

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

Ib. ZR. 74/65

URTEIL

Verkündet am
15. Juni 1967
Häge,
Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Hoteliers Georg G [REDACTED], E [REDACTED], A [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Hotelier Karl W [REDACTED], E [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -.

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juni 1967 unter Mitwirkung der Senatspräsidentin Dr. Krüger-Nieland und der Bundesrichter Pehle, Dr. Sprenkmann, Alff und Dr. Simon

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 12. Februar 1965 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Inhaber des im G[redacted]viertel von E[redacted] gelegenen P[redacted]hotels und der im Erdgeschoß des Hotelgrundstücks eingerichteten Gaststätte "K[redacted]". Die Gaststätte ist unter dieser Bezeichnung am 15. März 1963 eröffnet worden. Seit dieser Zeit wird auf sie durch Transparente hingewiesen.

Der Beklagte betreibt in der Altstadt von Essen auf dem Grundstück R[redacted]straße [redacted]/K[redacted] K[redacted]straße ein Hotel sowie einen Vergnügungsbetrieb mit mehreren Gaststätten. Das Gesamtunternehmen trägt nach dem gleichnamigen Baderschiff die Bezeichnung "W[redacted] von H[redacted]". Das Gebäude, in dem sich der Betrieb des Beklagten befindet, hat in der K[redacted] K[redacted]straße zwei Eingänge. Durch den linken Eingang ist die Bar "Zur S[redacted]", durch den rechten Ein-

- 3 -

gang eine im zweiten Obergeschoß eingerichtete Gaststätte zu erreichen, die - wie die Gastwirtschaft des Klägers - mit "K[REDACTED]" bezeichnet wurde. Nach einem größeren Umbau, bei dem auch die Fassade des Hotelgebäudes umgestaltetes wurde, hat der Beklagte etwa im Juni 1963 an der zur K[REDACTED] K[REDACTED]straße hin gelegenen Hausfront über den Fenstern des ersten Obergeschosses mit 60 cm großen Leuchtbuchstaben in 9,20 m Länge die Bezeichnung "W[REDACTED] von H[REDACTED]" anbringen lassen. Über dem linken Eingang steht in Leuchtschrift mit bis zu 50 cm großen Buchstaben "Zur S[REDACTED]", über dem rechten Eingang - ebenfalls in Leuchtschrift mit bis zu 50 cm großen Buchstaben - stand früher das Wort "K[REDACTED]". Zwischen diesen beiden Bezeichnungen stand das Wort "Bar".

Mit der Begründung, der Beklagte habe die von ihm betriebene Gaststätte "K[REDACTED]" erst im Juli 1963 und damit später als die "K[REDACTED]" des P[REDACTED]hotels eröffnet, die Verwendung dieser Bezeichnung verletze sein, des Klägers, geschütztes Recht an dieser Gaststättenbezeichnung, erwirkte der Kläger am 8. Oktober 1963 eine einstweilige Verfügung, durch die dem Beklagten die Verwendung der Bezeichnung "K[REDACTED]" und die Werbung mit dieser Bezeichnung untersagt und ihm aufgegeben wurde, die Außenwerbung "K[REDACTED]" zu entfernen (9 Q 26/63 LG Essen).

Im Verfahren über den vom Beklagten erhobenen Widerspruch stritten die Parteien im wesentlichen um zwei Gesichtspunkte: ob im Rahmen der von den Parteien betriebenen Unternehmungen die Bezeichnung "K[REDACTED]" eine schutzfähige Geschäftsbezeichnung sei, und ob in Anbetracht der Tatsache, daß die beiden Gaststätten in verschiedenen Teilen der Großstadt E[REDACTED] lägen, Verwechslungsgefahr bestehe.



Der Kläger bejahte, der Beklagte verneinte diese Fragen. Der Beklagte wies in diesem Verfahren weiter darauf hin, daß ein etwaiges Prioritätsrecht ihm zustehe. Er habe die "K [REDACTED] II" schon Karneval 1963 und damit früher als der Kläger in Betrieb genommen. Ferner machte der Beklagte geltend, er habe die "K [REDACTED]" schon damals im Inneren des Hauses mit entsprechenden Hinweisschildern versehen. Behauptungen über eine Außenwerbung stellte der Beklagte nicht auf.

Das Landgericht hob die einstweilige Verfügung mit der Begründung auf, daß keine Verwechslungsgefahr bestehe, weil die beiden gleichgenannten Lokale in verschiedenen Stadtteilen E [REDACTED] lägen.

Noch vor Erlass dieses Urteils des Landgerichts reichte der Kläger die vorliegende Klage zur Hauptsache ein. Auf die Berufung des Klägers stellte das Berufungsgericht die einstweilige Verfügung wieder her. Es wies in den Entscheidungsgründen darauf hin, daß es für die Frage der Schutzfähigkeit einer Geschäftsbezeichnung darauf ankomme, ob diese Bezeichnung namensmäßige Unterscheidungskraft besitze. Dies bejahte das Berufungsgericht für die Gaststättenbezeichnung "K [REDACTED]". Weiter bejahte es die Verwechslungsgefahr und sah schließlich auf Grund der von den Parteien überreichten Unterlagen als glaubhaft gemacht an, daß dem Kläger das Prioritätsrecht an der Bezeichnung "K [REDACTED]" zustehe. In diesem Zusammenhang führte es aus, daß es hierfür maßgebend auf die nach außen erkennbare Bezeichnung einer Gaststätte ankomme.

Darauf entfernte der Beklagte die Außenwerbung für die von ihm betriebene Gaststätte "K [REDACTED]".

Nachdem der Kläger im vorliegenden Rechtsstreit das Urteil des Berufungsgerichts im Verfahren der einstweiligen Verfügung zu den Gerichtsakten überreicht hatte, behauptete der Beklagte unter Beweisantritt, er habe bereits im Februar 1963 ein für die Sicht von der Straße her bestimmtes Schild mit dem Aufdruck "K[REDACTED]" angebracht, das nachts durch eine Neonbeleuchtung angestrahlt worden sei.

Der Kläger hat beantragt,

den Beklagten zu verurteilen,

- a) die Bezeichnung "K[REDACTED]" für die auf seinem Grundstück R[REDACTED]straße [REDACTED]/K[REDACTED] K[REDACTED]straße 3 gelegene Gaststätte zu unterlassen;
- b) bei jeglicher Werbung im Zusammenhang mit seiner Gaststätte die Bezeichnung "K[REDACTED]" zu unterlassen;
- c) die an seinem Geschäftslokal angebrachte Außenwerbung "K[REDACTED]" zu entfernen.

Der Beklagte hat beantragt,

unter gleichzeitiger Aufhebung der einstweiligen Verfügung des Oberlandesgerichts Hamm vom 14. Februar 1964 - 4 U 280/63 - die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme der Klage stattgegeben.

Im Berufungsrechtszug hat der Kläger auf die Widersprüche zwischen dem früheren und dem neuen Vorbringen des Beklagten hingewiesen.

Das Berufungsgericht hat nach weiterer Beweisaufnahme die Klage abgewiesen und die durch sein Urteil im Verfahren der einstweiligen Verfügung erlassene einstweilige Verfügung aufgehoben.

Der Kläger verfolgt mit der Revision seinen im Berufungsrechtszug gestellten Antrag auf Zurückweisung der Berufung weiter. Der Beklagte bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht geht davon aus, daß das Wort "K[REDACTED]" zwar eine im Schiffswesen übliche Gattungsbezeichnung sei. Werde dieses Wort aber in ungebräuchlichem und aus dem üblichen Rahmen herausfallenden Sinne zur Kennzeichnung eines gastronomischen Betriebes benutzt, so sei es unterscheidungskräftig und daher geeignet, schon vom Zeitpunkt der Ingebrauchnahme an eine Namensfunktion auszuüben. Die Gaststättenbezeichnung "K[REDACTED]" sei daher als besondere Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts im Sinne des § 16 Abs. 1 UWG anzusehen. Wer sich befugterweise dieser Bezeichnung bediene, könne gemäß § 16 Abs. 1 UWG, § 12 BGB von demjenigen Unterlassung der Benutzung verlangen, der diese Bezeichnung in einer Weise benutze, die geeignet sei, Verwechslungen hervorzurufen. Der Geltendmachung dieses Anspruchs durch den Kläger stehe nicht entgegen, daß er die Bezeichnung "K[REDACTED]" nicht für seinen Gesamtbetrieb, sondern nur für eine im Rahmen des von ihm betriebenen Gesamtunternehmens "P[REDACTED]hotel" eröffnete besondere Gaststätte verwende. Denn nach höchstrichterlicher Rechtsprechung (RGZ 88, 421, 424) komme der gesetzliche Schutz auch solchen besonderen Geschäftsbezeichnungen zu,

die nicht das Gesamtunternehmen, sondern nur einen tatsächlich abgesonderten, rechtlich aber unselbständigen Teil des Geschäftsbetriebes bezeichneten.

Regelmäßig genössen Gaststättenbezeichnungen, so führt das Berufungsgericht unter Hinweis auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs (BGHZ 24, 238 - Tabu I) fort, nur einen räumlich beschränkten Schutz gegen Verwechslungsgefahr. Die Verwechslungsgefahr im Sinne des § 16 Abs. 1 UWG und damit auch das nach § 12 BGB schutzwürdige Interesse eines Gastwirts daran, daß die gleiche Gaststättenbezeichnung nicht von einem anderen Gastwirt benutzt werde, sei jedenfalls dann zu bejahen, wenn in einer im Verkehrsinne einheitlichen Ortschaft zwei Gaststätten unter der gleichen Bezeichnung betrieben würden. Wenn auch die beiden gleichnamigen Gaststätten der Parteien in verschiedenen Stadtteilen Essers lägen und sich auch in der Art, wie sie betrieben würden, voneinander unterschieden, so werde hierdurch doch die Gefahr von Verwechslungen nicht ausgeschlossen. Hierbei sei insbesondere zu berücksichtigen, daß ein Fremder, der mit den örtlichen Verhältnissen nicht vertraut sei, weder die räumliche Lage noch die Art des Lokals kenne. Auch für einheimische Besucher bestehe Verwechslungsgefahr, da kein Anhalt dafür bestehe, daß die "K[REDACTED]" des Klägers stets nur in Verbindung mit der Bezeichnung "P[REDACTED]hotel" und die des Beklagten stets im Zusammenhang mit der Bezeichnung "W[REDACTED] von H[REDACTED]" genannt würden.

Diese Ausführungen des Berufungsgerichts stehen im Einklang mit der anerkannten Rechtsprechung und sind daher rechtlich nicht zu beanstanden.

II. 1. Das Berufungsgericht legt sodann dar, daß die Entscheidung des Rechtsstreits demnach davon abhängt, welcher der streitenden Parteien der zeitliche Vorrang hinsichtlich der Ingebrauchnahme der Bezeichnung "K[REDACTED]" zukomme. Hierfür sei entscheidend, wann die Bezeichnung für den Verkehr in nach außen erkennbarer Weise als Geschäftsbezeichnung erstmals in Benutzung genommen worden sei. Der Kläger habe dies am 15. März 1963 getan. Zwar habe das Berufungsgericht im Verfahren der einstweiligen Verfügung es als glaubhaft gemacht angesehen, daß der Beklagte das Wort "K[REDACTED]" in dieser Weise erst nach dem Kläger in Gebrauch genommen habe. Jedoch habe die Beweisaufnahme, insbesondere diejenige im Berufungsrechtszug des vorliegenden Hauptprozesses zweifelsfrei ergeben, daß der Beklagte die Bezeichnung "K[REDACTED]" nicht nur innerhalb der Räumlichkeiten seines Geschäftsreiches auf Hinweisschildern benutzt habe, was allerdings keinen Schutz nach § 16 Abs. 1 UWG, § 12 BGB hätte begründen können, sondern daß er bereits am Karnevalssamstag, nämlich am 23. Februar 1963 am Mittelfenster des zweiten Obergeschosses in gut von der Straße aus lesbarer Schrift, die abends mit Neonlampen beleuchtet gewesen sei, die Beschriftung "K[REDACTED]" angebracht gehabt habe. Soweit der Beklagte sein Vorbringen in gewisser Hinsicht gewechselt habe, handele es sich nur um einen Wechsel seines Rechtsstandpunktes. Entscheidend sei nicht, wie er die Bezeichnung "K[REDACTED]" habe verwenden wollen, sondern, ob in der Art der Verwendung tatsächlich die Ingebrauchnahme einer besonderen Geschäftsbezeichnung zu erblicken gewesen sei oder nicht.

2. Die Revision macht vor allem geltend, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Beklagte die Bezeichnung "K[REDACTED]" erst nach der Ingebrauchnahme dieser

Bezeichnung durch den Kläger als Bezeichnung seines Teilbetriebes b e s t i m m t habe. So habe der Beklagte noch im vorliegenden Rechtsstreit vorgetragen, er unterhalte überhaupt keinen Betrieb unter dem Namen "K[REDACTED]", sondern nur den Betrieb "W[REDACTED] von H[REDACTED]", von dem einige Räume als Schiffskajüten eingerichtet seien und als solche bezeichnet würden (§ 286 ZPO). Damit habe das Berufungsgericht rechtsirrig die E i g n u n g eines Kennzeichens, als Name für eine Gaststätte zu dienen, für ausreichend gehalten, den Kennzeichnungsschutz gemäß §§ 12 BGB, 16 Abs. 1 UWG zu begründen.

Diese Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

a) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht nicht allein die E i g n u n g des Wortes "K[REDACTED]", seiner Natur nach für eine Gaststätte Namensfunktion auszuüben, für ausreichend gehalten, um dem Beklagten den Schutz aus §§ 12 BGB, 16 Abs. 1 UWG zuzuerkennen. Es hat vielmehr, nachdem es diese Frage rechtsirrtumsfrei bejaht hat, weiterhin geprüft, ob der Beklagte vor dem 15. März 1963, also vor der Ingebrauchnahme durch den Kläger, diese auch ohne Verkehrsgeltung schutzfähige Bezeichnung für den Verkehr erkennbar nicht etwa nur als Gattungsbezeichnung, sondern als besonderen Namen eines Teiles seines Unternehmens benutzt hat.

b) Der Gebrauch des Wortes "K[REDACTED]" als besondere Bezeichnung einer Gaststätte beruht im Gegensatz zur Benutzung des angeborenen bürgerlichen Namens auf freier Wahl. Dies bedingt, daß die Bezeichnung als Name einer Gaststätte in Gebrauch genommen werden muß, weil erst eine solche Ingebrauchnahme für den Verkehr ersichtlich macht, daß es sich bei dem verwendeten Wort um ein Mittel

zur Bezeichnung des Geschäftsbetriebes handelt (vgl. Baumbach-Hefermehl 9. Aufl., Übers. vor § 16 UWG Anm. 5). Wird ein Wort, das seinem begrifflichen Inhalt nach auch als Gattungsbezeichnung verwendet werden kann, in Verbindung mit einer Gaststätte in einer Weise gebraucht, daß der Verkehr hieraus auf eine Namensgebung für die Gaststätte schließen muß, so kommt es für die Entstehung des Namensschutzes an dieser Bezeichnung nicht darauf an, welche inneren Vorstellungen oder Absichten der Benutzer mit der Ingebrauchnahme verbindet.

Es ist daher rechtlich nicht angreifbar, wenn das Berufungsgericht annimmt, entscheidend für die Frage, ob der Beklagte auf Grund der nach außen erkennbaren Ingebrauchnahme der Bezeichnung "K[REDACTED]" den Schutz aus § 16 Abs. 1 UWG genieße, sei nicht, wie der Beklagte die Verwendung der Bezeichnung "K[REDACTED]" habe verstanden wissen wollen, sondern ob in der Art und Weise der Benutzung dieses Wortes tatsächlich die Ingebrauchnahme einer besonderen Geschäftsbezeichnung zu erblicken sei oder nicht. Eine solche Ingebrauchnahme als besondere Geschäftsbezeichnung hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß darin erblickt, daß der Beklagte bereits vor dem 15. März 1963 eine von der Straße her gut sichtbare und abends durch Neonröhren beleuchtete Beschriftung "K[REDACTED]" an dem Mittelfenster des zweiten Obergeschosses in der K[REDACTED] K[REDACTED]straße angebracht hat.

c) Soweit die Revision geltend macht, das Berufungsgericht habe unter Verstoß gegen § 286 ZPO nicht beachtet, daß der Beklagte sein w i d e r s p r ü c h l i c h e s V o r b r i n g e n gegen sich gelten lassen müsse, gilt folgendes.

Die Tatsache, daß der Beklagte im Verfahren der einstweiligen Verfügung überhaupt nicht und im vorliegenden Hauptprozeß erst nach Erlaß des Berufungsurteils im Verfahren der einstweiligen Verfügung die Behauptung aufgestellt hat, er habe bereits vor dem Kläger, d.h. vor dem 15. März 1963, die streitige Bezeichnung in nach außen erkennbarer Form in Gebrauch genommen, hätte allerdings für die Beweismwürdigung von Bedeutung sein können. Hierzu hat das Berufungsgericht jedoch unter eingehender Würdigung der Zeugenaussagen dargelegt, die Beweisaufnahme habe zweifelsfrei ergeben, daß der Beklagte die Bezeichnung "K[REDACTED]" bereits am 23. Februar 1963 durch eine beleuchtete Beschriftung "K[REDACTED]" als besondere Geschäftsbezeichnung für den Verkehr erkennbar in Gebrauch genommen habe. Diese tatsächliche Feststellung wird von der Revision nicht angegriffen. Diese meint nur, das Berufungsgericht habe dem prozessualen Verhalten des Beklagten entnehmen müssen, daß der Beklagte in diesem Zeitpunkt die Bezeichnung noch gar nicht dazu b e s t i m m t gehabt habe, als Name eines Teiles seines gastronomischen Betriebes zu dienen. Hierauf kommt es jedoch, wie vorstehend dargelegt worden ist (vgl. zu b), rechtlich nicht an.

In Anbetracht des Gewichts, das die Revision ihren diesbezüglichen Ausführungen beimißt, sei noch darauf hingewiesen, daß das Berufungsgericht das widersprüchliche Verhalten des Beklagten bei seiner Verteidigung gegenüber dem vom Kläger geltend gemachten Unterlassungsanspruch frei von Rechtsirrtum damit erklärt, daß er erst durch die Entscheidungsgründe des Berufungsurteils im Verfahren der einstweiligen Verfügung darüber belehrt worden sei, auf welche tatsächlichen Umstände es in rechtlicher Hinsicht ankäme. Die Revision übersieht zudem, daß sich der

Beklagte, der sein Lokal bereits am 23. Februar 1963 unter der Bezeichnung "K[REDACTED]" eröffnet hatte, durch die nachfolgende Inbetriebnahme einer ebenfalls "K[REDACTED]" genannten Gaststätte durch den Kläger nicht gestört fühlte, weil er wegen der entfernten räumlichen Lage und der verschiedenen Art der Lokale keine geschäftlichen Einbußen befürchtete. Dem Beklagten kam es vielmehr nach seinem anfänglichen Prozeßvortrag nur darauf an, die von ihm zuerst in Gebrauch genommene Bezeichnung "K[REDACTED]" selbst fortführen zu dürfen und den Unterlassungsanspruch des Klägers zu Fall zu bringen. Dies meinte er dadurch erreichen zu können, daß er den Rechtsstandpunkt vertrat, dem Kläger stehe ein Unterlassungsanspruch nicht zu, weil die von beiden Parteien verwendete Bezeichnung "K[REDACTED]" eine Gattungsbezeichnung sei und weil der Verkehr, auf dessen Auffassung es ankomme, das Lokal des Klägers nur im Zusammenhang mit der charakteristischen Bezeichnung "E[REDACTED]hotel" kenne, wie auch sein - des Beklagten - Lokal nur in Verbindung mit der Bezeichnung "W[REDACTED] von H[REDACTED]" bekannt sei und bekannt sein wolle (Beilagen 9 Q 26/63 Bl. 58). Nachdem sodann der Kläger im vorliegenden Hauptprozeß das im Verfahren der einstweiligen Verfügung erlassene Berufungsurteil überreicht hatte, in dem dargelegt ist, daß eine Ingebrauchnahme der Bezeichnung "K[REDACTED]" durch den Beklagten nicht darin erblickt werden könne, daß er diese Bezeichnungen nur auf Schildern innerhalb seiner gastronomischen Betriebe, jedoch nicht in nach außen erkennbarer Weise verwendet habe, hat der Beklagte sogleich unter Beweisantritt die später durch die Beweisaufnahme erwiesene Behauptung aufgestellt, daß er bereits im Februar 1963 diese Bezeichnung auch an der Straßenfront des Hauses angebracht habe.

Angesichts dieses Herganges ist es daher rechtlich nicht angreifbar, wenn das Berufungsgericht aus der Art

des prozessualen Verhaltens des Beklagten keine für diesen nachteiligen Schlüsse gezogen hat.

d) Darin, daß das Berufungsgericht die Aussage des Zeugen Br. nicht berücksichtigt hat, liegt ebenfalls kein Verfahrensverstoß (§ 286 ZPO). Denn die Aussage betrifft Vorgänge im Mai 1963 anläßlich der endgültigen Ausgestaltung der Beschriftung an der Fassade des Gebäudes des Beklagten nach Beendigung der baulichen Umgestaltung des Hauses. In diesem Zeitpunkt hat aber nach der rechtlich einwandfrei getroffenen Feststellung des Berufungsgerichts der Beklagte die Bezeichnung "K." bereits in Gebrauch genommen gehabt.

III. Somit hat das Berufungsgericht zu Recht die Klage abgewiesen, weil der Beklagte die streitige Bezeichnung zeitlich vor dem Kläger als Gaststättenbezeichnung in Gebrauch genommen hat. Auch die Aufhebung der einstweiligen Verfügung seitens des Berufungsgerichts begegnet keinen rechtlichen Bedenken.

Die Revision war daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Krüger-Nieland	Bundesrichter Pehle ist infolge Urlaubsabwesenheit an der Unterschriftleistung verhindert	Sprenkmann Alff Simon
	Krüger-Nieland	