlangen konnte, was die Folgerung rechtfertigt, daß die Beklagte aufgrund des Stillschweigens der Klägerin während dieses Zeitraums nicht auf eine Duldung des Zeichengebrauchs schließen konnte. Bei dem geringen Umsatz, den die Beklagte für die ersten Jahre behauptet, und angesichts des Umstandes, daß die Klägerin ihre IR-Marke nach dem vom Berufungsgericht als unstreitig festgestellten Sachverhalt benutzt, kann diese Würdigung

aus Rechtsgründen nicht beanstandet werden. Jedenfalls waren danach die Rechte der Klägerin nicht bis zum 4. Oktober 1962, dem Tage des Abmahnungsschreibens der Klägerin, verwirkt, und der weitere Zeitablauf bis zur alsbald erhobenen Klage (5. März 1963) kann nicht mehr zugunsten einer Verwirkung herangezogen werden (BGH GRUR 1963, 478, 480 - Bleiarbeiter).

IV. Die Revision rügt endlich, das Berufungsurteil sei nicht mit Gründen versehen, soweit es der Beklagten verbiete, die Verpackung oder Umhüllung von Schaumweinen mit der Kennzeichnung NAPOLEON zu versehen. Sie verweist insoweit auf die Berufungsbegründung, in der die Beklagte erstmals geltend gemacht hatte, sie sei reine Importfirma, so daß insoweit jede Begehungs- oder Wiederholungsgefahr fehle.

Es ist jedoch nicht notwendig, die Sache dieserhalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Wie die Klägerin in ihrer Erwiderung auf das Vorbringen der Beklagten betonte, hat diese zunächst uneingeschränkt die Abweisung der Klage beantragt. Sie hat auch in der Berufungsinstantz nicht etwa von sich aus die Unterlassung des "Versehens" der Ware mit dem umstrittenen Zeichen unter Vertragsstrafversprechen angeboten, obwohl, wie die Klägerin zutreffend weiter geltend machte, für einen Außenstehenden gar nicht erkennbar wäre, ob die Beklagte oder ihre ausländische Lieferfirma die Etiketten anbringt und jedenfalls jederzeit die Rollen so verteilt werden können, daß erst die Beklagte als Importfirma die Flaschen mit den entsprechenden Etiketten versieht. Bei dieser besonderen Sachlage ist es nicht zu beanstanden, daß das Berufungsge-

richt angenommen hat, daß ein berechtigtes Interesse der Klägerin bestehe, der Beklagten auch diese Form der Benutzung ihres Warenzeichens zu untersagen.

V. Da die angefochtene Entscheidung auch hinsichtlich des Auskunfts- und Schadensersatzanspruchs rechtsfehlerfrei begründet ist, mußte nach alledem die Revision der Beklagten mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Krüger-Nieland Jungbluth Pehle

Dr. Mösl Dr. Simon