

2222 020

45

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

Ib ZR 9/63

Verkündet am

9. Dezember 1964

Zug

Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Kauffrau Zosia F [REDACTED], N [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Widerklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -,

gegen

die Firma "Dr. F.A. W [REDACTED], Optische Fabriken",
Inhaber Dr. rer. pol. Fritz W [REDACTED], K [REDACTED], Wo [REDACTED]str. [REDACTED],

Klägerin, Widerbeklagte und Revisionsbeklagte,

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

Der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Dezember 1964 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Krüger-Nieland, Jungbluth, Pehle, Dr. Sprenkman und Alff für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des I. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 20. November 1962 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die über das landgerichtliche Urteil hinausgehende Verurteilung zur Beseitigung entfällt.

Die Kosten des Revisionsverfahrens werden der Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, welche von ihnen berechtigt ist, das Zeichen "O [REDACTED]" für die in ihren jeweiligen Betrieben hergestellten optischen Geräte zu verwenden.

Für die - im Jahre 1908 gegründete und im Jahre 1959 in Konkurs geratene - Firma "Op [REDACTED] I [REDACTED] gesellschaft GmbH, B [REDACTED]-Sch [REDACTED]", deren Name im Jahre 1916

in "Op[REDACTED] A[REDACTED] O[REDACTED] GmbH" abgeändert wurde, waren als Warenzeichen seit 1910 das Wortzeichen Nr. [REDACTED] [REDACTED] O[REDACTED] und seit 1913 das Wort-Bildzeichen O[REDACTED] unter der Nr. [REDACTED] [REDACTED] beim Reichspatentamt eingetragen; das Warenverzeichnis umfaßte u.a. optische Geräte. Da nach dem 2. Weltkrieg die Op[REDACTED] A[REDACTED] O[REDACTED] keinen Antrag auf Aufrechterhaltung des Warenzeichenschutzes stellte, konnten die beiden genannten Zeichen mit Ablauf des 30. September 1950 im Bundesgebiet nicht mehr geltend gemacht werden. Die "Op[REDACTED] A[REDACTED] O[REDACTED] GmbH" hatte jedoch - unabhängig von dem Formalschutz - durch den jahrelangen Vertrieb ihrer optischen Erzeugnisse die Kennzeichnung O[REDACTED] als Hinweis auf ihren Geschäftsbetrieb innerhalb der beteiligten Verkehrskreise durchgesetzt und demnach Ausstattungsschutz an dem Zeichen "O[REDACTED]" erworben.

Im Jahre 1942 gründeten der damalige Alleininhaber der "Op[REDACTED] A[REDACTED] O[REDACTED]" und der Konstrukteur Ralph We[REDACTED] die "Op[REDACTED] Werke Os[REDACTED] GmbH" in Os[REDACTED]-F[REDACTED]/H[REDACTED]. In diesem Unternehmen, welches aus einer Zweigniederlassung der Op[REDACTED] A[REDACTED] O[REDACTED] hervorgegangen war und welches auf einem weiterhin der Op[REDACTED] A[REDACTED] gehörenden Betriebsgelände tätig war, wurden ebenfalls optische Geräte, insbesondere Prismenferngläser und Zielfernrohre hergestellt. Diese Erzeugnisse wurden - soweit es sich um Prismen-Ferngläser handelt, unstreitig, soweit es sich um die übrigen optischen Erzeugnisse, insbesondere um Zielfernrohre handelt, nach den Behauptungen der Klägerin - im Einvernehmen mit der Op[REDACTED] A[REDACTED] unter dem Warenzeichen O[REDACTED] vertrieben. Die Op[REDACTED] A[REDACTED], die mindestens seit 1951



keine eigene Produktion mehr unterhielt und ihre sämtlichen Maschinen und sonstigen Produktionsmittel den Op[REDACTED] Werken in Os[REDACTED] überlassen hatte, erwarb bis zum Jahre 1956 sämtliche Geschäftsanteile der Op[REDACTED] Werke. Im Jahre 1957 verlagerte sie auch ihren Sitz von B[REDACTED] nach Os[REDACTED]/H[REDACTED].

Über das Vermögen der Op[REDACTED] Werke wurde am 28. Februar 1959 und über das Vermögen der Op[REDACTED] A[REDACTED] am 9. März 1959 das Anschlußkonkursverfahren eröffnet. Am 4./5. März 1959 fand eine Versteigerung des wesentlichen Teiles des Betriebsvermögens der Op[REDACTED] Werke statt. Dabei erwarben sowohl die Klägerin als auch die Beklagte einen Teil der Maschinen und Werkzeuge. Hierauf, sowie auf angebliche Vereinbarungen mit den Konkursverwaltern, gründen die Parteien das von ihnen jeweils behauptete Recht, die Ausstattung an der Bezeichnung O[REDACTED] weiterzuführen. Darüber hinaus meldete die Klägerin am 6. Mai 1959 für sich das Warenzeichen O[REDACTED] beim Deutschen Patentamt in München an, was am 15. Oktober 1959 im Warenzeichenblatt bekannt gemacht wurde; die Eintragung erfolgte am 22. Februar 1960 unter der Nr. [REDACTED] [REDACTED] für das Warenverzeichnis "Op[REDACTED] Geräte".

Die Klägerin verwendet ihr Zeichen O[REDACTED] für die von ihr hergestellten Zielfernrohre und Feldstecher und hat das Recht zur Mitbenutzung des Zeichens einer GmbH in K[REDACTED] eingeräumt, welche mit ihrer Zustimmung seit dem 28. Juli 1960 den Firmennamen "O[REDACTED] Op[REDACTED] I[REDACTED] [REDACTED]gesellschaft mbH" führt.

Die Beklagte, die unter der Firma "Z[REDACTED] F[REDACTED] Feinmechanik-Optik" in N[REDACTED] optische Geräte herstellt,

verwendet für die von ihr hergestellten Prismen-Ferngläser seit April 1959 ebenfalls das Zeichen O [REDACTED], teilweise mit dem Zusatz ZFN.

Die Klägerin stützt ihre Klage auf ihr Warenzeichen sowie auf die von ihr behauptete Übernahme der Ausstattungsrechte. Sie hat beantragt,

1. die Beklagte unter Androhung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geld- oder Haftstrafe zu verurteilen, den Gebrauch des Warenzeichens O [REDACTED] zu unterlassen, insbesondere zu unterlassen, mit diesem Zeichen Waren oder deren Verpackung oder Umhüllung sowie deren Ankündigungen und Preislisten zu versehen und mit diesem Zeichen gekennzeichnete Waren in den Verkehr zu bringen oder feilzuhalten,
2. die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin über die unter dem Warenzeichen O [REDACTED] seit dem 22. Februar 1960 in den Handel gebrachten Waren nach Art, Stückzahl und Preis Auskunft zu geben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen,

widerklagend: die Klägerin zu verurteilen, in die Löschung des unter der Nr. [REDACTED] [REDACTED] der Warenzeichenrolle des Deutschen Patentamts eingetragenen Warenzeichens - Bild-Zeichen O [REDACTED] - einzuwilligen.

Sie trägt dazu vor: Die Bezeichnung O [REDACTED] sei bis zum Konkurs im Jahre 1959 für die Op [REDACTED] A [REDACTED] O [REDACTED] und nicht für die Op [REDACTED] Werke durchgesetzt gewesen und auch dies nur für Prismen-Ferngläser. Allein sie, die Beklagte, habe die Produktionsmittel für die Herstellung von Prismen-Ferngläsern für 40.000 DM aus der Konkursmasse der Op [REDACTED] Werke erworben, einschließlich der vorhandenen Werkzeuge, Roh- und Halbfertigwaren, Konstruktionszeichnungen, Kundenlisten und Werbeprospekte; sie habe auch alle noch laufenden Aufträge für Ferngläser übernommen. Demgegenüber habe die Klägerin erst nach Abschluß der Versteigerung Restbestände an Werkzeugen für Zielfernrohre für nur 1.000 DM erworben, die für die Herstellung von Prismengläsern unbrauchbar gewesen seien. Der Konkursverwalter der Op [REDACTED] A [REDACTED] habe ihrem, der Beklagten, Ehemann gegenüber zum Ausdruck gebracht, daß sie berechtigt sein sollte, die von ihr herzustellenden Prismengläser unter der Bezeichnung O [REDACTED] zu vertreiben. Das von ihr dergestalt erworbene Ausstattungsrecht sei als sachliches Recht stärker als das Formalrecht der Klägerin; überdies habe die Klägerin bei Erwerb ihrer formalen Rechtsposition rechtsmißbräuchlich gehandelt, da sie in Kenntnis ihrer, der Beklagten, Bemühungen um die Fortführung der Produktion von Prismengläsern unter dem Zeichen O [REDACTED] die Warenzeichenanmeldung vorgenommen habe.

Die Klägerin hat um Abweisung der Widerklage gebeten und dazu vorgetragen: Träger des Ausstattungsrechtes an dem Zeichen O [REDACTED] seien - nachdem sich die Op [REDACTED] A [REDACTED] jahrelang nur als Grundstücksgesellschaft betätigt habe - die Op [REDACTED] Werke geworden.

Von deren Konkursverwalter habe sie das Recht zur Fortführung der Ausstattung erworben und dementsprechend mit ihm vereinbart, daß sie die noch einlaufenden Kundenaufträge erfüllen solle, wofür eine Provision an die Konkursmasse abzuführen gewesen und auch tatsächlich monatelang gezahlt worden sei. Das Zeichen O [REDACTED] habe für alle Erzeugnisse der Op [REDACTED] Werke Verkehrsgeltung erworben, nicht nur für Prismengläser. Von einem rechtsmißbräuchlichen Erwerb des Formalzeichens könne keine Rede sein.

Das Landgericht hat über die widerstreitenden Parteibehauptungen Beweis erhoben und sodann der Klage antragsgemäß stattgegeben und die Widerklage abgewiesen.

Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Beklagte außerdem verurteilt worden ist, die Kennzeichnung der in ihrem Besitz befindlichen Gegenstände mit dem Warenzeichen O [REDACTED] zu beseitigen.

Mit der hiergegen gerichteten Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Übergang des Ausstattungsschutzes auf die Beklagte.

1. Das Berufungsgericht legt zunächst dar, daß die Beklagte durch die identische, zumindest verwechselbare

(§ 31 WZG) Verwendung des Zeichens O [REDACTED] in die Rechte der Klägerin als Zeicheninhaberin gemäß §§ 15, 24 Abs. 1 WZG eingreife. Die Benutzung des Zeichens D [REDACTED] durch die Beklagte erfolge auch widerrechtlich, da die Beklagte sich auf ein besseres sachliches Recht nicht berufen könne; insbesondere stehe ihr ein prioritäts-älteres Ausstattungsrecht nicht zu. Ein solches Recht sei ihr weder von dem Konkursverwalter der Op [REDACTED] A [REDACTED], Rechtsanwalt Bl [REDACTED], noch von Rechtsanwalt Dr. Ga [REDACTED] als dem Konkursverwalter der Op [REDACTED] Werke übertragen worden. Rechtsanwalt Dr. Ga [REDACTED] habe es - wie sich aus seiner Bekundung ergebe - eindeutig abgelehnt, der Beklagten Ausstattungsrechte zu übertragen. Aber auch Rechtsanwalt Bl [REDACTED] habe nicht die Übertragung des Ausstattungsschutzes auf die Beklagte erklären wollen, sondern habe sich lediglich verpflichtet, einem anderweit stattfindenden Erwerb des Zeichens O [REDACTED] durch die Beklagte nicht zu widersprechen. Überdies habe Rechtsanwalt Bl [REDACTED] der Beklagten als Konkursverwalter der Op [REDACTED] A [REDACTED] ein Ausstattungsrecht überhaupt nicht übertragen können. Dadurch nämlich, daß die Op [REDACTED] A [REDACTED] seit 1951 eine eigene Produktion aufgegeben habe, sei der Ausstattungsschutz auf die Op [REDACTED] Werke übergegangen.

Das Berufungsgericht legt im übrigen dar, daß ein Ausstattungsrecht nach § 8 WZG auch deshalb nicht habe auf die Beklagte übergehen können, weil - wie die Beweisaufnahme ergeben habe, - die Beklagte nicht einen bestimmt abgegrenzten Teil des Betriebs der Gemeinschuldnerinnen, sondern nur die Produktionsmittel für ein bestimmtes "Fertigungsprogramm", nämlich für Pris-

mengläser übernommen habe. Selbst wenn man davon ausgehe, daß eine Übertragung des Ausstattungsschutzes für eine bestimmte Warenfertigung zulässig sei, so setze dies jedenfalls voraus, daß das Kennzeichnungsmittel ungeteilt bleibe. Dies aber sei nicht möglich, da die Klägerin, wie die Beweisaufnahme weiter ergeben habe, ebenfalls die Produktionsmittel für ein bestimmtes Fertigungsprogramm erworben habe, nämlich für Ziel- und Richtfernrohre. Die Beklagte könne mit ihrer Behauptung, ein Ausstattungsschutz habe überhaupt nur für Prismengläser bestanden, nicht gehört werden; denn Rechtsanwalt Dr. Ga. [REDACTED] habe bekundet, daß die Ausstattung O. [REDACTED] für nahezu alle Erzeugnisse der op. [REDACTED] Werke verwendet worden sei. Dafür, daß sich die Verkehrsgeltung nicht nur auf Prismengläser, sondern auch auf Zielfernrohre und andere Erzeugnisse bezogen habe, spreche auch der Umstand, daß das Warenverzeichnis des (erloschenen) Warenzeichens O. [REDACTED] eine Vielzahl von Geräten optischer, physikalischer, geodätischer und nautischer Art umfaßt habe.

2. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision sind nicht begründet.

a) Das Berufungsgericht geht - was von der Revision auch nicht beanstandet wird - zutreffend davon aus, daß Ausstattungsrechte in die Konkursmasse fallen können und dementsprechend der Verfügungsgewalt des Konkursverwalters unterliegen (Tetzner Warenzeichengesetz 1958 Rdnr. 29 zu § 8 WZG; für Warenzeichen BGHZ 32, 103, 113). Inwieweit es für eine rechtswirksame Übertragung solcher Ausstattungsrechte durch den Konkursverwalter

erforderlich ist, daß der Erwerber aus der Konkursmasse den gesamten Betrieb oder doch einen bestimmt abgegrenzten Teil des Betriebes miterwirbt, ferner, ob es genügt, wenn nur die Produktionsmittel für eine bestimmte Warenfertigung übernommen werden, kann für den vorliegenden Fall dahingestellt bleiben. Denn nach den rechtsfehlerfreien tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts, die von der Revision auch nicht angegriffen werden, haben weder der Konkursverwalter der Op[REDACTED] Werke noch der Konkursverwalter der Op[REDACTED] A[REDACTED] Ausstattungsrechte auf die Beklagte übertragen. Allein schon hieraus ergibt sich, daß sich die Beklagte auf einen rechtsgeschäftlichen Erwerb von Ausstattungsrechten nicht berufen kann.

Soweit die Revision auf dem Standpunkt steht, es genüge für den Erwerb der Ausstattungsrechte - unabhängig von einer rechtsgeschäftlichen Übertragung durch die Konkursverwalter - der bloße Umstand, daß sie die für die Produktion von Prismengläsern erforderlichen Werkzeuge (einschließlich der Kundenlisten und der noch vorhandenen Aufträge), also das von den Parteien sogenannte "Fertigungsprogramm" erworben habe, kann ihr nicht gefolgt werden. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es einer besonderen rechtsgeschäftlichen Übertragung der Ausstattungsrechte durch den Konkursverwalter bedarf, wenn der gesamte Betrieb oder doch der größte Teil desselben von einem Dritten erworben wird, oder ob in einem solchen Fall die Ausstattungsrechte ohne weiteres auf den Erwerber übergehen. Denn eine derartige Sachlage kommt im vorliegenden Fall nicht in Betracht. Das Berufungsgericht hat in rechtsirrtumsfreier Würdigung der Aussage des Konkursverwalters Dr. Ga[REDACTED] festgestellt,

daß die Beklagte bei einem Versteigerungserlös von über 330.000,-- DM nur Produktionsmittel im Werte von etwa 7 % des Versteigerungserlöses erworben und weitere 11.000,-- DM für den Erwerb vorhandener Prismengläser und Musterwaren aufgewendet habe. Unter dieser Voraussetzung hätte der Erwerb des Ausstattungsschutzes - wenn überhaupt - nur durch eine eindeutige rechtsgeschäftliche Erklärung der beteiligten Konkursverwalter erfolgen können; es ergab sich in keinem Fall ohne weiteres aus dem Erwerb des sogenannten "Fertigungsprogramms". Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Tatbestand grundsätzlich von dem, welcher der Entscheidung BGHZ 16, 82 - Wickelsterne - zugrundelag. Dort hatte der Bundesgerichtshof (aaO S. 89) entschieden, daß der Ausstattungsschutz auf einem tatsächlichen Zustand beruhe und daher in seinem Bestand nicht berührt werde, wenn der Geschäftsinhaber den Betrieb auf einen anderen übertrage und dieser die Ausstattung weiterführe, wenn also nur die Person des Betriebsinhabers wechsele. Von einem Wechsel des Betriebsinhabers kann aber nicht die Rede sein, wenn aus der Konkursmasse nur Maschinen und Werkzeuge im Wert von 7 % des Versteigerungserlöses erworben werden. Der Revision ist auch nicht zu folgen, wenn sie sich auf den Standpunkt stellt, der Erwerb des "Fertigungsprogramms" müsse jedenfalls hier für den Übergang der Ausstattungsrechte genügen, weil die Beklagte vorgetragen habe, daß Ausstattungsschutz nur für die Warengattung Prismengläser bestanden habe, nicht aber für die anderen Erzeugnisse der Op[] Werke. Das Berufungsgericht hat den dahingehenden Vortrag der Beklagten rechtsfehlerfrei gewürdigt und die

dh

Aussage Dr. Ga[REDACTED] herangezogen, wonach die Ausstattung O[REDACTED] für nahezu alle von den Op[REDACTED]Werken hergestellten und vertriebenen Waren benutzt wurde. Daraus hat es den - möglichen und deshalb in der Revisionsinstanz nicht zu beanstandenden - Schluß gezogen, daß die Verkehrsgeltung rein tatsächlich nicht auf die Warengattung Prismengläser beschränkt gewesen sei. Die Revision weist in diesem Zusammenhang noch darauf hin, daß die - vom Berufungsgericht zusätzlich angestellte - Erwägung, wonach das Warenverzeichnis des erloschenen Warenzeichens O[REDACTED] eine Vielzahl von Geräten physikalischer, optischer, geodätischer und nautischer Art umfaßt habe, nicht zwingend sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Revision insoweit zu folgen ist. In jedem Fall handelte es sich bei der genannten Erwägung des Berufungsgerichts nur um einen unterstützenden Gedankengang, während das angefochtene Urteil - rechtlich zutreffend - die Verkehrsgeltung in erster Linie aus der Benutzungslage abgeleitet hat.

II.

Rechtsmißbräuchliche Berufung der Klägerin auf Warenschutz.

1. Das Berufungsgericht verneint den Erwerb eines wertvollen Besitzstandes seitens der Beklagten in der kurzen Zeit der Benutzung des Zeichens durch sie bis zur Anmeldung des Klagezeichens. Eine nennenswerte Benutzung habe selbst während dieser kurzen Zeit nicht stattgefunden. Überdies fehle es an den subjektiven Voraussetzungen für die Annahme eines rechtsmißbräuchlichen

Erwerbs des Warenzeichenschutzes durch die Klägerin. Die Klägerin habe sich aufgrund der Zusicherungen des Konkursverwalters der Op[REDACTED] Werke und auf Grund der Übernahme des Fertigungsprogramms für Ziel- und Richtfernrohre für berechtigt halten können, das Zeichen O[REDACTED] anzumelden. Daran ändere sich auch dann nichts, wenn die Klägerin entsprechend den Behauptungen der Beklagten gewußt habe, daß die Beklagte die Fertigung von Prismengläsern übernommen habe. Vielmehr bleibe allein der nicht zu mißbilligende Umstand bestehen, daß die Klägerin rascher als die Beklagte bei dem Erwerb des Warenzeichenschutzes vorgegangen sei.

2. Gegen diese Beurteilung richtet sich das Hauptgewicht der Revisionsangriffe. Die Revision steht auf dem Standpunkt, daß die Klägerin aus dem Erwerb von wenigen Werkzeugen für die Herstellung von Zielfernrohren nicht das Recht ableiten könne, sich als Hersteller der weltberühmten O[REDACTED]-Erzeugnisse "aufzuspielen". Hierin liege eine Täuschung des Verkehrs im Sinne des § 3 UWG, auf die sich die Beklagte, wie jeder Wettbewerber, berufen könne.

Auch diese Angriffe der Revision können nicht durchdringen.

a) Soweit das Berufungsgericht eine rechtsmißbräuchliche Anmeldung des Warenzeichens verneint, weil die Beklagte durch eigene Benutzung des Zeichens O[REDACTED] keinen wertvollen Besitzstand erworben habe, lassen diese Feststellungen - die im einzelnen von der Revision auch

nicht angegriffen werden - einen Rechtsfehler nicht erkennen. Rechtsirrtumsfrei hat das Berufungsgericht insbesondere die Aussage des früheren Konkursverwalters Dr. Ga. [REDACTED] gewürdigt, wonach eine nennenswerte Benutzung des Zeichens O [REDACTED] durch die Beklagte bis zur Anmeldung des Klagezeichens überhaupt nicht stattgefunden habe. Daß aber eine solche kaum nennenswerte Vorbenutzung des Zeichens durch Dritte nicht dazu führen kann, die Anmeldung als rechtsmißbräuchlich anzusehen, sondern daß hierzu das Einbrechen in einen wertvollen Besitzstand gehört, entspricht der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH GRUR 1961, 413, 416 - Dolex) und ist unlängst von dem erkennenden Senat erneut bestätigt worden (Urteil vom 8. Juli 1964 - Ib ZR 177/62 - Pudelzeichen).

b) Mit Recht hat das Berufungsgericht die Anmeldung des Klagezeichens auch nicht aus dem Grunde als rechtsmißbräuchlich angesehen, weil die Klägerin - wie die Beklagte unter Beweisantritt vorgetragen hatte - von der Übernahme des Fertigungsprogramms für Prismengläser und von der beabsichtigten Verwendung des Zeichens O [REDACTED] durch die Beklagte Kenntnis hatte. In rechtsfehlerfreier tatsächlicher Würdigung gelangt das Berufungsgericht zu dem Ergebnis, daß die Klägerin nicht in dem Bewußtsein handelte, ein Warenzeichen zu erwerben, dem schutzwürdige Interessen der Beklagten entgegenstanden, sondern sich selbst für berechtigt halten konnte, das Zeichen O [REDACTED] weiterzuführen. Das Berufungsgericht hätte noch zusätzlich darauf hinweisen können, daß die Beklagte erst durch Schreiben vom 12. November 1959 des Konkursverwalters der Op [REDACTED] Anstalt die Zusicherung erhielt,

er werde einer Anmeldung des Zeichens O [REDACTED] durch die Beklagte nicht widersprechen, während die Klägerin von dem Konkursverwalter der Op [REDACTED] Werke, die seit 1951 allein die O [REDACTED]-Erzeugnisse hergestellt und vertrieben hatten, schon durch Schreiben vom 4. Juni und 11. Juni 1959 dahin unterrichtet worden war, daß gegen eine Benutzung des Zeichens O [REDACTED] und gegen eine Neuanschuldung seitens der Klägerin keine Bedenken beständen. Zwar erfolgte die Anmeldung des Klagezeichens bereits am 6. Mai 1959, jedoch fanden mit dem Kläger - wie Dr. Ga [REDACTED] bezeugt hat - schon seit März 1959 die - mit den Schreiben vom 4. Juni und 11. Juni 1959 abgeschlossenen - Verhandlungen wegen der Überlassung des Zeichens O [REDACTED] statt. Es kommt hinzu, daß - wie das Berufungsgericht außerdem festgestellt hat - der Konkursverwalter Dr. Ga [REDACTED] es gegenüber der Beklagten abgelehnt hatte, ihr die Rechte an dem Zeichen O [REDACTED] zu übertragen. Bei dieser Sachlage konnte das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum feststellen, daß sich die Klägerin im Zeitpunkt der Neuanschuldung des Zeichens auf Grund des Verhaltens des Konkursverwalters Dr. Ga [REDACTED] und auf Grund der Übernahme des Fertigungsprogramms für Ziel- und Richtfernrohre für berechtigt halten konnte, das Zeichen O [REDACTED] weiter zu führen.

c) Soweit die Revision unter Hinweis auf § 3 UWG vorträgt, die Verwendung des Zeichens O [REDACTED] durch die Klägerin führe zu einer Täuschung des Verkehrs, handelt es sich um neuen Tatsachenstoff, der in der Revisionsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden kann. Die Parteien haben zwar übereinstimmend vorgetragen, daß sich das Zeichen O [REDACTED] als Herkunftshinweis auf die Op [REDACTED] A [REDACTED] durch-

gesetzt hatte, und sie sind übereinstimmend davon ausgegangen, daß eine Verkehrsdurchsetzung (entweder für die Op [REDACTED] A [REDACTED] oder für die Op [REDACTED] Werke) noch im Zeitpunkt der Konkurseröffnung bestand. Dieser Parteivortrag genügt aber nicht den Anforderungen, die an den schlüssigen Vortrag einer täuschenden Warenzeichenverwendung zu stellen sind. Dabei kann dahingestellt bleiben, unter welchen Voraussetzungen die weitere Benutzung eines Kennzeichnungsmittels, welches für ein inzwischen in Konkurs geratenes und liquidiertes Unternehmen Verkehrsgeltung hatte, im Sinne des § 3 UWG täuschend wirkt. In jedem Fall wäre hierzu ein näherer Vortrag nach der Richtung erforderlich gewesen, daß das Zeichen O [REDACTED] auch heute noch neben dem Herkunftshinweis bestimmte Gütevorstellungen auslöse. Derartiges hat die Beklagte aber weder behauptet, noch unter Beweis gestellt. Der von der Revision gegebene Hinweis auf eine angebliche Feststellung des Berufungsurteils, wonach die O [REDACTED]-Erzeugnisse "Weltruf" genossen hätten, trifft nicht zu. Tatsächlich hat weder das Berufungsgerecht eine solche Feststellung getroffen, noch sind die Parteien übereinstimmend von einem "Weltruf" der O [REDACTED]-Erzeugnisse ausgegangen. Eine Bemerkung, wonach der Name O [REDACTED] Weltruf genossen habe, findet sich lediglich in dem zu den Gerichtsakten überreichten Schreiben des Bankhauses L [REDACTED] und Le [REDACTED] vom 10. April 1959 an den Konkursverwalter Bl [REDACTED], ohne daß indessen aus den Feststellungen des Berufungsurteils oder dem übrigen Akteninhalt erkennbar wäre, daß sich die Parteien die Bemerkung in diesem Schreiben zu eigen gemacht hätten. Selbst wenn aber von einem "Weltruf" der O [REDACTED]-Erzeugnisse hätte gesprochen werden können, würde dieser Umstand noch nicht für die substantiierte Darlegung eines

Verstoßes gegen § 3 UWG ausreichen. In Ermangelung eines entsprechenden Vortrages hat die Beklagte folgerichtig auch ihren Klageabweisungsantrag und die Widerklage von Anfang an ausdrücklich nur auf §§ 11 WZG und 25 WZG in Verbindung mit §§ 1 UWG, 823, 826 BGB gestützt, während § 3 UWG als Anspruchsgrundlage von der Beklagten zu keinem Zeitpunkt herangezogen worden ist. Das Berufungsgericht hat deshalb mit Recht nicht untersucht, ob der Zeichengebrauch durch die Klägerin gegen § 3 UWG verstößt.

d) Die von dem Berufungsurteil bestätigte Untersagung des Landgerichts enthält - wörtlich genommen - das Verbot, Waren jeglicher Art mit dem Zeichen O [REDACTED] zu versehen. So weit geht das Verbotungsrecht der Klägerin jedoch nicht. Vielmehr steht ihr nur das Recht zu, der Beklagten die Benutzung des Zeichens O [REDACTED] für Waren der angemeldeten Art (hier: optische Geräte) und für gleichartige Waren zu untersagen. Einer Berichtigung der Urteilsformel bedarf es gleichwohl nicht; denn die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, daß die Beklagte auch ihrerseits nur optische Geräte mit dem Zeichen O [REDACTED] versehen hat und weiterhin zu versehen beabsichtigt. Die Fassung der Untersagung ist deshalb unschädlich, da sich aus dem Parteivortrag und den Gründen des angefochtenen Urteils mit hinreichender Deutlichkeit ergibt, daß sich das Verbot nur auf optische Geräte und diesen gleichartige Waren bezieht.

III.

Abweisung der Widerklage.

1. Nachdem das Berufungsurteil - rechtlich zutreffend und von der Revision auch nicht beanstandet - weiter

LB

dargelegt hat, daß der Klägerin gemäß § 242 BGB zur Vorbereitung ihres Schadenersatzbegehrens ein Auskunftsanspruch gegen die Beklagte zusteht, begründet es die Abweisung der Widerklage mit dem Hinweis darauf, daß der Beklagten ein prioritätsälteres sachliches Ausstattungsrecht nicht zustehe und daß das von der Klägerin benutzte Warenzeichen auch nicht inhaltlich unrichtig sei (§ 11 Abs. 1 Nr. 3 WZG). Selbst, wenn das Zeichen O [REDACTED] trotz des Konkurses der Op [REDACTED] Anstalt und der Optischen Werke heute noch Herkunfts- und Hinweisfunktion für die Gemeinschuldnerinnen ausübe, so genüge dies nicht, um eine inhaltliche Unrichtigkeit des Zeichens im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 3 WZG zu begründen.

2. Diese rechtliche Beurteilung ist nicht zu beanstanden. Mit Recht hat das Berufungsgericht die inhaltliche Unrichtigkeit des Klagezeichens nicht etwa auch unter dem Gesichtspunkt geprüft, ob sich mit ihm konkrete Gütevorstellungen verbinden, denen die Erzeugnisse der Klägerin möglicherweise nicht entsprechen (vgl. dazu BGH GRUR 1957, 350, 351 - Raiffeisensymbol; GRUR 1959, 25, 29 - Triumph). Denn in dieser Richtung fehlt es - wie bereits im Zusammenhang mit § 3 UWG dargelegt worden ist - an jeglichem substantiierten Vortrag der Beklagten.

IV.

Beseitigungsanspruch.

Das Berufungsgericht hat schließlich die Beklagte - ohne dahingehenden Antrag - über die Verurteilung des Landgerichts hinaus weiterhin verurteilt, die Kennzeichnung der

in ihrem Besitz befindlichen Gegenstände mit dem Warenzeichen O [REDACTED] zu beseitigen. Es entnimmt die Befugnis hierzu dem § 30 Abs. 1 WZG, der eine derartige Anordnung von Amts wegen vorsehe.

Insoweit kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben. Zwar läßt der Wortlaut des § 30 Abs. 1 WZG ("bei einer Verurteilung bestimmt das Gericht") darauf schließen, daß die Beseitigungsfolge von Amts wegen auszusprechen ist. Dies gilt jedoch nur für Strafurteile, während dem im Zivilverfahren die Vorschrift des § 308 ZPO entgegensteht (so zutreffend Busse, Warenzeichengesetz 3. Aufl., Anm. 2 zu § 30 WZG; Tetzner, Warenzeichengesetz, Rdnr. 3 zu § 30 WZG; ferner Hagens, Warenzeichenrecht, Anm. 2 zu § 19 WZG aF; Seligsohn, Warenzeichenrecht, 3. Aufl. Anm. 1 am Ende zu § 19 WZG aF mit weiteren Nachweisen). Gleiches hat in der Berufungsinstanz für die - dem § 308 ZPO entsprechende - Bestimmung des § 536 ZPO zu gelten. Das Berufungsgericht war daher ohne entsprechenden Antrag nicht befugt, die Beseitigungsfolge auszusprechen. Da dieser Verfahrensverstoß in der Revisionsinstanz auch ohne entsprechende Rüge zu beachten ist (BGH LM Nr. 7 zu § 308 ZPO), ist die Revision mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß die vom Berufungsgericht von Amts wegen ausgesprochene Verurteilung zur Beseitigung entfällt.

215

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 2 ZPO, da die in dem Antrag der Klägerin auf volle Zurückweisung der Revision liegende Zuvielforderung nicht ins Gewicht fällt.

Krüger-Nieland

Jungbluth

Pehle

Sprenkmann

Alff