

Juristische Wochenschrift

Herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.

Schriftleiter:

Justizrat Dr. Dr. Julius Magnus, Berlin, Rechtsanwalt Dr. Heinrich Dittenberger, Leipzig
unter Mitwirkung von Rechtsanwalt Dr. Dr. Max Hachenburg, Mannheim.

Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Inh.: Oscar Brandstetter, Leipzig C 1, Dresdner Straße 11/13.

Sernsprecher Sammel-Nr. 72666 / Drahtanschrift: Imprimatur / Postkassentonto Leipzig Nr. 63673.

Die JW. erscheint wöchentlich. Bezugspreis monatlich M. 4.50; Einzelhefte kosten den halben Monatsbetrag. Für Studenten, Referendare und Assessoren im Vorbereitungsdienst ist ein Vorzugspreis von monatlich M. 3.— festgesetzt; Auskunft hierüber erteilt der Verlag. — Der Bezug erfolgt am zweckmäßigsten durch die Post, doch nehmen auch die Buchhandlungen und der Verlag Bestellungen an. Beschwerden über mangelhafte Zustellung sind bei Postbezug ausschließlich bei der Post anzubringen.

Anzeigen die 6 gespaltene Millimeterhöhe 21 Pf., für den Stellenmarkt 15 Pf., $\frac{1}{2}$ Seite M. 300.—, $\frac{1}{4}$ Seite M. 155.—, $\frac{1}{8}$ Seite M. 80.—. Der Anzeigerraum wird in der Höhe von Trennungstrich zu Trennungstrich gerechnet. Bei Zifferanzeigen kommen noch 60 Pf. Gebühren hinzu. Zahlungen ausnahmslos auf Postkassentonto W. Moeser Buchhandlung, Leipzig 63673, erbeten.

Für den Deutschen Anwaltverein sind Zuschriften nach Leipzig C 1, Nilschplatz 3, Zahlungen auf Postkassentonto Leipzig 10102 zu richten. Alle Sendungen für die Schriftleitung der JW. werden nach Berlin W 62, Maaßenstr. 27 erbeten.

Verwirkung?

Von Oberlandesgerichtspräsident i. R. Dr. Weß, Darmstadt.

Danzer=Benotti: DRZ. 1932, 74 ff. erörtert die Frage der Verwirkung und führt aus, daß die Rechtsprechung nie auf immer weitere Rechtsgebiete ausdehne, daß sie eine Interessenabwägung nach möglichst objektiven Gesichtspunkten an die Stelle oft willkürlicher Annahme subjektiven Verzichtes setzen solle und präzisiert ihren Begriff dahin: „Durch Verschweigen wird ein subjektives Recht verwirkt, wenn bei Abwägung des Interesses beider Parteien das Interesse der einen Partei an der Geltendmachung des Rechtes binnen angemessener Frist das Interesse der anderen an der einstweiligen Nichtgeltendmachung überwiegt.“ Der Aufsatz veranlaßt die nachstehenden Ausführungen über Ausgangspunkt, Begriff und Voraussetzungen der Verwirkung, ihren Werdegang, ihre Grundlage im geltenden Recht und ihr Verhältnis zur Sicherheit von Recht und Rechtsverkehr.

Die Rechtsprechung versteht, wenn sie von der Verwirkung eines Aufwertungsanspruchs spricht, darunter dessen Vernichtung dadurch, daß der Gläubiger, obwohl er seinen Anspruch kannte oder kennen mußte, mit dessen Geltendmachung länger zögerte als das Gericht für zulässig hält. Zu der Verzögerung muß hinzutreten, daß der Schuldner auf Grund ihrer annahm, daß er mit der Geltendmachung nicht mehr zu rechnen brauche und daß er sich deshalb darauf wirtschaftlich eingerichtet hatte. Die Rechtsprechung war sich dabei darüber klar, daß ein besonderes, der Verjährung entsprechendes Rechtsinstitut der Verwirkung nicht besteht, sondern die Verzögerung der Klageerhebung nur eine Tatsache darstellt, aus der sich auf Grund anderweiter Vorschriften des bürgerlichen Rechts der Untergang des Aufwertungsanspruchs ergibt. Sie erblickte in der Verzögerung der Klage zunächst einen Verzicht auf den Aufwertungsanspruch, schwankte aber dabei darin, welche rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen ein rechtswirksamer Verzicht erfüllen müsse. Während einzelne Entscheidungen i. S. von einem stillschweigenden Verzicht reden, ohne auf dessen rechtliche und tatsächliche Voraussetzungen überhaupt einzugehen (Zeiler, Aufwertungsfälle am RG. — im folgenden „Zeiler“ — Bd. I Nr. 43, Bd. III Nr. 650, 712; Bd. IV Nr. 892), erkennen andere an, daß Verzicht die Kenntnis der Aufwertungsmöglichkeit voraussetzt (Zeiler Bd. I Nr. 233, 237, 242, 248; Bd. II Nr. 493, 494; Bd. III Nr. 619), und andere führen weiter aus, daß Verzicht nur dann angenommen werden kann, wenn besondere Umstände auf einen Verzichtswillen schließen lassen (Zeiler Bd. I Nr. 247; Bd. III Nr. 720,

726; RG. 110, 133 = JW. 1925, 948). In Zeiler Bd. III Nr. 615 stellt der 5. Zivilsenat fest, daß ein Verzicht auf den Aufwertungsanspruch, dessen Kenntnis, den Verzichtswillen und einen Verzichtsvertrag voraussetzt, und in Zeiler Bd. VII Nr. 1318 erblickt der 1. Zivilsenat in dem vom BG. angenommenen Verzicht einen zwar nicht wörtlich, aber doch durch schlüssiges Verhalten beider Teile stillschweigend abgeschlossenen Erlaßvertrag. Der letzteren Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde. Eine deutsche Verlagssfirma hatte 1916 mit einem österreichischen Komponisten vereinbart, daß dieser ihr eine von ihm zu schaffenden Operette in Verlag gebe, deren Textbuch er im Einvernehmen mit der Firma auszufuchen habe. Der Komponist erhielt alsbald 10 000 Kronen als Anzahlung, die vertragsgemäß die Firma für sofort rückzahlbar erklären konnte, wenn ihr die Operette nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt übergeben sein würde. Da der Komponist kein geeignetes Textbuch fand, zogen sich die Verhandlungen lange hin. In deren Verlaufe hatte der Komponist mehrfach Auflösung des Vertrags vorgeschlagen und dabei darauf hingewiesen, daß er dem Verlag noch immer den Vorschuß schuldig sei. Als der Komponist alle von der Firma vorgeschlagenen Textbücher ablehnte, forderte der Verlag sie im November 1921 zurück. Der Komponist entsprach dem alsbald; von den 10 000 Kronen war dabei von keiner Seite die Rede. Im März 1926 forderte die Firma in Ausübung ihres Rückforderungsrechts den Goldwert der 10 000 Kronen, aufgewertet auf 7000 RM. Das LG. verurteilte zu 2000 RM, das OLG. dagegen, das deutsche Recht als vereinbart erklärte, wies die Klage ab, da das lange Schweigen der Klägerin als Verzicht gedeutet werden müsse. Ein solcher sei auch verständlich, weil sich die Klägerin gescheut haben möge, es mit einem bekannten Komponisten zu verderben. Die jegige Geltendmachung des Anspruchs sei bei der Sachlage „illoyal“. Das RG. wies die Revision zurück, weil zwar das jegige bürgerliche Recht den Verzicht nicht als einseitigen Erlösungsgrund von Schuldverhältnissen kenne, es aber wie oben dargelegt, einen vom BG. festgestellten Erlaßvertrag annahm, der durch schlüssiges Verhalten beider Teile stillschweigend abgeschlossen worden sei. Gegenüber dem vom BG. erhobenen Vorwurfe der Illoyalität hatte es das RG. dahingestellt gelassen, ob das jegige bürgerliche Recht den Begriff der Verwirkung scharf ausgeprägt und ihr bestimmte Merkmale gesichert habe. Jedenfalls aber müsse der Schuldner davor geschützt werden, nach jahrelangem

Schweigen des Gegners unerwartet einem beträchtlichen Anspruch ausgesetzt zu werden, auf den er seine Maßnahmen und Berechnungen nicht mehr einzurichten brauchte.

Die Entscheidung des RG. unterliegt schwersten Bedenken. Einmal bezüglich dessen, was sie in das Berufungsurteil hineinlegt, und sodann bezüglich des stillschweigend abgeschlossenen Vertrags. Die Klägerin hatte zweifellos nur deshalb mit der Rückforderung gezögert, weil beim Scheitern der Verhandlungen der Satz Markt = Markt galt, die Markt weitgehend und die Krone völlig entwertet war. Erst nachdem das deutsche Aufwertungsgesetz erschienen war, glaubte sie von ihrem Rückforderungsrecht Gebrauch machen zu können, auf das sie weder ausdrücklich noch stillschweigend verzichtet, noch zu verzichten einen verständigen Grund hatte. Der eigentliche Grund der Entscheidung liegt denn auch offenbar in der angeblichen „Allohalität“ des Klägers. Da aber der Senat das Bestehen eines gesetzlichen Erlösungsgrundes „Verwirkung“ mit Recht bezweifelte und weiter zu Recht annahm, daß einseitiger Verzicht keinen gültigen Erlösungsgrund abgibt, kam man auf den nach der Sachlage völlig unhaltbaren Ausweg des stillschweigenden Erlaßvertrags. Soweit die reichsgerichtlichen Entscheidungen das Erlöschen des Aufwertungsanspruchs nicht wie die zuletzt aufgeführten auf Verzichtsvertrag, sondern auf stillschweigenden einseitigen Verzicht stützen, sind sie nach §§ 305, 397 BGB. im Rechte nicht begründet. U. a. hatte auch RG. 72, 169 ausdrücklich anerkannt und ausgesprochen, daß auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse ein Verzicht, auch wenn man ihn nicht als Erlaßvertrag mit unmittelbarer dinglicher Wirkung auf den Bestand des Schuldverhältnisses kennzeichnen will, nur als Vertrag zustande kommt, so daß er der Annahme der Verzichtserklärung durch den Schuldner bedarf und bloßes Zugehen der Verzichtserklärung nicht genügt. Entw. I § 290 BGB. hatte im Abs. 5 ausdrücklich bestimmt, daß einseitiger Verzicht des Gläubigers auf die Forderung unwirksam sei. Die Kommission war damit sachlich einverstanden, hielt aber eine ausdrückliche Bestimmung für entbehrlich. Den auf stillschweigenden Verzicht gestützten Entscheidungen des RG. steht übrigens weiter entgegen, daß der Verzicht Kenntnis des Anspruchs voraussetzt, ein verständiger Mensch auf einen ihm bekannten Anspruch besonders dann nicht verzichtet, wenn es sich, wie bei der Aufwertung, zumeist um ein lebenswichtiges Recht handelt, und ein Verzicht überdies nicht vermutet, sondern nur auf schlüssige Tatsachen gestützt werden kann (RG. 84, 403; Zeiler Bd. I Nr. 247; Bd. III Nr. 720), die in der anderweit erklärten Verzögerung der Geltendmachung nicht gefunden werden können. Die Annahme stillschweigenden Verzichts bleibt deshalb regelmäßig Fiktion, auch wenn nach der Rechtsprechung jedermann ohne Rücksicht auf seinen wirklichen Willen sein Verhalten so gegen sich gelten lassen muß, wie es im geschäftlichen Verkehr auszulegen ist.

Wohl im Hinblick auf Bedenken der vorstehenden Art kam das RG. allmählich davon ab, das Erlöschen des Aufwertungsanspruchs durch verzögerte Geltendmachung auf stillschweigenden Verzicht zu stützen, und nachdem man mehrfach auf „Verzicht bzw. Verwirkung“ abgestellt hatte, waren die Senate darüber einig, daß für dieses Erlöschen nur § 242 BGB. als sogenannte Verwirkung in Betracht komme. Man behauptete (s. insbes. JW. 1928, 483), daß der Gläubiger, der seinen Aufwertungsanspruch auf § 242 BGB. stütze, durch diesen auch verpflichtet werde, seinen Anspruch gerichtlich innerhalb der Grenzen von Treu und Glauben geltend zu machen. Abgesehen von den unten aufzuführenden Widersprüchen in der Rechtsprechung weichen die Entscheidungen bezüglich der Erfordernisse der Verwirkung voneinander ab. Während in einzelnen nur auf das lange Warten als solches abgestellt wird (z. B. Zeiler Bd. III Nr. 589, 615, 619, 650), fordern andere daneben, daß der Schuldner sich zufolge des langen Zögerns auf das Erlöschen des Anspruchs eingerichtet habe (z. B. Zeiler Bd. III Nr. 726, 733, 734; Bd. XI Nr. 2218) und andere nehmen einen Verstoß gegen Treu und Glauben auch dann an, wenn der Schuldner zwar keine besonderen Maßnahmen nachweise, aber doch annehmen dürfte, daß er mit dem Anspruch nicht mehr „beholdet“

würde und er sich darauf einrichten könne (z. B. Zeiler Bd. XI Nr. 2226, 2256, 2263, 2295, 2314). Andere Entscheidungen wieder führen aus, daß es auf schuldhaftige Verzögerung der Klage nicht ankomme, sondern nur darauf, ob der Schuldner noch mit Aufwertung rechnen mußte (z. B. Zeiler Bd. XI Nr. 2251). Dies, obwohl nach der älteren reichsgerichtlichen Rechtsprechung (RG. 62, 190; 71, 440) sogar ausdrückliche Verwirkungsabreden als mit dem Vorbehalt abgeschlossen gelten, daß der Nachweis des Nichtverschuldens von der Verwirkung befreit. Besonders weitgehend in den Anforderungen, die nach seinem Dafürhalten Treu und Glauben an ein baldiges Vorgehen des Gläubigers stellen, ist der 2. Zivilsenat: Zeiler Bd. XI Nr. 2319. Eine i. J. 1920 gemachte Vermögenseinlage in eine Handelsgesellschaft von 350 000 M war Ende 1922 mit rund $\frac{1}{1000}$ ihres Goldwerts zurückgezahlt worden. Das BG. lehnte Verwirkung der Aufwertungsklage ab, da Untergang eines Rechtsanspruchs durch Zeitablauf mit dem geltenden Rechtssystem unvereinbar sei. Das RG. bejahte die Verwirkung, da die Aufwertung als außerordentlicher Rechtsbehelf nach Treu und Glauben beschleunigt geltend zu machen sei. Unter der III. StNotVd. habe allerdings der Kläger mangels eines Vorbehalts nichts machen können. Da der Kläger aber auch nach dem AufwG. noch 3 Jahre mit der Klage gewartet habe, habe Beklagter Verzicht annehmen und sich in seinem geschäftlichen Verhalten danach einrichten können. Er habe auch die Aufwertungsanschuld nicht zu buchen brauchen, da er dann vielleicht noch Jahre unzuverlässige Bilanzen gehabt hätte. Dem Kläger hätte man Erkundigung bei einem Rechtskundigen zumuten können, wo er erfahren hätte, daß die Sache für ihn mindestens nicht aussichtslos sei. Unter diesen Umständen gebiete die „Sicherheit des Rechtsverkehrs“, daß die Aufklärung des Gegners nicht allzulang und nicht ohne zwingenden Grund verzögert werde.

Zeiler bemerkt zu der Entscheidung, daß ebenjogut der Beklagte sich hätte informieren können. Und wenn es auch in erster Linie Sache des Klägers sei, sich zu rühren, so fordere Treu und Glauben doch nicht, ihm das Risiko einer „nicht aussichtslosen“ Klage zuzumuten und an deren Verzögerung den Verlust eines jetzt zweifelsfreien Rechtes zu knüpfen. Diese Bemerkungen erscheinen durchaus begründet, erschöpfen aber die schweren Bedenken gegen die Entscheidung nur zum Teile.

Die Meinung, daß die Stützung des Aufwertungsanspruchs auf § 242 BGB. dem Gläubiger für dessen Geltendmachung besondere zeitliche Schranken auferlege, erscheint nicht gerechtfertigt. Gewiß kann die verzögerte Geltendmachung auf Grund des § 242 den Inhalt des Anspruchs dann beschränken, wenn das auf Grund veränderter Umstände nach Treu und Glauben gerechtfertigt erscheint. Dabei wird aber nicht nur eine durch den Zeitablauf tatsächlich verursachte nachteilige Änderung der Vermögenslage des Schuldners, sondern weiter zu fordern sein, daß diese nicht dadurch verursacht ist, daß der Schuldner sich darauf eingestellt hat, daß er den Gläubiger nicht weiter zu befriedigen brauche. Denn der Schuldner, der zufolge Zahlung in entwertetem Geld eine meist nur kleine Teilzahlung geleistet hat, muß mit der Zahlung des Restbetrags bis zur Verjährung des Anspruchs ohne weiteres rechnen. Und wenn er sich trotzdem „darauf einrichtet“, daß er den Gläubiger um sein Forderungsrecht bringen könne, so handelt er selbst wider Treu und Glauben, und sein Tun kann deshalb den Umfang seiner Schuld zu seinen Gunsten nicht beeinflussen. Dies scheint mir — im Gegensatz zur Anschauung des RG. — mit den Forderungen des redlichen Verkehrs allein in Einklang zu stehen. Dagegen kann die Säumnis des Gläubigers ein Erlöschen des Aufwertungsanspruchs, das sich nicht nach dem Vorstehenden als dessen Minderung, sondern gleich dem durch Verjährung oder Ausschlußfrist herbeigeführten als selbständiger Rechtserfolg darstellt, nur dann zur Folge haben, wenn auf Grund des § 242 dessen Verhalten die *exceptio doli* begründet. Und diese wiederum kann nicht auf jede für den Schuldner entstehende Unbequemlichkeit oder darauf, daß dieser sich in seiner Hoffnung, mit einem sachlich begründeten Anspruch nicht mehr beeheligt zu werden und sich auf Kosten

des Gläubigers bereichern zu können, enttäuscht sieht, sondern nur auf wirkliche Arglist des Gläubigers gestützt werden. Damit stimmt das Schrifttum überein (Staudinger § 242; Planck § 242 Nr. 3 c a bb) und das RG. selbst führt im Einklang mit ihm in RG. 86, 94 u. a. aus: Die Einrede der Arglist sei zulässig, könne aber nicht jeder unbilligen Rechtsverfolgung entgegengesetzt werden. Das würde dazu führen, an Stelle des objektiven Rechts und der durch dieses geschaffenen subjektiven Rechte mehr oder weniger bestimmte oder gerechtfertigte Billigkeitserwägungen zu setzen und von diesen die Ausübung der Rechte abhängig zu machen. Daß das nicht der Standpunkt des Gesetzes sei, ergebe § 226 BGB., der nur die rein schikanöse Rechtsausübung ausschließe. Der § 226 wäre zweck- und sinnlos, wenn jeder unbilligen Rechtsverfolgung mit der Einrede der Arglist entgegengetreten werden könnte. Er zeige, daß der Gesetzgeber die Ausübung der Rechte insoweit zulassen wolle, als ihr nicht einzelne besondere gesetzliche Schranken gezogen sind. Als eine solche Schranke komme z. B. auch § 826 BGB. in Betracht, der es verbietet, in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise andern vorzüglich Schaden zuzufügen.

Diesen m. E. allein im Gesetze begründeten Ausführungen entspricht die Rechtsprechung über die Verwirkung nicht. Denn arglistig handelt zwar der Schuldner, der sich darauf einrichtet, den Gläubiger um den meist größten Teil seiner Forderung zu bringen, nicht aber der Gläubiger, der aus Unerfahrenheit, Mangel an Mitteln, Prozeßfurcht oder ähnlichen Gründen mit der Klageerhebung zögert. Sein eigenes Interesse muß den schon durch Gesetz und Rechtsprechung schwer geschädigten Gläubiger veranlassen, baldmöglichst den meist bescheidenen Rest seines ursprünglichen Anspruchs zu verwirklichen. Demgegenüber ist es unverständlich, wenn die Verwirkung an das durch keinerlei Rücksichtslosigkeit veranlaßte Zögern des Gläubigers den Verlust seiner Ansprüche mehr oder weniger deshalb knüpft, weil er die Hoffnung des Schuldners auf ungerechtfertigte Bereicherung schließlich doch noch enttäuscht. Jedenfalls rechtfertigt die Rechtsprechung über die Verwirkung in bezug auf Willkür, Unbilligkeit und Rechtsunsicherheit alle die Befürchtungen, die RG. 84, 94 an die Zulassung einer Arglisteinrede knüpft, die die in ihr bezeichneten Grenzen überschreitet.

Abgesehen davon, daß nach den späteren Ausführungen des RG. die Verwirkung auf Grund der eingangs bezeichneten Voraussetzungen auf sie nicht beschränkt, ist diese auch bei den auf § 242 BGB. gestützten Aufwertungsansprüchen nicht gerechtfertigt. Denn der ursprüngliche Anspruch ändert seine Rechtsnatur nicht, und § 242 wirkt nur insofern ein, als er die Höhe des Betrags bestimmt, der nach der Billigkeit wegen der Währungszerüttung an die Stelle des Anspruchs auf Zahlung einer bestimmten in alter Währung ausgedrückten Geldsumme zu treten hat. Es handelt sich dabei nicht um eine Rechtsgehaltung, sondern die Änderung tritt kraft Gesetzes ein und das Gericht hat sie nur deklarativ festzustellen (RG. 111, 63 = JW. 1925, 1747). Daß bei der Feststellung der Höhe die Verhältnisse des Schuldners zu berücksichtigen sind, ergibt sich aus § 242 ohne weiteres, keineswegs aber, daß die Neu- feststellung der Höhe der Geltendmachung des Anspruchs andere zeitliche Grenzen zieht, als die Verjährungsvorschriften allgemein bestimmen. Deshalb hat die sogenannte Verwirkung sich auch bei Aufwertungsansprüchen auf die Arglisteinrede mit ihren vorausgeführten Voraussetzungen wie bei allen übrigen Ansprüchen zu beschränken. Wenn das RG. von der Arglisteinrede zugunsten des Schuldners abweichende Voraussetzungen der Verwirkung deshalb zulassen will, weil die Aufwertung ein „außerordentlicher Rechtsbehelf“ sei, so vergißt es dabei anzugeben, weshalb das der Fall ist, was das Gesetz unter einem solchen versteht und wo es mit ihm die sonst im Gesetz nicht begründete Rechtsfolge verbindet. Der Satz „Mark = Mark“, wonach ein ungedeckter, nicht einlösbarer Papierseken die Zahlkraft von Gold haben soll, ist dem deutschen Rechte fremd und konnte nur in einer Zeit tiefster moralischer Verwirrung von den Interessenten durchgesetzt werden. Als oberster Hüter des Rechts hätte das RG. dem sofort entgegengetreten müssen. Leider war es nicht führend,

sondern geführt und legte der Durchsetzung des materiellen Rechtes schwere Hindernisse in den Weg. Und wenn es etwa die Außergewöhnlichkeit des Rechtsbehelfs darin erblickt, daß es die Aufwertung nicht bei jeder Unbilligkeit, sondern nur bei außergewöhnlichen Härten für den Gläubiger zuläßt, so rechtfertigt diese durch § 242 keineswegs gerechtfertigte Benachteiligung des Gläubigers nicht die zweite im Gesetz ebenfalls nicht begründete der Verwirkung. Auch die Heranziehung sonstiger Gesichtspunkte trägt die Rechtsvernichtung als Folge verzögerter Klageerhebung nicht. Da nach RG. 111, 63 = JW. 1925, 1747 bei der Aufwertung anders wie bei Anfechtung, Kündigung und Rücktritt usw. keine rechtsgestaltende Handlung des Gläubigers in Frage steht, kommen auch die dort für die Erklärung der Anfechtung, der Kündigung oder des Rücktritts vorgesehenen Fristen für die Aufwertungsfrage nicht in Betracht. Da auch vertragmäßige Verwirkungsklauseln nicht in Betracht kommen, ist es ferner bedeutungslos, daß diese nach § 157 zur Vermeidung ihres Erlöschens innerhalb angemessener Frist geltend zu machen sind und der Verpflichtete nicht in einem schädigenden Schwerezustand belassen werden darf (RG. Komm. zu § 357 u. 360 BGB.). Es wurde aber bereits darauf hingewiesen, daß auch bei ihnen der Nachweis der Nichtverschuldung von der Verwirkung befreit. Auch der Umstand, daß bei Kriegs- und Ausstandsklauseln usw. der Berechtigte nach der Rechtsprechung (RG. 88, 145 = JW. 1916, 829) nicht auf Kosten des Gegners zuwarten und spekulieren darf, ist für die Frist der Aufwertungsfrage bedeutungslos, da eine entsprechende Auslegung des Aufwertungsanspruchs nach § 157 BGB. nicht in Betracht kommt. Wenn sich das RG. schließlich darauf beruft, daß auch nach seinen älteren Entscheidungen, wenn außergewöhnliche Verhältnisse einen außergewöhnlichen Rechtsanspruch gewähren, der Gegner alsbald von dem beabsichtigten Gebrauch des Rechtsbehelfs zu benachrichtigen sei, damit er sich nicht auf den Nichtgebrauch einrichte, so tragen, wie Weisler: JW. 1928, 1377 ff. dargelegt hat, die vom RG. angezogenen Entscheidungen die Rechtsprechung über die Verwirkung nicht. Es handelt sich vielmehr, wie Weisler in einzelnen nachweist, bei den älteren Entscheidungen, abgesehen davon, daß zum Teile Rücktrittsrechte und Fristsetzungen in Betracht kommen, darum, daß in dem Zögern ein arglistiges oder doch illoyales Verhalten insofern zu erblicken ist, als durch es unberechtigte Vorteile auf Kosten des Gegners erzielt werden sollen. Daß demgegenüber bei der Verwirkung Arglist oder auch nur Illoyalität des zögernden Aufwertungsberechtigten nicht in Frage steht, wurde oben dargelegt.

Ebenso wie von mir wird eine Verwirkung, die über die Arglisteinrede in der oben bezeichneten Beschränkung hinausgeht, abgesehen von Weisler, u. a. auch von Roth: JW. 1928, 1335 ff. abgelehnt. Ersterer legt dar, daß die reichsgerichtliche Rechtsprechung besonders die von vorsichtigen und gewissenhaften Anwälten beratenden Aufwertungs-gläubiger schädige, und Roth weist zutreffend darauf hin, daß eine zeitliche Beschränkung des Aufwertungsanspruchs durch die Rechtsprechung zwangsläufig zu der Willkür, Unbilligkeit und Rechtsunsicherheit führen müsse, die in der Verwirkungsrechtsprechung zutage tritt. Er wirft der reichsgerichtlichen Verwirkungslehre zu Recht Unklarheit vor und führt aus, daß das RG., das durch lange Verfassung der Aufwertung einer ungeheuren Vermögensverschiebung Vor-schub geleistet habe, nun durch die Verwirkung die Aufwertung abbaue und abermals Rechtsunsicherheit hervorrufe. Auch Zeiler macht ernste Bedenken gegen die Verwirkungsrechtsprechung mehrfach geltend. Zu Bd. IV Nr. 898 bemerkt er, daß es nicht der Billigkeit widerspreche, wenn der Schuldner nachzahle, was er früher zu wenig bezahlt habe. Zu Bd. IV Nr. 925 führt er aus: „Hätte der Kläger früher geklagt, so wäre er abgewiesen worden, und jetzt wird er auf Grund der Verwirkung abgewiesen, weil er nicht früher Klage erhoben hat. Und hätte der Kläger früher zu erkennen gegeben, daß er das Geschäft nicht für abgewickelt halte und so den Schuldner darin gestört, sich behaglich auf die durch die Entwidlung geschaffene Rechtslage einzurichten, so hätte er von diesem Klage zu erwarten gehabt.“ Zu Bd. XI Nr. 2295 bemerkt er: Das Verweisen auf andere geschäftliche

Maßnahmen habe dann Sinn, wenn Beklagter im Vertrauen auf die Maßnahmen Schaden erlitten habe, nicht aber wenn er mit dem Geld des Gläubigers Maßnahmen getroffen habe, die für ihn vorteilhaft waren. Zu Bd. IX Nr. 1816 führt er aus: Die Verwirkung gründe man auf § 242. Dann müßte aber doch der Eindruck vermieden werden, daß damit Ansprüche abgeschnitten würden, mit denen man endlich unbehelligt bleiben möchte, Ansprüche, die man heute notgedrungen zubilligen würde, die man aber früher abgewiesen hätte. Verwirkung sei dann immer ungerechtfertigt, wenn der Schuldner, der jahrelang die Vorteile der unterbliebenen Anspruchshebung genoß, jetzt weiter keinen Nachteil habe, als daß er mit seiner stillen Hoffnung, auch ferner unbehelligt zu bleiben, enttäuscht werde. Den Gläubiger mache solche Verwirkung meist zum Bettler. Zu Bd. VIII Nr. 1792 bezeichnet Zeiler die Forderung des 2. Zivilsenats, daß der Gläubiger gerade wegen der Zweifelhaftheit seiner Forderung früher hätte klagen sollen, mit Recht als sehr bedenklich. Das könne man vielleicht einem reichen Manne zumuten, aber nicht jemanden, der mit den Kosten eines gewagten Prozesses vielleicht seine Existenz aufs Spiel setze. Zu Bd. IV Nr. 884 bemerkt er zu dem angeblich „außergewöhnlichen“ Rechtsbehelf: Es sei kein solcher, wenn der Kläger nach einer zweifellos bloßen Teilzahlung den Restanspruch geltend mache. Zu Bd. VIII Nr. 1580 endlich führt er aus: „Ein allgemeiner Grundsatz, daß Ansprüche, wenn sie nicht untergehen sollen, alsbald erhoben werden müssen, ist dem Rechtsleben fremd, auch dem kaufmännischen Verkehr. Wo das Gesetz eine alsbaldige Abwicklung von Rechtsangelegenheiten für geboten hält, ist durch Verjährungs- und Ausschlussfristen Vorsorge getroffen. Darüber hinaus darf der Gläubiger nur nicht böswillig mit Schädigungsabsicht zögern. Im übrigen sorgt schon der wirtschaftliche Sinn des Gläubigers dafür, daß er nicht mit der Geltendmachung seines Anspruchs ohne verständigen Grund zögert, wenn er glaubt, ihn durchsetzen zu können.“

Ich stimme diesen Ausführungen, die zu den schwächlichen, jedem gesunden Rechtsempfinden widerstrebenden „Billigkeits-erwägungen“ der kritisierten Entscheidungen in erfreulichem und erfrischendem Gegensatz stehen, durchaus zu und wiederhole, daß ich neben der Arglistinrede in ihrer oben bezeichneten enger Umgrenzung für eine „Verwirkung“ keinen gesetzlichen Raum sehe.

Wenn die Rechtsprechung mehrfach die Verwirkung auch mit dem Bedürfnisse der Rechtssicherheit gerechtfertigt hat, so hat sie anzufügen unterlassen, was sie unter dieser Rechtssicherheit versteht. Begreift man darunter die Gewähr, daß jedes Recht so lange in seinem Bestand gesichert bleibt, als nicht ein zweifelstiller gesetzlicher Grund es zum Erlöschen bringt, so festigt nicht, sondern untergräbt nach dem Vorstehenden die Verwirkung die Rechtssicherheit. Nur das Unrecht des Schuldners, nicht das Recht des Gläubigers wird durch sie gesichert. Und gleich unbefriedigend ist es damit bestellt, wenn man vom Standpunkt der Rechtsverfolgung aus unter Rechtssicherheit die Gewißheit versteht, daß gleichartige Tatbestände nach gleichmäßigen, feststehenden Rechtsgrundsätzen beurteilt werden. Schon aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß die Rechtsprechung zwar alsbald den Untergang des kaum anerkannten Aufwertungsanspruchs als Folge verzögerter Geltendmachung gewollt, aber darüber, wie sie das angestrebte Ziel mit dem Gesetz in Einklang bringen könne, geschwankt, die Vernichtung bald als Verzicht, bald als Verwirkung aufgezo-gen und deren Erfordernisse ganz verschieden und besonders beim Verzicht vielfach in glatter Widersprüche zum Gesetz bestimmt hat. Damit sind aber die Widersprüche nicht erschöpft, sondern die bisher erwähnten bilden nur einen kleinen Teil davon. Mügel: JW. 1930, 1042 ff. bezeichnet die Rechtsprechung über die Verwirkung als eine „rudis indigesta moles“, und wenn er sich auch bemüht, aus dieser gewisse Leisätze herauszuarbeiten, und anerkennt, daß sie im allgemeinen innegehalten werden, so stellt er doch gleichzeitig fest, daß dies vielfach ohne klare Erkenntnis ihres rechtlichen Grundes und keineswegs einheitlich geschieht. Nach seinen Darlegungen ergeben sich Widersprüche zwischen den einschlägigen Entscheidungen besonders bezüglich folgender Fragen:

a) Ob die Verwirkung sich auf Wertansprüche, wie Schadensersatz-, Enteignungs- und Bereicherungsansprüche, erstreckt, obwohl einerseits deren Umfang sich nicht nach § 242 BGB. bemittelt und andererseits aus dem gegenteiligen Umstand bei Aufwertungsansprüchen die Zulässigkeit der Verwirkung hergeleitet wird?

b) Ob Verwirkung nur auf Grund einer Zahlung eines Vergleichs oder einer sonstigen Tatsache, die ohne die Geldentwertung zur Abwicklung geführt hätte, oder auch ohne solchen Umstand angenommen werden kann?

c) Ob Verwirkung auch dann in Betracht kommt, wenn der Gläubiger bei der Zahlung einen Vorbehalt gemacht hatte?

d) Ob Verwirkung auch bei Vermögensanlagen in Betracht kommt, obwohl § 63 AufwG. diese von der Umelbung ausgenommen hat?

e) Ob ein langer Zeitraum zwischen Papiermarkzahlung und Klage auch dann zur Verwirkung führt, wenn der Gläubiger alsbald nach erlangter Kenntnis von seinem Aufwertungsanspruch diesen geltend gemacht hat?

f) Ob der Schuldner die Maßnahmen nachweisen muß, mittels derer er sich auf die vermeintliche Befreiung eingerichtet hat oder ob dieser vom Gericht i. S. unterstellt werden können?

g) Ob vor Klagerhebung die Klärung der Rechtsprechung abgewartet werden darf oder dem Gläubiger Klage schon vorher zuzumuten ist?

h) Ob die Verwirkung ausgeschlossen ist, wenn die Verzögerung der Klage durch anwaltlichen Rat veranlaßt ist?

Die Fülle der hiernach bestehenden Meinungsverschiedenheiten sowie der Mangel an System, Klarheit und Folgerichtigkeit in der Rechtsprechung haben zur Folge, daß die Frage, ob im Einzelfalle Verwirkung angenommen werden wird, mit Sicherheit selten beantwortet werden kann und die Entscheidung je nach dem erkennenden Senate verschieden, aber selbst innerhalb der Senate keineswegs gleichmäßig ausfällt. Deshalb wird nicht nur die Rechtssicherheit i. S. des materiellen Rechtes, sondern auch die i. S. der Rechtsverfolgung durch die Verwirkung untergraben. Dasselbe gilt für die Sicherheit des Rechtsverkehrs, auf die man vielfach, ohne ihren Begriff näher zu bestimmen, abgestellt hat. Auch sie ist nur dann gewährleistet, wenn die Rechte, die Gegenstand des Verkehrs sind, in ihrem Bestande nur durch festumrissene und nicht durch beliebig dehn- und deutbare Bestimmungen beeinflusst werden. Diese Dehn- und Deutbarkeit kennzeichnet aber die Verwirkung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung. Sie vernichtet unter Berufung auf Treu und Glauben vielfach beide samt Recht und Billigkeit. Und die gegensätzliche Behandlung gleichartiger Tatbestände in den widersprechenden Entscheidungen macht es schwer, den Gedanken der Willkür zu unterdrücken.

Nicht mit Unrecht bemerkt Pland, 1. Aufl., zu dem dem § 242 wesensverwandten § 226 BGB.: „Der § 226 wird trotzdem von einem böswilligen Schuldner leicht mißbraucht werden, und es erscheint zweifelhaft, ob die Schikane dadurch nicht mehr gefördert als gehindert wird.“ Er bemerkt weiter, daß es unzulässig ist, die Einrede aus § 226 auf Verletzung sonstiger sittlicher Rücksichten zu erstrecken, weil das unerträgliche Rechtsunsicherheit nach sich zöge. Der Altmeister des Rechts, Jhering, wäre über den Geist der Verwirkungslehre am deutschen Richter irre geworden.

Da eine besondere Behandlung der Rechtsvernichtung durch verzögerte Geltendmachung auch da nicht gerechtfertigt ist, wo der Inhalt des Anspruchs durch § 242 BGB. bestimmt wird, stehen der von Danzer erwähnten Ausdehnung der Verwirkung auf andere Rechtsgebiete Bedenken nicht entgegen. Aber nur, wie im Vorstehenden dargelegt ist, in den eng umschriebenen Grenzen der Einrede der Arglist. Der Vorschlag Danzer, durch Verschweigen subjektive Rechte verwirkt werden zu lassen, wenn bei Abwägung des Interesses beider Parteien das Interesse der einen Partei an der Geltendmachung des Rechtes binnen angemessener Frist das Interesse der anderen an der einstweiligen Nichtgeltendmachung überwiegt, erscheint mannehmbar. Es würde die Verwirkung, Willkür und Rechtsunsicherheit, die die Verwirkung auf dem

Gebiete der Aufwertung erzeugt hat, auf das gesamte Rechtsgebiet übertragen und den Kredit in Deutschland weiter untergraben. Das ist besonders dann der Fall, wenn die Rechtsprechung aus der günstigen Vermögenslage des Gläubigers als solcher für diesen Rechtsminderung herleitet. Weder der Kredit noch die Anforderungen an einen Rechtsstaat lassen es zu, die Existenz eines Gläubigeranspruchs von dem subjektiven Ermessen des Richters darüber abhängig zu machen, ob das Interesse des Schuldners die frühere Geltendmachung

erwünscht gemacht hätte. Verjährung, etwaige Ausschlußfristen und eine eng begrenzte Arglistrede allein dürfen die Abweisung des Anspruchs wegen verspäteter Geltendmachung zur Folge haben. Wo ausnahmsweise besondere Verhältnisse die Rechtsvernichtung als Folge verzögerter Geltendmachung fordern, müssen deren Voraussetzungen vom Gesetzgeber scharf umrissen festgelegt, nicht aber dürfen sie vom Richter nach Ermägung bestimmt werden, durch die die Verwirklichungslehre Treu und Glauben in Verruß gebracht hat.

Der Konkurs des Patent-, Warenzeichen- und Wettbewerbsverletzers.

Von Rechtsanwält Dr. Eduard Reimer, Berlin.

Mit dieser Frage haben, abgesehen von der allerjüngsten Zeit, die Gerichte sehr wenig zu tun gehabt. Nach übereinstimmender und zutreffender Angabe der Kommentare¹⁾ sind jahrzehntelang überhaupt nur drei Reichsgerichtsentscheidungen veröffentlicht worden, die sich mit dem Konkurs des wegen Patent- oder Warenzeichenverletzung oder unlauteren Wettbewerbs Beklagten beschäftigt haben²⁾.

Auch in Aufsätzen ist die Frage nur selten behandelt worden³⁾.

Neuerdings hat nun das RG. in einem und demselben Fall zweimal⁴⁾ Gelegenheit gehabt, in einem Patentverletzungsstreit zu der Frage der Wirkung der Konkursöffnung auf den Unterlassungsanspruch Stellung zu nehmen.

Die Bedeutung der Entscheidungen und der ausführlichen Anmerkung von Jaeger⁵⁾ geht über das Patentrecht hinaus; sie betreffen ebensogut das Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht. Die Fragen sind aber noch nicht restlos geklärt. Ihre Beurteilung bereitet, wie sich in jüngster Zeit mehrfach ergeben hat, auch den Instanzgerichten Schwierigkeiten. Sie sollen daher hier getrennt nach Unterlassungsanspruch unter I) und Rechnungslegungs- (Auskunftsverteilungs-) und Schadensersatzanspruch (unter II) behandelt werden.

I. Unterlassungsanspruch

1. Wenn über das Vermögen des Patent- und Warenzeichenverletzers oder des unlauteren Wettbewerbers der Konkurs eröffnet wird, so entsteht die Frage, ob ein gegen ihn schwebender, ein Unterlassungsgebot erstrebender Rechtsstreit gemäß § 240 ZPO. unterbrochen wird und auf welche Weise, bei Bejahung der Unterbrechung, der Rechtsstreit wieder in Gang zu setzen ist. Nach § 240 ZPO. tritt die Unterbrechung ein, wenn der Rechtsstreit „die Konkursmasse betrifft“. Nach dem Wortlaut der Bestimmungen der RD. wird nun durch Geltendmachung eines Anspruchs die Konkursmasse „betroffen“, wenn es sich um eine Konkursforderung oder um einen Absonderungsanspruch oder um einen Aussonderungsanspruch handelt.

Daß der Unterlassungsanspruch keine Konkursforderung i. S. des § 3 RD. ist, ist herrschende Ansicht. Ebensonenig liegt ein Absonderungsrecht i. S. der §§ 47 ff. RD. vor.

Es gibt daher, wenn man den Unterlassungsanspruch als die Konkursmasse betreffend ansehen will, nur zwei Möglichkeiten: entweder man nimmt die rechtsähnliche Anwendung der die „Aussonderung“ regelnden Vorschrift des § 43

RD. vor oder man sieht, über die Vorschriften der RD. hinaus, den Unterlassungsanspruch als einen weiteren, neuen Fall an, in dem die Konkursmasse i. S. des § 240 ZPO. „betroffen“ wird⁶⁾.

Beide Wege sind beschritten worden. Auf dem Wege der rechtsähnlichen Anwendung des § 43 RD. gehen Lehmann⁷⁾, Jaeger⁸⁾ und, bei Verletzung des Rechts am eigenen Wille, das RG.⁹⁾

Auf dem Wege der Weiterbildung des Rechts, über die in der RD. geregelten Fälle hinaus, gehen Jay¹⁰⁾ und das RG. früher in einem Wettbewerbsfalle¹¹⁾ und jetzt auch für das Patentrecht¹²⁾. Jay führt im Anschluß an RG. 45, 374 ff. folgendes aus¹³⁾: Eine gegen den Gemeinschuldner erhobene Unterlassungsklage berühre die Konkursmasse dann, wenn das Verhalten des Gemeinschuldners, dessen Unterlassung beansprucht werde, geeignet sei, den Wert der Konkursmasse zu vermehren. Es handele sich um einen Streit über die Aktiva der Masse, nicht in dem Sinne, daß ein Recht des Gemeinschuldners, welches für sich einen Aktivposten bilden würde, ausgefondert werden soll, sondern in dem Sinne, daß vom Ausgang des Rechtsstreits der Wert der Aktivmasse abhängt. Hiermit stimmt der Gedankengang der RG-Entsch. vom 6. Jan. 1932, die übrigens ebenfalls auf RG. 45, 374 ff. Bezug nimmt, völlig überein.

Die beiden hier mitgeteilten Meinungsgruppen unterscheiden sich aber nicht so sehr theoretisch, als in ihren praktischen Folgen. Theoretisch betrachtet, erscheint es kühn, einen auf Unterlassung einer Patent-, Warenzeichen- oder Wettbewerbsverletzung gerichteten Streit als einen „Aussonderungsstreit“ zu bezeichnen, wenn man bedenkt, daß § 43 RD. von der „Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Gegenstandes aus der Konkursmasse auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts“ spricht. Wo ist bei der Unterlassungsklage des gewerblichen Rechtsschutzes der „dem Gemeinschuldner nicht gehörige Gegenstand“, wo ist das auf diesen „Gegenstand“ gerichtete dingliche oder persönliche Recht des Unterlassungsklägers?

Aber ebenso kühn ist es, von „Aktiven der Masse“ zu sprechen und die Klage, die ein Herstellungs- und Vertriebsverbot gegen den Gemeinschuldner erstrebt, als einen „für den Gemeinschuldner anhängigen Rechtsstreit“ zu bezeichnen. Zu dieser rechtlichen Konstruktion sagt Jaeger¹⁴⁾: „In der Tat eine starke Zumutung.“

Wie man aber auch rechtlich konstruieren will, und man

¹⁾ Jay, PatG., 5. Aufl., § 4 Anm. 70; Piehcker, PatG. Anm. 79; Seligsohn, PatG. § 4 Anm. 22 G; ders. WbzG. 12 Anm. 14; Callmann, UnWzG. S. 68; Baumbach, 2. Aufl., S. 133; Jaeger, RD., 6./7. Aufl., § 10 Anm. 18; Menzel, RD., 4. Aufl., § 11 Anm. 2.

²⁾ RG. v. 24. Nov. 1899: RG. 45, 374; v. 18. Nov. 1916: RG. 89, 114; RG. v. 21. Dez. 1906: LZ. 1907, 230.

³⁾ Lobe: ZBP. 39 (1909), 493 ff.; Lehmann: ZBP. 38 (1909), 85 ff., insbes. 119 ff.; ders. LZ. 1910, 814 ff.; Jay: GewRsch. 1917, 10 und neuestens kurz Callmann: ZBR. 1932, 139 (145/47).

⁴⁾ RG. v. 9. Mai 1931: RG. 132, 362 = ZW. 1931, 2118 mit Anm. Risch = GewRsch. 1931, 753 = WzW. XXXI, 438; RG. v. 6. Jan. 1932: ZW. 1932, 879/80 mit Anm. Jaeger.

⁵⁾ Vgl. Anm. 4.

⁶⁾ Die dritte, Lobesche Auffassung (a. i. Anm. 3 a. D.), wonach der Unterlassungsanspruch durch die Konkursöffnung niemals berührt wird, sondern nach wie vor gegen den Gemeinschuldner geltend zu machen ist, darf als endgültig überwunden gelten.

⁷⁾ Lehmann a. i. Anm. 3 a. D., allerdings teilweise (LZ. 1910, 819) mit Einschränkungen, auf die noch zurückzukommen ist.

⁸⁾ Jaeger: mit Einschränkungen (Komm. z. RD., 6./7. Aufl., § 10 Anm. 4), auf die ebenfalls zurückzukommen ist.

⁹⁾ RG. v. 28. Dez. 1899: RG. 45, 170 (172).

¹⁰⁾ Jay a. i. Anm. 3 a. D.

¹¹⁾ RG. v. 24. Nov. 1899: RG. 45, 374 (376/77).

¹²⁾ In der schon erwähnten Entsch. v. 6. Jan. 1932: ZW. 1932, 880/81.

¹³⁾ Anm. 3 a. a. D. S. 13/14.

¹⁴⁾ Jaeger: ZW. 1932, 880 links unten.

muß hier „konstruieren“, um zu einem praktischen Ergebnis zu kommen, jedenfalls kann keine der beiden Gruppen der anderen eine zu weit vom Gesetzeswortlaut und Gesetzesinn abweichende Konstruktion vorwerfen; denn beide weichen gleichermaßen weit ab. Daß ein weites Abweichen vom Gesetz, das, soweit es hier interessiert, aus 1877 stammt, notwendig ist, hat schon Tschay¹⁵⁾ ausgeführt.

Bei der Wahl zwischen den beiden hier angegebenen Wegen kommt es daher ausschließlich darauf an, welcher Weg der praktisch zweckmäßigste ist. Im praktischen Ergebnis besteht nur aber vor allem ein Unterschied, der sehr wesentlich ist, und das ist die Frage der Aufnahme des durch die Konkursöffnung unterbrochenen Prozesses. Je nachdem nämlich, ob man sich für die rechtsähnliche Anwendung des § 43 RD. oder für das Vorliegen eines „Aktivprozesses“ entscheidet, findet die Aufnahme des Rechtsstreits nach § 11 RD. oder nach § 10 RD. statt.

Hält man § 43 RD. für entsprechend anwendbar, so findet die Aufnahme nach § 11 RD. statt; nimmt man einen „Aktivprozeß“ an, so findet § 10 RD. Anwendung.

Die Voraussetzungen der Aufnahme gegen den Konkursverwalter in § 11 RD. sind nun aber einfacher als in § 10 RD.; und an der Möglichkeit einer schnellen Aufnahme gegen den Konkursverwalter ist ja der Patent-, Warenzeichen- usw. Inhaber dringend interessiert¹⁶⁾. Nach § 11 RD. kann nämlich der „Gegner“ (also der Patent- usw. Inhaber) den Konkursverwalter sofort laden. Dagegen kann nach § 10 Abs. 1 nur der Konkursverwalter laden, und für den Patent- usw. Inhaber besteht nach § 10 Abs. 2 RD. die Möglichkeit der Aufnahme des Rechtsstreits erst, nachdem die dafolbst erwähnte Ablehnungserklärung des Konkursverwalters vorliegt. Hat aber der Konkursverwalter „abgelehnt“, so kann nach herrschender Auffassung¹⁷⁾ der Gegner den Rechtsstreit nur gegen den Gemeinschuldner, nicht gegen den Konkursverwalter aufnehmen.

Diese Regelung, die für den gewöhnlichen „Aktivprozeß“ — also etwa den Streit darum, ob dem Gemeinschuldner ein Posten Ware gehört, oder ob ihm eine Forderung zusteht — durchaus zweckmäßig ist, ist für den Patent- usw. Verletzungsstreit ebenso unzweckmäßig. Denn in zahlreichen Fällen wird der Schutzrechtsinhaber oder der durch unlauteren Wettbewerb Verletzte gar kein Interesse daran haben, gegen den Gemeinschuldner weiter zu prozessieren. Ebenso wird aber auch häufig die „Ablehnung“ des Konkursverwalters für den Verletzten keine genügende Sicherheit sein. Lehnt der Konkursverwalter im gewöhnlichen Aktivstreit ab, so heißt das: Der Posten Ware wird aus der Konkursmasse frei, der Gemeinschuldner kann ihn aus der Konkursmasse herausnehmen und kann mit seinem Prozeßgegner unmittelbar weiterprozessieren. Oder es heißt: An der angeblichen Forderung des Gemeinschuldners habe ich Konkursverwalter kein Interesse; für die Konkursmasse nehme ich diese Forderung nicht in Anspruch, mag sie vom Gemeinschuldner selbst weiterverfolgt werden, wenn dieser sich davon etwas verspricht. Aber was bedeutet die Ablehnung im Patent- usw. Verletzungsstreit? Doch noch lange nicht die Verpflichtung des Konkursverwalters, nun die nach Meinung des Patentinhabers patentverletzenden Maschinen nicht zu veräußern oder die auf den Waren eingetragene, die Schutzrechte des Gegners verletzende Warenbezeichnung zu beseitigen. Denn daran, nun die ganzen etwa patentverletzenden Maschinen oder die ganzen, die Warenbezeichnung tragenden Waren aus der Konkursmasse freizugeben, denkt ja der Konkursverwalter bei seiner „Ablehnungserklärung“ gar nicht. Vielleicht wird der Konkursverwalter, auch ohne Anerkennung der gegnerischen Rechte, loyal handeln, aber eine Sicherheit hierfür besteht nicht.

Hinzu kommt bei Anwendung des § 10 RD., daß auf alle Fälle, selbst wenn der Konkursverwalter den Rechtsstreit aufnimmt, eine sofortige Ladung des Konkursverwalters, anders wie in § 11 RD., nicht möglich ist, sondern zunächst seine Erklärung gemäß § 10 Abs. 2 abgewartet werden muß. Das gibt

aber oft unliebsame Verzögerungen. Die schlimmsten Auswüchse können zwar durch die in § 10 Abs. 1 Satz 2 RD. vorgesehene Ladung gemäß § 239 ZPO. (Ladung im Falle der Verzögerung der Aufnahme) vermieden werden. Aber damit ist nicht verhindert, daß sich die Aufnahme doch noch lange hinziehen kann¹⁸⁾. Bei dieser Verzögerung braucht es sich durchaus nicht um böswilliges Verschleppen oder allzu langsame Arbeiten des Konkursverwalters zu handeln. Vielmehr kann — man denke nur an technisch schwierige und dem Rechtsgebiet nach dem Konkursverwalter ganz fremde Patentprozesse — der sorgfältige Konkursverwalter sehr wohl Wochen und Monate dazu brauchen, um sich in den Rechtsstreit so hineinzufinden, daß er die Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit seiner Weiterführung selbständig beurteilen kann.

Das sind alles für den Schutzrechtsinhaber oder den Wettbewerbsverletzten sehr mißliche Dinge, von denen er befreit ist, sobald man § 43 RD., betr. Aussonderungsrechte, entsprechend anwendet und demgemäß die Möglichkeit der sofortigen Ladung des Konkursverwalters gibt.

Es fragt sich also, ob gegen die entsprechende Anwendung des § 43 RD. ernsthafte Bedenken bestehen.

Tschay, der die Frage gerade vom Standpunkt des praktischen Ergebnisses und der Interessenlage geprüft hat¹⁹⁾, hat seinerzeit — mit Recht — gegen die entsprechende Anwendung des § 43 RD. hauptsächlich Bedenken aus der Art hergeleitet, in der das Schrifttum diese Bestimmung heranziehen wollte. Damals (1917) machte das Schrifttum, und zwar insbes. Jaeger²⁰⁾, folgende Unterscheidung:

Wenn der Patent-, Warenzeichen- usw. Inhaber dagegen prozessiere, daß sich der Gemeinschuldner Rechte anmaße, die im Falle ihres Bestehens zur Konkursmasse gehören würden, wenn also z. B. der Gemeinschuldner in das ältere Patent des Unterlassungsklägers auf Grund der Benutzung eines eigenen (jüngeren, abhängigen) Patents oder auf Grund einer Lizenz an diesem Patente oder auf Grund eines angeblichen Vorbenutzungsrechts usw. eingreife, oder wenn z. B. der Gemeinschuldner sich auf ein für ihn selbst eingetragenes Warenzeichen berufe, dann solle die Unterlassungsklage den Konkurs betreffen; dann müsse angenommen werden, daß der Unterlassungskläger einen Aussonderungsanspruch geltend mache, das Verfahren werde also unterbrochen und sei gemäß § 11 RD., sei es vom Konkursverwalter, sei es gegen ihn, wieder aufzunehmen.

Handelt es sich dagegen nur um einen „rein tatsächlichen Eingriff“, also um einen Fall, in dem sich der Patent- (Warenzeichen-) Verlezer nicht auf ein ihm selbst gehöriges Patent (Warenzeichen) oder ein sonstiges Recht stützen könne, sondern um einen Fall, in dem der Gemeinschuldner lediglich behauptete, sein Handeln stelle keine Patent- (Warenzeichen-) Verletzung dar, so sollte nach der damaligen, insbes. Jaegerschen²¹⁾ Ansicht die Unterlassungsklage nicht die Konkursmasse betreffen; es sollte also diese Klage vom Konkurs ganz unberührt bleiben und nach wie vor nur gegen den Gemeinschuldner verfolgt werden können.

Auf die ganz unmöglichen Konsequenzen, die diese Unterscheidung mit sich bringt, hat Tschay, unter Anführung patentrechtlicher Beispiele, hingewiesen (vgl. a. a. O. S. 12). Ganz ähnliche Beispiele, die i. J. 1917 angesichts der damaligen mehr formalen Beurteilung des Warenzeichenrechts noch nicht anzuführen waren, lassen sich für das Warenzeichenrecht geben. Wie wäre es z. B., wenn zunächst, und zwar bis zur Konkursöffnung, der Gemeinschuldner sich nur auf mangelnde Verwechslungsfähigkeit seiner Bezeichnung mit derjenigen des Unterlassungsklägers berufen hat, wenn er dann aber später etwa den heute so häufigen Verwirrungseinwand geltend macht, d. h. sich auf einen ihm zustehenden Besitzstand für die Verletzungsbezeichnung beruft. Sollte dann der Rechtsstreit, solange nur mangelnde Verwechslungsgefahr

¹⁸⁾ Wegen der Einzelheiten sei auf Jaeger, RD. § 10 Anm. 34 ff. verwiesen.

¹⁹⁾ Anm. 3 a. a. O.

²⁰⁾ In der damals vorliegenden 5. Aufl. (1916), § 11 Anm. 1; § 3 Anm. 11; § 10 Anm. 4; vgl. ebenso die 6./7. Aufl., insbes. wieder § 10 Anm. 4.

²¹⁾ Vgl. Anm. 20.

¹⁵⁾ Tschay a. i. Anm. 3 a. O. S. 10 und 11.

¹⁶⁾ Vgl. dazu auch Tschay a. a. O. S. 12.

¹⁷⁾ Jaeger, RD., 6./7. Aufl., § 10 Anm. 32 mit Zitaten; Mengel, RD. § 10 Anm. 5.

behauptet wurde, nicht unterbrochen sein, dagegen unterbrochen werden, sobald sich der Gemeinschuldner auf ein Gegenrecht (seinen Besitzstand) beruft? Oder ist dieser Besitzstand etwas, was vielleicht, nach Konkursöffnung, der Gemeinschuldner überhaupt gar nicht mehr selbst geltend machen kann, da es sich (gemäß § 6 R.D.) um einen lediglich der Verfügung des Konkursverwalters unterliegenden Vermögensbestandteil handelt?

Man sieht, die Konsequenzen sind unausdenkbar. Und diese unausdenkbaren Konsequenzen hatten Tsay dazu geführt, die entsprechende Anwendung des § 43 R.D. überhaupt für unbrauchbar zu erklären und die Unterlassungsklage gegen den Gemeinschuldner, ungeachtet der Partierollen, als einen „für“ den Gemeinschuldner anhängigen, gemäß § 10 R.D. zu behandelnden Rechtsstreit anzusehen.

Nun wurde aber damals, wie Tsay erwähnt, auch schon ein anderer Weg gewiesen. Lehmann hat²²⁾, ohne allerdings den Gedanken konsequent durchzuführen²³⁾, schon i. J. 1909 ganz richtig auf folgendes hingewiesen: „Wenn man ein besonderes Ausschlußrecht auf freie Ausübung eines bestimmten Gewerbebetriebes anerkenne, was erlaubt sei, so werde zu prüfen sein, ob der Konkursverwalter die Herstellung und Verbreitung“ (der patent-, warenzeichen- usw. verletzenden Gegenstände) „in Ausübung dieses Rechts vornehme. Sei dies zu bejahen, so habe der Anspruch des klagenden Patent- (usw.) Inhabers Aussonderungscharakter“²⁴⁾.

Nichts anderes als diesen Gedanken trägt heute Callmann vor, wenn er²⁵⁾ sagt:

„Es wäre vorteilhaft, wenn ein Beurteilungsmaßstab gewonnen werden könnte, der vom Wert für die Konkursmasse absteht und auf objektiver Grundlage steht“²⁶⁾. Das Unternehmen ist Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechts. Die Unternehmen sind es, die einander bekämpfen. Wo der Angriff gegen den Mitbewerber aus dem Tätigkeitsbereich eines Unternehmens hervorbricht, da sollen die Folgen dieses Angriffs mit dem Unternehmen verbunden bleiben. Wenn also der Gemeinschuldner die zu verbietende Handlung in seiner Eigenschaft als Repräsentant des Unternehmens begangen hat, so unterbricht der Konkurs des beklagten Unternehmens den Rechtsstreit. . . . Handelt es sich um ein Verhalten, das der Bekl. außerhalb seiner geschäftlichen Tätigkeit als Privatmann begangen hat, so berührt der Konkurs des Unternehmens den Rechtsstreit nicht.“

2. Die große Bedeutung der eingangs erwähnten RGEntsch. v. 6. Jan. 1932²⁷⁾ liegt nun darin, daß jetzt auch das RGE. den in der Unterlassungsklage liegenden Eingriff in das „Unternehmen“ des Gemeinschuldners als das Maßgebende ansieht, als dasjenige, wodurch die Konkursmasse „betroffen“ wird, ganz gleichgültig, ob der beklagte Gemeinschuldner noch ein positives Gegenrecht (eingetragenes jüngeres Patent, Warenzeichen u. dgl.) besitzt, oder ob es sich um eine „rein tatsächliche Störung“ handelt. Das RGE. erklärt „schon allein den Gesichtspunkt für ausreichend, daß der Unterlassungsanspruch sich gegen den eingerichteten Gewerbebetrieb der Gemeinschuldnerin richtet“, da der „eingerichtete Gewerbebetrieb als Immaterialgut in der reichsgerichtlichen Rspr. anerkannt sei (RGE. 126, 93 [96] = JW. 1931, 309 [310])“.

Jaeger²⁸⁾ bleibt demgegenüber bei seinem Lieblingsgedanken, nämlich der unterschiedlichen Behandlung, je nach dem der Gemeinschuldner die Verletzung auf ein Gegenrecht stützt oder nicht²⁹⁾. Indessen, eine folgerichtige Durchführung

seiner unterschiedlichen Behandlung gibt Jaeger in seiner Fußnote nicht mehr. Die folgerichtige Durchführung müßte nämlich Jaeger dazu bringen, das RGE. nicht nur in der Begründung, auf die noch zurückzukommen ist, zu bekämpfen, sondern auch im Ergebnis; d. h. Jaeger müßte die Feststellung des RGE., daß das Verfahren durch die Konkursöffnung unterbrochen wäre, angefeinden. Denn diese Feststellung hat ja das RGE., wie bereits erwähnt, getroffen, obwohl, um mit Jaeger zu sprechen, nur ein „rein tatsächlicher Eingriff“ der Gemeinschuldnerin in die Rechte der auf Unterlassung klagenden Patentinhaberin vorlag und die Gemeinschuldnerin sich auf irgendwelche eigenen Rechte (abhängiges Patent oder ähnliches) nicht stützte. Bei strenger Durchführung der Jaegerschen Lehre hätte daher das Verfahren nicht als unterbrochen angesehen werden dürfen. Daß die Unterbrechung zu Unrecht vom RGE. festgestellt worden wäre, nimmt aber Jaeger selbst nicht an. Vielmehr sagt er:

„Auch hier würde das der Klage stattgebende Urteil nachteilig auf die Verwertung von Massebestandteilen einwirken. Denn das Unternehmen des Gemeinschuldners, sein ‚Geschäft im ganzen‘ gehört zur Masse (§§ 117 Abs. 2, 134 Nr. 1 R.D.). So läßt sich allgemein sagen: Unterlassungsklagen werden durch den Konkurs des Bekl. unterbrochen, wenn ihre Zuerkennung den Bestand oder die Verwertbarkeit der Masse beeinflussen würde.“ Und weiter: „Indem nämlich der Kläger behauptet, durch sein Patent seien Massebestandteile gebunden, der Verwalter aber diese Gebundenheit verneint, ergibt sich eine der Aussonderung entsprechende Rechtslage.“

Mit diesen Sätzen kann man sich nur einverstanden erklären. Sie laufen ganz auf die von Lehmann, Tsay und Callmann vertretene Auffassung hinaus, daß der in der Unterlassungsklage liegende Masseeingriff schlechthin zur Unterbrechung des Rechtsstreits bei Konkursöffnung ausreichen muß. Nur steht es mit den jetzt zitierten Worten der Jaegerschen Anmerkung nicht in Einklang, wenn er „die Klage auf Unterlassung eines Patentmißbrauchs dann nicht“ als die Konkursmasse betreffend ansieht, „wenn der Bekl. die Unterlassungsklage nur deshalb für unbegründet erklärt, weil er den behaupteten Eingriff rein tatsächlich in Abrede stellt“.

Es ist zu hoffen, daß Jaeger in der nächsten Auflage seines Kommentars den jetzt in seinen Ausführungen liegenden Widerspruch durch seinen Anschluß an die heute herrschende Lehre beseitigt. Denn heute müssen ja bereits die von Jaeger abweichenden Literaturmeinungen zusammen mit der RGEntsch. v. 6. Jan. 1932 als die herrschende Lehre bezeichnet werden.

3. Als Ergebnis der bisherigen Betrachtungen ist also festzustellen, daß nach der heute herrschenden Lehre der gegen das gemeinschuldnerische Unternehmen gerichtete Unterlassungsanspruch immer die Konkursmasse betrifft, sei es, daß es sich um eine Patent- oder Warenzeichenverletzung, sei es, daß es sich um unlauteren Wettbewerb handelt. Damit ist das Hauptbedenken, das Tsay seinerzeit gegen die entsprechende Anwendung des § 43 R.D. geäußert hat, nämlich das aus der unterschiedlichen Behandlung der verschiedenen Tatbestände (Jaeger) herzuleitende Bedenken, weggefallen.

Es wurde oben gezeigt, daß an und für sich, vom Standpunkt des praktischen Ergebnisses, die Heranziehung der §§ 43, 11 R.D. zweckmäßiger ist als die Heranziehung des § 10 R.D. So will denn auch Jaeger³⁰⁾ — und insoweit ist ihm durchaus zuzustimmen — in den Fällen, in denen er die Konkursmasse als betroffen ansieht, die Aufnahme gemäß § 11 R.D. geben, abgesehen von dem Falle, daß der Bekl. auf Grund seines Rechts widerklagen vorgegangen ist, in welchem Falle ein „für“ den Gemeinschuldner anhängiger Rechtsstreit, also die Anwendbarkeit des § 10 R.D., gegeben sei.

Hat sich nach dem bisher Gesagten die Anwendbarkeit des § 11 R.D. als zweckmäßiger erwiesen, so fragt sich daher nur noch, ob, nach Wegfall des gegen seine Anwendung hauptsächlich geltend gemachten Bedenkens, aus seiner Heranziehung irgendwelche sonstigen Schwierigkeiten entstehen kön-

³⁰⁾ Jaeger, Komm. § 10 Anm. 16; und besonders Fußnote JW. 1932, 880/81.

²²⁾ Lehmann: ZZP. 38, 85 ff., insbes. S. 96 u. 121.

²³⁾ Denn a. i. Anm. 22 a. D. S. 87 und in LZ. 1910, 814

(819) bedecken sich seine Ausführungen mit der Jaegerschen Ansicht.

²⁴⁾ Zu ergänzen: immer Aussonderungscharakter, also nicht nur bei Bestehen eines „besonderen“ Gegenrechts des Gemeinschuldners.

²⁵⁾ Callmann, Komm. S. 68 und a. i. Anm. 3 a. D. S. 145/47.

²⁶⁾ Auf „objektiver Grundlage“ steht allerdings die Beurteilung nach dem Wert für die Konkursmasse auch.

²⁷⁾ Vgl. Anm. 4.

²⁸⁾ In der Fußnote a. a. D. S. 880 unter Ziff. 2.

²⁹⁾ Mit dem Tsayschen Hinweis auf die unmöglichen Konsequenzen einer Unterscheidung setzt sich Jaeger weder in der 6./7. Aufl. noch in der Fußnote zu der neuesten RGEntsch. auseinander.

nen, denen man bei Anwendung des § 10 K.D. aus dem Wege gehen würde.

Als praktisch unerfreuliches Ergebnis der Anwendung des § 11 K.D. hat Fay³¹⁾ die sich aus § 11 Abs. 2 ergebende Reihenfolge bezeichnet. Nach dieser Bestimmung fallen dem Verwalter die Prozeßkosten nicht zur Last, wenn er den Anspruch „sofort“ anerkennt. Indessen kann diese Folge nicht dafür sprechen, generell die viel zweckmäßigere Anwendbarkeit des § 11 K.D. zugunsten der schwerfälligen Bestimmung des § 10 K.D. abzulehnen. Denn es ist zu bedenken, daß der Fall des sofortigen, also „ohne jede Verzögerung“ erfolgenden Anerkennnisses³²⁾ äußerst selten sein wird. Kommt aber einmal dieser seltene Fall vor, dann ist auch nicht einzusehen, warum nicht der Patent- usw. Inhaber bezüglich der Kosten ebenso behandelt werden sollte, wie jeder andere Aussonderungskläger; nämlich so, daß nimmehr die ihm entstandenen Kosten nicht Masseschulden, sondern eine reine Konkursforderung sind. Denn dies ist ja der einzige Vorteil des sofortigen Anerkennnisses, daß die zu erstatenden gegnerischen Prozeßkosten, die bei weiterem streitigen Verhandeln und Unterliegen des Konkursverwalters Masseschulden werden würden, eine reine Konkursforderung bleiben³³⁾.

Übrigens spricht gerade die Kostenregelung auch aus anderen Gründen nicht für die Anwendung des § 10, sondern des § 11. Würde nämlich § 10 anwendbar sein, würde also für den Konkursverwalter die Möglichkeit der „Ablehnung“ der Aufnahme des Unterlassungsstreits bestehen, und hätte deshalb der Patent- usw. Inhaber den Rechtsstreit gegen den Gemeinschuldner persönlich zu führen, so wäre nach jetzt herrschender Auffassung³⁴⁾ die Folge, daß bei seinem Obliegen der Patentinhaber einen Kostenanspruch nur gegen den Gemeinschuldner persönlich, nicht aber gegen die Konkursmasse befaßt. Dieses Ergebnis mag bei einem echten Prozeß „für“ den Gemeinschuldner allenfalls zu rechtfertigen sein. Für den Patent- usw. Verletzungsprozeß ist es aber überhaupt nicht zu rechtfertigen. Denn meist wird von dem Gemeinschuldner persönlich nichts zu holen sein, und es ist schlechterdings nicht einzusehen, warum der im Rechtsstreit siegreiche Patent- usw. Inhaber bezüglich seines Kostenersatzanspruchs ganz leer ausgehen soll.

4. Wurde bisher dargelegt, daß ein gegen das gemeinschaftliche Unternehmen gerichteter Unterlassungsanspruch wegen Patent- usw. Verletzung stets durch die Konkursöffnung betroffen wird und daß der unterbrochene Rechtsstreit gemäß § 11 K.D. anzunehmen ist, so ist nimmehr noch auf die Voraussetzungen der Weiterführung der Unterlassungsklage gegen den Konkursverwalter einzugehen.

Dabei ist hauptsächlich an die Frage der Wiederholungsgefahr zu denken, die ja nach einstimmiger Auffassung die Voraussetzung jeder Unterlassungsklage ist. Wann liegt in der Person des Konkursverwalters Wiederholungsgefahr vor? Das Vorliegen der Wiederholungsgefahr ist in jedem Unterlassungsstreit in erster Linie Tatfrage, also auch hier. Ebenso wie in jedem sonstigen Unterlassungsstreit auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes in dieser Beziehung, also was den Beweis des Vorliegens der Wiederholungsgefahr anlangt, an den Unterlassungskläger nicht allzu strenge Anforderungen gestellt zu werden pflegen, besteht aber auch im Konkursfalle kein Anlaß, die Anforderungen zu hoch zu schrauben. Was die Vergangenheit anlangt, so ist ja zu bedenken, daß der Konkursverwalter in eine Art Rechtsnachfolgeposition des Gemeinschuldners eintritt, dessen Handlungen er sich in gewissem Umfange zurechnen zu lassen hat. Deshalb wird man die Vermutung der Wiederholungsgefahr auf Seiten des Konkursverwalters, der den Betrieb des Gemeinschuldners übernimmt, annehmen können. Es ist dann also Sache des Konkursverwalters, diese Vermutung durch Führung des Gegen-

beweises auszuräumen. Nimmt nun der Konkursverwalter durch Fortsetzung des Rechtsstreits das Recht zur Weiterbegehung der patent- usw. verletzenden Handlung für sich in Anspruch, so ist damit ohne weiteres die Wiederholungsgefahr gegeben, ohne daß es auf irgendwelche sonstigen Voraussetzungen, wie etwa das Vorhandensein von Maschinen, deren Betrieb patentverlegend ist, oder ähnliches, noch ankommt³⁵⁾.

II. Rechnungslegungs- (Auskunftszerteilungs-) und Schadenserzaksanspruch.

Mit dem Unterlassungsanspruch wird in ständiger Übung der Schadenserzaksanspruch verbunden, und zu seiner Vorbereitung wird im Patentprozeß der Rechnungslegungsanspruch, im Warenzeichen- und Wettbewerbsprozeß der Auskunftszerteilungsanspruch erhoben.

1. Daß der Schadenserzaksanspruch aus den vor Konkursöffnung liegenden Handlungen eine reine Konkursforderung ist, daß also die Schadenserzaksklage durch den Konkurs unter allen Umständen unterbrochen wird, wird von niemandem bezweifelt.

Schwierigkeiten bereitet dagegen noch immer die Frage, welches Schicksal der Rechnungslegungs- (Auskunftszerteilungs-) Anspruch hat. Die Kommentare zur K.D.³⁶⁾ vertreten den Standpunkt, daß der Rechnungslegungsanspruch nach wie vor gegen den Gemeinschuldner zu richten sei, also von der Konkursöffnung nicht berührt werde³⁷⁾.

Diese unzutreffende Auffassung der Kommentare ist nur damit zu erklären, daß sich die Kommentatoren weder über die Natur des Rechnungslegungsanspruchs noch über die höchst unpraktischen Folgen ihrer Ansicht im klaren sind.

Der Rechnungslegungsanspruch hat nach richtiger Auffassung³⁸⁾ gegenüber dem Schadenserzaksanspruch die Natur eines reinen Hilfsanspruchs. Fällt der Schadenserzaksanspruch (Hauptanspruch), so fällt der Rechnungslegungsanspruch. Im Prozeß kann, solange der Schadenserzaksanspruch berechtigt ist, der Hauptanspruch durch den Hilfsanspruch ersetzt werden, ohne daß eine Klageänderung vorliegt. Schon bei dieser engen rechtlichen Zusammengehörigkeit erscheint ein Auseinanderreißen von Haupt- und Hilfsanspruch derart, daß der Hauptanspruch gegen den Konkursverwalter, der Hilfsanspruch gegen den Gemeinschuldner geltend zu machen ist, sinnwidrig.

Auch der Hinweis bei Jaeger auf § 888 Z.P.D. spricht nicht für die Rechnungslegungspflicht des Gemeinschuldners. § 888 Z.P.D. betrifft die Art der Zwangsvollstreckung auf Durchsetzung von Handlungen, die „durch einen Dritten nicht vorgenommen werden“ können. Als eine durch einen Dritten nicht vornehmbare Handlung führen nun zwar die Kommentare zur Z.P.D. auch die Rechnungslegung an. Indessen ist dabei nicht an das Verhältnis von Konkursverwalter und Gemeinschuldner gedacht. Der Konkursverwalter kann nicht als „Dritter“ gegenüber dem Gemeinschuldner bezeichnet werden. Dazu sind seine Beziehungen zum gemeinschaftlichen Unternehmen viel zu eng. Sehr häufig ist er doch einfach von der Konkursöffnung ab die leitende Persönlichkeit. Er nimmt, im Gegensatz zu dem in § 888 Z.P.D. gemeinten „Dritten“, dasjenige Material in Besitz, das die Grundlage der Rechnungslegung bildet: die Geschäftsbücher (§ 117 K.D.). Der Konkursverwalter ist verpflichtet, diese Bücher, die nach § 1 Abs. 3 K.D. zur Konkursmasse gehören, in Besitz zu nehmen, und zwar nicht nur die Handelsbücher i. S. der §§ 38 ff. HGB., sondern „z. B. auch Tagnotizbücher, Weibücher, Quitt-

³⁵⁾ Abernimmend Lehmann: Z.P.P. 38, 93; derj. Z.P. 1910, 814 (822).

³⁶⁾ Im folgenden soll der Kürze halber nur immer von Rechnungslegungsanspruch gesprochen werden, das sich, soweit es hier interessiert, Rechnungslegung und Auskunftszerteilung in nichts unterscheiden.

³⁷⁾ Jaeger § 3 Num. 10; Mengel § 3 Ana. 4.

³⁸⁾ N. M. mit Recht Fay: GewRsch. 1917, 10 (14) u. Komm. § 35 Num. 19; RG. v. 1. Dez. 1915: GewRsch. 1916, 28 — NuM. XV, 174 und einige weitere bei Jaeger angef. DGEntsch. Auch in jüngster Zeit hat das RG. in drei un veröffentlichten Entsch. v. 13. Febr. 1932, 10 U 339/31, v. 3. März 1932, 10 U 5369/30 u. v. 23. März 1932, 10 U 2257/31 die Zugehörigkeit des Rechnungslegungsanspruchs zur Konkursmasse betont.

³⁹⁾ Vgl. die in Num. 38 angeführte RGEntsch. v. 1. Dez. 1915 mit weiteren Zitaten.

³¹⁾ a. i. Num. 3 a. D. S. 13.

³²⁾ „Sofort“ heißt ohne jede, nicht nur ohne schuldhafte Verzögerung; Jaeger § 11 Num. 14.

³³⁾ Jaeger § 11 Num. 15; Mengel § 11 Num. 4, beide mit zahlreichen DGEntsch. Entscheidungen.

³⁴⁾ Jaeger § 10 Num. 32 a; Mengel, 4. Aufl., § 10 Num. 5 unter ausdrücklicher Aufgabe der abweichenden Auffassung früherer Auflagen.

tungsbücher, Kundenbücher, Umsatzsteuerbücher . . . Geschäftsbriefe, Rechnungen, Frachtbriefe, Quittungen und sonstige Kassenbelege⁴⁰⁾, kurzum alles, was an Unterlagen, die sich auf das Geschäft beziehen, vorhanden ist.

Demgemäß ist zur Rechnungslegung nach Abrechnern, Stückzahl, Lieferzeit und Lieferpreis überhaupt gar nicht der Gemeinschaftschuldner, sondern nur der Konkursverwalter in der Lage. Selbstverständlich sind Schwierigkeiten in der Durchführung der Rechnungslegung denkbar, so etwa, wenn der Gemeinschaftschuldner die Bücher unordentlich geführt hat. Aber diese Schwierigkeiten sprechen ebenfalls nicht gegen die Rechnungslegungspflicht des Konkursverwalters. Denn bei unordentlicher Buchführung bestehen diese Schwierigkeiten ja für den Gemeinschaftschuldner selbst genau so. Schon derjenige, der die Bücher selbst unordentlich geführt hat, wird keine zuverlässige Rechnung legen können, und erst recht werden hierzu etwaige Nachfolger in der Führung der Geschäfte — man denke etwa an die an Stelle der bisher Vertretungsberechtigten tretenden Liquidatoren — nicht in der Lage sein.

Noch ein weiterer Gesichtspunkt spricht aber für die Rechnungslegungspflicht des Konkursverwalters: Die „Geschäftsbücher“ (im weitesten Sinne des Wortes) werden vom Konkursverwalter fortgeführt, und zwar auf Grund der von ihm weitergeführten Geschäfte. Führt der Konkursverwalter die Geschäfte zunächst genau in der Linie des Gemeinschaftschuldners fort, so werden ihm auch bei dieser Geschäftsführung Patent- usw. Verletzungen unterlaufen. Diese Verletzungshandlungen des Konkursverwalters begründen dann aber, was den Schadenersatzanspruch anlangt, Massechulden (§ 59 Nr. 1 R.D.), und daß aus diesen Handlungen der Konkursverwalter auch selbst rechnungslegungspflichtig ist, wird von niemandem bezweifelt werden. Wollte man nun aber für die Zeit vor Konkursöffnung den Gemeinschaftschuldner, für die Zeit nach Konkursöffnung den Konkursverwalter rechnungslegungspflichtig sein lassen, so wäre eine heillose Verwirrung die Folge. Bekanntlich ist die Rechnungslegung, insbes. bei großem Kundenkreis, großem Absatz, eine äußerst mühevolle Arbeit, die sich nicht selten über Wochen und Monate und, im Falle der Beanstandung seitens des Gläubigers, gar über noch längere Zeit hinzieht. Wie soll es nun praktisch vor sich gehen, wenn, aus denselben im Besitz des Konkursverwalters befindlichen Geschäftsbüchern jeder Art, teils der Gemeinschaftschuldner (bis zur Konkursöffnung), teils der Konkursverwalter (ab Konkursöffnung) Rechnung zu legen hätte?

Dies alles spricht für die Richtigkeit der jetzt ständigen Rechtsprechung des Patentensatzes des Kammergerichts⁴¹⁾, den Konkursverwalter schlechthin als rechnungslegungspflichtig anzusehen.

2. Daß der Schadenersatzanspruch selbst für die vor Konkursöffnung liegenden Handlungen Konkursforderung, für die nach Konkursöffnung liegenden Handlungen Massechuld ist, wurde bereits erwähnt. Ein Zweifel hierüber ist nicht möglich.

Ein Zweifel könnte nur über den zweckmäßigsten Antrag des Gläubigers bestehen. In der weit überwiegenden Anzahl aller Rechtsstreitigkeiten auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes ist der Schadenersatzantrag in der Form des Feststellungsantrages gestellt, und zwar im Zusammenhang mit dem Rechnungslegungs- (Auskunftserteilungs-) Anspruch. Die Anträge lauten fast immer:

1. (Unterlassung),
2. dem Kläger Rechnung zu legen, wieviel usw.,
3. festzustellen, daß der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den aus der Rechnungslegung sich ergebenden Schaden zu ersetzen.

Die Form des Feststellungsantrages wird gewählt, weil der Kl. überhaupt erst nach erfolgter Rechnungslegung in der Lage ist, seinen Schaden einigermaßen genau zu berechnen, und andererseits ist ein auf Schadenersatz gerichteter Antrag nötig, weil nach herrschender Ansicht der Rechnungslegungsantrag allein die kurzen Verjährungsfristen der einschlägigen Gesetze (§ 852 B.G.B., § 39 Pat.G., § 9 Gebr.Must., § 21 Urtl.B.G.) nicht unterbricht.

⁴⁰⁾ Jaeger § 1 Anm. 20.

⁴¹⁾ Vgl. Anm. 38.

Durch die Konkursöffnung wird nun der Patent- usw. Inhaber gezwungen, einen bestimmten Schadensbetrag zu schätzen und diesen geschätzten Betrag im Konkursverfahren anzumelden (§§ 69, 138, 139 R.D.) Das ist eine erhebliche Unbequemlichkeit. Denn der Verletzte weiß, wie soeben erwähnt wurde, häufig auch nicht annähernd, wie viele patentverletzende Gegenstände vom Gemeinschaftschuldner vertrieben, wie viele warenzeichenverletzende oder unlautere Handlungen von ihm begangen sind. Es ist also nur eine ganz oberflächliche Schätzung möglich, und es ist daher ebenso ein Risiko, einen sehr hohen Schadensbetrag anzumelden, wie es eine Selbstschädigung des Verletzten sein kann, wenn er einen niedrigen Betrag anmeldet. Dieser Unbequemlichkeit kann sich indessen der Verletzte nicht entziehen, da ja der Konkursverwalter für seine Einstellung gegenüber der Forderung und für seine Abschlagsverteilungen (§§ 149 ff. R.D.) wissen muß, mit welchem Betrage er im Höchtfalle zu rechnen, welchen Höchstbetrag er also zurückzustellen hat.

Wenn der Konkursverwalter die Forderung, sei es ganz, sei es teilweise, bestreitet, so ist die Feststellung der Forderung durch Aufnahme des gegen den Gemeinschaftschuldner anhängig gewesenen Rechtsstreits gegenüber dem Konkursverwalter zu verfolgen (§ 146 Abf. 3 R.D.).

Wie hat nun, wenn z. B. der klagende Schutzrechtsinhaber seinen Schaden auf 25 000 M bei der Anmeldung im Konkursverfahren geschätzt hat, die Urteilsformel zu lauten? Den Betrag von 25 000 M kann das Gericht nicht zuerkennen; denn, bevor nicht der Konkursverwalter Rechnung gelegt hat, steht ja nichts darüber fest, ob der Betrag vom Schutzrechtsinhaber richtig geschätzt war. Es bleibt daher nur ein Urteil über den Grund, der Höhe nach durch den vom Gläubiger angemeldeten Betrag limitiert, übrig. So hat das RG. in dem bereits erwähnten Urteil v. 23. März 1932 (vgl. Anm. 38) im Anschluß an den Antrag des Schutzrechtsinhabers richtig wie folgt tenoriert:

„Die von der Klägerin zur Konkurstabelle angemeldete Schadenersatzforderung im Betrage von 25 000 M wird . . . dem Grunde nach festgestellt.“

Fraglich kann sein, wie in diesem Falle bezüglich der Kosten des Rechtsstreits zu tenorieren ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, als welche Art von Urteil man den soeben wiedergegebenen Teil des Urteilstenors ansehen will. Außerlich hat dieser Teil des Urteilstenors gewisse Ähnlichkeit mit einem Zwischenurteil, wie es bei Streit über Grund und Höhe eines Anspruchs gemäß § 304 ZPO. erlassen zu werden pflegt, wenn zunächst nur über den Grund des Anspruchs entschieden wird. Würde nun tatsächlich ein echtes Zwischenurteil vorliegen, so müßte die Entscheidung über die Kosten dem Schlussurteil vorbehalten werden. Das wäre aber eine wenig erfreuliche Lösung. Denn der Patent- usw. Inhaber, der ja praktisch den Prozeß in vollem Umfange gewonnen hat, möchte naturgemäß auch möglichst schnell zu einem Titel wegen der Prozeßkosten kommen, und andererseits hat auch der Konkursverwalter ein Interesse daran, möglichst bald zu wissen, mit welchem Kostenbetrage die Konkursmasse belastet wird.

In Wirklichkeit liegt nun aber ein Zwischenurteil gemäß § 304 ZPO. über den Grund des Anspruchs, auf das noch ein Endurteil über die Höhe des Anspruchs und über die Kostenverteilung zu folgen hätte, gar nicht vor. Dies ergibt sich schon rein prozessrechtlich daraus, daß nach erfolgter Rechnungslegung der Patent- usw. Inhaber nicht etwa die Möglichkeit hat, in dem gleichen Prozeß nun über die Höhe des Anspruchs, die bisher, abgesehen von dem zur Konkurstabelle angemeldeten Betrage, ja überhaupt noch mit keinem Wort eine Rolle gespielt hat, entscheiden zu lassen, sondern daß der Patentinhaber nach erfolgter Rechnungslegung einen neuen Rechtsstreit über die Höhe des Anspruchs anstrengen muß. Der oben erwähnte Teil des Urteilstenors ist daher nicht Zwischenurteil, sondern selbst bereits Endurteil.

Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß in dem erwähnten Teil des Urteilstenors der Betrag von beispielsweise 25 000 M vorkommt. Der Betrag kommt nur deshalb vor, weil bis zu diesem Höchstbetrage der Kläger seinen Anspruch zur Konkurstabelle angemeldet hat, und weil auch dem-

gemäß das Urteil zum Ausdruck bringen will, daß der Höhe nach mehr als 25 000 M nicht in Frage kommen können, nachdem sich der Kläger in seiner Anmeldung auf diesen Betrag beschränkt hat.

Darüber, ob die Forderung von 25 000 M auch nur annähernd gerechtfertigt ist, will das Urteil nichts sagen und kann es nichts sagen, da sich dies ja erst nach erfolgter Rechts-

setzung einigermassen sicher beurteilen läßt. Infolgedessen ist der erwähnte Teil des Urteilsstoffs in Wirklichkeit nach wie vor nichts anderes als eine Feststellung darüber, daß dem Schutzrechtsinhaber dem Grunde nach ein Anspruch zusteht. Auch dieser Teil des Rechtsstreits ist also endgültig entschieden, und das Urteil hat daher die Kostenentscheidung so gleich mit zu enthalten.

Die Überspannung öffentlicher Straßen mit privaten Antennen.

Die aufgeworfene Frage ist vom privatrechtlichen und vom öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkt aus zu betrachten.

1. Privatrechtlich ist § 905 BGB. maßgebend. Danach erstreckt sich das Grundeigentum auch auf den Raum über der Erdoberfläche. Das in diesem Eigentumsrecht liegende Verbotungs- und Ausschließungsrecht (§§ 903, 1004 BGB.) erhält durch Satz 2 des § 905 die Begrenzung, daß das Verbotungsrecht dort versagt, wo der Grundeigentümer am Ausschluß kein (wirklich begründetes, erhebliches) Interesse mehr hat. Diese Begrenzung ist nach den Protokollen zum BGB. zum Schutze der Entwicklung des modernen Verkehrs aufgenommen worden.

An Grundstücks-eigentümerinteressen werden von den Gemeinden geltend gemacht: die Gefahr der Schädentiftung durch herabgefallene Antennen, die eigene Lufttraumung, das ästhetische Interesse. Die Gefahr des Herabfallens ist (vorausgesetzt, daß die Antenne ordnungsmäßig verlegt ist) außerordentlich gering, ein erhebliches Interesse an der Ausschließung der Antenne daher abzulehnen (ebenso DRG. Hamm sogar für eine Hochspannungsleitung). Die eigene Lufttraumung kommt praktisch nicht vor, die Gemeinden wissen auch selbst nicht anzugeben, wie sie den von der Antenne beanspruchten Raum auszunutzen werden. Ein privates ästhetisches Interesse der Stadt als Grundstückseigentümerin ist nicht anzuerkennen. In ihrem ästhetischen Empfinden verlegt wird nicht die Stadtgemeinde, sondern quisvis ex populo, der die Antenne sieht; es läge also höchstens eine Verletzung des öffentlichen ästhetischen Interesses vor; diese ist bei § 905 BGB. unerheblich.

„Anerkennungsgebühren“, die die Städte für die Gestattung erheben wollen, entbehren seit der Einführung des BGB. des rechtlichen Zweckes.

Eine Abwägung der beiderseitigen Interessen (der Stadtverwaltung und des Funkhörers) kennt § 905 BGB. nicht.

Einen Gemeingebrauch an der Straße hat der Funkhörer nicht; er braucht ihn auch nicht.

2. Öffentlich-rechtlich könnte ein Baupolizeiverfahren in Betracht kommen. Doch ist dies im allgemeinen nicht erforderlich, da der in der jetzt üblichen Form gezogenen Antenne die Eigenschaft der „baulichen Anlage“ fehlt. Das an sich mögliche Eingreifen der Baupolizei ist ähnlich dem Eigentumsrecht (§ 905 Satz 2 BGB.) im Luftraum beschränkt. Das Gef. gegen die Verunstaltung von Ortschaften usw. v. 15. Juli 1907 („Verunstaltungsgesetz“) ist nur in einem schon anderweit anhängig zu machenden Baupolizeiverfahren anzuwenden (ein solches Verfahren ist vorher abgelehnt worden); außerdem muß eine gröbliche Verunstaltung vorliegen, die bloße Beeinträchtigung des ästhetischen Empfindens bedeutet jedoch noch keine gröbliche Verunstaltung.

Nähere Begründung: ArchFunkR. 5, 65—73.

Reichsbahnrat Dr. Charitius, Küstrin.

Vertragliche Beschränkungen des Verkehrs mit patentgeschützten Sachen.

Berkürzte Wiedergabe des in „Markenschutz und Wettbewerbs“ 1931, 558 veröffentlichten Aufsatzes.

Der Inhaber eines Patents sucht häufig durch vertragliche Bindung seines Abnehmers oder seines Lizenznehmers die Art und Weise des Verkehrs mit den ihm geschützten Erzeugnissen in seinem Interesse zu bestimmen. Er schreibt z. B. vor, daß die patentgeschützten Waren nur zu bestimmten Mindestpreisen oder mit einem bestimmten Zubehör weiterverkauft werden, zuweilen auch, daß alle späteren Erwerber gewisse zum Gebrauch notwendige Stoffe nur bei einer bestimmten Quelle beziehen dürfen. Es ist die Frage, ob solche Beschränkungen nur den Vertragsgegner binden oder ob ihnen auch quasidingliche Wirkung gegen jedermann verliehen werden kann. Beispiel: Der Lizenzinhaber verkauft eine Sache unter Richtpreis; kann der Patentinhaber dem dritten und weiteren Erwerber, insbes. auch dem gutgläubigen, mit der actio negatoria die Benutzung der Sache untersagen?

Die herrschende Ansicht, insbes. das RG., lehnt eine dingliche Wirkbarkeit grundsätzlich ab, weil sonst eine untragbare Be-

lastigung des Verkehrs und eine Gefährdung der Rechtssicherheit einreten würde!). Die rechtliche Begr. ist im einzelnen verschieden.

Das RG. führt aus: Das Patentrecht gebe dem Patentinhaber als solchen wohl das Recht, darüber zu entscheiden, ob sein Produkt in den Verkehr gelangen soll, nicht aber die Macht, die Art und Weise des späteren Verkehrs nach seiner Willkür zu gestalten. Mit der Einbringung in den Verkehr erschöpfe sich das Patentrecht. Diese Begründung findet jedoch keine Stütze im Gesetz. Es ist nicht ersichtlich, weshalb sich das Bestimmungsrecht des Patentinhabers durch das erste Inverkehrbringen verbrauchen soll. § 4 PatG. läßt eine solche Beschränkung nicht erkennen. Der Patentinhaber ist also nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit weder zeitlich noch gegenständlich darin beschränkt, die Grenzen oder die Bedingungen für die Benutzung des ihm geschützten Erzeugnisses durch dritte Personen zu bestimmen.

Ebenso wenig überzeugt die im Schrifttum vielfach vertretene Theorie vom sogenannten „Zusammenhang der Benutzungsformen“. Falls der Patentinhaber selbst die Ware in Verkehr gebracht oder ihre Herstellung gestattet hat, so soll hiernach jede weitere Benutzung nur eine Fortsetzung der ersten vom Patentinhaber selbst gebilligten darstellen²⁾. Dieser „Zusammenhang der Benutzungsformen“ mag in vielen Fällen einer begründeten Auffassung des Verkehrs entsprechen und bei der Vertragsauslegung berücksichtigt werden. Gegenüber einem abweichenden Willen der Parteien muß er jedoch bedeutungslos bleiben.

Es kann aber nicht verkannt werden, daß der wirtschaftliche Grundgedanke der herrschenden Ansicht, die Verhütung einer übermäßigen Belästigung des freien Handelsverkehrs, in vielen Fällen berechtigt ist. Man kann nicht, wie Zjay³⁾ dies tut, die Möglichkeit einer solchen Belästigung schlechthin bestreiten, ebenso wenig wie es andererseits zulässig ist, mit der herrschenden Meinung jede Verkehrsbeschränkung als untragbare Belästigung anzusehen. Es müssen vielmehr die Umstände des einzelnen Falles berücksichtigt werden.

Eine haltbare rechtliche Grundlage für die Berücksichtigung der vielfältigen Bedürfnisse des Verkehrs geben die in der Patentrechtswissenschaft bisher wenig beachteten Vorschriften des Sachenrechts über den gutgläubigen Rechtserwerb. Ein gutgläubiger Erwerb patentrechtlicher Befugnisse als solcher ist nicht möglich, wohl aber der Erwerb freien Eigentums an patentgeschützten Sachen. Gem. § 936 BGB. erlöschen mit dem Erwerb des Eigentums die Rechte, mit denen die Sache belastet war, soweit der Erwerber gutgläubig ist. Zu den Belastungen einer Sache gehören auch die patentrechtlichen Benutzungsbeschränkungen⁴⁾. Der Patentinhaber kann also einem Dritten, der das Eigentum an einem patentgeschützten Erzeugnis erworben hat, ohne die vertraglichen Verkehrsbeschränkungen zu kennen oder grobfahrlässig übersehen zu haben, die Benutzung nicht untersagen. Er ist auf seine persönlichen Ansprüche gegen seinen Vertragsgegner beschränkt.

Eine wesentliche Einschränkung dieser Regel gilt nur hinsichtlich solcher Sachen, die von vornherein ohne Genehmigung des Patentinhabers hergestellt worden sind. An solchen dem Patentinhaber gewissermaßen „abhanden gekommenen“ Sachen ist in entsprechender Anwendung des Grundsatzes „Hand wahre Hand“ ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich. Alle Vereinbarungen, die unmittelbar von vornherein den Umfang der Herstellung beschränken, sind danach unter allen Umständen dinglicher Wirkung fähig⁵⁾.

RA. Dr. Robert Siebeking, Hamburg.

1) Vgl. hierzu RG. 51, 139 = JZ. 1902, 274; RG.: JurRundsch. 1903, 325; RG.: GewerbArch. 60, 328; DRG. Karlsruhe: PatMusikZeichBl. 1905, 142; Piesker § 6 Anm. 25; Kent § 6 Anm. 194; Seligjohn § 6 Anm. 7; Zjay, 4. Aufl., § 4 Anm. 41, § 6 Anm. 30.

2) Kohler S. 452 ff.; Zjay, 4. Aufl., Anm. 41, § 6 Anm. 29; Piesker § 4 Anm. 17.

3) GewerbSch. 1930, 378.

4) Vgl. RG.: MusB. IX, 142.

5) Ebenso im Ergebnis Piesker § 4 Anm. 17.

Entgegnungen.

Zugabewesen und unlauterer Wettbewerb.

Dem Urteil des RG.: ZW. 1932, 1021¹ und den Ausführungen von Lovis Glad kann nicht zugestimmt werden. Es scheint mir nicht angängig, daß die Gerichte in wirtschaftspolitische Auseinandersetzungen eingreifen und für die eine oder andere „Meinung“ eintreten, wobei auch sie nur auf wissenschaftlichen, tatsächlichen, wirtschaftlichen und wirtschaftspolitischen Vorgängen aufbauen können. Auch kann in einer solchen, über die Rpr. hinausgehenden wirtschaftspolitischen Stellungnahme der Gerichte eine einseitige Verwertung wissenschaftlicher Grundsätze enthalten sein. Dies trifft m. E. gerade für das Ur. des RG. v. 27. April 1931 zu, da aus ihm hervorgeht, daß die in der Wirtschaft nicht nur außerordentlich bekämpften, sondern von vornherein abgelehnten Äußerungen von Sombart über die Reklame und ihren Anteil am Wirtschaftsablauf die Richtlinie für die Einstellung des RG. abgeben. Weder das vom Reichswirtschaftsministerium eingeholte Gutachten des „Vorl. Reichswirtschaftsrats“ noch die vom Reichsausschuß für das Zugabeverbot beigebrachten Unterlagen haben ausreichendes Material für und gegen die Frage erbracht, ob das Werbemittel der Zugabe preisverteuernd sich auswirkt oder nicht. So erfreulich auch für die werblichen Kreise die endgültige Stellungnahme des RG. (31. ZivSen.) sein mag, so muß man doch wohl hervorheben, daß im Prozeßverfahren, das an mancherlei tatsächlichen Mängeln litt, diese wirtschaftspolitische Entscheidung niemals getroffen werden kann.

Das Ur. des RG. ist durch RG.: ZW. 1932, 1012 ff. aufgehoben. Mit Recht bemerkt Elster, daß erfreulicherweise das RG. den Grundsatze aufgestellt hat, daß das verfassungsmäßige Recht der freien Meinungsäußerung im Falle der Vertretung wirtschaftspolitischer Anschauungen nicht durch die Vorschriften des UWG. beeinträchtigt oder ausgeschlossen werden kann. Leider hat sich das RG. in seinen ausführlichen Darlegungen an diesen Grundsatz selbst nicht gehalten, sondern hat in offener Stellungnahme für die eine wirtschaftspolitische Richtung auch wirtschaftliche Behauptungen aufgestellt, die von der Praxis glatt negiert werden. Es wird ferner davon gesprochen, daß von den „insgesamt 68 Industrie- und Handelskammern“ sich 65 für ein Zugabeverbot ausgesprochen hätten, dabei ist dem RG. und wohl auch dem VG. entgangen, daß es nicht 68, sondern 127 Industrie- und Handelskammern gibt, und daß von dieser Zahl ein ganz bedeutender Teil gerade für das Gegenteil sich ausgesprochen bzw. eine neutrale Haltung eingenommen hat. Dazu gehören so bedeutende Industrie- und Handelskammern wie Frankfurt a. M., Leipzig usw. Die Feststellung, daß der Deutsche Industrie- und Handelstag ein Zugabeverbot gefordert habe, entspricht nicht den Tatsachen: Nur sein Einzelhandelsausschuß hat diesen Wunsch ausgesprochen, während der Industrie- und Handelstag als solcher sich dieser Auffassung nicht anschließen konnte. Industrie, Großhandel, Banken usw. haben den Antrag auf Erlass eines Zugabeverbotes nicht unterstützt. Auch wird in das Gutachten des Vorl. Reichswirtschaftsrats mehr hineingelegt, als es tatsächlich besagt oder besagen wollte. Kurzum, es zeigt auch dieses Urteil, daß die Rpr. auf dem falschen Wege wäre, wenn sie in wirtschaftspolitische Erwägungen und Meinungskämpfe eingreifen wollte.

M. Karl Dittmar, Berlin.

§ 18 HGB. zwingt nicht zum Firmengebrauch im Wettbewerbsverkehr.

Caro: GewRSch. 36 (1931), 1044 bringt hierzu eingehende Ausführungen im Hinblick auf die umstrittene Rpr. zu der Frage, wie weit aus Wettbewerbsgründen der Gebrauch des eigenen Familiennamens in der Firma untersagt werden kann (s. Kirchberger: GewRSch. 34 [1929], 1081).

Auf sie soll hier nicht eingegangen werden. Es mag sein, daß ihre Lösung gefunden werden kann, wenn neben dem formalen Recht des § 18 HGB., den Familiennamen zu benutzen, von der Rpr. die Pflicht betont wird, für genügend unterscheidende Zusätze zu sorgen. Sehr beachtlich erscheinen nach dieser Richtung insbes. die Ausführungen von Callmann: GewRSch. 35 (1930), 923, die von diesem wiederum zu einem Beschl. des RG. v. 13. Febr. 1930 gemacht werden. In diesem Beschl. wird eine Eintragung „Richthaus B. Inhaber Adolf B.“ als den gesetzl. Erfordernissen genügend bezeichnet und die alte Abung, die zu der Firma „Adolf B., Lichthaus“ geführt hätte, als nicht zwingend erachtet. Die Möglichkeit, unterscheidende Zusätze an die Spitze der Firma zu stellen, wäre danach also gegeben. Caro legt seinen Ausführungen in interessanter Weise neben der Entsch. des RG. v. 3. Nov. 1930 vor allem eine Entsch. des RG. v. 12. Juni 1931 zugrunde, die in Sachen der Deutschen Buchgemeinschaft ergangen ist. In der Entsch. des RG. handelt es sich im wesentl. um einen Wettbewerbsprozeß, den ein Buchhandelsunternehmen gegen die nunmehr weit hin bekanntgewordene Deutsche Buchgemeinschaft geführt hat. Die Deutsche Buchgemeinschaft hatte sich in ihrem Werbematerial und den Beitritts-

erklärungen, die sie weit hin versandte, nicht der genauen Firma bedient, sondern hatte den Zusatz „GmbH.“ weggelassen.

Auch darauf, ob diese Ausführungen, soweit sie das Wettbewerbsverhältnis betreffen, richtig sind, soll hier im allgemeinen nicht näher eingegangen werden, sondern nur auf die Ausführungen, die das RG. zu der alten Frage macht, inwieweit § 18 HGB. zum richtigen Firmengebrauch zwingt, wenn rechtlich bedeutungsvolle Erklärungen vorliegen, die den richtigen Wortlaut der Firma verlangen. Die Ausführungen des RG. hierzu haben — soweit feststellbar war — in weitem Umfange gerade in Wirtschaftskreisen außerordentliches Bestreben erregt. Das RG. erklärt im Hinblick auf die Deutsche Buchgemeinschaft, daß beim Versand des Werbematerials und beim Versand der Beitrittsklärungen keine rechtlich erhebliche Handlung vorliegt, sondern nur „eine ohne jede rechtsgeschäftliche Bindung geschehene Aufforderung zur Abgabe von Vertragsangeboten durch den Empfänger bzw. den Leser der betreffenden Ankündigungen“.

Es soll, wie gesagt, offen bleiben, ob diese Ausführungen im vorl. Falle richtig sind. Es scheint, als ob vielleicht doch verkannt wird, trotz der umfangreichen Darlegungen, die sich im RkUr. über den allg. Sprachgebrauch hinsichtlich des Wortes „Mitglied“ befinden, daß namentlich i. Verb. m. den Vorteilen aller Art, die die Deutsche Buchgemeinschaft bietet, der Hinweis auf eine Mitgliedschaft in weiten Kreisen des Publikums jedenfalls die Idee eines zur Förderung der eigenen Interessen der Mitglieder gegründeten Vereines erweckt, also eines Unternehmens, das nicht von anderen zur Erzielung von Gewinn betrieben wird, vielmehr gemeinnützig wirkt; gemeinnützig in dem Sinne wenigstens, als ob alle Überschüsse den Beteiligten wieder zugute kommen, etwa wie beim Versicherungsverein a. G., eine Auffassung, die allerdings nicht so leicht zustande kommen kann, wenn der einzelne von der Rechtsform der GmbH. dieses Unternehmens erfährt. Über das Unternehmen selbst und seine Ziele ist damit in keiner Weise abfällig geurteilt. Es kommt nur darauf an, welchen Eindruck die Werbung in weiten Kreisen erweckt, und es scheint, als ob es der bisher anerkannten Rpr., wonach im Wettbewerbsverkehr bei Ankündigungen u. dgl. der Eindruck des flüchtigen Lesers entscheidet, nicht richtig entspricht, wenn das RG. näher darlegt, daß ja das einzelne Mitglied oder der, der es werden will, sich aus dem ihm übersandten ausführlichen Prospekt nach jeder Richtung hin genau unterrichten könne.

Jedenfalls erscheint es sehr ansehnlich, wenn das RG. im Anschluß an die oben erwähnten Ausführungen fortfährt: „Daß dies auch die allgemeine Auffassung der Handelskreise und überhaupt des Verkehrs ist und deshalb die genaue Firmenbezeichnung seitens der die geschäftlichen Ankündigungen veranlassenden Geschäftsunternehmen sehr häufig nicht verwendet wird, lehrt die Erfahrung auf Grund der täglich sich wiederholenden Bestätigung dieser Tatsache. Auch die in Betracht kommenden Verkehrskreise nehmen daran nicht den geringsten Anstoß; sie wissen genau, um was es sich handelt.“

Niemand bezweifelt, daß die Ausführungen einer reichsgerichtl. Entsch. sich im wesentl. auf den vorl. Fall beziehen. Niemand kann auf der anderen Seite bestreiten, daß diese Sätze in ihrer Allgemeinheit die große Gefahr allgemeiner Anwendung auch in anderen Fällen bieten, und diese Gefahr ist um so größer, wenn solche Ausführungen gemacht werden an Hand eines Einzelfalles, bei dem sie jedenfalls erhebliche Bedenken auslösen müssen.

Mindestens müssen sie zum Anlaß genommen werden, um zu verhüten, daß die Gerichte bei der Feststellung der Auffassung der Verkehrskreise sich allein auf ihr eigenes Urteil verlassen. Daß die Feststellung der Auffassung bestimmter Verkehrskreise Schwierigkeiten bieten kann, ist bekannt; daß für die Feststellung der Auffassung des geschäftl. Verkehrs gerade Erörterungen leichter als auf manchem anderen Gebiete durch Befragung der Pkn. möglich sind, muß ebenso hervorgehoben werden. Das Verf. des Patl. in Warenzeichenachen beweist es. Daß man die Pkn. befragt hätte, geht aus den Ausführungen des RkUr. nirgends hervor, ist deswegen wohl kaum anzunehmen. Die Gefahr verallgemeinernder Anwendung solcher Ausführungen des RG. zeigen die Ausführungen Caro's zu einer, wie schon dargestellt, zwar anderen Frage. Wo soll das schließlich hinführen, wenn Caro an Hand solcher Entsch. für seine Frage der Verwechslungsfähigkeit des Familiennamens in der Firma älterer Unternehmen dazu kommt, mit aus diesem Ur. abzuleiten, daß eine solche Verwechslungsfähigkeit sehr leicht vermieden werden kann? Sie kann seiner Meinung nach vermieden werden beim rechtmäßigen Firmengebrauch durch entsprechend hervorgehobene Zusätze. Es scheint, als ob sie nach seiner Meinung im Wettbewerbsverkehr, bei der Reklame insbes., wo die Firma auf Grund der Rpr. des RG. und des RG., die er erwähnt, nicht im Wortlaut gebracht werden muß, vermieden werden kann dadurch, daß die Firma, wenn auch in abgekürzter Form, überhaupt nicht angewandt werden darf und danach auch nicht angewandt zu werden braucht; wenigstens findet sich in seinen Ausführungen folgender Satz: „Dort, wo die „unveränderte“ Firma nicht geführt zu werden braucht, braucht die Firma überhaupt nicht geführt zu werden.“

Daß § 18 HGB. formales Recht enthält, ist richtig. Es gerade auf dem Gebiete des Firmenrechts bei den ständig zunehmenden Auswüchsen des Geschäftslebens mit Hilfe der Rpr. zweckmäßigerweise

dieses formale Recht nach Möglichkeit beseitigt wird, kann bezweifelt werden. Die Verkehrskreise jedenfalls, um die es sich hier handelt, haben diesem Kernpunkt der RGEntsch. durchaus Verständnis entgegengebracht, daß die Rspr. neben dem formalen Recht andere Gesichtspunkte berührt, und insofern mag die Entwicklung zu der Streitfrage, die Caro bespricht und auf die sich allein seine Ausführungen beziehen, erwünscht sein. Im Einzelfalle mögen dabei hinsichtlich der Grenze der Anwendung dieser Rspr. die Meinungen auseinandergehen. Daß es vermieden wird, daß noch einmal die Verkehrsauffassung der Wirtschaftskreise in so weitem Umfange die Feststellung der Rspr. nicht billigt, wie es im Falle Deutsche Buchgemeinschaft zu sein scheint, muß für die Zukunft erhofft werden.

RA. Dr. Elobis Glad, Leipzig.

Das neue italienische Seidenschutzgesetz und der Schutz des Wortes „Seide“ in Deutschland.

Nach dem ital. Ges. v. 18. Juni 1931 („Gazzetta Ufficiale“ Nr. 923) ist das Wort „Seide“ den Garnen, Stoffen und Fabrikaten vorbehalten, welche ausschließlich aus Produkten oder Nebenprodukten der Kokons seidenspinnender Insekten erzeugt worden sind (§ 1). Weiterhin müssen „seidene“ Fabrikate, gemäß obiger Begriffsbestim-

mung, mit einer Spezialmarke versehen sein, aus der hervorgeht, ob es sich um beschwerte oder unbeschwerte Seide handelt.

Die italienische Gesetzgebung sanktioniert somit den Rechtszustand, wie er sich aus RG.: JW. 1930, 1703 auch für das deutsche Wirtschaftsleben ergibt.

RA. Dr. R. Wassermann, München.

Internationale Kriminalistische Vereinigung.

(Deutsche Landesgruppe.)

Die diesjährige Tagung findet vom 11. bis 13. Sept. in Frankfurt a. M. statt. Beratungsgegenstände: 1. Schwangerschaftsunterbrechung und Unfruchtbarmachung insbes. bei sozialer und eugenischer Indikation; 2. die Fortführung der Strafrechtsreform; 3. Vereinheitlichung des europäischen Strafrechts. Referenten werden u. a. (voraussichtlich) sein zu 1: Prof. Graf zu Dohna, Bonn; zu 2: Prof. Kohlrausch, Berlin; zu 3: Prof. Delaquis, Hamburg. Mitgliedsanmeldungen (Jahresbeitrag 6 M.) nimmt Dr. Elster, Berlin W 10, Genthiner Str. 38 entgegen; Anmeldungen zur Teilnahme an der Tagung DRK. Berndt, Frankfurt a. M., Paul-Christl-Str. 25 a.

Schrifttum.

Dr. jur. Hermann Kay, Rechtsanwalt am Kammergericht und Professor an der Technischen Hochschule Charlottenburg: **Patentgesetz und Gesetz, betreffend den Schutz von Gebrauchsmustern.** Systematisch erläutert. 6. unveränderte Auflage mit einem Nachtrag. Berlin 1932. Verlag Franz Vahlen. VII, 788 und 11 Seiten. Preis 28,90 M.

Dr. rer. techn. Lorenz Weber, Patentanwalt, Dipl.-Ing., Köln: **Erfinderrecht und Allgemeininteresse.** Eine Darstellung des deutschen Erfinderrechts als Kompromiß zwischen den Interessen des Erfinders und der Allgemeinheit. Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. 91 Seiten. Preis 5 M.

Die Besprechung der obengenannten Bücher bleibt vorbehalten.
D. S.

Dr. ing. Dr. jur. Fr. Lehmann, Patentanwalt in Dresden: **Die abhängige Erfindung.** Berlin 1931. Carl Heymanns Verlag. VI und 115 Seiten. Preis 6 M.

Die großen Komm. zum PatG., namentlich Tschay und Pieckner, behandeln die Frage der Abhängigkeit sehr eingehend nach allen Richtungen. Trotzdem kann bei der Wichtigkeit dieses Problems eine Monographie Neues bieten und daher willkommen sein. Der Verf. geht mit berufener Kritik zu Werke. Die subtilen Unterscheidungen zwischen vollkommener (Gegensatz: unechter) und vollständiger (Gegensatz: teilweiser) Abhängigkeit werden begrifflich eingehend behandelt, weil ihre Klärung auch praktisch von großer Wichtigkeit ist. Ein Blick auf den Abhängigkeitsbegriff in anderen Rechtsgebieten wäre da vielleicht nützlich gewesen. Immerhin ist ja gerade die patentrechtliche Abhängigkeit so sehr ein Begriff für sich, daß dort eine autonome Klärung versucht werden kann. Verf. definiert: „Abhängigkeit ist das eine Nichtausübbarkeit einer Erfindung wegen Bestehens einer älteren Erfindung begründende Zusammentreffen (Kollision) zweier nicht identischer Erfindungen verschiedener Inhaber (Konkurrenz), deren Rangverhältnis durch die Anmeldungen festgelegt wird, wobei die Wirkung erst mit dem Entstehen der Schutzrechte eintritt.“ Sprachlich etwas umständlich, ist die Definition auch sachlich nur insofern richtig, als man unter „Nichtausübbarkeit“ etwas Relatives versteht; denn an sich ist „Abhängigkeit“ eine Rechtsbeschränkung, aber keine „Nichtausübbarkeit“. Die Arbeit zieht auch die Frage der Abhängigkeit bei Gebrauchsmustern in den Bereich der Betrachtung. Wichtig erscheint die Betonung, daß der Gesichtspunkt der Wirkung starke Beachtung verdient. Auf Polemiken gegen Pieckners Auffassungen kann hier in einzelnen nicht eingegangen werden. Die Abgrenzung der Abhängigkeit gegenüber der Identität und dem Zusatzverhältnis wird sorgfältig behandelt, ebenso das Vorbenutzungsrecht und anderes im Verhältnis zur Abhängigkeit. Auch das Prozessuale ist Gegenstand der Darstellung. Lebendig wird das Ganze durch zahlreiche Beispiele. Vorn liest man die mahnenden Worte: „Im Interesse der Gesetzesökonomie, die gerade das Patentrecht auszeichnet, sollte auch bei künftigen Entwürfen und Abänderungen des Gesetzes von der Regelung durch überflüssige

Bestimmungen abgesehen werden“. Gesetze sind nicht dazu da, wissenschaftliche Definitionen zu geben.

Dr. Alexander Elster, Berlin.

Dr. A. Baumbach: **Zugabewesen, Ausverkaufswesen, Geschäftszugabe- und Betriebsgeheimnisse.** Kommentar zur Verordnung zum Schutze der Wirtschaft v. 9. März 1932. Zugleich Nachtrag zu A. Baumbach: Das gesamte Wettbewerbsrecht. 2. Aufl. Berlin 1932. Verlag von Otto Liebmann. Preis 2 M.

Die WD. v. 9. März 1932 wird in dem Nachtrag zu Baumbach „Das gesamte Wettbewerbsrecht“ in der dem Verf. eigenen kurzen, klaren und prägnanten Art erläutert. Im Vorwort bedauert Baumbach mit Recht, daß es überhaupt zu dieser WD. gekommen ist. Jrgendeinen triftigen Grund für dieses jeder großen Lüge entsprechende Stückwerk vermag ich nicht zu erkennen. Wer aber genötigt ist, sich mit der WD. zu befassen, wird in der Erläuterungsschrift von Baumbach die gewohnte Anregung und Belehrung finden.

RA. Prof. Dr. S. Kirchberger, Leipzig.

Dr. Wenzel Goldbaum, Rechtsanwalt und Notar in Berlin: **Entwurf zu einem Zugabeverbot.** (Stilles Rechtsbibliothek Nr. 127.) Berlin 1932. Verlag von Georg Stilke. 52 Seiten. Preis geh. 1,30 M.

Wenn auch dieses Büchlein selbst dadurch praktisch überholt ist, daß der von ihm kommentierte Entwurf inzwischen in veränderter Form Gesetz geworden ist, so ist es damit doch nicht wertlos geworden, denn in seinen Grundzügen ist der Entwurf in die RotWD. aufgenommen worden. Die Erläuterungen Goldbaums geben eine klare und durch praktische Beispiele lebendig gefärbte Übersicht über den Rechtszustand im Zugabewesen. Mit Recht hebt Goldbaum die Mängel des Entwurfs hervor, die nur zu einem unbedeutenden Teil in der späteren RotWD. vermieden worden sind. Es ist zu wünschen, daß Goldbaum diese Erläuterungen demnächst dem Rechtszustand, wie er durch die RotWD. geschaffen worden ist, anpaßt.

RA. Dr. Rudolf Callmann, Köln.

Sinnzusammenhänge im modernen Wettbewerbsrecht. Ein Beitrag zum Aufbau des Wettbewerbsrechts von Dr. Eugen Ulmer, Professor der Rechte an der Universität Heidelberg. Berlin 1932. Verlag von Julius Springer. Preis 1,80 M.

Die vorl. Antrittsvorlesung bezeichnet Ulmer als einen Beitrag zum Aufbau des Wettbewerbsrechts, mit dem er helfen will, die „Rütte in Theorie und Praxis des Wettbewerbsrechts“ zu überwinden. Drei Phasen können wir in der Entwicklung des Wettbewerbsrechts unterscheiden: die erste ist das Ringen um die gesetzliche Anerkennung, ihr Erfolg sind die Wettbewerbsgesetze von 1897 und 1909. Die zweite Phase kennzeichnet sich durch das Bemühen,

die farbige Mannigfaltigkeit der wettbewerbsmäßigen Lebensverhältnisse als Tatbestand unter das geschriebene Gesetz zu „subsumieren“. Dies war die Glanzzeit der reichsgerichtlichen Rpr., deren Richterrecht durch eine kaum zu bewältigende Kasuistik hindurchleuchtet. Die dritte Phase, in der wir uns jetzt befinden, ist die der Bemühung um systematische Gliederung und rechtsdogmatische Durchbringung des gewaltigen Rechtsstoffes. Dies zeigt sich nicht nur in den Bemühungen der Kommentarliteratur um eine Systematik des Wettbewerbsrechtes, sondern auch in einer Fülle von monographischen Arbeiten, wie sie gerade in letzter Zeit erschienen sind.

Ulmer legt uns jetzt seine zweite Arbeit vor; die erste war die Arbeit „Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb“. In dieser behandelte er im wesentlichen die Kollision von Sonderrecht und Wettbewerbsrecht, und je tiefer man in diese Arbeit eindringt und je mehr man sich selbst bemüht, die Kollisionsfälle im Rechte der gewerblichen Kennzeichen zu lösen, um so mehr erkennt man, was Ulmer in seiner ersten Arbeit geleistet hat. Es sind eingehende, durch großzügige Parallelen zum ausländischen Recht vertiefte Untersuchungen, die den Versuch machen, die schwierigen Probleme zu lösen. In der nun vorl. Arbeit verzichtet Ulmer auf eine Lösung. Er weist die Probleme auf und regt zu ihrer Lösung an. Es sind im wesentlichen zwei große Fragen, die Ulmer hier behandelt. Die eine betrifft den sachlichen Geltungsbereich des Wettbewerbsrechtes, die andere die Grundsätze des Wettbewerbsrechtes. Eine dritte, nicht weniger bedeutsame Frage stellt Ulmer an den Anfang seiner Ausführungen, glaubt aber, sie „als endgültig beantwortet“ betrachten zu dürfen, was dem weiteren Gang der Untersuchung zwar nicht schadet, jedoch dem wirklichen Rechtszustand nicht gerecht wird. Dies ist die Frage nach dem Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechtes. Ulmer verkennt nicht den Gegensatz zwischen Persönlichkeitsrecht und Immaterialgut und schließt sich der von Baumbach und mir vertretenen Auffassung an, daß das Unternehmen als Immaterialgut Schutzgegenstand des Wettbewerbsrechtes ist. Aber dies ist leider noch nicht restlos anerkannt. In Rpr. und Schrifttum sucht man immer noch das Wohl der Allgemeinheit durch das Wettbewerbsrecht zu schützen, sei es, daß man eine an sich unlaute Wettbewerbsbehandlung deshalb als lauter durchgehen läßt, weil sie angeblich zum Vorteil der Allgemeinheit ausschlägt (so eine wohl einstimmig abgelehnte Auffassung Goldbaums), sei es, daß man einen Verstoß gegen die guten Sitten dann annimmt, wenn eine an sich erlaubte Wettbewerbsbehandlung das Konsumenteninteresse außer acht läßt (so RG. 134, 342 in einer Entsch., die mit m. E. rechtsdogmatisch untauglichen Mitteln der Not der Zeit gerecht zu werden versucht), sei es schließlich, daß man in Wettbewerbsgesetzen, wie z. B. der neuen Zugabe WD., geradezu Gesetze zum Schutz des Publikums sehen will!

In der Absteckung der dem Wettbewerbsrecht sachlich gezogenen Grenzen geht Ulmer davon aus, daß der durch das Wettbewerbsrecht geregelten freien Konkurrenz heute das große Gebiet der gebundenen Wirtschaft, insbes. der Kartelle, gegenübersteht, das, anderen Gesetzen folgend, seine Regelung in dem Wettbewerbsrecht nicht finden könne. Deshalb will Ulmer die typischen Kartellmaßnahmen aus dem Wettbewerbsrecht ausgeschlossen wissen, will sie behandelt, sehen ausschließlich von einer „Schicht anders gearteter Normen“, die sich um den Kern des Wettbewerbsrechtes legt und dessen natürliche Begrenzung ist. Der Umfang dessen, so meint Ulmer, was dem Wettbewerbsrecht zu ordnen aufgegeben ist, hänge ab von dem Maß, in dem die sonderrechtliche Regelung eingreift. Vor 1923, dem Geburtsjahr der KartWD., sei es ausschließlich Sache des Wettbewerbsrechtes gewesen, die Beziehungen zwischen Kartell und Außenwettbewerb zu regeln. Heute sei diese wettbewerbsrechtliche Regelung zum Teil durch das Kartellrecht abgelöst. Das Wettbewerbsrecht sei nicht die Wettbewerbsordnung schlechthin; die Best. des Wettbewerbs, die auf Verträgen oder Verbandsabmachungen beruhen, vor allem das innere Kartellrecht, schieben für den Juristen aus dem Wettbewerbsrecht aus. Mit dem Bekenntnis zu verschiedenen Grundformen der Wirtschaftsordnung gehe ein Miß durch das Wettbewerbsrecht. Es bestünden Wesensgegenstände zwischen seinen Normen. Hier geht Ulmer einen Weg, auf dem er m. E. das Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Kartellrecht in doppelter Hinsicht verkennt. Sein Ausgangspunkt scheint mir zunächst wirtschaftswissenschaftlich unrichtig zu sein. In dieser Beziehung darf nicht verkannt werden, daß freie Konkurrenz und Monopol — und die Kartelle pflegt man ja unter diesem Oberbegriff zu betrachten — Grenzbegriffe sind, mit denen zwei Grenzsituationen der in der kapitalistischen Wirtschaft möglichen Tauschkonstellationen bezeichnet werden. Wo die eine aufhört und die andere beginnt, ist oft kaum festzustellen, und wie das reine Monopol ist auch die freie Konkurrenz ein Idealbild, das bisher in der Wirtschaft noch selten verwirklicht wurde. Weder behördliche noch vertragliche Einengung der Konkurrenz ist mit dem kapitalistischen Wirtschaftssystem unvereinbar. Seine Prinzipien aber sind sowohl die des Wettbewerbsrechtes wie des Kartellrechtes. In beiden Rechtsgebieten ist der Ausgangspunkt nicht die eine oder andere Form der Konkurrenzverhältnisse, sondern die Anerkennung des privaten Ertragsstrebens auf der Grundlage des privaten Eigentums an den Pro-

duktionsmitteln. Von anderen Prinzipien des Kartellrechtes könnte nur die Rede sein, wenn der private Egoismus in der gebundenen Wirtschaft keinen Raum hätte, wenn an der Stelle eines ebenfalls durchaus privatwirtschaftlichen Kartelllegoismus der Solidarismus eines höherstehenden Gemeinschaftsgeistes das Handeln der Kartellgenossen beherzigt und veredelt. Auch rechtlich scheint mir der Irrtum Ulmers darin zu liegen, daß er Wettbewerbsrecht und Kartellrecht in eine falsche Beziehung zueinander setzt. Wäre Gegenstand des Kartellrechtes der vertragliche Zusammenschluß der Wettbewerber zum Zwecke der Bekämpfung von Auswüchsen des freien Wettbewerbes, dann wäre die Grenzziehung Ulmers richtig. Aber das Kartellrecht ist nicht das Sondergesetz im Verhältnis zum allgemeinen Wettbewerbsrecht. Vielmehr erstrebt das Kartellrecht, das man früher bezeichnenderweise als einen Teil des Gesellschaftsrechtes betrachtete, die Veräußerung der Kartelle in ihrer Eigenschaft als Organisationen mit marktbeeinflussender Wirkung. Hier handelt es sich nicht um Bekämpfung unzulässigen Wettbewerbes, sondern um die Bekämpfung von Mißbräuchen, wie sie bei der organisationsmäßigen Regelung der üblichen Wettbewerbsabhandlungen entstehen können. Ohne Kartellrecht wäre für die Bekämpfung dieser Mißbräuche nicht etwa, wie Ulmer anzunehmen scheint, das Wettbewerbsrecht, sondern es wären diejenigen allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Best. anzuwenden, mit denen man von jeher dem Mißbrauch der wirtschaftlichen Machtstellung auch einer Einzelperson begegnet ist. Selbst dort, wo im Kartellrecht der Außenwettbewerb des Gesetzes ist, ist er dies nicht in seiner Eigenschaft als Außenwettbewerb, als Konkurrent des Kartells, sondern als Einzelunternehmer gegenüber der Kollektivmacht, und das Gesetz hat, als man die Best. des § 9 KartWD. schuf, an ihn nicht stärker gedacht, als an den bedrängten Lieferanten oder Abnehmer der kartellierten Unternehmen. Das gleiche gilt für die Kartellmitglieder, die in „latenter Konkurrenz“ zueinander stehen. Schließlich ist es in erster Linie im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht das Gemeinwohl und die Gesamtwirtschaft, die Schutzgegenstand des Kartellrechtes sind.

Der zweite Teil der Arbeit Ulmers ist den wettbewerbsrechtlichen Bewertungsgrundsätzen gewidmet, wobei Ulmer zuerst einen eigenen Grundsatz darstellt und im weiteren die von mir in meinem Komm. aufgestellten Grundsätze behandelt und im wesentlichen ablehnt. Sein Grundgesetz ist der Gleichheitsgrundsatz, der einmal die Bedeutung haben soll, eine eindeutige Regelung im Interesse der Rechtssicherheit zu bieten, vor allem aber die gleiche Bindung aller Wettbewerber an Gesetz und Vertrag zu erreichen. Es ist ein richtiger Gedanke Ulmers, daß diese gleiche Bindung an Gesetz und Vertrag, wie das Beispiel der Preisbindung der zweiten Hand bei Markenartikeln zeigt, die Gefahr in sich birgt, die Wirtschaft zur Erstarrung zu bringen, und daß solcher Gefahr abzuwehren gerade Aufgabe des Rechtsgebietes ist, dem man so oft den Vorwurf gemacht hat, die Erstarrung der Wirtschaft zu fördern. Aus der Sphäre des Kartellrechtes heraus greife der Gesetzgeber ein, um die Starrheit zu lösen. Daß dieser Gleichheitsgrundsatz besteht, ist nicht zweifelhaft. Aber er ist weder neu noch ist er alleine geeignet, eine Systematik des Wettbewerbsrechtes zu schaffen. Ich glaube, den gleichen Grundsatz mit anderen Worten aufgestellt zu haben, wenn ich ihn den Grundsatz der Gesetz- und Vertragsmäßigkeit nannte, denn gleiche Bindung an Gesetz und Vertrag wird ja gerade von Ulmer als Ziel seines Gleichheitsgrundsatzes bezeichnet. Auf die Kritik Ulmers an meinen Grundsätzen kann ich im Rahmen dieser Besprechung nicht eingehen; hierauf werde ich demnächst in anderem Zusammenhang zu sprechen kommen.

Wie aber auch immer man sich entscheidet, die Ulmerschen Gedanken werden in den kommenden Auseinandersetzungen über die Gestalt und den Aufbau des Wettbewerbsrechtes nicht minder bedeutsam wirken, wie in den Sonderfragen des Rechtes der gewerblichen Kennzeichnungsmittel die erste Arbeit Ulmers gewirkt hat. Dies darf ich denn auch als Entschuldigung anführen, wenn ich den mir gewährten Raum ungebührlich überschritten habe.

RW. Dr. Rudolf Callmann, Köln.

Dr. Alexander Eister, Berlin: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 in der Fassung vom 9. März 1932. Kurzer Kommentar für Praxis und Studium. Neunte, durchgearbeitete und wesentlich ergänzte Auflage der erläuterten Textausgabe von Justizrat Dr. Albert Pinner und Dr. Alexander Eister. Berlin und Leipzig 1932. Verlag von Walter de Gruyter & Co. (Guttentagsche Sammlung Deutscher Reichsgesetze Nr. 37.) Taschenformat. 394 S. Preis geb. 7,50 M.

Die neue Auflage des ursprünglich von Stephan, später von Pinner herausgegebenen Guttentagsbandes ist diesmal allein von Eister bearbeitet. Sie gibt den Stand des Wettbewerbsrechtes vom Frühjahr d. J. wieder und berücksichtigt insbes. schon die Bestimmungen betr. Zugabewesen, Ausverkäufe, Werklpionage, Einheits-

preisgeschäfte usw., die die *RotW.* v. 9. März 1932 enthält. Der Umfang der erläuterten Textausgabe ist wieder sehr gestiegen, so daß sie nun mit Recht die Bezeichnung kurzer Kommentar führt. Obwohl für die Praxis bestimmt und im wesentlichen auf den Ergebnissen der Rechtsprechung fußend, zeigt das Werk — besonders in der Einleitung, aber auch in den einzelnen Ausführungen — die grundsätzliche Einstellung des Verf. zu der Rechtsnatur des Wettbewerbsrechts. Für das Studium sowie als erstes Nachschlagewerk für die Praxis ist das Werk, auf das noch näher eingegangen werden soll, hervorragend geeignet. D. S.

Prof. Dr. Hans Kirchberger, Rechtsanwalt: Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb. Berlin 1931. Verlag Chemie GmbH. 79 Seiten. Preis 3,60 M.

Die gegenwärtige Situation im Wettbewerbsrecht, die zum Teil leidenschaftlich in zerstreuten Aufsätzen geführte Diskussion, der immer vernehmlicher werdende Ruf der Praxis nach systematischer Durchdringung legt uns in besonderem Maße ein Bemühen um die Grundlagen dieses Rechtsgebiets ans Herz. Wenn es daher der durch seine Spezialuntersuchungen auf wettbewerbsrechtlichem Gebiet bekannte Verf. unternimmt, durch Erläuterung der Begriffe unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb zu grundsätzlicher Stellungnahme zu kommen, so darf er eines lebhaften Interesses gewiß sein.

Zu Beginn und am Ende der Arbeit wird die Scheidung zwischen unlauterem und unerlaubtem Wettbewerb betont (sie ist nicht ihr Kernstück). Wie das französische Recht zwischen concurrence déloyale und concurrence illoyale unterscheidet, bei mala fides des Mitbewerbers den ersten, bei bona fides den zweiten Ausdruck bevorzugt (freilich mit vielfacher Vermengung und mit einer deutlichen Tendenz, dem Ausdruck concurrence déloyale die Alleinherrschaft zuzuwenden), so will Kirchberger den objektiven Verstoß gegen die Regeln des Wettbewerbs mit „unerlaubter Wettbewerb“ bezeichnen (ein Begriff, der dann notwendigerweise zum Oberbegriff wird); und nur wo qualifizierend ein bestimmtes subjektives Merkmal hinzukommt, will er den Ausdruck „unlauterer Wettbewerb“ verwenden. Es handelt sich letztlich um eine Frage der Terminologie. Die Praxis und die herrschende Lehre sind sich im ganzen (gelegentliche Abweichungen der *Rspr.* kommen immer wieder vor) einig darüber, daß die Unterlassungsklage des § 1 *UnlWG.* auch bei nur objektiven Verstößen wider die gute Ordnung des Wettbewerbs gegeben ist. Kirchberger sieht dabei mit Grund die Gefahr, daß der Begriff unlauterer Wettbewerb wieder und wieder dazu verführt, in unzulässiger Weise auf subjektive Momente, möglicherweise sogar auf die Gesinnung, abzustellen. Sein Vorschlag, ihn als Oberbegriff durch den des unerlaubten Wettbewerbs zu ersetzen, verdient daher Beachtung. Ich fürchte nur das Schwergewicht des eingebürgerten sprachlichen Ausdrucks, dem die Bezeichnung unerlaubter Wettbewerb so gefährlich nahekommt, und ich glaube eher, daß eine Terminologie sich durchsetzen wird, die an Stelle von unlauterem Wettbewerbsrecht einfach von Wettbewerbsrecht, statt von unlauterer Wettbewerbsbehandlung von wettbewerbswidriger Handlung oder Wettbewerbsverstößen spricht.

Bei der Erläuterung des „sittenwidrigen Wettbewerbs“ sehen wir Kirchberger um die Scheidung der Begriffe Sitte und Sittlichkeit bemüht. Jherings Zweck im Recht, Buntzs Ethik und Somlos juristische Grundlehre stehen dabei Pate. Man kann den Gegensatz zwischen Sitte und Sittlichkeit verschieben lassen. Auch bei Kirchberger klingen verschiedene Deutungen an. Aber die für den Fortgang seiner Untersuchungen wichtigste, auf die hier allein abgestellt sein soll, ist die: daß es bei der Sitte um feststehende Normen für äußeres Verhalten, um eingehaltene Regeln geht; daß sich ein Juristengreifen auf das Anstandsgefühl, auf das Ethos erübrigt. So ist es Kirchberger selbstverständlich, daß zur Feststellung des Sittenverstößes i. S. des § 1 *UnlWG.* nur auf bestehende Normen, nur auf die geübte Sitte verwiesen werden darf. Die Regeln der Sitte sind ihm „stillschweigend entstandene, tatsächlich bestehende und als solche feststellbare Konventionalnormen“. Und entsprechend wird es der *Rspr.*, insbes. der des *RG.*, zum Vorwurf gemacht, daß sie auf dem Weg über das Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden letztlich das Anstandsgefühl des entscheidenden Richters bei der Beurteilung des Verstoßes gegen die guten Sitten ausschlaggebend sein lasse. „Die Rechtsprechung verkennt, daß die guten Sitten als solche etwas Seiendes bedeuten, nicht getrennt hiervon lediglich etwas Seinollendes.“ Oder wie Kirchberger an anderer Stelle sagt: „Die Arbeit, die bestehenden guten Sitten zu erforschen, fällt in das Bereich der Statistik.“ Dem kritischen Leser wird zunächst zum Bewußtsein kommen, daß Kirchberger mit solcher Auslegung die bisherige Funktion des § 1 *UnlWG.* zu unterhöhlen unternimmt. § 1 *UnlWG.* ist uns die Generalklausel des Wettbewerbsrechts, dazu berufen, in den zahllosen Fällen, da die unlautere Konkurrenz andere als die in den Einzelnormen vorgesehenen Wege geht, juristische Hilfe zu ermöglichen; ein Beruf, der nicht erfüllt würde, wenn stets nach feststellbaren Konventionalnormen gefragt werden müßte. Und diesen Beruf trägt § 1 *UnlWG.* legitimerweise. Er ist dazu geschaffen, in die vielfältigen

möglichen Lücken zu treten. Er ist eine Nachbildung des § 826 *BGB.*, dem seinerseits dieselbe Aufgabe gestellt ist. Der Wille und die Tendenzen der gesetzgebenden Faktoren und darüber hinaus eine ganze lange Entwicklungszreihe von der *actio de dolo* über § 826 *BGB.*, § 1 *UnlWG.* und ständig gesprochenes Recht weisen in andere Richtung als die Kirchberger'schen Deduktionen. Und eben darum können diese Deduktionen, denen wir an sich die innere Folgerichtigkeit nicht absprechen, juristisch nicht wahr sein. Der aus Sprache und Philosophie abgeleitete Gegensatz zwischen Sitte und Sittlichkeit reicht nicht aus, um den Begriff der guten Sitte in § 1 *UnlWG.* zu erklären. Gerade weil wir neben den bereits feststehenden Regeln immer neue zu schaffen haben, müssen wir sie schöpfen aus der Quelle, aus der die Normen zu fließen vermögen: dem in der Rechtsgemeinschaft lebendigen Bewußtsein von einem die Rechtsgeltung erheischenden „ethischen Minimum“, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden oder wie man sonst diesen Born nennen mag, den uns Kirchberger verschließen will. Es ist nicht an dem, daß im Schrifttum, wie Kirchberger meint, die Begriffe Sitte und Sittlichkeit verwechselt werden. Jedenfalls gilt dies nicht für die Literatur zu §§ 138 und 826 *BGB.*, die Kirchberger übrigens unberücksichtigt läßt. Es wird betont in der Lehre vom bürgerlichen Recht (bei v. Tuhr, Enneccerus u. a.), daß der Begriff der Verkehrssitte (in § 157, 242 *BGB.*) ein anderer ist als der der guten Sitte: die Regeln, die aus der guten Sitte sich ergeben (es liegt dies übrigens auch sprachlich in dem gut begründet), wollen nicht statisch festgestellt, sie wollen urteilend, wertend erfasst sein. Aber es kommt noch ein Weiteres hinzu: auch wenn der Richter angewiesen wird, unter Berücksichtigung der guten Sitten zu entscheiden, so kann es doch nicht ausbleiben, daß in und mit seinen Entscheidungen Recht Richterrecht wird, das dem Zuge des Rechts folgend wieder in das Spannungsverhältnis zur Sitte treten kann, das uns sonst geläufig ist. Es ist ein alter Prozeß, den wir nicht erstmalig beobachten. Es ist ferner eine alte Frage, ob für den § 1 *UnlWG.* die Auffassung der Mitbewerber oder aber die Auffassung der Allgemeinheit bzw. der billig und gerecht Denkenden als der Exponenten dieser Allgemeinheit maßgebend sei. Kirchberger bekennt sich zu Entscheidung zu der ersteren Meinung. Wir vermüssen aber auch hier die feinere Nuancierung: Der Richter, der berufen ist, im Streit der Mitbewerber zu entscheiden, muß mit der Denkweise und den Gepflogenheiten der Parteien vertraut sein. Und doch muß es ihm zustehen, die Normen mit nach dem Maß allgemeinerer und letztlich auch eigener Wertungen zu formen. Zuvorwiegend ist eine Frage des Taktes. Wir können gerade im Wettbewerbsrecht mit besonderer Feinheit das Wechselspiel beobachten: hier die Auffassung der am Geschäftsverkehr beteiligten Kreise, von der der Richter weithin sich leiten läßt. Dort die eigene Linie der *Rspr.*, die als ein Stück Verkehrserziehung nicht vermist werden kann. Es ist ein gegenseitiges Zufühlungstehen, wie wir es etwa beobachten bei dem Wechsel von freierer zu strengerer Auffassung bei dem Schutz der Herkunftsbezeichnungen oder bei der Angestelltenbestellung, wo gelegentlich die der Verkehrsauffassung gegenüber strengere Judikatur heilsam auf die Bildung der Sitte gewirkt hat (vgl. etwa den *Vorkergerfall*: *RGZ.* 43, 295).

Es ist ein gefährlicher Weg, den Kirchberger weist, wenn er die Sitte, so wie sie in Kreise der Mitbewerber sich herausbildet, für das schlechthin entscheidende erklärt und wenn er dem Richter nur ein Messen, ein Registrieren dieses Werdegangs gestattet. Er führt das selbst. Und so sieht er sich um, ob es eine Möglichkeit gibt, „das Vakuum, welches der von seiner unerträglichen Ausblähung befreite § 1 *UnlWG.* hinterläßt“, unter einen anderen Tatbestand zu subsumieren. Und als solchen anderweitigen Tatbestand nimmt er die Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Mitbewerbers an. Hier ist er an dem Punkt, an dem er mit weithin bekannten Theorien, mit den Auffassungen Lobes und Kohlers zumal, sich berührt. Es sei hier betont: Wer Wettbewerbsrecht als Persönlichkeitsrecht aufsaßt, kann damit verschieden weitgehende Meinungen verbinden. Es mag sein, daß er nur den durch das Wettbewerbsrecht geschützten Gegenstand im Auge hat, daß ihm Schutzgegenstand „die Persönlichkeiten in ihrer gewerblichen Betätigung“ (Lobe) ist. Kirchberger geht weiter: Das Wettbewerbsrecht als Persönlichkeitsrecht ist ihm nicht nur Erklärung, Deutung des Wettbewerbsgesetzes, es ist ihm ein „sonstiges Recht“ i. S. des § 823 *Abf. 1 BGB.* Kirchberger stellt so neu eine Frage zur Debatte, deren Gründe und Gegengründe oft diskutiert sind. Man wird ihm heute einwenden müssen: vielleicht hätte eine schöpferische *Rspr.* im 19. Jahrhundert den Gedanken des Persönlichkeitsrechts aufgreifen können, um von hier aus Schutz gegen den unlauteren Wettbewerb zu geben. Es wäre dann das Spezialgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb — von ein paar strafrechtlichen Normen abgesehen — zu entbehren gewesen. Heute aber kann der Kristallisationspunkt, um den sich in jahrzehntelanger *Rspr.* die Normen gebildet haben, nicht mehr durch einen anderen ersetzt werden. Es gibt eine Kultur auch der *Rspr.*, die pflichtig behandelt sein will. Es scheint mir unglücklich, das Wettbewerbsrecht zu teilen in solches, das den Regeln der Sitte parallel (§ 1 *UnlWG.*) und solches, das ihnen zuwiderläuft (§ 823 *Abf. 1 BGB.*). Man zerreißt damit untrennbar Zusammenhängendes. Und man zerreißt insbesondere jene

oben genannte so wertvolle Fühlung zwischen Rspr. und kaufmännischer Auffassung in Wettbewerbsfachen.

Noch ein letztes leitet Kirchberger aus der Auffassung des Wettbewerbsrechts als Persönlichkeitsrecht her: ein Inhaltliches. Das Recht der Persönlichkeit ist ihm das Recht einer freien Persönlichkeit und daraus wird dann letztlich das Recht zu freier Konkurrenz abgeleitet. In der Tat: Ich glaube, daß es heute notwendig ist, die Prinzipien der Wirtschaftsordnung juristisch zu aktivieren, sie bei der juristischen Ausgestaltung des Wettbewerbsrechts mit heranzuziehen. Aber ich glaube nicht, daß für das ganze Wettbewerbsrecht noch ohne weiteres die Geltung des Prinzips der freien Konkurrenz unterstellt werden kann. Die Rspr. zu den Maßnahmen des äußeren Organisationszwangs, zu Sperre und Boykott insbes. kann mit ihrer Forderung nach dem Maßhalten im Mittel und Ziel meines Erachtens nicht mehr als Auswirkung des Prinzips einer freien Konkurrenz erklärt werden. Und gerade diese Rspr., die bringliche Frage, inwieweit die Fälle, die bei den Organisationskämpfen gefunden worden sind, ausgedehnt werden können auf Kampfmaßnahmen mächtiger Einzelunternehmungen und inwieweit der Sperre und dem Boykott das Preisunterbieten gleichgestellt werden kann (vgl. neuestens RG. 134, 342 ff.), fordert heute zur Auseinandersetzung mit den Grundregeln des Wettbewerbsgesetzes heraus.

So trennt mich Grundsätzliches von Kirchberger und seinen Thesen, und doch säume ich nicht anzuerkennen, daß Kirchbergers Schrift durch die konsequente Durchführung, die er seinen Gedanken gibt, zur Klärung und Förderung geeignet ist.

Prof. Dr. E. Ulmer, Heidelberg.

Ludwig Leibfried: Der unlautere Wettbewerb und seine Rechtsfolgen. Stuttgart 1932. Verlag von W. Kohlhammer. VI und 108 Seiten. Preis 2,40 M.

Die vor der RotW. v. 9. März 1932 erschienene und daher bereits z. T. überholte Schrift stellt in allgemeinverständlichen Ausführungen die Tatbestände des unlauteren Wettbewerbs dar. Die wichtigsten Ergebnisse der Rechtsprechung werden angeführt, jedoch fehlen Zitate. Das Buch ist unmittelbar für den Kaufmann bestimmt; für den Juristen dürfte die Benutzung des Werkes kaum in Betracht kommen.

D. S.

Dr. Fritz Millner: Die rechtliche Struktur der Kartellquote und Probleme der Quotenübertragung. Eine wirtschaftsrechtliche Studie. Leipzig 1932. Verlag von Hans Buxte. III u. 64 Seiten. Preis 3 M.

Bei Lektüre des Buches, das bereits auszugsweise KartellRsch. 1930, 740 ff. abgedr. war, verstärkt sich der Eindruck, daß es sich um eine wohlgelegene und in gewissem Sinne notwendige Arbeit handelt. Doch ist der so überaus wichtige und auch im Titel des Buches besonders hervorgehobene Abschnitt „Quotenübertragung“ wohl etwas zu kurz weggekommen. Gerade die hiermit zusammenhängenden Fragen, sowie auch das, was unter der Überschrift „Herabsetzung und Erhöhung der Quote“ zusammengefaßt ist, interessiert den Praktiker des „Quotenrechts“ in ganz besonderem Maße.

An der Arbeit Millners fällt besonders die theoretische Gründlichkeit auf, mit der nicht nur die juristischen, sondern auch die wirtschaftlichen Probleme dieser jungen und noch relativ wenig bearbeiteten Materie behandelt werden. Will man nämlich das Wesen der Kartellquote nicht nur als Beteiligungsanspruch in streng rechtlichem Sinne, sondern in seiner ganzen Bedeutung erfassen, so ist eine „ökonomische Grundlegung“ unbedingt erforderlich. Hierauf weist Verf. in einem einleitenden Kapitel hin und läßt gründliche Untersuchungen über Kartell und Kartellquote als wirtschaftliche Erscheinungsformen folgen. Von den rechtlichen Betrachtungen interessieren besonders die Ausführungen über die „Aufspaltung“ der Mitgliedschaftsrechte in Vermögensrechte einerseits und in Verwaltungsrechte andererseits. Hier von ausgehend wird die Frage behandelt, ob und inwieweit die Quote ein „Recht“ ist, ob sie nicht vielleicht mehr als ein Recht ist, oder wie dieses Gebilde sonst juristisch — wiederum unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Eigenarten — aufzufassen ist. Verf. setzt sich dabei mit den bislang im Schrifttum aufgestellten Meinungen auseinander und greift alsdann aus dem Material der ihm vorliegenden Kartellverträge besonders typische Bestimmungen heraus, faßt sie zu Gruppen zusammen und legt auf diese Weise die verschiedenen Möglichkeiten und deren rechtliche Beurteilung klar. In dieser Methode vor allem liegt der Wert des Buches auch für die Praxis. Auf das reichhaltige Literaturverzeichnis sei besonders hingewiesen.

RA. Dr. v. Holstein, München.

Schrift für Marken-, Patent- und Wettbewerbsrecht.) Herausgegeben von Prof. Dr. Martin Wassermann, Hamburg, bearbeitet von Rechtsanwalt Dr. Kurt Bußmann, Hamburg. Berlin 1932. Dr. Walther Rothschild. Preis 28 M.

Ein ungemein klarer, sicherer und praktisch gestalteter Wegweiser durch den immer gewaltiger werdenden Stoff, der in den ersten 30 Jahrgängen der Zeitschrift aus dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes niedergelegt ist. Bisher gab es nur einige Jahrgangsregister, beginnend mit dem Jahrg. 27/28, was vor dieser Zeit liegt, wurde oft erst nach mühevoller Suche gefunden. So erfüllt das Generalregister einen langgehegten Wunsch. In hervorragender Weise hat es der Verf. verstanden, die Fälle des Stoffes zu gliedern und ihn in denkbar übersichtlicher Form vorzuführen, die dem Benutzer auf schnellstem Wege Auskunft darüber gibt, ob, wo und wie die ihn jeweilig interessierende Frage in der Zeitschrift in Aufsätzen oder in Urteilen des RG. oder anderer Gerichte bereits behandelt ist. Durch die nach verschiedenen Gesichtspunkten geordneten Verzeichnisse berücksichtigt der Verf. jede denkbare Lage dessen, der schnelle Auskunft sucht. Deshalb ist auch die Aufnahme des nach Namen, Firmen und Stichworten (z. B. Wortzeichen) aufgestellten Verzeichnisses neben dem nach rechtlichen Gesichtspunkten und dem nach Datum und Aktenzeichen der RG-Urteile geordneten sehr zu begrüßen. Von der Richtigkeit der Angaben habe ich mich durch eine Anzahl Stichproben überzeugen können. — Jeder, der das Werk zur Hand nimmt, wird dem Verf. für seine mühevollen Arbeit aufrichtigen Dank wissen.

RON. Beltman, Leipzig.

Rechtsanwalt Dr. Rudolf Wertheimer, Zweibrücken: Der Boykott. Einige Gedanken zum Boykottproblem. Wiesbaden 1931. Westdruckerei. 55 Seiten.

Das Schriftchen — eingeleitet und mitverfaßt von RA. Dr. Erich Kehr in Kaiserslautern — knüpft an ein nur als Manuskript gedrucktes Gutachten von RA. Dr. Rudolf Callmann in Köln an, das seinerseits durch einen boykottrechtlichen Beschluß des DLG. Bamberg v. 3. Mai 1930 veranlaßt worden war. So wohl das Gutachten wie die Abhandlung beanspruchen nicht, als eine vollständige Darstellung des Boykottproblems bewertet zu werden; sie bauen vielmehr ausgesprochenemmaßen im allgemeinen auf der bisherigen Literatur dazu auf, besonders den Schriften von Prückmann, Maschke und von mir (Der politische Boykott, 1925). Trotz ihrer Knappheit wird man beide, besonders die gutgeschriebene ausführlichere Darstellung von Wertheimer, als beachtenswerte Förderungen des leider gerade heute hochaktuellen Stoffes bezeichnen dürfen. Der Fortschritt insbes. gegenüber meiner Schrift liegt darin, daß beide Verf., Wertheimer mit besonderer Ausführlichkeit, einen scharfen Schnitt machen zwischen dem eigentlich politischen Boykott einer- und dem „bölkischen“ — oder auch konfessionellen — andererseits. Ich muß bekennen, daß ich in der Gleichstellung beider früher zu weit gegangen bin, obwohl ich einen gewissen Unterschied auch schon damals nicht verkannt habe (a. a. O. S. 35). Die Abgrenzung erscheint um deswillen wichtig, weil die sozialethische wie die rechtliche Beurteilung beider Fälle keineswegs ganz gleichartig liegt. Der politische Boykott bekämpft ein Verhalten der Betroffenen, sei es repressiv, sei es präventiv. Und wenn er auch, wenigstens sowohl nach meiner Auffassung wie der unserer Verf. in der Regel nicht gebuldet werden kann, so gibt es doch davon Ausnahmen, besonders zugunsten des Desinfektionsboykotts, und es können immerhin mehr oder minder achtbare Motive vorliegen, die den politischen Verursacher wenigstens von Moral wegen unter Umständen rechtfertigen mögen. Andererseits verstößt er in aller Regel gegen die Schutzvorschrift des Art. 118 RWV.

Ganz anders der bölkische oder konfessionelle Boykott, wie er heute nicht selten von „Ariern“ gegen „Semiten“ veranstaltet wird, möglicherweise, wennschon viel seltener, von Katholiken gegen Protestanten oder umgekehrt. Zutreffend betont Wertheimer, daß der Angriff sich „nicht gegen eine Betätigung irgendwelcher Art, sondern gegen das Vorhandensein als solches richtet“ (S. 29). Solcher Verursacher daher unmöglich als „Zwangs-“ oder „Disziplinarmittel“ bezeichnet werden; seine Opfer sind, insbes. beim bölkischen Boykott, überhaupt nicht imstande, ihm zu entgehen, da der „Semit“ selbst durch eine etwaige Tausch die von dem Verursacher beabsichtigte rassistische Eigenart nicht verliert. Ein solcher Boykott hat daher, anders als der eigentliche politische, „keinen eigentlichen Zweck neben der Schädigung“ (Wertheimer S. 31). Er steht folgerichtig dem bloßen Nachverursacher am nächsten und ist normalerweise viel gefährlicher, weil unabwendbarer, als der politische, kann von Moral wegen noch weniger gebuldet werden als dieser, und fällt ganz regelmäßig unter die Vorschrift des § 826 BGB., während andererseits hier die Schutzvorschrift des Art. 118 RWV. im allgemeinen kaum durchgreifen wird. Ich finde diese Ausführungen des Verf. durchaus überzeugend und müßte ihnen auch dann Beifall zollen, wenn ich — was nicht zutrifft — meinerseits einer politisch antisemitischen Rich-

tung angehört würde. Denn auch der politische Antisemit sollte es doch vermeiden, seinen völkischen Gegnern mit derlei gehässigen, die Grundlagen der Volksgemeinschaft geradezu negierenden Mitteln entgegenzutreten. Schreitet man auf diesem Wege fort, so kommt man schließlich auch zur Duldung oder zur Begünstigung solcher Scheulichkeiten wie die Schändung jüdischer Friedhöfe, die wir menschlich empfindenden Arier mindestens ebenso schmerzhaft empfinden, wie unsere jüdischen Mitbürger. Ich billige es voll und ganz, wenn Wertheimer den von ihm sogenannten „Negboykott“ als unter keinen Umständen von Moral wegen statthaft erachtet.

Schwieriger scheint mir die Frage der Abgrenzung. Ein allgemeiner Angriff auf alle Angehörigen einer bestimmten Konfession oder Rasse mag noch so unerfreulich sein — als unstatthafter Verruf wird er in aller Regel nicht gelten können, schon deshalb nicht, weil die Erstenität der Maßnahme zu der Intenität der Wirkung in umgekehrtem Verhältnis zu stehen pflegt. Eine gewisse individuelle Abgrenzung der Verurufenen scheint mir unerlässlich zu sein, damit von einem unstatthafter Verruf geredet werden kann. Das verkennen auch Wertheimer und Callmann nicht; ich finde aber, daß sie die Abgrenzung noch deutlicher und entschiedener hätten vornehmen sollen. Es wird dabei in weiterem Maße auf die örtlichen Verhältnisse ankommen; wird in einer Großstadt mit vielen Hunderten von jüdischen Geschäften der allgemeine Ruf „kauft nicht bei Juden“ erhoben, und sei es selbst unter Bezeichnung aller einzelnen betroffenen Geschäftsleute, so hat das normalerweise keine oder doch viel weniger weittragende Folgen, als wenn ein entsprechender Vorgang sich in einer Klein- oder Mittelstadt abgespielt hätte, wo jedermann die „jüdischen“ Geschäfte kennt. Besonders unerträglich wäre es, wenn die Verurufenen hier alle einzelnen Geschäftsleute jüdischer Abstammung namentlich boykottieren. Aber auch ohne solche Namensnennung wird der völkische Boykott unter solchen Umständen leicht als individuelle Verurufungsmaßnahme gegen alle Angehörigen der beschriebenen Rasse (Konfession) wirken und entsprechend beurteilt werden müssen. Mir scheint daher das in Callmanns Gutachten bekämpfte Erkenntnis, das darüber anders befundet, in der Tat beanstandet werden zu müssen.

Geh. ZR. Prof. Dr. Paul Vertmann, Göttingen.

Dr. jur. Karl Fulda: Der Bühnenaufführungsvertrag. Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag. 87 S. Preis 5 M.

Karl Fuldas Monographie über den Bühnenaufführungsvertrag ist nicht als in rechtlicher Hinsicht das behandelte Gesamtgebiet erschöpfend zu bezeichnen, stellt indessen einen praktisch verwertbaren Beitrag zu der immer noch nicht ausreichenden und nicht ausreichend vertieften Durcharbeitung des Theatervertragsrechts dar.

Das zur Erörterung stehende Rechtsgebiet hat in gewissem Sinne eine Vereinfachung durch Normalisierung tarifvertraglicher Natur erhalten. Während zum Beispiel in der von mir 1917 verfaßten Schrift „Der Bühnenbetrieb“ Formulare allein aus der Praxis des Aufführungsvertragsrechts noch einen Umfang von etwa 40 Seiten einnahmen, kann sich Fulda heute darauf beschränken, das Normalvertragsformular seiner Monographie anzuhängen (wobei es erwünscht gewesen wäre, auch den Wortlaut des Tarifvertrages und der „Allgemeinen Bestimmungen für den Geschäftsverkehr“, die wesentlicher Bestandteil des Normalvertrages sind, mit abgedruckt zu sehen).

Fuldas Schrift hat ihren Schwerpunkt in theoretischen Erörterungen urheberrechtlichen Charakters sowie zur rechtlichen Natur des Aufführungsvertrages selbst. Gleichwohl wird auch die Praxis — z. B. unter Verarbeitung schiedsgerichtlicher Rspr. — berücksichtigt. Einzelheiten, die im Gesamtkomplex des Werkes eine gewisse bzw. eine eingehendere Würdigung erfordert hätten, werden vermist:

Zum Beispiel Erörterungen aus dem Gebiete des Tarifvertragsrechts, über die persönliche Stellung des Autors als Dritten zu dem zwischen Aufführungskommissionär und Theaterunternehmer abgeschlossenen Aufführungsvertrage, über Recht und Pflicht zur Vorführung unbefugter Aufführungen usw. Auch das Fehlen eines Sachregisters, dessen Bedeutung von wissenschaftlichen Verf. vielfach noch immer unterschätzt wird, muß verzeichnet werden.

Schwächen des Buches stehen unverkennbar entschieden positive Momente gegenüber:

Der Nachdruck, mit dem Fulda den absoluten Charakter der übertragenen ausschließlichen Aufführungsbefugnis fordert und darunt (§ 6), spricht ebenso von einem geunden Rechtsgefühl, wie z. B. die Erwägungen zugunsten des grundsätzlich schwächeren Partners gegenüber Willkür und Verstößen gegen Treu und Glauben; es handelt sich z. B. um Fälle, in denen der Theaterleiter versucht, sich einer vertragsgemäß zu bezeichnen ist, z. B. einmalig im Hochsommer bzw. kurz vor den Theaterferien, unter gleichzeitiger Ankündigung, die Aufführung erfolge lediglich unter dem Zwange eines Vertrages; auch die Feststellung Fuldas über die grundsätzliche Bindung des neuen Leiters eines Theaterunternehmens an alte Verträge gehört hierher.

Schließlich erscheint wertvoll der Absatz der Schrift, der die Erzwingbarkeit der Ausführung erörtert. Mit Recht wendet sich Fulda hier gegen einen — allerdings nicht vermittlichten — Beschl. der 4. ZR. des OLG. I Berlin v. 1. Juli 1929. Fulda kommt zu dem begrüßenswerten Ergebnis, daß eine Theateraufführung, schon weil keine Individualleistung eines einzelnen, als eine erzwingbare Handlung i. S. des § 888 ZPO. zu betrachten sei. Wenn Fulda darauf hinweist, daß von einigen Schriftstellern die Unverwertbarkeit des § 888 ZPO. auf die Ausführungsspflicht des Bühnenleiters „offenbar für so selbstverständlich“ gehalten werde, „daß sie sich mit der ohne jede Begr. vorgetragenen Feststellung begnüge“, so kann ich für mich selbst diese Annahme bejahen: jede andre Erwägung halte ich für rechtlich gezwungen und ungesund.

Es wäre zu wünschen, daß Fulda die begonnenen Studien auf einem Teilgebiet des Theatervertragsrechts fortsetze und auf weitere Gebiete erstrecken würde, da gerade das Gesamtgebiet des Theaterrechts in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht noch immer der schärferen Präzisierung und weiteren Durchleuchtung bedarf.

RA. Dr. Erwin Reiche, Berlin.

Werner Böhme, Dipl.-Jug. Dr. jur.: Die gewerbliche Nachahmung in Technik und Kunstgewerbe. Mit einem Geleitwort von Prof. Dr. Martin Wassermann, Hamburg. (Industrierechtliche Forschungen, veröffentlicht vom Seminar für Industrierecht an der Universität Hamburg. Herausgeber: Prof. Dr. Martin Wassermann.) Berlin-Grünwald 1932. Dr. Walther Rothschild. XV, 124 S. Preis 6,80 M.

In dem Geleitwort Martin Wassermanns heißt es: „Die vorliegende Schrift entstammt der Feder eines Technikers, dem es durch gründliches Studium und fleißigen Besuch des Seminars gelungen ist, in den Geist der deutschen Rechtsprechung so tief einzudringen, daß er die Doktorprüfung an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät unserer Universität in einer das Durchschnittsmaß weit übersteigenden Weise bestanden hat.“ Die Bekante seiner Schrift bestätigt diesen Vorpruch durchaus. Sie zeigt (wie es einem Techniker zukommt) einen klaren Aufbau und (wie es einem Juristen zukommt) ein tiefes Eindringen in die Probleme. Das Problem der erlaubten und unerlaubten Nachahmung technischer und kunstgewerblicher Erzeugnisse erfordert zweifellos ein solches tiefes Eindringen, weil es sich um Grenzfragen des Urheber- und des Wettbewerbsrechts handelt. Auf Grenzgebieten muß sich überlegenes Wissen und Können zeigen, sonst sind sie nicht zu beherrschen. Denn hier ist mit Formalismus nichts anzufangen, hier heißt es den Geist der von beiden Seiten sich bietenden Disziplinen in seinem tieferen Sein zu erfassen, damit die Grenzschwierigkeiten gelöst werden können. Eine gewisse Selbständigkeit des Urteils und eine wissenschaftliche Freiheit sind da vonnöten. Beides eignet dem Verfasser. Es ist eine Freude, seine Stellungnahme zu dem Problem der Nachahmung geschützter und ungeschützter Erzeugnisse zu lesen. Mit Recht lehnt er bei seiner Untersuchung des „schöpferrechtlichen Tatbestandes“ ein schöpferrechtliches „Generalverbot“ ab, sondern betont mit feinsinniger Abwägung die Notwendigkeit, die Interessen der Allgemeinheit zu berücksichtigen, die überall da eine Freiheit fordert, wo der spezielle schöpferrechtliche Schutz aufhört. Daß diese Forderung hier und da in der Rechtsprechung stärker betont zu werden verdiene, hebt der Verf. mit Recht hervor. So kommt er in klar aneinandergerethen Untersuchungen von dem speziellen Schutz der Urheberrechtegefe zu den „nicht gesetzlich festgelegten Immaterialgüterrechten“ und prüft hier die Tragweite der §§ 823, 826, 1004 BGB. und § 1 UrtWG. Die Möglichkeit eines „Konstruktionschutzes“ für technische Neuerungen beurteilt der Verf. mit Recht sehr skeptisch. Nach einem Blick auf die französische Rechtsprechung betrachtet er eingehender die des RG. und RW. und kommt u. a. bei der kritischen Würdigung des Käthe-Kruse-Buppen- und ähnlicher Urteile, bei denen er den urheberrechtlichen Einschlag — ähnlich früherer Darlegungen von mir — neben dem wettbewerbsrechtlichen richtig hervorhebt, zu dem Punkt, wo das Schöpferrecht mit dem Wettbewerbsrecht zusammenstößt und ein Ausgleich des Urheberrechts mit dem Geschäftsrecht ein notwendiges und schwieriges Problem wird. Hier steht bei Böhme (S. 70) der Satz, daß „das Schöpferrecht einen Teil des Wettbewerbsrechts bildet“ und daß „der andere Teil, das Geschäftsrecht, nicht so weit über seine Grenzen ausgedehnt werden darf, daß er das ganze sorgfältig hergestellte Gleichgewicht zwischen den Interessen der Schöpfer und der Allgemeinheit auf dem Gebiete des Schöpferrechts stört“. Eine solche Prägnanz, richtig verstanden, und — wie hier — gegen eine leichtfertige Staturierung eines Schutzrechts für „Mühe und Arbeit eines Erzeugnisses“ verwendet, kann von mir, wie aus vielen meiner Arbeiten hervorgeht, nur begrüßt werden. Um so mehr darf ich an dieser Stelle der Verwunderung Ausdruck geben, daß der Verf. weder an dieser noch an anderen Stellen seiner Darlegungen meine Arbeiten heranzieht, die ihm zu mancher Stütze hätten dienen können; dies um so mehr, als er im übrigen sehr sorgfältig und weitgehend das Schrifttum zitiert und benützt. Freilich zitiert er

das Schrifttum nur bis März 1931. Auf die sorgsame Verfolgung der Hauptgedanken seiner Schrift in viele wichtige Einzelprobleme hinein kann hier nicht weiter eingegangen werden. Ich stimme dem Verf. auch zu, wenn er in der Zusammenfassung am Schluß des Buches sagt, zum Schutze des Schöpfers genügen die bestehenden Schöpfergesetze und das Interesse der Allgemeinheit zwingt zu strenger Unterscheidung zwischen schöpferrechtlichen und geschäftlich-rechtlichem Tatbestand — was natürlich gar keine Spitze gegen Autorenrechte hat, sondern nur der gerechten Begrenzung gegen Unlöslichkeit dient. Diesen Gedanken stützt er auch durch die Art, wie er die §§ 823, 1004 BGB. und § 16 UrW.G. für den Schutz von „Kernformen“ behandelt zu sehen wünscht, und durch die Betonung der Grenzen des § 1 UrW.G. und § 826 BGB. bei der Frage der Sittenwidrigkeit technischer und gewerblicher Nachahmungen. Bei ernstlicher — literarischer oder rechtsprechender — Beschäftigung mit Fällen von Nachahmung, Nachbau u. dgl. werden die Gedanken der Böhme'schen Arbeit mit Nutzen und Erfolg herangezogen werden.

Dr. Alexander Elster, Berlin.

Hoyer-Kreuter: Technologisches Wörterbuch. Gewerbe, Industrie, Technik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Berg- und Hüttenwesen, Aufbereitungsindustrie, Rohstoffe, Werkstoffe, Materialprüfung, Halb- und Fertigerzeugnisse, Elektrotechnik, Fernmeldetechnik, Meßtechnik, Filmtechnik, optische Industrie, Waffentechnik, Arzt- und Gesundheitstechnik, Unfallverhütung, Bauwesen, Chemische Technologie, Landwirtschaft und Forstwesen, Nahrungsmittelindustrie, Textilindustrie, Bekleidungsindustrie, Handel, Messwesen, Bankwesen, Verkehr, Kraftfahrwesen, Schiffbau und Schifffahrt, Patentwesen, Zollwesen, Rechtskunde und zahlreiche andere Fachgebiete. Sechste neu bearbeitete Auflage. Herausgegeben von Dr. Ing. e. h. Alfred Schломann unter Förderung des Deutschen Verbandes Technisch-Wissenschaftlicher Vereine und des Vereins Deutscher Ingenieure sowie zahlreicher Industriefirmen des In- und Auslandes. Erster Band: Deutsch-Englisch-Französisch. Zweiter Band: English-German-French. Berlin 1932. Julius Springer. Preis 78 M.

Das Gebiet der Technik läßt sich nicht in die staatlichen Grenzen bannen. Die Technik umspannt die Welt, aber die Sprachen der Menschen sind verschieden. Darum gibt es wohl kaum ein Gebiet, auf dem ein Wörterbuch für die kulturelle Verständigung derartig notwendig ist, wie dieses Gebiet. Auch der Jurist kann es nicht entbehren. Kein Patenterteilungsverfahren, kein Verletzungsverfahren auf diesem Rechtsgebiet, in dem nicht ausländische Veröffentlichungen zur Abgrenzung des Schutzbereiches erforderlich sind. Auch der Jurist wird daher die außergewöhnliche Leistung dieses die drei Hauptkulturprachen, Deutsch, Englisch und Französisch umfassenden Wörterbuches mit Freude begrüßen, zumal, da der Verf. mit großer Sorgfalt nicht nur die Ausdrücke und Redewendungen der allgemeinen Technologie und des industriellen Handwerks, sondern auch des Handelsverkehrs, Zollwesens, der nationalen und internationalen Rechtskunde in seinen Arbeitsbereich einbezogen hat. Das Werk, dem umfangreiche und hervorragende Vorarbeiten, so insbes. das große technologische Wörterbuch von Hoyer und Kreuter zugrunde liegen, konnte um deswillen eine derartige, für die Industriellen wie für die Juristen so dankenswerte Vollkommenheit erreichen, weil der Verf. planmäßig gearbeitet hat im Einverständnis mit den hervorragendsten, dieses Arbeitsgebiet umfassenden Vereinen, insbes. dem Verein Deutscher Ingenieure, und der Teilnahme wichtiger industrieller Unternehmungen. So ist es gelungen, nahezu 100 000 Stichworte in jeder der drei Sprachen zu geben.

Stichproben — die diesseitig allerdings nur auf dem Gebiete des Rechts gemacht worden sind — haben die absolute Vollkommenheit, Zuverlässigkeit und — soweit sich übersehen läßt — auch Vollständigkeit ergeben. Abgesehen natürlich von den Unvollkommenheiten, die durch die Verschiedenheit der Rechtslage und die Tatsache, daß die Begriffe in den einzelnen Rechtssystemen sich nicht reiflos decken, sondern vielfach überschneiden, gegeben sind. Wenn, um ein Beispiel hervorzuheben, „Warenzeichen“ mit „marque de fabrique“ übereinstimmt, so ist dies zu eng: Das deutsche „Warenzeichen“ ist nicht nur „marque de fabrique“, sondern auch „marque de commerce“. Auch von diesem Buche gilt also das, was im Grunde genommen von jedem Buche gilt: Es muß mit Verständnis benutzt und gelesen werden.

Nicht ohne Reiz denkt der Jurist daran, daß auf dem Gebiete des Rechts eine derartige Arbeit noch fehlt. Und doch wäre sie hier so notwendig!

D. S.

Dr. Wilhelm Maus: Das Übersetzungsrecht der wichtigsten Staaten der Berner Übereinkunft. Stuttgart 1930. W. Kohlhammer. 154 S. 8° sowie XII S. tabellarische Anlagen. Preis 9 M.

Der Verf. hat die schwierige Frage des Übersetzungsrechts, das ja in der Entwicklung des 19. Jahrhunderts geradezu ein Prüfstein für die Fortschritte des Urheberrechts gewesen ist und noch heute durch die Besonderheiten und die Vorbehalte verschiedener Länder manche Schwierigkeiten bietet, mit großer Klarheit und Sorgfalt behandelt. Seine tabellarischen Übersichten behandeln für die verschiedenen Länder zunächst den Träger des Übersetzungsrechts (Urheber, mehrere Urheber, mehrere verschiedene Werke, anonyme, pseudonyme, bestellte Werke, Stellvertretung) und sodann den Inhalt des Übersetzungsschutzes (Inhalt, Persönlichkeitsrecht, Ausnahmen, Zeitungsinhalt) in der Art der ausgezeichneten Magnu'schen Tabellen und zeigen damit zugleich die breite Grundlage, auf welcher der Verf. aufbaut. Verf. gibt zunächst eine allgemeine Theorie des Urheberrechts, bei der er zu dem befriedigenden Ergebnis kommt, daß das Urheberrecht ein einheitliches Recht mit den beiden Seiten der persönlichen und vermögensrechtlichen Befugnis ist, und bei der er besonders betont, daß die Grenzen des Urheberrechts gleitende seien, daß man sich nicht mit der Anerkennung der inneren Form begnügen könne, sondern anerkennen müsse, daß auch der Inhalt des Geisteswerks seine Bedeutung für die Erkenntnis und daher auch für den Begriff des Plagiats habe. Es liegt darin zweifellos ein berechtigter Grundgedanke; jeder, der praktisch mit Urheberrecht zu tun hat, wird es immer wieder empfunden haben, daß man in den Abgrenzungsfragen vom Inhalt nicht ganz absehen kann, ja daß man, was der Verf., soweit ich sehe, nicht sagt, besonders bei der Frage der Neuheit den Wert des Geleisteten nicht ganz außer acht lassen kann. Das immer wieder hervortretende Streben der geistigen Schöpfer, am meisten der bildenden Künstler, den Wertgedanken heranzuziehen, im Gegensatz zu der scheinbar sakrosankten juristischen These, daß es auf den Wert gar nicht ankomme, hat schon einen letzten Endes vernünftigen Sinn, der gerade durch Berücksichtigung des Inhalts bei der Würdigung der inneren Form verwertet werden kann und dem ja tastend auch Kohler mit seinem imaginären Bilde zustrebte. Hier liegen noch viele Fragen verborgen, die man praktisch mit vorsichtiger Hand lösen muß; die Ausführungen des Verf. vermögen solche Bemühungen zu stützen. Es ist hier nicht möglich, auf alle Einzelheiten der Darstellung einzugehen, welche sich in dem Buche mit dem innerstaatlichen und dem zwischenstaatlichen Rechtsschutz befassen. Hier wird in systematischer Folge und an der Hand des dargebotenen fremdrechtlichen Materials eine gute Zusammenfassung gegeben, die natürlich viel Bekanntes wiederholt, in ihrer klaren Durchdenkung aber die Sache fördert und in manchen Fragen, wie z. B. dem Radio- und dem Aufführungsrecht besondere Beachtung verdient. Im ganzen ist die Arbeit, die offenbar eine Anfängerarbeit ist, eine erhellende, ernste Leistung, die unter Heranziehung einer reichen Literatur und mit vorsichtiger Abwägung die Fragen nicht nur des Übersetzungsrechts, sondern auch des Urheberrechts im allgemeinen fördert.

Geh. RA. Prof. Dr. Ernst Hejmann, Berlin.

Jahrbuch des Deutschen Rechtes. Begründet von RA. Dr. Hugo Neumann, Herausgeber: Dr. Dr. Franz Schlegelberger, Staatssek. i. Reichsjustizministerium, Honorarprof. d. Rechte a. d. Univ. Berlin, und Dr. Leo Sternberg, RA. a. Kammergericht u. Notar. 30. Jahrg. Bericht über das Jahr 1931. Berlin 1932. Verlag von Franz Vahlen. Preis 32 M., geb. 36 M.

Jahrbuch des Zivilrechts (Soergels Rechtsprechung). In Verbindung mit Dr. Becker, SenPräs., Geh. RA., Köln; Dr. David, RGBezpräs. i. R., HonProf., Berlin; Dr. Gerold, OLG, Dresden; Dr. Gerth, MinR., Dresden; Dr. Günther, OGA., Berlin; Dr. Levis, SenPräs., Karlsruhe; Dr. Loewisch, OGA., Jena; Dr. Scherling, SenPräs., Hamm; Dr. Seeger, SenPräs., Stuttgart, herausgegeben von Dr. H. Th. Soergel, Bayer. Hofrat. 32. Jahrgang. Enthaltend sämtl. Entsch. u. Auff. v. 31. Dez. 1930 bis 31. Dez. 1931 zum ges. Ziv., Handels-, Prozeß-, Arbeits-, Aufwertungs-, Friedensvertrags-, Miet- und Verfassungrecht des Reiches u. d. Länder, insges. zu 170 Reichs- u. 123 Landesges. u. Verordnungen. Stuttgart 1932. Verlag von W. Kohlhammer. 796 S. Preis 15 M.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozeßrechts einschl. der dieses Gebiet betr. steuerrechtl. Entsch., verb. m. e. Übersicht über das NotWdRecht u. d. AufwRecht. Unter Mitwirkung von OLG R. Dr. Buchwald, Hilfsrichter am RG., Leipzig, und Dr. Weber, OGR., Elsterberg i. V., herausgegeben von Dr. jur. Otto Warneyer, OGR., Leipzig, und Dr. jur. F. Koppe, RA., Hauptschriftleiter der „Deutschen Steuerzeitung“, Berlin. 30. Jahrg., enth. Schriftt. u. Rspr. v. Herbst 1930—1931 nebst e. alphab. Sachreg. Berlin 1932. Industrie-Verlag Spaeth & Linde. 478 S. Preis geb. 15 M.

Ende April und Anfang Mai 1932 sind kurz nacheinander die drei Jahrbücher erschienen.

Die Bedeutung dieser Werke, die seit drei Jahrzehnten zum Bestandteil des rechtswissenschaftlichen Schrifttums zählen, ist wiederholt in der JW. gewürdigt worden (vgl. JW. 1930, 1847; 1931, 1786; Neumanns Jahrbuch; JW. 1930, 2207; 1931, 1444; Warneyer; JW. 1929, 3148; Soergel). Deshalb kann sich die Besprechung der Bücher auf eine Ankündigung beschränken.

Bei einem Vergleich mit den früheren Jahrgängen ist zunächst die für den Benutzer erfreuliche Tatsache festzustellen, daß die Preise zum Teil erheblich gesenkt worden sind. Der Inhalt hat keine Einschränkung erfahren, wohl aber ist die große Stofffülle schärfer als früher zusammengefaßt worden.

Neumanns Jahrbuch überragt die beiden anderen Werke nach Inhalt und Umfang. Man darf wohl annehmen, daß keine einigermaßen wichtige veröffentlichte Entscheidung in dem Jahrbuch fehlt. Besondere Hervorhebung verdient die Zusammenstellung der zu einzelnen gesetzlichen Bestimmungen ergangenen Entscheidungen und die Aufzählung der einschlägigen Aufsätze in Zeitschriften. Allerdings führt das Bestreben der Herausgeber, den Stoff in knapper Form schlagwortartig zusammenzufassen, zuweilen dazu, daß für den Benutzer des Jahrbuchs die Hinzuziehung der aufgeführten Fundstellen unentbehrlich wird.

In Soergels Jahrbuch sind die Rechtsätze ausgeschieden worden, die eine feststehende Rspr. des RG. wiedergeben. Häufiger als bisher sind auch zusammengeh. Entscheidungen zusammengefaßt worden. Bei den arbeitsrechtlichen Gesetzen hat ebenfalls eine Beschränkung auf grundlegende und wichtige Entscheidungen stattgefunden. Sehr groß ist bei Soergel die Verweisung der einzelnen Rechtsätze auf andere.

Die Herausgeber von Warneyers Jahrbuch legen besonderen Wert auf eine allgemein verständliche, auch für den Laien klare Wiedergabe der einzelnen Rechtsprüche. Sie dienen hiermit dem Zwecke, nicht nur Juristen, sondern auch Kaufleute, Banken und Aktiengesellschaften ein Nachschlagewerk zu bieten. D. S.

Brunns-Hängischel: Die Pressegesetze des Erdballs. Band IV: Das italienische Presserecht von Landgerichtsrat Dr. Erich Höhrlein. Berlin 1930. Georg Stilke. 100 Seiten. Preis geb. 4 M.

In seinem überaus geistvollen und anregenden Vortrag über „Presse und öffentliche Meinung“ auf dem vorjährigen Berliner Soziologentage (Verhandlungen des 7. Deutschen Soziologentages, Tübingen, Mohr, 1931, S. 22) zitiert der bekannte Heidelberger Soziologe Carl Brinkmann den Ausspruch eines — wie er sagt — sehr mutigen katholischen Soziologen (W. Gurian): „Es ist zu billig, wenn man über Mussolini spottet, der gesagt hat, daß die italienische Presse die freieste der Welt sei. In diesem Wort ist nur die heutige Situation aller geistigen Diskussionen extrem und darum deutlich ausgedrückt. Alle Diskussionsfreiheit ist gesellschaftlich heute mehr als je durch die Rücksicht auf anonyme Interessen und Traditionen — im Unterschied zu den sichtbaren des faschistischen Italiens — genau begrenzt und festgelegt. Selbst die Anzweiflung bestimmter Gegebenheiten, die scheinbar ungebundene Kritik, bewegt sich stets im geschlossenen Kreise bestimmter Interessen und sozialer Mächte.“ Wenn man dieser Worte eingedenk ist, wird man davor bewahrt bleiben, allzulehr durchdrungen von dem Gefühl des „Wir Wilden sind doch bessere Menschen“ an die Betrachtung des italienischen Presserechts heranzutreten. Der Verf. der vorliegenden — sehr klaren und gründlichen — Schrift hält sich von solchem Pharisäertum erfreulicherweise fern. Er gibt eine durchaus objektive Darstellung, die neben den Mängeln auch die Vorzüge des italienischen Systems erkennen läßt. Auch das neue italienische Presserecht hält grundsätzlich daran fest, daß die Presse „innerhalb der gesetzlichen Schranken“ frei ist. Aber diese Schranken sind eben anders gezogen als in dem

früheren liberalistisch-demokratischen Staat (S. 20). Nicht freilich hat man auf die Zensur im alten Sinne zurückgegriffen. Aber die staatliche Einwirkung auf die Presse setzt nimmermehr sogar noch viel früher ein als unter der Herrschaft der Zensur: sie richtet sich nicht so sehr gegen das Objekt der Zensur, die Druckschrift, sondern gegen deren Urheber, den Journalisten. Nicht ohne Grund spricht der Verf. von einer Verbeamtung des Journalistenberufs in Italien (S. 21). Die Etappen auf dem Wege zu diesem Ziel schildert er eingehend unter den Stichworten: Berufsregister, Notwendigkeit behördlicher Anerkennung, Überwachung im Disziplinarwege usw. Es läßt sich nicht leugnen, daß diese Tendenz sich insofern mit gewissen deutschen Reformwünschen (und österreichischen Regelungen) begegnet, als man auch bei uns vielfach eine Annäherung des Journalisten an den Beamtenberuf fordert. Aber diese Vorschläge beziehen sich doch immer nur auf ein Teilgebiet: das Streben nach einem „Rechtsschutz gegen politische Unehrlichkeit“ (vgl. hierzu Verlands gleichnamige Schrift, Werdendes Recht, Heft 3, Berlin 1931, insbes. S. 21 ff.; mein Presserecht S. 102) führt zu dem Gedanken, ein Delikt der Pressebeleidigung — ähnlich dem Beamtendelikt — zu schaffen, was wiederum eine beamtenähnliche Stellung des Journalisten voraussetzt. Gerade auf diesem Gebiete hat das neue italienische Recht keine Regelung getroffen; aber die übrigen der Hebung der journalistischen Berufsmoral und der Überwachung der Presse dienenden Vorschriften sind nach Ansicht des Verf. (S. 37/38) geeignet, die der Allgemeinheit schädliche Vertretung von Sonderinteressen zu unterbinden.

Es ist nicht verwunderlich, daß eine oktroyierte Gesetzgebung, wie die italienische, manche Fortschritte in kürzester Frist durchsetzen konnte, um die im demokratischen Staat oft lange und vergeblich gekämpft werden muß: das in Deutschland endlich durch Gef. v. 4. März 1931 erreichte Verbot des Mißbrauchs der parlamentarischen Immunität ist in Italien bereits seit 1925 in Geltung, eine staatlich anerkannte Berufsschule für Journalisten mit zweijährigem Lehrplan ist geschaffen (S. 23 u. 27), mit dem „Institut“ des Stredakteurs aufgeräumt worden (S. 25/26) und manches andere. Aber im ganzen genommen ist der für diese Verbesserungen gezahlte Kaufpreis der Unterbindung jeder freien Kritik (S. 20) doch wohl zu hoch.

In einem Punkte ist die Schrift — wie der Verf. selbst betont — ohne seine Schuld nicht ganz vollständig: Die Regelung der pressegesetzlichen Verantwortlichkeit, wie sie jetzt in den Art. 57/58 des neuen StGB. geschaffen worden ist, konnte sie noch nicht berücksichtigen. Diese Regelung entspricht der bereits in Art. 59 des Vorentwurfs von 1927 vorgeschlagenen (vgl. die Überlegung von Bunge in Nr. 48 der Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher), geht aber insofern über sie hinaus, als nächst der Verantwortlichkeit des direktoren und des redaktors responsabile (bei per. Druckschriften) bzw. des Verf., Herausgebers und Druckers (bei nichtper. Druckschriften) nun hilfsweise auch die des Verbreiters statuiert ist. Diese Vorschriften treten also nunmehr offenbar an die Stelle der vom Verf. (S. 53 ff.) erörterten Bestimmungen des Albertinischen Edikts v. 26. Febr. 1848 und seiner Abänderungen.

Zu einem Anhang (S. 70—98) sind der Schrift die wesentlichen Gesetze und Dekrete in deutscher Übersetzung beigegeben.

OGR. Prof. Dr. Mannheim, Berlin.

Boris Mirkin-Gezewitsch, Professor am Internationalen Institut der Universität Paris: Das sowjetrussische Presserecht. Für die deutsche Ausgabe bearbeitet von Dr. Wolfgang Bretholz. (Bd. IX der Pressegesetze des Erdballs, herausgegeben von Brunns-Hängischel.) Berlin 1931. Verlag von Georg Stilke. 84 S. Preis geb. 4 M.

Dem Presserecht ist die Pressefreiheit immanent. Wenn noch mehr, Presserecht ist gleich Pressefreiheit (Liszt), und Hängischel folgend, Presserecht materielle und formelle Freiheit bedeutet, wie könnte man dann das sowjetrussische Presserecht bezeichnen, den Gegenpol der Freiheit?

Aus der sehr verdienstlichen Sammlung „Die Pressegesetze des Erdballs“, herausgegeben von Brunns-Hängischel, ist der IX. Bd. hervorzuheben, der das eigenartige sowjetrussische Presserecht behandelt. Aus der Divergenz mit den herkömmlich bekannten Grundzügen des Presserechts resultiert ein nicht zu verkennendes Interesse für das der Sowjets und führt auch auf diesem Gebiet in die Andersgestaltung des Staats- und Rechtslebens des heutigen Rußland ein. Schon bei Betrachtung des Inhaltsverzeichnisses muß dies auffallen. Wir finden kein Kapitel über Freiheit, Ordnung der Presse, über Pressegewerbe, über den Rechtsschutz der Pressenachrichten, über Verbände der Presse u. dgl. Dagegen aber steht an der Spitze der gesamten Materie das „Pressenmonopol“, als absoluter Herrscher über die Sowjetpresse. Die monopolfreie Presse — als Ausnahme, welche

die Grundregel nur bestätigt — bildet lediglich das Objekt aller Beschränkungen, Verbotsmaßnahmen usw. Liegt nicht schon in dem Prinzip der unbegrenzten Macht des Staates über seine Bürger schon die eigenartige Ausgestaltung des Presserechts begründet. Objektive Normen fehlen, Gesetze, Dekrete u. ä. m. stellen lediglich Richtlinien, Durchführungsbestimmungen dar. Es kann insofern auch von einem eigentlichen Pressegesetz, welcher Art es auch sein möge, nicht gesprochen werden. Da die Staatsgewalt tatsächlich Organ der kommunistischen Partei ist, so kann man sich die Systemlosigkeit aller Gesetzesnormen vorstellen, einschließlic die der Presse.

Der Verf. versucht eine Übersicht über die Rechtslage der Presse zu geben. Man kann, wie schon erwähnt, von einem Presserechts-Pressefreiheit nicht sprechen, denn selbst die sowjetrussische Rechtslehre hält die Pressefreiheit als unvereinbar mit der Ideologie des Sowjetstaates, des Massenstaates. Am dritten Tage der bolschewistischen Herrschaft (28. Okt. 1917) wendet sich ein Dekret gegen die bürgerliche Presse, die als die mächtigste Waffe der Bourgeoisie den Händen der Feinde entriessen werden muß. Von diesen Gesichtspunkten ausgehend, wird das russische Presserecht immer stärker geknebelt (Errichtung eines Revolutionstribunals für die Presse von Dezember 1917 bis März 1918, dann über die im März 1918 eingeführte Kriegszensur zur völligen Zerstörung — Verbot — der bürgerl. Presse laut Dekret v. 8. Aug. 1918). Gleichzeitig tritt die Monopolisierung des sowjetrussischen Zeitungswezens in den Vordergrund. Das Monopol beherrscht nunmehr die gesamte Presse. Es muß immer wiederholt werden, daß die eigentliche Macht nicht in Händen des Staates, sondern der Kommunistischen Partei liegt (s. W. der kommunist. Partei v. 23. Aug. 1926). Die Spuren einer Privatpresse in der Epoche der sehr schnell abgebannten „Neuen ökonomischen Politik“ (Nep) bewirkte Einführung von Zensurmaßnahmen, verbunden mit administrativen und gerichtlichen Repressalien, heute kaum von Bedeutung, noch rechtlichem Interesse.

Die Ausführungen über das Pressemonopol weisen auf die ideologischen Tendenzen der Monopolpresse hin, in ihre organisatorische Struktur, insbes. in die des Staatsverlags. Presserechtliche Normen sind hier allerdings nicht zu finden. Das entspricht auch dem Sinne der oben angeführten Verordnung der G. v. 23. Aug. 1926: „Von konkreten Vorschriften i. S. mehrerer Gesetzgebung kann nicht die Rede sein, vielmehr handelt es sich um Verfügungen und Anweisungen allgemeiner Art, deren Inhalt und Auslegung den mit ihrer Ausführung beauftragten Ämtern überlassen bleibt.“ Andererseits schafft das Dekret v. 6. Juni 1922 über die Begründung der Hauptverwaltung in Literatur- und Verlagsangelegenheiten („Glawlit“) ein Gesetz, das, allerdings in stark eingeschränktem Sinne, als das eigentliche sowjetrussische Pressegesetz angesprochen werden darf. Entsprechend dem Dekret sollen die Instanzen begründet werden, die Unzulänglichkeiten in der Monopolpresse, in der Privatpresse, in Fragen der Kontrolle, in denen der Zensur (für die Privatpresse hatte sich ein System lückenloser Vorzensur und strenger Herstellungs- und Verbreitungskontrolle entwickelt) zu beseitigen hätten. Der Aufgabenkreis der Glawlit besteht in Kürze in:

- a) Vorzensur.
- b) Verlagsrechtsteilung.
- c) Aufstellung der für den Verkauf und Verbreitung verantwortlichen Drucke.
- d) Erlaß von W. usw. in sämtlichen Presseangelegenheiten.

Von dieser Vorzensur ausgenommen sind: nach § 4 des Glawlitdekrets Druckerzeugnisse der kommunistischen Internationale, die kommunistische Parteipresse im allgemeinen, die des Staatsverlages und auch die „Nachrichten des Allrussischen Zentral-Exekutivkomitees“ („Swestija“). Diese Form der Zensurfreiheit ist auch nur eine beschränkte, denn ihr steht die in § 1 der Glawlitinstruktionen vorgesehene „ideologische Zensur“ gegenüber, d. h. ideologische Überwachung. Sonach unterliegt die gesamte Tages- und Nachrichtenpresse dieser besonders gearteten Zensur. Auch die Kontrolle über Druckerien und über die Presseverbreitung ist systemlos, nur in einem Punkt ist das System streng durchgeführt, und zwar darin, daß kein Stadium der Herstellung unbeaufsichtigt und unkontrolliert bleibt.

Die Betrachtungen über die wirtschaftliche Lage der Zeitung sind wenig übersichtlich, was auch bei der Kompliziertheit dieses Spezialgebietes des Pressewesens in Kürze nicht zu erschöpfen ist. (Die Interessenten für diese Sparte des Zeitungswezens seien auf die Schrift von Artur W. Just, „Die Presse der Sowjetunion, Methoden diktorischer Massenführung“, Berlin 1931, Verlag E. Duncker, verwiesen.)

Die Sowjetjournalisten sind Staatsbeamte, was die Verstaatlichung der Sowjetpresse bedingt, eine Rechtslage allein Sowjetrußland eigen. An dieser Stelle ist auch der besonderen Einrichtung

der Arbeiter- und Bauernkorrespondenten Erwähnung getan, eines Instituts, das kaum Sympathien erwecken kann. Der Zweck, Mißstände im öffentlichen Leben aufzudecken und der Presse zur Veröffentlichung mitzuteilen, rief eine starke Anfeindung seitens der Bevölkerung hervor, was selbst zu Mordanschlägen gegen diese Korrespondenten führte (vgl. Anhang 13 und 14). Denn diese Korrespondenten waren gleichsam zu staatlichen und polizeilichen Kontrollbeamten geworden.

Die Sowjetpress-Strafrechtsnormen können nicht als ein Presserecht gewertet werden, weil die administrativen Maßnahmen, einem wahren Presseterror gleichend, gegenüber der gerichtlichen Verfolgung der Pressedelikte im Vordergrund stehen. Darin ist auch das Überwiegen revolutionärer Zweckmäßigkeit über die Grundzüge der Gesetzmäßigkeit zu erblicken, was der Verf. immer wieder wie ein Leitmotiv anschlägt. Der in dem Anhang beigegebene Auszug der Bestimmungen des StGB. 1926, betreffend die Presse, ist leider in der alten Fass. angeführt ohne die am 6. Juni 1927 und 20. Mai 1930 erfahrenen Änderungen.

Wenn sich auch der Verf. auf die Systemlosigkeit und Unübersichtlichkeit des Sowjetrechts lediglich beruft, wodurch es unmöglich sei, ein absolut zuverlässiges und vollständiges Bild von der Rechtslage zu geben, so kann ihm entgegen werden, daß das entrollte Bild immerhin einen Einblick in das sog. sowjetrussische Presserecht gewährt hat. Es wäre aber wertvoller, wenn er sich mehr auf den Tatbestand des Rechtes beschränkt und dem Leser selbst die Analyse überlassen hätte, ohne eindringlichst die Ergebnisse vorwegzunehmen.

Die Wahl der im Anfang aufgenommenen Bestimmungen, Verfügungen usw. ist nicht als durchweg glücklich zu bezeichnen und außerdem nicht in den neuesten Fass. angeführt. So könnten im Anhang Ziff. 9, 12, 16 fortgelassen werden, hingegen Ziff. 3 in der neuen Fass. v. 6. Juni 1931 (G. Nr. 31 Art. 273) gegeben sein; Ziff. 5 durch die W. des G. v. 28. Aug. 1929 (G. Nr. 62 Art. 571/72) ergänzt, Ziff. 7 in der letzten Fass. v. 8. Aug. 1930 (G. Nr. 49 Art. 592/93), Ziff. 8 ebenfalls in der neuen Fass. v. 16. April 1930, Ziff. 13 (II) zu ergänzen durch Zirk. d. B. Komm. d. Justiz Nr. 106 v. 5. Sept. 1929.

Das Presserecht, dessen Grundlagen noch gründlicher Untersuchungen bedürfen, wird begründeterweise als eine der schwierigsten Disziplinen der Rechtswissenschaft bezeichnet. Jedes Bestreben, diese Untersuchungen zu fördern, muß mit Dank anerkannt werden.

Dr. M. Feiteberg, Heidelberg.

Rechtsanwalt Dr. Albert Sachs: Die österreichische Gesetzgebung betreffend den inländischen und zwischenstaatlichen Markenschutz nach dem Stande vom Juli 1931 usw. Wien. Verlag von Moriz Perles. Preis in Kartonnumschlag 8,50 S, geb. 11 S.

Diese Zusammenfassung aller österreichischen Gesetze zum Markenschutz entspricht einem praktischen Bedürfnis, da die Rechtsquellen sehr verstreut sind und eine zusammenfassende Gesetzesausgabe seit langem fehlte. Außer den Gesetzen sind auch die nicht aufgehobenen Ministerialerlasse abgedruckt. Die kurzen Erläuterungen des Verf. geben im allgemeinen die Leitätze der gerade hier sehr reichen höchstrichterlichen Rechtsprechung kurz wieder. Die Zitate ermöglichen die oft angesichts der sehr kurzen Wiedergabe notwendige Nachprüfung. Die gemeinsamen Vorschriften auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes, die Gebührenbestimmungen sowie die Staatsverträge nebst DurchW. sind ebenfalls berücksichtigt, soweit sie auf den Markenschutz Bezug haben. D. S.

Trade-Marks Committee der International Law Association. Tätigkeitsbericht 1930 mit einer Enquete über die Übertragbarkeit von Marken. Erstattet von Rechtsanwalt Dr. Hanna Kay. Berlin 1932. Carl Heymanns Verlag. 128 Seiten.

Der vorliegende Jahresbericht des Trade-Marks Committee behandelt dessen Arbeit vom Warschauer Kongress im August 1928 bis zum New Yorker Kongress im September 1930. Außer den Niederschriften über die Kommissionsberatungen enthält der Band auch die Äußerungen, die dem Ausschuss über die Frage der Übertragbarkeit der Marken zugegangen sind. Die deutschen Berichterstatter Ming und Reimer kommen bei ihren Untersuchungen zu dem Ergebnis, daß die allein zweckmäßige Lösung die Streichung des § 7 Wb. 1 S. 2 WbzG. sei. Auch der österreichische Berichterstatter (Abel) berichtet, daß die Mehrheit der österreichischen Interessenten die Übertragbarkeit der Marke losgelöst vom Unternehmen wünscht. D. S.

Rechtssprechung.

Nachdruck der Entscheidungen nur mit genauer Angabe der Quelle gestattet; Nachdruck der Anmerkungen verboten! D. S.

A. Ordentliche Gerichte.

Reichsgericht.

a) Zivilsachen.

Berichtet von den Rechtsanwälten beim Reichsgericht Justizrat Dr. Kaiser, Justizrat Dr. Kurlbaum, Justizrat Dr. Schrömbgens und Rechtsanwalt Huber.

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung.]

1. Patentrecht.

1. § 4 PatG. Bei Prüfung der Frage, was eine Patentschrift offenbart, ist auszugehen von der Kenntnis des durchschnittlichen Fachmannes, nicht vom Wissen eines Fachgelehrten.†)

H., der Anmelder des Klagepatents, hatte beobachtet und in einem im Eingang der Beschreibung des Klagepatents erwähnten Vortrag zur Kenntnis der Fachwelt gebracht, daß bei ausreichender Erhöhung der Stromdichte in dem offenen Kanal eines Widerstandsofens eine die Anzeige einer größeren inneren Bewegung aufweisende Einschnürung des Schmelzgutes aufträte, die bei weiterer Steigerung der Stromstärke dauernd eine Vertiefung bis zur Unterbrechung des Stromkreises erhalte, infolge des darauf eintretenden Wiederzusammenfließens des Metalls sich wiederhole und ein Sprudeln des Metalls zur Folge habe, bei nicht umgehender Ausschaltung des Stromkreises aber die Gefahr eines Einfrierens des Schmelzgutes mit sich bringe. H. betrachtet diese als „Pinch- (Kneif-) Effekt“ bezeichnete Erscheinung als schädlich und erörtert die Mittel, um sie nach Möglichkeit zu vermeiden. Er erwähnt dabei die Herstellung eines Ausgleichs der zusammenziehenden Kraft durch ausreichenden hydrostatischen Druck des Schmelzgutes, sowie ferner die auf Grund des von ihm gefundenen Effekts einem Dr. Northrup gelungene Herstellung einer bei Gleich- oder Wechselstrom in gleicher Weise auftretenden ununterbrochenen Sprudelbewegung in einem mit einer Rückführungsvorrichtung versehenen Quecksilberleiter.

Northrup (Physical Review 1907, 477 ff., Some new observed manifestations of forces in the interior of an electric conductor) führt den Pinch-Effekt auf eine von ihm berechnete zentripetale magnetische Druckwirkung zurück, die sich zur Mittelachse des Rohres hin erhöhe und eine nach der Oberfläche der Flüssigkeitssäule gerichtete Strömungsbewegung erzeuge.

Das Klagepatent bezieht sich nach der Beschreibung auf eine Nuzbarmachung des Pinch-Effektes bei einem Ofen für elektrische Behandlung geschmolzener Materialien. Die für diese nach dem früheren Vortrag des Anmelders kennzeichnende Zusammenziehung des Schmelzgutes bei Steigerung der Stromstärke über ein gewisses Maß hinaus, die nach der Angabe der Beschreibung bisher als unerwünscht empfunden wurde und zur Anwendung nur geringerer Stromstärken

Zu 1. Die Entscheidung ist theoretisch und praktisch bedeutsam. Sie hat es zu tun mit der fundamentalen Frage jedes Patentverlezungskreites, mit der Frage nach dem geschützten Erfindungsgedanken, oder, wie man es meistens auszudrücken pflegt, nach dem Schutzbereich (Schutzbereich) des Patentes.

1. Insbes. kehrt auch hier das Problem wieder, welches man als das tägliche Brot der Patentgerichte bezeichnen kann: wann hat das Patent, welches eine bestimmte Ausführungsform eines allgemeineren technischen Gedankens zum Gegenstande hat, einen über jene Ausführungsform hinausreichenden, nämlich diesen allgemeineren Gedanken umfassenden Schutzbereich? Vorliegende Entsch. gibt die Antwort: wenn der Durchschnittsfachmann ohne eigene erfinderische Betätigung aus der Patentschrift den umfassenderen Erfindungsgedanken zu entnehmen vermag (und wenn, was selbstverständlich ist, dieser Gedanke etwas Neues, also eine Bereicherung der Technik darstellt). Man wird diesem Prinzip durchaus

nötigte, soll nach der Erfindung einer fortwährenden, lebhaften und guten Durchmischung des Schmelzgutes unter gleichzeitiger Ausnutzung der mit größerer Stromdichte verbundenen Vorteile schnellerer Wärmeüberleitung dienlich gemacht werden. Als Mittel zur Erreichung dieses Zieles und zur Vermeidung der unerwünschten Stromunterbrechung wird angegeben, durch verhältnismäßig kurze und weite Gestaltung der Kanäle rings geschlossenem Querschnitts und Anordnung ihrer Mündungen unter der Oberfläche des im Herdraum befindlichen Schmelzgutes die Wirkung zu erzielen, daß das Schmelzgut infolge der Einschnürung durch den mit geeigneter Stromstärke in energischer Weise hervorgerufenen Pinch-Effekt in den Herdraum gepreßt wird und daß weiter infolge des geeigneten zu bemessenden hydrostatischen Drucks das im Herdraum befindliche Schmelzgut ausreichend an Stelle des herausgepreßten in die Kanäle nachströmt. Die erläuterten Ausführungsformen der Erfindung zeigen Elektroden- (Widerstands-) Ofen. Der Anspruch ist gerichtet auf einen „metallurgischen elektrischen Ofen von geschlossenem Querschnitt, dadurch gekennzeichnet, daß die Kanäle so kurz und so weit sind, daß in ihnen infolge des Pinch-Effektes und der Röhrendifferenz eine auswärts und eine einwärts gerichtete Strömung des Schmelzgutes zustande kommt“.

Die Bekl. haben auf Grund des Inhalts der Patentschrift und der Erteilungssakten sowie des Standes der Technik die Auffassung vertreten, daß der Schutzbereich des Klagepatents zu beschränken sei auf Ofen der beschriebenen besonderen Ausführungsform und insbes. auf Elektrodenöfen (im Gegensatz zu Induktionsöfen). Der Patentschutz soll insbes. beschränkt sein auf Ofen mit Kanälen von derjenigen Höchstlänge, auf welcher eine Strömung durch den Pinch-Effekt vorhanden ist, und solchen Querschnitt, daß entgegen dem infolge des Pinch-Effektes nach außen treibenden Metallstrom infolge des hydrostatischen Gegen drucks ein gegenläufiger Metallstrom aus dem Herd nach innen gelangen kann.

Als wesentlich ist von ihnen ferner erklärt worden, daß der Babumlauf durch eine vermittelte der benutzten Stromstärke herbeigeführte tatsächliche Querschnittsverringern des flüssigen Leiters hervorgerufen werde, wie sie H. in seinem Vortrag beschrieben habe (Pinch-Effekt, alter Pinch-Effekt), daß aber unter das Patent Ofen nicht fielen, bei welchen nach den Abmessungen der Kanäle und der verwendeten Stromstärke eine Umlaufbewegung durch die Wirkung zentripetaler magnetischer Druckkräfte ohne das Auftreten einer Einschnürungswirkung erzeugt werde (Northrup-Effekt, neuer Pinch-Effekt).

Die Kl. sieht dagegen den geschützten Erfindungsgedanken in der Anweisung, bei elektrischen Ofen mit Schmelzkanälen geschlossenem Querschnitts, die mit dem Schmelzgut in Verbindung stehen und mit Metall erfüllt sind, und zwar bei Induktionsöfen wie bei Elektrodenöfen, die Abmessung der Kanäle und den hydrostatischen Gegen druck so zu wählen, daß der in der Schmelzrinne auftretende Pinchdruck nicht schädlich

zustimmen können. Allerdings scheint dasselbe auf den ersten Blick nicht recht vereinbar zu sein mit der Stellungnahme der Praxis (auch derjenigen des RG.) zu den abhängigen Erfindungen. Als ein Hauptbeispiel der Abhängigkeit wird durchweg der Fall erwähnt, daß das zweite Patent eine einzelne Ausführungsform eines vom Schutzbereich des ersten Patentes erfaßten allgemeineren Erfindungsgedankens zum Gegenstande hat. Da nun das zweite Patent eine erfinderische Leistung voraussetzt, d. h. eine solche, die nicht schon durch das ältere Patent dem Durchschnittsfachmann erkennbar war, so scheint es zunächst, als ob der erwähnte Fall der Abhängigkeit begrifflich ausgeschlossen sei. In Wirklichkeit trifft dies aber nicht zu. Das in vorl. Entsch. niedergelegte Prinzip besagt lediglich: das Patent auf eine bestimmte Ausführungsform (a₁) eines zugrunde liegenden allgemeineren technischen Gedankens (A) erlirkt seinen Schutzbereich auf jenen allgemeineren Gedanken A nur, wenn der Fachmann ohne weitere erfinderische Tätigkeit ihn aus der patentierten Einzelform (a₁)

wirkt, sondern einen Badumlauf in dem gewünschten Maße erzeugt. Unter Pinchdruck versteht sie dabei jede zentripetale magnetische Druckwirkung ausreichender Stärke, um im Zusammenhang mit dem hydrostatischen Druck den Badumlauf zu bewirken.

Das BG. folgt im wesentlichen der kläg. Auffassung.

Unter Würdigung des Inhalts der Patentschrift, der Erteilungssakten und des Standes der Technik kommt es zu dem Ergebnis, der Anmelder habe als Erster die Bedeutung der zentripetalen magnetischen Wirbelkraft für die vollkommene und ständige Durchmischung des Schmelzgutes in elektrischen metallurgischen Schmelzöfen erkannt, einen Weg zu ihrer planmäßigen Ausnutzung in dieser Richtung gewiesen und damit die Herstellung eines Ofens von bisher nicht erreichter Wirkung ermöglicht, indem er die Lehre gegeben habe, die Länge und den Querschnitt des Schmelzkanals, Stromstärke und Druckwirkung des im Herdraum befindlichen Schmelzgutes auf das im Schmelzkanal befindliche in das rechte, die erstrebte Wirkung zeitigende Verhältnis zueinander zu setzen. Danach hat der Verkl. als Erfindungsgedanken des Klagepatents bezeichnet den Vorschlag, bei metallurgischen, elektrischen Ofen Länge und Weite der Schmelzrohre so zu bemessen, daß unter Berücksichtigung der zur Verwendung kommenden Stromdichte und der Menge des von dem Schmelzherd aufzunehmenden und auf dem Rohrinhalt lastenden Schmelzgutes durch Zusammenwirken der im Rohre entstehenden, flüssiges Metall aus dem Rohre schleudernden Wirbelkraft und des diese dämpfenden hydrostatischen Drucks des Herbinhalts eine möglichst schnelle und innige, ununterbrochene Durchmischung aller Badteile erzielt wird. Der Schutzbereich soll dabei diejenigen das Schmelzgut als schließlich flüssigen Leiter benutzenden Ofen umfassen, bei welchen kanalartige Teile zu dem Herdraum in eine die gewünschte Druckwirkung ermöglichende räumliche Beziehung gesetzt sind, möge es sich um Elektroden enthaltende, an den offenen Enden mit dem Herdraum verbundene geschlossene Schmelzrohre (Elektroden- [Widerstands-] Ofen) handeln oder um Schmelzrohre, welche, in U- oder halbkreisförmiger Gestalt ausgebildet und mit ihren beiden offenen Enden mit dem Herdraum verbunden, die Funktion einer ein- oder primärwickelung umgebenden Sekundärwickelung ausüben (Induktionsöfen).

Das BG. hat sich der Auffassung der Kl. angeschlossen, daß unter dem in der Patentschrift angegebenen Mittel zur Lösung der gestellten Aufgabe die Wirkung der im flüssigen Leiter auftretenden zentripetalen magnetischen Wirbelkraft im allgemeinen (unter Einschluß des Northrup-Effektes) zu verstehen sei. In tatsächlicher Beziehung wird festgestellt, mit dem gerichtlichen Sachverständigen Prof. Dr. E. sei davon auszugehen, daß die zentripetale magnetische Wirbelkraft, die stets auftritt, wenn ein elektrischer Strom einen flüssigen Leiter durchfließt, auch ohne die auf derselben Kraftwirkung beruhende, aber erst bei größerer Stromstärke auftretende Querschnittsverringering die Wirkung habe, das in dem Kanal befindliche flüssige Metall nach oben zu drücken. Stillschweigend vorausgesetzt wird dabei die von Prof. Dr. E. erwähnte Bedingung, daß die Kraft ausreichen müsse, um die Reibung der Röhre zu überwinden.

Auf Grund dieser Feststellung folgert das BG. in weiterer tatsächlicher Würdigung, es sei zur Lösung der Aufgabe des Klagepatents allein die zentripetale magnetische Wirbelkraft, auch ohne Steigerung bis zu einer Zusammenziehung des Schmelzgutes ausreichend. Der Zusammenhang zwischen der durch einen elektrischen Strom in einem flüssigen Leiter bewirkten Wirbelkraft und der von H. in seinem Vortrag

erwähnten Erscheinung sei durch Northrup in seinem bereits erwähnten Aufsatz und in einem solchen des Franzosen Barry im Jahrg. 1907 der Ztschr. „Eclairage électrique“ geklärt worden. Mit Rücksicht hierauf habe der in der Patentschrift gegebene Hinweis auf eine bestimmte Eigenschaft des Pinch-Effektes genügt, um der Fachwelt die Erkenntnis zu offenbaren, daß eines der Mittel zur Erreichung des erstrebten Erfolges in der Ausnutzung der Wirkung der zentripetalen magnetischen Wirbelkraft beruhe. Für die Feststellung der durch eine Patentschrift vermittelten Bereicherung der Technik sei aber lediglich entscheidend die Erkenntnis, welche die Fachwelt aus der Patentschrift habe schöpfen können, nicht die eigene, vielleicht über den Zusammenhang der wirksamen Kräfte irrige Erkenntnis des Erfinders.

In vorhergehenden Erwägungen hat sich das BG. auch die Erwägungen des im Rechtsstreit der Kl. und der Osna-brücker Kupfer- und Drahtwerke AktG. (33 O 190/28) ergangenen Urts. des BG. I Berlin zu eigen gemacht, daß der Anmelder in der Patentbeschreibung auf die Erscheinungen, welche die Gefahr eines Abreißen der Metallfäule mit sich brächten, und auf seine Absicht, diese zur Erzielung eines Badumlaufs zu verwenden, nur hingewiesen habe, um damit zum Ausdruck zu bringen, daß er diese Kraft nützlich machen wolle, ohne jedoch damit erklären zu wollen, daß er sie nur in ihrer letzten Erscheinung ausnutzen wolle. Er habe vielmehr insoweit lediglich die Erkenntnis offenbaren wollen, daß man diese Kraft bei entsprechender Ofeneinrichtung auch in ihrer letzten Erscheinung nicht zu fürchten brauche.

Der Verkl. erörtert weiter, ob der Anmelder nach der Patentschrift für den Fall, daß der erstrebte Erfolg durch die Wirkung der erörterten Wirbelkraft auch ohne Querschnittsverringering des Schmelzgutes eintreten sollte, seine Erfindung lediglich auf die Anwendung der gesteigerten, eine Querschnittsverringering bedingenden Wirkung dieser Kraft habe beschränken wollen. Das wird verneint. Da beide Kraftwirkungen geeignet seien, den erstrebten Erfolg herbeizuführen und nur im Anfang ihrer Wirkung auseinander gingen (nicht qualitativ, sondern nur quantitativ verschieden seien), so könne, selbst wenn in der Patentbeschreibung der Nachdruck auf die Wirbelkraft in ihrer gesteigerten Form wegen der ihr von dem Anmelder beigelegten, i. S. des Erfindungsziels besonders vorteilhaften Wirkung gelegt sein sollte, daraus ein Verzicht des Anmelders auf eine Anwendung der Wirbelkraft in einer schwächeren, zur Erreichung des Erfolges noch ausreichenden Form nicht entnommen werden.

Aus diesen Gründen lehnt das BG. eine aus dem Inhalt der Patentbeschreibung zu entnehmende Beschränkung des Schutzzumfangs auf den Pinch-Effekt (im Gegensatz zum Northrup-Effekt) ab.

Die Bekl. haben weiter die Auffassung vertreten, daß der Schutzbereich des Klagepatents auf Elektrodenöfen zu beschränken und keinesfalls auf Induktionsöfen zu erstrecken sei. Das soll sich zunächst aus der Fassung der Patentschrift ergeben. Ins Feld geführt wird hierfür, daß bereits in der allgemeinen Beschreibung des Gegenstandes der Erfindung von „Kanälen“ in der Mehrzahl gesprochen werde und daß im Patentanspruch von einer ein- und auswärts gerichteten Strömung die Rede sei, was alles nur für Elektroden-, nicht für Induktionsöfen zutreffen. Weiter haben die Bekl. darauf verwiesen, daß man bei dem Schmelzrohr eines Induktionsofens an eine untere Grenze gebunden sei, so daß kurze Röhre, wie sie nach dem Anspruch ein Merkmal des Klagepatents bildeten, dort nicht in Betracht kämen. Daraus soll entnommen werden, daß die Patentbeschreibung auf Induktionsöfen nicht bezogen werden könne. Das soll sich ferner

des ersten Patentes insoweit hineinreichend, als er den dort der Fachwelt offenbarten allgemeinen Erfindungsgedanken A auch seinerseits benutzt. Damit aber ist der Tatbestand der abhängigen Erfindung erfüllt.

Dort. Entsch. weicht also — wie mir scheint — von der bisherigen grundsätzlichen Einstellung des RG. nicht ab. Allerdings läßt die Nr. des RG. im Laufe der Entwicklung gewisse Schwankungen erkennen hinsichtlich der größeren oder geringeren Geneigtheit, mit der einzelnen Ausführungsform auch den allgemeinen technischen Gedanken als geschützt anzusehen. Diese Schwankungen erklären sich ohne weiteres aus dem Umstande,

entnehmen kann. Damit ist durchaus vereinbar, daß eine zweite Ausführungsform (a₂) nur mittels erfinderischer Tätigkeit gewonnen werden kann, d. h. mittels einer Tätigkeit, welche nicht mehr im Bereich gewöhnlicher (naheliegender) fachmännischer Erkenntnis liegt. M. a. W.: damit, daß der allgemeine Erfindungsgedanke A durch die patentierte Ausführungsform a₁ dem Fachmann ohne erfinderische Tätigkeit nahegelegt wird, braucht noch keineswegs die Ausführungsform a₂ in derselben Weise nahegelegt zu sein. Hiernach hat die zweite Erfindung einen von dem Gegenstand des ersten Patentes verschiedenen selbständig schutzfähigen „Gegenstand“, welcher in den Erfindungsgedanken (Schutzbereich)

auch daraus ergeben, daß zur Zeit der Anmeldung die Stromzuführung bei Elektrodenöfen im Gegensatz zu der Stromerzeugung bei Induktionsöfen Schwierigkeiten bereitet habe und das Patent daher lediglich auf die Beseitigung dieser Schwierigkeiten bezogen werden könne.

Das BG. hat auch gegenüber diesen Ausführungen eine Beschränkung des Schutzbereichs abgelehnt. Es gibt der Aufassung Ausdruck, daß zunächst die Bezeichnung des Klagepatents, die allgemeine Beschreibung des Erfindungsgedankens und der Patentanspruch zu solcher Beschränkung Anlaß nicht böten, und hat weiter im einzelnen ausgeführt, daß auch die beanstandeten Einzelangaben der Patentbeschreibung zu zwin- genden Schlüssen in dieser Richtung nicht nötigten, daß viel- mehr die offenbarte technische Lehre vom Techniker auch auf Induktionsöfen bezogen werden könne, da sie ohne weiteres auch bei solchen mit Erfolg verwendet werden könne. Daß die gegebenen Ausführungsbeispiele sich lediglich auf Elektroden- öfen beziehen, hat der VerR. ebenfalls als nicht ausschlag- gebend gegenüber dem sonstigen Inhalt der Patentschrift be- trachtet.

Diese Erwägungen des VerR. sind nicht in allen Fällen frei von Rechtsirrtum.

Nach feststehender Rspr. ist der Schutzbereich eines Pa- tents auf die Bereicherung zu erstrecken, die sie der Technik am Anmelde- oder Prioritätstage bringt. Ob und in welchem Umfange eine Bereicherung der Technik vorliegt, ist von zwei Umständen abhängig. Eine Bereicherung der Technik kann zunächst nur in dem Umfang als erfolgt betrachtet werden, in dem der Inhalt der Patentschrift dem durchschnittlichen Fachmanne einen technischen Fortschritt mit der Möglichkeit der Nachahmung ohne eigene erfinderische Betätigung offen- bart. Dieser Fortschritt kann sich auf einen weiteren Erfin- dungsgedanken beziehen, als in der Patentschrift ausdrücklich beschrieben ist, wenn die Vorstellung eines solchen und die Möglichkeit seiner technischen Durchführung dem durchschnitt- lichen Fachmann durch die Erörterungen der Patentschrift im Zusammenhang mit dem fachmännischen Wissen am An- melde- oder Prioritätstag ohne erfinderische Bemühungen übermittelt wird. Ob der Erfinder selbst diesen Gedanken in seinem ganzen Umfang erkannt hat, ist dabei ohne Bedeutung. Einer in diesem Sinne offenbarten technischen Lehre kommt jedoch weiter die Eigenschaft einer Bereicherung der Technik nur dann zu, wenn sie gegenüber deren bisherigem Stand etwas Neues bringt. Auch beim Vorliegen dieser Voraus- setzungen beschränkt sich jedoch der Schutzbereich im Fall einer mit zweifelsfreier Klarheit erfolgten engeren Festlegung des Schutzbereichs in der Patentschrift selbst oder eines im Laufe der Erteilungsgeschichte erfolgten unzweideutigen Verzichtes seitens des Anmelders oder einer entsprechenden Beschränkung durch die Erteilungsbehörde.

Zur Beanstandung gibt zwar die Stellungnahme des BG. keinen Anlaß, daß in den Erteilungsakten ein ausdrücklicher Verzicht des Anmelders auf die Benutzung des Pinch-Effekts in der allgemeineren Bedeutung oder eine entsprechende aus- drückliche Beschränkung durch die Erteilungsbehörde nicht erfolgt sei.

M. R. nimmt weiter das BG. an, das Erteilungsver- fahren lasse auch einen ausdrücklichen Verzicht des Anmelders auf den Schutz der offenbarten Lehre bei Induktionsöfen oder eine entsprechende ausdrückliche Beschränkung der Erteilungs- behörde nicht ersehen. Der Anmelder hat während der ge- samten Dauer des Erteilungsverfahrens daran festgehalten, daß sein erfinderischer Verdienst in der Ruhbarmachung des Pinch-Effektes liege, und dem Hauptanspruch in allen Wan- dlungen seiner Fassung, abgesehen höchstens von der ersten Anmeldung, die in den Eingangsworten der Beschreibung

und in den Ansprüchen allein auf Elektrodenöfen Bezug nahm, einen allgemein auf metallurgisch-elektrische Öfen be- züglichen Wortlaut gegeben. Die Erteilungsbehörde hat das bei der von ihr gutgeheißenen Fassung nicht beanstandet. Von einer Beschränkung des Schutzes auf einen geringeren Umfang, als nach dem Stande der Technik und dem Inhalt der Patentbeschreibung möglich, oder von einem entsprechen- den Verzicht des Anmelders kann danach nicht die Rede sein. Anderes läßt sich auch aus dem Verhalten des Anmelders gegenüber der Entgegenhaltung des Ofens gemäß dem ameri- kanischen Patent 816 554 nicht herleiten. Diese Patentschrift war gegenüber den Ansprüchen 2 und 3 in der diesen in der Eingabe v. 4. März 1911 gegebenen Fassung entgegen- gehalten worden, die sich, nachfolgend einem allgemein ge- haltenen Hauptanspruch, mit der Gestaltung der zur Ein- führung des Stromes dienenden Kanäle beschäftigte. Aus dem Hinweis des Anmelders darauf, daß der entgegengehaltene Ofen als Induktionsofen Elektroden nicht aufweise, kann schon mit Rücksicht darauf, daß diese Unteransprüche sich er- sichtlich lediglich auf Elektrodenöfen bezogen, ein Verzicht des Anmelders auf die Verwendung des Erfindungsgedankens bei Induktionsöfen keinesfalls hergeleitet werden.

Zu beanstanden sind ferner nicht die Erwägungen des Bl., in welchen abgelehnt wird, aus der Patentbeschreibung einen zweifelsfreien Verzicht auf den Schutz von Induktions- öfen entsprechender Bauart abzuleiten.

Vom rechtlichen Standpunkt aus nicht ausreichend be- gründet erscheinen dagegen die Erwägungen, in welchen der VerR. zu dem Ergebnis gelangt, der Fachmann habe aus der Patentschrift in Zusammenhalt mit seinem sonstigen, ihm am Prioritätstage zu Gebote stehenden fachmännischen Wissen, insbe- der ihm durch die Abhandlung von Northrup über- mittelten Belehrung die Erkenntnis entnehmen können, daß bei geeigneter Bemessung der sonstigen Verhältnisse des Ofens durch die beim Stromdurchfluß auftretende Wirbelkraft, auch ohne Steigerung bis zu einer die Metallsäule zusammen- schmiebenden Wirkung, ein ausreichender Badumlauf erzielt werden könne.

Der VerR. ist bei Prüfung dieser Frage augenscheinlich schon bei der Würdigung dessen, was die Patentschrift als solche ohne Berücksichtigung der Northrupschen Vorveröffent- lichung dem Fachmanne sagt, von rechtsirrtümlicher Beurtei- lung der Patentschrift ausgegangen. Beizustimmen ist ihm allerdings darin, daß die Patentschrift, abgesehen von der Würdigung nach dem Stand der Technik, aus sich selbst her- aus auszulegen sei, und daß außerhalb ihrer erfolgte Äuße- rungen über ihren Schutzhalt, und seien es selbst Äußerungen des Anmelders in der Prioritätsanmeldung und des RPatA. in einem Zwangslizenzverfahren, außer Betracht zu bleiben hätten. Der Irrtum liege vielmehr in der Beurteilung der Patentschrift selbst. Der Anmelder erklärt in der Patent- beschreibung ausdrücklich, die bisher bei größerer Stromstärke stellenweise auftretende und als schädlich betrachtete Zusam- menziehung des Schmelzgutes solle nicht vermieden, sondern absichtlich hervorgerufen werden. Es solle eine so hohe Strom- stärke angewendet werden, daß in den Kanälen der Pinch- Effekt in energischer Weise auftrete. Bei geeigneter Bewegung der Kanäle und des hydrostatischen Drucks könne auch bei Anwendung solcher Stromstärke eine zu einer Stromunter- brechung führende Einschnürung der Masse vermieden und vielmehr die Wirkung erzielt werden, daß infolge der Zusam- menschnürung der Schmelzmasse das in den Kanälen enthal- tene Schmelzgut mit großer Gewalt in den Herdraum gepreßt oder gespritzt werde und so ein vorteilhafter Badumlauf unter gleichzeitiger Ausnutzung der sonstigen Vorteile höherer Strom- stärke bewirkt werde. Auch nur eine Andeutung dessen, daß die von Northrup angenommene Wirbelkraft auch bei geringerer

daß es sich bei Abgrenzung dessen, was nur mit erfinderischer Be- tätigung, von dem, was ohne solche erkannt werden kann, not- wendig um ein Wertmoment handelt.

2. Sehr beachtenswert ist aber der Hinweis des RG. auf die richtige Abgrenzung des Kreises der Sachleute. Es kommt auf den Fachmann des betreffenden technischen Zweiges an, nicht auf den theoretischen Vertreter der anzuwendenden Wissen- schaft oder, anders ausgedrückt, auf den Mann des prak-

tischen Lebens, nicht auf den Sachgelehrten. Im gegebenen Fall wird abgestellt auf das Fachwissen des Erbauers elektrischer Schmelzöfen, nicht auf dasjenige des sachgelehrten Spezialisten auf einem bestimmten Gebiet elektrotechnischen Wissens; was diesem erkennbar ist, braucht keineswegs auch jenem offenbar zu sein, wie übrigens auch umgekehrt. Diese Abstellung auf den Mann der technischen Praxis ist ein durchaus gesunder Gedanke, wenn auch natürlich im Einzelfall die Abgrenzung schwierig sein wird und

Stromstärke zur Erzielung eines Badumlaufs benutzt werden könne, findet sich nirgends. Danach kann nicht beigetreten werden der vom BG. gebilligten Auffassung des landgerichtlichen Ur. in einem anderen Verletzungsstreit, H. habe im Streitpatent zum Ausdruck gebracht, daß er sich ganz allgemein die bei stärkerer Wirkung zu dem Einschnüreffekt führenden Kräfte dienlich machen wolle.

Dieser Inhalt der Patentschrift steht allerdings nach den bereits wiedergegebenen maßgebenden Rechtsgrundlagen dem nicht entgegen, daß dem Klagepatent ein weiterer Schutzbereich zuzuerkennen ist, wenn der durchschnittliche Fachmann, wenn auch unter Zuhilfenahme des sonstigen, am Anmelde- oder Prioritätstage ihm zur Verfügung stehenden technischen Wissens, ohne eigene erfinderische Betätigung der Patentschrift einen umfassenderen Erfindungsgedanken zu entnehmen vermag. Beim Vorliegen dieser Voraussetzungen kann im vorl. Fall der Schutzbereich sehr wohl auf den Gedanken ausgedehnt werden, die bei Stromdurchflossenen Leitern auftretende Wirbelkraft im allgemeinen auch ohne Steigerung bis zu Zusammenziehungserscheinungen zur Erzielung eines Badumlaufs, und zwar auch bei Induktionsöfen zu verwenden. Hervorzuheben ist dabei jedoch, daß lediglich die Schlussfolgerungen in Frage kommen, zu welchen ein durchschnittlicher Fachmann des in Betracht kommenden technischen Gebiets ohne erfinderische Bemühung zu gelangen vermag. Daß der BerR. das berücksichtigt hat, ist nicht ausreichend ersichtlich. Als Fachmann kommt im vorl. Falle nicht der Fachgelehrte auf Sondergebieten des elektrotechnischen Wissens, sondern der Erbauer von Öfen der in Betracht kommenden Art in Frage. Daß ein solcher aus der Patentschrift die erörterten Folgerungen zu ziehen imstande gewesen sei, ist durch die Berufung auf die Gutachten des gerichtlichen Sachverständigen nicht ohne weiteres dargetan, es besteht vielmehr insofern ein gewisser Widerspruch zwischen der Annahme des BU. und den Ausführungen des Sachverständigen. Dieser hat in seinem Gutachten selbst zugegeben, daß ihm die Patentschrift Klarheit über die Vorgänge in den Kanälen nicht gebracht habe, er hat es weiter für unwahrscheinlich erklärt, allerdings noch ohne Kenntnis des H.schen Vortrages, daß der Vorgang der Pumpwirkung von anderen Fachleuten in seinen Einzelheiten genau verstanden worden sei. Man hat aber H. in seinem Vortrage nur die schädliche Wirkung des Pinch-Effektes betont und weiter auf die Quecksilberpumpe Northrup's lediglich als einen physikalischen Versuch hingewiesen. Dieser Versuch selbst zeigt auch lediglich die Umlaufbewegung, die in einem Quecksilber enthaltenden Gefäß mit einer besonderen Rückflußeinrichtung zu erzielen ist. Danach muß es höchst zweifelhaft erscheinen, ob der Erbauer metallurgischer Öfen, selbst bei Kenntnis der rein theoretischen Vorberöffentlichungen und lediglich als Laboratoriumsversuche zu wertenden Experimente Northrup's, ohne eigene erfinderische Bemühung der Patentschrift bei ihrem gekennzeichneten Inhalt die Erkenntnis zu entnehmen vermochte, daß die von Northrup angenommene zu entnehmen vermochte, daß die von Northrup angenommene elektromagnetische Wirbelkraft auch in schwächeren Erscheinungsformen als solchen, die den eigentlichen Pinch-Effekt zu zeitigen vermögen, in metallurgischen Öfen mit der ihnen eigentümlichen Verbindung der Kanäle mit dem Schmelzgut einen Umlauf des Schmelzgutes zu erzielen, imstande sei, der auch auf das im Herdraum befindliche Schmelzgut eine vorzeitige Wirkung zu erstrecken vermöge. Dafür mag auch nicht unbeachtlich sein, daß Öfen der von H. beschriebenen Bauart zum praktischen Erfolg nicht geführt haben sollen.

(U. v. 21. Nov. 1931; 346/30 I. — Berlin.) [Ra.]

wenn auch weiter in sehr vielen Fällen tatsächlich die Erkenntnisgrenze für Praktiker und für Theoretiker die gleiche sein wird.

3. Der bisherigen Praxis entspricht es auch, daß durch Patentierung einer einzelnen Ausführungsform A, der zugrunde liegende allgemeine Erfindungsgedanke A (selbst wenn er dem technischen Fachmann ohne eigene erfinderische Betätigung nahegebracht wird), dann nicht geschützt wird, wenn in dem Erteilungsverfahren ein entsprechender Verzicht durch den Anmelder oder eine entsprechende Einschränkung durch die Patenterteilungsbehörde stattgefunden hat.

Geh. R. Prof. Dr. W. Kisch, München.

**2. § 4 PatG. Der Schutzbereich eines Patentes ist nach dem Stand der Technik im gegebenen Falle zu beschränken. Werden Gegenstände geliefert, die zur Ausübung eines Verfahrens-patentes dienen, so kann es im einzelnen Falle zweifelhaft sein, wieweit der Patentberechtigte damit die Benutzung des Verfahrens gestattet hat.†)

Die Kl. ist ausschließliche Lizenznehmerin des seit dem 3. April 1921 geschützten Dtsch. Reichspatents Nr. 362520, betr. ein Verfahren zum Schließen der um Riffen, Ballen und sonstige Packstücke gelegten Bänderisenreifen. Der Patentanspruch lautet: „Verfahren zum Schließen der um Riffen, Ballen und sonstige Packstücke gelegten Bänderisenreifen, deren Enden durch gemeinsam hergestellte, umgebogene Ausstanzungen verbunden werden und wobei eine flache Blechhülse Anwendung findet, welche die übereinanderstoßenden Enden des Bänderisens umfaßt, dadurch gekennzeichnet, daß nach dem Aufschieben der flachen Blechhülse und Anziehen des Bänderisens an einer oder beiden Seitenkanten der Hülse mittels eines oder mehrerer Paare von Randeinschnitten aus der Hülse und den beiden darin liegenden Bänderisenenden zungenartige Teile gebildet und so umgebogen und gegen die Hülse gepreßt werden, daß dadurch eine Verschiebung der Bänderisenenden und der Blechhülse unmöglich und auch ein Aufbiegen der gegebenenfalls geschlitzten Blechhülse verhindert wird.“ Die Bekl. hatte früher von der Kl. Spann- und Verschlußapparate und Blechhülsen (sog. Cykloverschlußhülsen) bezogen und damit das Verfahren des Patents angewendet. Im Jahre 1927 wurden ihr von der Kl. ebenfalls Spann- und Verschlußapparate geliefert, sie sie in der Folgezeit zum Schließen ihrer Packstücke benutzte, indessen unter Anwendung von Blechhülsen, die sie nicht von der Kl. bezogen, sondern selbst angefertigt oder anderweit geliefert erhalten hatte. Die Kl. erblickt darin eine Verletzung ihres Patents und vertraglicher Pflichten und hat auf Verurteilung zur Unterlassung, Rechnungslegung und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Bekl. Klage erhoben. Das BG. hat die Bekl. durch Teilurteil verurteilt, bei Meidung von Strafen für jeden Fall der Zuwiderhandlung die Anwendung des durch das Patent 362520 geschützten Verfahrens zum Schließen von Bänderisenreifen außer bei Verwendung von Cykloverschlußhülsen und ferner die Herstellung und den Bezug von Bänderisenverschlässen bei anderen Lieferanten als der Kl. zum Zwecke ihrer gewerbsmäßigen Verwendung für solche Bänderisenverschlüsse zu unterlassen, bei denen das Verfahren nach dem Patent 362520 Anwendung findet. Die Berufung der Bekl. ist zurückgewiesen worden, das BG. hat aufgehoben.

Die Parteien streiten über den Schutzbereich des Patents der Kl. Nr. 362520. Die Bekl. hat unter anderem die vorveröffentlichten amerikanischen Patentschriften 1290707 und 1319127 entgegeng gehalten. Das BG. sagt dazu, die Bekl. könne mit dem auf diese Druckschriften gestützten Einwand, daß das Klagepatent zu Unrecht erteilt worden sei, nicht gehört werden; denn die Patenterteilung bilde eine formale Legitimation, die den Einwand des freien Standes der Technik ausschließe. Überdies sei der Einwand sachlich unbegründet, wie das BG. zutreffend ausgeführt habe. Das ist rechtsirrtümlich. Der Einwand der Bekl. ist unter einem zutreffenden rechtlichen Gesichtspunkt gewürdigt worden. Die Bekl. steht auf dem Standpunkt, daß der Schutzbereich des Klagepatents nach dem Stande der Technik zur Zeit seiner Anmeldung der Einschränkung dahin bedürfe, daß er

Zu 2. Das Urteil behandelt zunächst den Einwand der Bekl., daß sie nur den freien Stand der Technik benutze und erkennt ihn als berechtigt an; wenn es hier die Formel wählt, das Patent müsse auf das darin offenbarte Neue beschränkt werden, auch wenn es nicht mehr die Bedeutung einer Erfindung habe, so ist diese Formel nicht mehr der Ausdruck seiner neuesten Rpr., die zumungunsten des Patentes weiter geht (vgl. das Ur. v. 25. Nov. 1931: MuW. 32, 92).

Sodann erörtert das Ur. die Frage, in welchem Umfang die Bekl. durch Vertrag mit der Kl. zur Benutzung des Patents berechtigt sei. Hier sind die Feststellungen des BerR. nicht ausreichend, um den Tatbestand klarzustellen. Bemerkenswert ist, daß das BG. eine Verpflichtung des Lizenznehmers zum Bezuge

sich nur erstrecke auf ein Verfahren, bei dem die aus der Hülse und den Bänderisenenden ausgechnittenen Zungen um 180°, jedenfalls nicht nur um etwa 45°, herumgebogen und auf den Rand der Hülse aufgedrückt würden. Sie behauptet, daß mit den ihr von der Kl. gelieferten Werkzeugen die Zungen nur um etwa 45° herumgebogen werden könnten und daß sie daher durch Benutzung dieser Geräte nicht in den Schutzbereich des Klagepatents eingegriffen habe. Als zum Stande der Technik gehörig hat die Befl. auch die beiden amerikanischen Patentschriften 1290707 und 1319127 angeführt. Der so verstandene Einwand war erheblich und hätte zu einer Prüfung des Inhalts der beiden amerikanischen Patentschriften führen müssen. Diese Prüfung ist bisher unterblieben. Der Sachverständige Prof. Dr. Sachsenberg und das VG. haben sich nur mit den amerikanischen Patenten 1260016 und 1322723 beschäftigt; auf die Patentschriften 1290707 und 1319127 war erst im zweiten Rechtszuge hingewiesen worden. Die Prüfung muß nun nachgeholt werden. Sollte sie ergeben, daß der Erfindungsgedanke des Klagepatents dadurch im wesentlichen vorweggenommen ist, so könnte dies nach der neueren Rspr. des Sen. nicht dahin führen, daß die beiden entgegengehaltenen Patente unberücksichtigt zu lassen wären, sondern der Schutzzumfang des Klagepatents müßte dann auf das darin offenbarte Neue beschränkt werden, auch wenn ihm nicht mehr die Bedeutung einer Erfindung zuerkannt werden könnte.

Der Schutzzumfang des Klagepatents kann auch für die Frage erheblich sein, ob und welche vertragliche Verpflichtungen der Kl. gegenüber die Befl. bei der i. J. 1927 erfolgten Lieferung von Maschinen übernommen hat, insbes. ob die Verpflichtung zum Hülsenbezug an die Voraussetzung geknüpft war, daß die Kl. die Werkzeuge in einem durch das Klagepatent geschützten Verfahren verwandte.

Das OLG. führt aus: Zu Unrecht suche die Befl. das Recht auf die Anwendung des der Kl. geschützten Verfahrens daraus herzuleiten, daß sie die ihr vor dem September 1927 gelieferten Chlappapparate gekauft habe ohne Verpflichtung, auch die Hülsen von der Kl. zu beziehen. Nach der Beschreibung des Patents Nr. 362520 sei zu dessen Anwendung die Benutzung von Apparaten und Hülsen erforderlich. Der Befl. stehe daher das Recht zur Ausübung des geschützten Verfahrens nur dann zu, wenn sie Apparate und Hülsen von der Kl. bezogen habe. Sobald sie Hülsen anderer Herkunft verwende, verletze sie das Patent der Kl. Hierfür verweist das OLG. auf *Fay*, PatG., 4. Aufl., § 6 A. 29. Aus diesem ist indessen ein so allgemeiner Rechtsatz nicht zu entnehmen.

Auszugehen ist davon, daß durch Patent Nr. 362520 ein Verfahren geschützt ist, die zur Ausübung dieses Verfahrens dienende Maschine, die Hülse, das Bänderisen und was dazu sonst etwa noch gebraucht wird, sind dadurch nicht unmittelbar geschützt. Unterstellt man zunächst, daß zur Ausübung des Verfahrens nur die Maschine erforderlich wäre, so würde die Lieferung der Maschine seitens des Patentberechtigten an einen Käufer in aller Regel die Erteilung der Berechtigung an diesen in sich einschließen, die ihm gelieferte Maschine ihrer Bestimmung gemäß zu benutzen, d. h. das geschützte Verfahren damit auszuüben. Das Verfahren, soweit es mit dieser Maschine ausgeübt wird, würde dadurch gemeinfrei werden, wie nach der Lehre vom Zusammenhang der Benutzungsarten eine geschützte Ware patentfrei wird, wenn sie der Patentberechtigte in den freien Verkehr hat gelangen lassen (vgl. RG. 133, 330). Ob es sich ebenso verhält, wenn zur Ausübung des Verfahrens außer der Maschine noch andere Gegenstände benötigt werden und der Patent-

berechtigte nur die Maschine liefert, ist Sache der Beurteilung nach den Umständen des einzelnen Falles. Hier scheinen die Parteien darüber einig zu sein — eine Feststellung hat das VG. nicht getroffen —, daß die Kl. der Befl. vor dem Jahre 1927 außer der Maschine auch alles sonst zur Ausübung des Verfahrens Erforderliche, insbes. die dazu notwendigen Hülsen, geliefert hat, ohne sie ausdrücklich dahin zu beschränken, daß sie das Verfahren nur mit Hülsen der Kl. benutzen dürfe. Es muß daher nach den gesauften Umständen, insbes. dem Verhalten der Kl. bei diesen Lieferungen, unter Berücksichtigung von Treu und Glauben im Verkehr und der Verkehrsanschauung, geprüft werden, ob danach anzunehmen ist, daß die Kl. der Befl. die Benutzung des geschützten Verfahrens nur unter Anwendung der von der Kl. bezogenen Hülsen gestatten wollte und ob der Befl. das erkennbar gewesen ist. Letzteres scheint das OLG. anzunehmen, ohne sich aber klar darüber auszusprechen, wie es den Sachverhalt in dieser Beziehung würdigt. Die Erteilung der Erlaubnis zur Benutzung des Verfahrens wäre dann an eine Bedingung geknüpft worden, bei deren Nichtinhaltung die Befl. das Patent verletzt haben würde. Die Rechtslage wäre dann die gleiche, wie sie das OLG. ohne Rechtsirrtum auf Grund ausdrücklich getroffener Vereinbarung für die i. J. 1927 der Befl. gelieferten Maschinen als gegeben angenommen hat.

Hiernach ist es erforderlich, daß das OLG. erneut prüft, ob die Befl. mit den ihr vor dem Jahre 1927 von der Kl. gelieferten Maschinen und selbstgefertigten oder von anderer Seite bezogenen Hülsen das durch das Patent 362520 geschützte Verfahren ausüben durfte und künftig ausüben darf, und dann erst wird sich ermesen lassen, ob ihr die Ausübung dieses Verfahrens ohne die Chlapperschlußhülsen allgemein oder nicht bei Benutzung der vor dem Jahre 1927 bezogenen Maschinen zu unterlagen ist. Das Ergebnis der Prüfung kann auch für die Frage der Wiederholungsgefahr von Erheblichkeit werden.

Der vom VG. anerkannte Anspruch auf Unterlassung der Herstellung und des Bezugs von Bänderisenverchlüssen bei anderen Lieferanten als der Kl. zum Zweck ihrer gewerbmäßigen Verwendung für Bänderisenverchlüsse nach dem Patent 362520 läßt sich aus diesem Patent nicht herleiten. Darüber, ob er seine Grundlage in einer besonderen neben dem Lizenzvertrage übernommenen schuldrechtlichen Verpflichtung der Befl. findet, hat sich das OLG. nicht ausgesprochen.

(U. v. 10. Febr. 1932; 223/31 I. — Darmstadt.) [Ra.]

3. § 4 PatG. Bei der Auslegung des Patentanspruches ist der Stand der Technik nicht zu entbehren. — Erfindungshöhe beim Übertragungspatent.†)

Das VG. legt das Patent 334673 dahin aus, daß es sich nicht nur auf die Fälle beziehe, wo ein senkrechter Gewichtsdruck auf die Membranbleche ausgeübt werde, sondern daß es auch alle solche Fälle einschließe, bei denen auf jede andere Weise von ebenen Platten eine Druckwirkung auf die Bleche ausgehe, die austreibe, um während des Glühens und Erhaltens der Blechtafeln die in ihnen vorhandenen Spannungen auszulösen. Von diesem Ausgangspunkt aus behaft der Vorderrichter den Eingriff der Befl. in das Klagepatent, gleichviel ob die Befl. nur das ihr durch Patent 460168 geschützte Verfahren ausübe oder ob sie die Membranbleche auf die von dem Kl. behauptete Art herstelle oder ob sie, wie der gerichtliche Sachverständige annehme, nach einem von den Angaben ihrer Patentschrift abweichenden Verfahren zu

von Hülsen von der Kl. als „Bedingung“ der Lizenz bezeichnet — eine Auffassung, gegen die ich schon früher Bedenken ausgesprochen habe (GewRSch. 35, 374).

Das Ur. wiederholt endlich wieder kurz seinen Satz, daß nach der Lehre vom Zusammenhang der Benutzungsarten eine geschützte Ware „patentfrei“ werde, wenn der Berechtigte sie in den freien Verkehr habe gelangen lassen.

Legt man hier den Nachdruck auf den freien Verkehr, so kann man mit dem Satze auskommen. Gewöhnlich wird aber der Satz in viel weiterer Bedeutung herangezogen, um Patentverletzungen zu rechtfertigen (vgl. S. 245 der 5. Aufl. meines Konm.).

Alt. Prof. Dr. H. Fay, Berlin.

Zu 3. Die Ausführungen der Entsch. bewegen sich größtenteils auf tatsächlichen Gebiete. An rechtsgrundgesetzlichen Inhalt kommen höchstens zwei Bemerkungen in Betracht. Einmal wird hervorgehoben, daß eine ausdehnende Auslegung eines Patentanspruches niemals leiblich aus rein logischen oder philologischen Erwägungen gewonnen werden könne, sondern nur unter Berücksichtigung des Standes der Technik bei Patenterteilung. Man wird diesen Gesichtspunkt gewiß als zutreffend anerkennen müssen, wenn man sich auch klar darüber bleiben muß, daß damit nicht dem Wortlaut des Patentanspruches jede Erheblichkeit für die Auslegung des Schutzzumfangs der Erfindung abgesprochen werden soll. Vielmehr ist dieser Wortlaut ebensogut zu berücksichtigen, wie die anderen Auslegungsmomente, zu denen die

ebenen, spannungsfreien Blechen gelange. Begründet hat der Verf. seine Entscheidung in folgender Weise. Allerdings sei in der Patentschrift 334 673 nur von einem senkrechten Gewichtsdruck die Rede, der auf die Membranbleche ausgeübt werde. Da aber die Belastung der Blechstapel mit der gleichen Wirkung auch in anderer Weise erfolgen könne, z. B. durch einen Pressdruck in wagerechter Richtung, so stehe die Patentschrift der Auslegung nicht entgegen, die darin angegebene Art der Belastung nur als ein Beispiel aufzufassen und daher unter dem Begriff der Belastung jede Druckwirkung zu verstehen, deren Ausübung während des Glühens und Erhaltens der Blechstapel die Spannungen und Unebenheiten vollkommen beseitige. Eine solche Auslegung sei weder ausgeschlossen durch den Inhalt der Erteilungsakten noch durch den damaligen Stand der Technik, dieser dargestellt durch die amerikanischen Patentschriften 971 628 und 663 156. Erstere sei bereits im Erteilungsverfahren entgegengehalten worden. Dort handle es sich indessen um ein Verfahren zum Tempern von Rasierklingen, wobei die gehärteten und ebenen Rasierklingen, die auf einen bestimmten Härtegrad angelassen werden sollten, stapelweise zwischen Druckplatten eingeschraubt würden, damit sie sich während des Härteprozesses nicht werfen könnten. Das Klagepatent dagegen habe zur Aufgabe, bereits aufgetretene Spannungen aus den Blechen wieder herauszubringen. Anders stehe es freilich mit der amerikanischen Patentschrift 663 156 (Budke), wenn man der Beurteilung des gerichtlichen Sachverständigen folge. Letzterer habe erklärt, das dortige Verfahren arbeite unter genau den gleichen Bedingungen wie das Verfahren nach dem deutschen Patent 334 673. Aber selbst wenn dies der Fall sei, stehe die Budkesche Patentschrift der erweiterten Auslegung des Klagepatents nicht entgegen. Denn dieses betreffe die Herstellung von Membranblechen. Bis zur Erfindung des Kl. habe man aus Amerika die sog. Ferrotypbleche bezogen und hieraus die Membrane für Fernsprecher ausgeschnitten. Erst durch das Klagepatent sei die Herstellung von Membranblechen, die gerade für Fernsprecher geeignet gewesen, bekannt geworden. Somit verbliebe auf jeden Fall als Inhalt der Erfindung des Kl. die Übertragung des Budkeschen Verfahrens zur Herstellung von Blechen für Röhrenherde und Kochmaschinen auf die Herstellung von spannungsfreien und ebenen Membranen. Der Erfinderschritt des Übertragungsgebankens ergebe sich auch daraus, daß in den neunzehn Jahren seit Ausgabe der amerikanischen Patentschrift 663 156 niemand vorher darauf gekommen sei, ihre Vorschläge nutzbar zu machen für die Herstellung von ebenen, spannungsfreien Membranblechen. Stelle nun die Bekl. ihre Membranbleche so her, wie der Kl. es angebe, so sei der Eingriff in das Klagepatent ohne weiteres klar. Aber auch nach dem Patent der Bekl. werde während des Glühvorgangs ein Pressdruck ausgeübt, und zwar durch die Unterschiede in den Ausdehnungskoeffizienten des Glühgutes und des Glühstakens. Wie aus den Gutachten der Sachverständigen hervorgehe, trete auch hier ein — wenn gleich geringer — Reaktionsdruck auf. Wenn beide Sachverständigen meinten, daß dies als eine Belastung i. S. des Klagepatents nicht anzusehen sei, so beruhe diese Anschauung wiederum nur auf der irrigen Auffassung des Begriffs der Belastung. Genügen müsse vielmehr jede Druckwirkung, die ausreiche, um die im Klagepatent beschriebene Wirkung hervorzubringen.

1. Zu beanstanden ist schon der Ausgangspunkt des Vorderrichters, wenn er sagt, dem Wortlaut des Patentanspruchs stehe eine erweiterte Auslegung „nicht entgegen“. Maßgebend kann vielmehr immer nur sein, welche Lehre die offenbarte Erfindung der Fachwelt gegeben hat. Ohne Berücksichtigung des damaligen Standes der Technik kann man

Vorgänge des Erteilungsverfahrens und namentlich der Stand der Technik gehören. Wenn die letzteren Momente erkennen lassen, daß der erfinderische Gedanke, für welchen der Schutz begehrt und erteilt wurde, in dem Wortlaut einen zu engen Ausdruck gefunden habe, so steht die Wortfassung der Annahme eines weiteren Schutzbereichs nicht im Wege. Man hat übrigens den Eindruck, daß im vorliegenden Falle das BG. kaum einen anderen grundsätzlichen Standpunkt hat einnehmen wollen. — Ebenso ist es zu billigen, wenn für die Auslegung des Schutzbereichs eines Übertragungspatents die auch sonst maßgebenden Regeln über die Erfindungshöhe für an-

also niemals aus rein logischen oder philologischen Erwägungen heraus zu einer ausdehnenden Auslegung kommen.

Nun war der Technik bereits das Verfahren des Amerikaners Budke (amerikanisches Patent 663 156) bekannt geworden. Dieses Verfahren bezog sich auf das Nichten von Metallblechen (straightenig metal sheets). Der gerichtliche Sachverständige hat dazu erklärt: „Das durch das amerikanische Patent 663 156 im Jahre 1900 geschützte Verfahren arbeitet unter genau den gleichen Bedingungen wie das Döhnerische.“

Danach bewertet der gerichtliche Sachverständige das Patent des Kl. als Übertragungspatent: das von Budke gezeigte Verfahren für metal sheets wird angewandt auf Membranbleche. Irgendwelche Rechtsgründe, die einer solchen Auffassung entgegenstünden, sind vom Vorderrichter nicht vorgebracht und auch sonst nicht ersichtlich.

Auch bei einem Übertragungspatent bemißt sich, wie bei anderen Patenten, der Schutzbereich nach der Größe des Erfindungsschrittes. Lag die Übertragung nahe, so wird dies regelmäßig gegen die Erstreckung des Schutzbereichs über den unmittelbaren Gegenstand des Patents sprechen. Beispielsweise wird es bei benachbarten Gebieten der Technik für den Fachmann nahe liegen, nach entsprechenden Verfahren auf dem Nachbargebiet Umschau zu halten. Nun hatte die Bekl., wie von der Rev. zutreffend geltend gemacht wird, behauptet, der Werkstoff, mit dem sich das amerikanische Patent 663 156 und das Klagepatent befaßten, sei genau derselbe, und es sei auch nicht richtig, daß das amerikanische Patent diese Metallplatten zum Gegenstand habe; vielmehr beruhe die Herstellung der sog. Ferrotypbleche gerade auf der amerikanischen Patentschrift 663 156. Wenn das zutrifft, so wäre vorerst nicht ersichtlich, welche Hemmungen auf technischem Gebiet der Fachmann zu überwinden hatte, um das durch das amerikanische Patent gezeigte Verfahren auf Membranbleche anzuwenden. Die Prüfung dieser Frage erübrigt sich nicht durch den Hinweis des Vorderrichters, daß seit der Anmeldung des amerikanischen Patents neunzehn Jahre verstrichen seien, ehe man in Deutschland auf den Gedanken gekommen sei, das dort gezeigte Verfahren auf die Herstellung von ebenen spannungsfreien Membranblechen anzuwenden. Dieser Umstand würde nur dann einen Schluß darauf zulassen, daß Hemmungen bestanden, deren Überwindung erfinderische Kraft erforderte, wenn zugleich feststände, daß das amerikanische Patent in Deutschland bekannt geworden war. Denn für die Frage, ob jene Hemmungen bestanden, gilt die Fiktion des § 2 Abs. 1 PatG. nicht.

2. Die vom BG. ausgesprochene Beurteilung ist aber auch dann nicht bedenkenfrei, wenn man annimmt, daß der Schutzbereich des Klagepatents über den Wortlaut seines Patentanspruchs reicht und den allgemeinen Gedanken enthält, alle Verfahren einzuschließen, bei denen auf irgendeine Weise, sei es nun durch Gewichtsdruck oder durch Reaktionsdruck, zur Herstellung von ebenen spannungsfreien Membranblechen Blechstapel während des Glühens und nachfolgenden langsamen Erhaltens durch vollkommen ebene Platten unter Belastung gehalten werden. Denn es ist bisher nicht in rechtlich einwandfreier Weise aufgeklärt, ob man das vom gerichtlichen Sachverständigen angenommene Verfahren der Bekl. (die von ihm als drittes Verfahren bezeichnete Herstellungsweise) noch als ein solches Verfahren ansehen kann, bei dem der Reaktionsdruck eine irgendwie wesentliche Rolle spielt. Die letztere Frage ist keine rechtliche, sondern eine rein technische und wird von dem Sachverständigen erörtert. (Wird noch ausgeführt.)

3. Die Annahme der subjektiven Patentverletzung ist vom Vorderrichter nicht rechtlich bedenkenfrei begründet worden.

wendbar erklärt sind. Die Übertragung des auf einem Gebiet bereits bekannten technischen Gedankens auf ein benachbartes technisches Gebiet kann nicht Gegenstand des Patentschutzes werden, wenn diese Übertragung für den Fachmann naheliegend, oder, wie es die Bekl. ausdrückt, keinen Hemmungen unterlag, „deren Überwindung erfinderische Kraft erforderte“. Ob im vorliegenden Fall die Untergrenze jenen sicherlich auch von ihnen gebilligten Grundsatz richtig angewendet haben, ist lediglich eine Frage der technischen, also tatsächlichen Würdigung.

Das der Befl. günstige Gutachten des Sachverständigen läßt sich nicht, wie es im Bll. geschieht, mit der Begründung abtun, daß es erst im zweiten Rechtszug erstattet worden sei. Vielmehr folgt daraus zunächst, daß ein objektiv urteilender Fachmann das von der Befl. ausgeübte Verfahren als wesensverschieden angesehen hat von dem Verfahren des Kl. Diesem Umstand muß aber für die Schuldfrage immerhin Beachtung beigemessen werden. Es trifft nicht zu, daß der Sachverständige, wie das BG. meint, nur aus patentrechtlichem Irrtum zu einem der Befl. günstigen Ergebnis gelangt sei.

(U. v. 17. Juni 1931; 323/30 I. — Berlin.) [Ra.]

****4. § 4 PatG.**

1. Auch durch Lieferung neutraler Teile ist eine Patentverletzung unter dem Gesichtspunkt der mittelbaren Benutzung möglich, wenn der Verkäufer sie ausgesprochen zur Benutzung des geschützten Verfahrens angeboten hat.

2. Voraussetzung ist weiter, daß der Abnehmer die gelieferten Verfahrensmittel patentverlegend benutzt.

3. Kann die Ausübung des Verfahrens durch den Abnehmer nur erfolgen, wenn er eine vom Patentberechtigten gelieferte Vorrichtung besitzt, so liegt keine Patentverletzung vor, da durch die Lieferung in den freien Verkehr die Vorrichtung patentfrei geworden ist.†)

Dem Kl. ist mit Wirkung v. 10. Febr. 1925 ab das Patent 433 974 erteilt. Die Patentansprüche lauten: „1. Verfahren zum Abbinden isolierter oder Isolieren blanker elektrischer Leitungen, dadurch gekennzeichnet, daß auf passende Längen abgeschnittene Stücke von Gummischläuchen möglichst kleiner Lichter Weite in mindestens zwei verschiedenen Richtungen mechanisch aufgeweitet und nach Einstecken der Leitung die Aufweitungskräfte derart aufgehoben werden, daß das Schlauchstück unter Spannung die Leitung umschließt. 2. Verfahren nach Anspruch 1, dadurch gekennzeichnet, daß nach Einstecken der Leitung die Aufweitungskräfte zunächst in der einen und dann erst in der anderen Richtung aufgehoben werden. 3. Gerät zur Ausübung des Verfahrens nach Anspruch 1 und 2, gekennzeichnet durch einen entsprechend der lichten Weite des aufzuweitenden Schlauchstückes bemessenen, gespaltenen Dorn, dessen Teile an den auseinanderbeweglichen Schenkeln eines zweckmäßig zangenartigen Werkzeuges derart sitzen, daß die Mündungen des dadurch aufgeweiteten Schlauchstückes freiliegen.“

Die Befl. befaßt sich, wie nicht streitig ist, gewerbsmäßig damit, kleine Gummiröhrchen von engem Innendurchmesser, die an beiden Enden offen sind, herzustellen, sog. Gummistücken. Sie bietet sie an „zum Abbinden und Isolieren elektrischer Leitungen“. Wie das OLG. zutreffend angenommen hat, sind diese Gummistücke nicht unmittelbar Gegenstand des Patents des Kl., sondern werden nur bei Ausübung des in den Patentansprüchen 1 und 2 geschützten Verf. benutzt. Da die Befl. das Verf. selbst nicht ausübt, könnte sie, wie gleichfalls in der Vorinstanz richtig erkannt ist, nur aus dem Gesichtspunkt der Beihilfe und aus dem der mittelbaren Benutzung eines patentierten Verfahrens haftbar gemacht werden. Bei seinen Ausführungen zur Frage der Beihilfe übersehen indes der Vorderrichter, daß Beihilfe vorfälliges Mitwirken zur vorfälligen Tat eines anderen erfordert und daß daher dieser rechtl. Gesichtspunkt bei dem hier behaupteten Sachverhalt ohne weiteres entfällt.

Zu 4. Die Entsch. weicht insofern von der bisherigen Nrpr. ab, als ausgesprochen wird: Zur Beurteilung wegen mittelbarer Patentverletzung genüge es nicht, daß Hilfsmittel ausgesprochen für ein geschütztes Verfahren geliefert werden, sondern es müsse hinzukommen, daß der Abnehmer selber eine Patentverletzung begeht. Wenn das vom Patentinhaber bewiesen werden muß, so verliert die Waffe der mittelbaren Patentverletzung ihre Schärfe. Vielleicht ist es aber nicht so gemeint, und das RG. will nur dem Befl. die Möglichkeit geben, seinerseits zu beweisen, daß alle Empfänger das Recht zur Benutzung des Verfahrens hätten.

Will aber das RG. die Fälle ausschließen, in denen die Abnehmer nicht gewerbsmäßig benutzen? Gerade für diese Fälle hatte

Gleichwohl behalten zwei Annahmen tatsächlicher Art, von denen das OLG. ausgeht, auch Bedeutung für die Beurteilung aus dem Gesichtspunkt der mittelbaren Benutzung. Der erf. Sen. hat die Berechtigung der letzteren Betrachtungsweise bereits in einer größeren Zahl von Entsch. anerkannt (RGUrt. v. 25. Mai 1927: MuW. 27/28, 1391); vom 25. Jan. 1928: MuW. 27/28, 272; v. 22. Febr. 1928: MuW. 27/28, 312; v. 3. Okt. 1928: MuW. 29, 75; RG. 122, 243 [246]²); endlich RGUrt. v. 31. Jan. 1931: MuW. 31, 209 = Mitt. v. Verb. dtsh. PatAnw. 1931, 101 = GewSchR. 1931, 385).

Die Gummistücken, um die es sich hier handelt, lassen allerdings wie nach den Feststellungen des BG. angenommen werden muß, eine verschiedenartige Verwendung zu; sie sind nicht besonders auf das geschützte Verf. des Kl. abgestimmt und daher als neutrale Teile anzusehen. Gleichwohl ist auch bei solchen neutralen Teilen eine mittelbare Benutzung des Verf. möglich, wenn der Verkäufer sie ausgesprochen zur Benutzung dieses geschützten Verf. angeboten und geliefert hatte. Dies ist nach den Werbeschriften der Befl. der Fall, insofern, als die Verwendung der Gummistücken zum Abbinden nur unter Benutzung des geschützten Verf. möglich sein soll. Ohne diese Unterstellung fielen jede Beziehung zwischen dem Verkauf der Stücken und dem geschützten Verf. fort.

Allein damit sind die Voraussetzungen einer mittelbaren Benutzung noch nicht erfüllt. Hinzukommen muß noch, daß der Abnehmer selber die ihm von seinem Verkäufer gelieferten Verfahrensmittel patentverlegend benutzt. Hier ergeben sich zwei Möglichkeiten. Entweder kann man die Gummistücken in der vorher genannten Weise auch ohne das nach Anspruch 3 geschützte Gerät (Zange und Hilfsgerät) aufweiten, oder es ist dies bloß möglich mit diesem Gerät. Hierzu sagt der Vorderrichter, nachdem er als richtig unterstellen zu wollen erklärt, daß ein Abbinden mittels Gummistücken nur nach dem geschützten Verf. des Kl. ausführbar sei: „Dann kann auch nur jemand in dieser Weise abbinden, der die Zange des Kl. gekauft hat oder besitzt.“

Diese Annahme des BG. entscheidet den Rechtsstreit. Wenn hier die Rev. von Lizenznehmern des Kl. spricht und ihnen solche Abkäufer der Befl. gegenüberstellt, die nicht Lizenznehmer seien, so übersieht sie dabei die Lehre vom Zusammenhang der Benutzungsarten. Hat einmal der Patentberechtigte eine geschützte Ware, im vorl. Falle die Zange, in den freien Verkehr gelangen lassen, dann ist die Ware patentfrei geworden und kann in jeder Weise zu dem Zwecke, zu dem sie bestimmt ist, benutzt werden; für eine Lizenzerteilung ist dann insoweit kein Raum mehr. Etwasige Beschränkungen, die der patentberechtigte Verkäufer seinen Abnehmern auferlegt, haben dann bloß schuldrechtl. Bedeutung; patentrechtlich sind sie belanglos (näheres hierüber z. B. bei Biegler § 4 Anm. 17; Krause, § 4 Anm. 5 zu a). Anders läge der Fall nur, wenn etwa die Abnehmer der Befl. sich eines patentwidrig (von unbefugter Seite) in den Verkehr gebrachten Geräts.

(U. v. 14. Okt. 1931; 71/31 I. — Hamburg.) [Ra.]
<= RG. 133, 326.>

5. § 4 PatG. Der Frage einer Patentverletzung muß die Prüfung des Schutzzumfangs des Patentes vorangehen.†)

Zutreffend geht das BG. davon aus, daß es nach dem Urt. des RG. v. 23. Nov. 1929 unter Beachtung der dort gegebenen Richtlinien den Sachverhalt in jeder Hinsicht neu zu

¹) ZW. 1927, 2001.

²) ZW. 1929, 1004.

das OLG. den Wert des Gesichtspunkts der mittelbaren Benutzung besonders betont.

RG. Prof. Dr. Hermann Jsay, Berlin.

Zu 5. Die Entsch. beruht wesentlich auf dem Gesichtspunkt, daß im Bll. versäumt worden sei, zwecks Ermittlung des Schutzzumfangs des streitigen Patentes den Stand der Technik zur Zeit der Patentanmeldung zu untersuchen. Insofern bewegt sie sich vornehmlich auf tatsächlichem Gebiet, oder, besser gesagt, sie rügt den Mangel auszeichnender tatsächlicher Feststellungen. In rechtsgrund-sähl. Beziehung wiederholt sie die oft gehörte, m. E. aber nicht

würdigen habe. Demgemäß hat es, was bisher unterblieben war, zunächst den Inhalt der Erteilungsakten geprüft und ist dabei, wie es mit näherer Begründung ausführt, zu dem Ergebnis gelangt, daß der Anmelder nur die Verbesserung der bisher verwendeten Stopfhacke im Auge gehabt habe. Zu diesem Zweck habe er vorgeschlagen, das Stopfwerkzeug in der Form einer gewöhnlichen Stopfhacke auszubilden und es demgemäß aus einem langen Stiel und einem an dessen unterem Ende befestigten Presslufthammer herzurichten, so daß es der Arbeiter in gleicher Weise wie die gewohnte Stopfhacke halten könne. In der gleichen Richtung bewege sich der Beschluß der Beschwerdeabteilung des RPatV. Dort werde als Fortschritt gegenüber den bisher benutzten Vorrichtungen betont, daß dem mit Hilfe von Luft bewegten Stopfer die äußere Form der gewöhnlichen Stopfhacke gegeben sei, worin eine erfinderische Neuerung liege. Unerheblich sei, daß das Patent seinem Wortlaut nach nicht eine Stopfhacke, sondern eine Stopfvorrichtung schütze; denn die Wahl des scheinbar umfassenderen Wortes „Vorrichtung“ erkläre sich lediglich aus der zwischen dem Patentamt und dem Anmelder entstandenen Meinungsverschiedenheit darüber, ob der Anmeldungsgegenstand eine Vorrichtung oder ein Verfahren betreffe. Entscheidend sei, daß der Fachmann aus dem gesamten Verlauf des Erteilungsverfahrens und aus der Patentschrift nicht entnehmen könne, daß der Anmelder an etwas anderes gedacht habe als an die erwähnte Weiterbildung der Stopfhacke.

Demnächst hat das RG. untersucht, ob die Befl. von den in dem Klagepatent gegebenen technischen Anweisungen ganz oder teilweise Gebrauch mache und dabei mit gleichen oder gleichartigen Mitteln im wesentlichen dieselben Wirkungen erziele. Diese Frage und damit das Vorliegen einer Patentverletzung hat es im Anschluß an das Gutachten des von ihm zugezogenen Sachverständigen verneint und ist so abermals zur Abweisung der Klage gelangt.

Diese Begr. beanstandet die Rev. mit Recht als unzureichend. Die Entsch. des Rechtsstreits hängt davon ab, welcher Schutzzumfang dem Patent 278197 zukommt. Darüber aber hat sich das RG. überhaupt nicht ausgesprochen. Dem ersten Teil seiner Ausführungen, von denen im übrigen dahingestellt bleiben kann, ob sie in allen Teilen zwingend sind, ist nur zu entnehmen, daß es als Gegenstand der Erfindung ein in Form einer Stopfhacke ausgebildetes Werkzeug betrachtet. Es fehlt aber an jeder Begr. dafür, weshalb entgegen allgemeiner Regel der Schutzzumfang des Patents auf den Gegenstand der Erfindung beschränkt sein soll. Denn daß das RG. eine zur dementsprechenden Einschränkung des Schutzbereichs ausreichende Erklärung des RPatV. im Erteilungsverfahren oder einen unzweideutigen Verzicht des Anmelders als erfolgt angenommen haben sollte, ergibt sich aus seinen Ausführungen nicht. Eine solche Annahme würde sich auch nicht rechtfertigen lassen. Verzichten kann man nur auf etwas, was man sich mindestens als möglicherweise vorhanden vorgestellt hat. Es fehlt aber an jedem Anhalt dafür, daß der Anmelder sich bewußt gewesen sei, man könne die Vorteile des Anmeldegegenstandes auch dann erreichen, wenn man dem Stopfwerkzeug nicht gerade die Form einer Stopfhacke gäbe. Ebensovienig erhellt, daß das RPatV. die Möglichkeit der Verwirklichung des Erfindungsgedankens in anderer Form in Betracht gezogen hat. Dazu bestand auch keine Veranlassung, da das RPatV. zwar den Gegenstand der Erfindung, aber nicht deren Schutzzumfang klarzustellen hatte.

Das BG. hätte daher den Schutzzumfang des Klage-

patents ermitteln müssen, und dies konnte nach Lage der Sache nur auf Grund des Standes der Technik zur Zeit der Anmeldung des Patentes geschehen. Denn nur danach läßt sich zutreffend beurteilen, inwiefern die Technik durch das in der Patentschrift Offenbarte bereichert worden ist. Deshalb ist auch im letzten Absatz des reichsgerichtl. Urts. v. 23. Nov. 1929 gesagt worden, es sei bei der gebotenen Prüfung des Schutzzumfangs des Klagepatents neben dem Inhalt der Erteilungsakten vor allem der Stand der Technik zu berücksichtigen. Dieser Richtlinie ist das RG. nicht gefolgt, da der Stand der Technik in dem jetzt angefochtenen Urte. ebenso wenig berührt wird, wie dies in dem ersten BU. der Fall gewesen ist. Das Versäumte muß nun nachgeholt werden. Auf der so gewonnenen Grundlage i. Verb. m. dem Inhalt der Patentschrift und der Erteilungsakten wird sich das BG. über die Aufgabe, die sich der Erfinder gestellt hat, und über die von ihm zu deren Lösung vorgeschlagenen Mittel, d. h. über den dem Patent zugrunde liegenden Erfindungsgedanken, auszusprechen haben. Im Anschluß daran ist zu untersuchen, ob die Befl. nicht von den im Klagepatent gegebenen technischen Anweisungen ganz oder doch zum Teil Gebrauch macht und dabei mit gleichen oder gleichwertigen Mitteln im wesentlichen dieselben Wirkungen erzielt. Ohne Klarstellung des Erfindungsgedankens und des danach zu bestimmenden Schutzzumfangs des Patents ist eine zutreffende Beurteilung hierüber nicht möglich. Deshalb fehlt den Erörterungen, die das RG. zu diesem Punkt angestellt hat, die erforderliche Grundlage.

(U. v. 3. Okt. 1931; 62/31 I. — Berlin.)

[Ra.]

6. § 4 PatG. Zum Begriff der offenkundigen Vorbenutzung. Nicht jedes Vertragsverhältnis schafft auch ein Vertrauensverhältnis.†)

Die Befl. haben geltend gemacht, daß Belagsplatten, die genau dem Anspruch 1 des Patents entsprochen hätten, vor dessen Anmeldung im Inlande offenkundig vorbenutzt seien. Sie haben darans einerseits hergeleitet, daß der Geltendmachung des Patents der Einwand der Erschleichung entgegenstehe, weil die Kl. selbst die offenkundige Vorbenutzung bewirkt, sie daher genau gekannt habe, trotzdem aber bei der Anmeldung des Schutzrechts maßgebend mitgewirkt habe; andererseits haben sie geltend gemacht, daß im Falle der erweisenen offenkundigen Vorbenutzung eine Beschränkung des Schutzbereichs auf den Wortlaut des Patentanspruchs erforderlich sei. Das BG. hat den Einwand zurückgewiesen mit der Begr.: Die Befl. hätten selbst nur behauptet, daß Unterlegsscheiben gemäß Anspruch 1 des Patents vor dessen Anmeldung an die Befl. zu 1 geliefert seien; da diese zu jener Zeit Generalvertreterin der Kl. gewesen sei, so sei sie kraft des bestehenden Vertrauensverhältnisses auch ohne ausdrückliche Verpflichtung zur Geheimhaltung verbunden gewesen; das gleiche gelte auch von R. und B., denen die Befl. zu 1 die Platten zur Benutzung überlassen habe. Diese hätten wiederum zu der Befl. zu 1 in einem Vertrags- und damit in einem Vertrauensverhältnis gestanden, das sie ohne weiteres zur Geheimhaltung verpflichtet habe. Die Anbringung an Baustellen bedeute keine offenkundige Vorbenutzung, weil durch sie Fremden nicht die Möglichkeit geboten worden sei, die besondere Ausgestaltung und die Art der Anbringung zu erkennen. Das BG. hat hierbei nicht beachtet, daß die Befl. behauptet haben, daß die Kl. vor der Patentanmeldung die Scheiben an beliebige Abnehmer (im Inlande) in vielen tausend Stücken ohne Verpflichtung zur Geheimhaltung aus-

Willensakt der Erteilungsbehörde eine Einschränkung herbeigeführt worden sei. Geh. RR. Prof. Dr. W. Risch, München.

Zu 6. Soweit sich die Entsch. mit dem offenkundigen Vorbenutzungsrecht beschäftigt, kann man ihr darin zustimmen, daß — abgesehen davon, daß die wichtigste Schutzbehauptung übergangen war — die tatsächlichen Feststellungen dürftig waren und an dem einfachen Sachverhalt, wie er gewesen sein muß, vorbeigingen, so insbes. daran, daß bei Anbringung der Platten auf einem größeren Bauplatz nicht nur die Arbeiter, sondern auch unvermeidlich andere Einblick in die Anbringungsart erhielten. Ob das aber die rechtliche Begründung trifft, darf bezweifelt werden. Als Rechtsfrage interessiert mehr die Geheimhaltungspflicht. Selbstverständlich ist, daß nicht jeder Vertrag

sehr glücklich formulierte Regel, daß der Schutzzumfang eines Patentes nicht identisch sei mit seinem Gegenstand, womit gesagt sein will, daß der Patentschutz so weit reicht, wie der Erfindungsgedanke, und sich nicht beschränkt auf die spezielle Durchführungsform, wie sie in dem begehrten und erteilten Patent dargestellt ist. Des weiteren wird auf den allgemein anerkannten Grundsatz verwiesen, daß zwecks Ermittlung des Erfindungsgedankens nicht nur der Gang des Erteilungsverfahrens, also der Inhalt der Erteilungsakten, sondern auch der Stand der Technik bei Patentanmeldung zu berücksichtigen sei. Dies ist ebenso zutreffend wie der weitere Hinweis darauf, daß der so festgestellte Erfindungsgedanke in vollem Umfang geschützt sei, wenn nicht im Erteilungsverfahren durch Verzicht des Anmelders oder durch

geliefert hätten. Wäre diese Behauptung richtig, so könnte an der offenkundigen Vorbenutzung kein Zweifel bestehen. Die Rev. macht aber weiter mit Recht geltend, daß die Annahme, R. und B. in einem Vertrauensverhältnis zur Bekl. zu 1 gestanden hätten, der genügenden Begr. entbehrt. Nicht jedes Vertragsverhältnis schafft auch ein Vertrauensverhältnis. Ständen R. und B. lediglich im Verhältnis von Käufern zur Verkäuferin der Bekl. gegenüber, so würde eine Geheimhaltungspflicht für sie im Zweifel nicht begründet worden sein (Krause, Komm. S. 43). Da nicht festgestellt worden ist, daß die Bekl. und durch diese R. und B. darauf hingewiesen sind, daß es sich um eine geheim zu haltende Erfindung handele, so ist nicht von der Hand zu weisen, daß die Kenntnisnahme der Unterlegscheiben durch R. und B. eine offenkundige Vorbenutzung in sich schloß. Das BG. meint ferner, daß die Anbringung der gemäß Anspruch 1 des Patentes gestalteten Unterlegsplatten an den Baustellen keine offenkundige Vorbenutzung bedeuten könne. Dies ist insofern nicht zu beanstanden, als nach Aufbringung des Puges die Unterlegscheiben und die Spanndrähte vollständig verdeckt sind und die Art ihrer Anbringung allerdings der Wahrnehmung entzogen ist. Es ist aber nicht beachtet, daß während der Anbringung der Platten und Drähte deren Art notwendig zur Kenntnis der damit betrauten Arbeiter und auch des Bauunternehmers oder wenigstens seiner zur Kontrolle bestellten Organe kommen mußte. Auch schon aus diesem Grunde ermangelt der Ausspruch, offenkundige Vorbenutzung sei nicht erwiesen, der erforderlichen rechtlichen Begründung.

Auch die Ausführungen des BG. über die Frage, ob den Bekl. ein Vorbenutzungsrecht an dem Gegenstand der Erfindung zustehe, unterliegen rechtlichen Bedenken. Die Frage wird im wesentlichen mit der Begr. verneint, daß die Bekl. die Kenntnis der Erfindung, also den Erfindungsbesitz, von der Kl. erhalten haben und daß dies lediglich auf Grund des damals zwischen den Parteien bestehenden Generalvertreterverhältnisses geschehen sei. Es habe damals zwischen den Parteien sowohl hinsichtlich der Verwertung der Torsoleumplatten, wie hinsichtlich der für deren Befestigung zur Verfügung gestellten Unterlegscheiben ein auf besonderem Vertrauen beruhendes Zusammenarbeiten stattgefunden. Die sich hieraus für die Bekl. ergebenden Pflichten seien nicht dadurch in Wegfall gekommen, daß die Bekl. die Verwertung der Unterlegscheiben in verhältnismäßig geringem Umfange unabhängig von der Kl. im eigenen Namen und für eigene Rechnung vorgenommen hätten. Dadurch hätten die Bekl. außerhalb ihres Generalvertreterverhältnisses keinen besonderen, aus Billigkeitsrücksichten des Schutzes würdigen Besitz an der Erfindung erworben. Denn sie hätten weder Kraft noch Zeit noch Kapital auf die Herstellung, den Vertrieb oder die Ausnutzung derartiger Unterlegscheiben über den Rahmen der sich aus ihrem Vertreterverhältnis ergebenden Pflichten angewendet. Das BG. lehnt sich bei dieser Begr. offensichtlich an RG. 123, 58 ff.¹⁾ an, wo ähnliche Erwägungen angestellt worden sind. Es beachtet aber nicht, daß der Tatbestand dort wesentlich anders war. Dort hatte der Patentinhaber seine Erfindung vor Patentanmeldung einem anderen zwar überlassen, aber nur zu einem bestimmten vorübergehenden Zweck, um danach Maschinen anzufertigen, die er selbst nicht anfertigen konnte, und sie einer von ihm (dem Patentinhaber) zur Verwertung seiner Erfindung gegründeten französischen Gesellschaft anzubieten. In der Entsch. wird ausgeführt, daß jener Dritte zur Anfertigung der Maschinen,

solange der Vertrag bestanden habe, berechtigt geblieben sei, daß er aber nach Erreichung des Zweckes, d. h. nachdem die Maschinen gebaut und der französischen Firma angeboten worden seien, keinerlei Ansprüche mehr darauf gehabt habe, daß ihm der Besitz der Erfindung weiterhin belassen werde; es ständen ihm keinerlei Billigkeitsgründe zur Seite. Im vorl. Falle ist aber nichts darüber festgestellt worden, daß die Kl. ihren später zum Patent angemeldeten Erfindungsgedanken den Bekl. zu einem bestimmten Zwecke anvertraut hätte. Allerdings haben sie die Kenntnis des Gedankens nur kraft ihres Vertreterverhältnisses von der Kl. erhalten. Aber darüber, daß sie ihn nur im Interesse der Kl. und nur während der Dauer des Vertreterverhältnisses hätten in Benutzung nehmen dürfen, ergeben die festgestellten Tatumstände nichts. Die Kl. hat selbst nicht behauptet, daß der Gebrauch, den die Bekl. noch als Generalvertreter in eigenem Namen und für eigene Rechnung von den Unterlegsplatten gemacht haben, widerrechtlich gewesen sei. Es fehlt an einem genügenden Anhalt dafür, daß er nach Beendigung dieses Vertragsverhältnisses widerrechtlich geworden sein sollte. Es kann auch ohne weiteres angenommen werden, daß die Bekl. zur Einführung der Unterlegsplatten bei ihrer eigenen Kundschaft Mühen und Kosten aufgewendet haben. Die Annahme des BG., es ständen ihnen keinerlei Billigkeitsgründe zur Seite, die die Zubilligung eines Vorbenutzungsrechts rechtfertigen könnten, entbehrt daher der genügenden Grundlage.

(U. v. 16. Jan. 1932; 113/31 I. — Berlin.) [Ra.]

7. Wesen des Kombinationspatents. Der Neuheit einer Erfindung steht der Umstand nicht entgegen, daß das Mittel zur Lösung der gestellten Aufgabe schon in einem entfernteren Gebiet der Technik verwendet worden ist. — Die Höherwertigkeit einer Erfindung schließt die Verletzung eines älteren Patentes nicht aus. Der Schutzzumfang eines Patentes ergreift regelmäßig auch die Äquivalente.

Der Vorderrichter hat das ältere Patent der Kl., DM. 371 685, ohne Grund beiseite gelassen. Nur am Schlusse seines Ur. erwähnt er es als Stand der Technik gegenüber dem Patent 373 896. Bei dem Patent 371 685 muß, wie stets, zunächst Aufgabe und Lösung erörtert werden. Beides zusammen stellt den Erfindungsgedanken dar. Für die Patentfähigkeit ferner, die im Verletzungsstreit nicht zur Erörterung steht, kommen u. a. in Frage die „Vorteile“ einer Erfindung, ferner der mit ihr verfolgte „Zweck“. Da die angefochtene Entsch. diese Begriffe nicht genügend auseinanderhält, mußte dies vorweggeschickt werden. Über die Aufgabe, die dem Patent 371 685 zugrunde liegt, spricht sich die Patentschrift mit voller Deutlichkeit aus. Dort heißt es: „Die Erfindung verwirklicht den schon früher ausgesprochenen Gedanken, eine große Anzahl Pressstellen auf kleinstem Raum zu vereinigen, in der Weise, daß die jeweils vor dem Arbeitsplatz befindlichen Pressen dem Arbeiter leicht erreichbar sind und schnell beschickt werden können.“ Diese (somit an sich nicht neue) Aufgabe wird gelöst durch Anordnung einer größeren Anzahl von Trägerscheiben, die schrittweise weitergeschaltet werden. Das Neue besteht also nach der Patentschrift in der Mehrreihigkeit der Trägerscheiben, deren Einzelpressen keine Eigenbewegung haben. Vorbekannt war nur Pressen mit einem Träger. Nur heißt es zwar im Patentanspruch 1, „daß sie — die Einzelpressen — bei ihrem schrittweisen Um-

Recht beansprucht wird. Ist offenkundige Vorbenutzung nicht gegeben, so wird man dem Vertreter des Erfindungsbesitzers nur in seltenen Fällen ein eigenes Vorbenutzungsrecht zubilligen dürfen (dies „zubilligen“ dürfte doch wohl gemeint sein, wenn die Entsch. von „Billigkeitsgründen“ spricht). Der Handelsverkehr muß im Interesse gegenseitigen Vertrauens darauf halten, daß der Vertreter (insbes. der Generalvertreter) nicht das, was auf Grund dieses Verhältnisses zu seiner Kenntnis kommt, unmittelbar nachher gegen seinen früheren Geschäftsherrn ausbeutet. Wenn allerdings der Geschäftsherr in beschränktem Maße duldet, daß der Vertreter die ihm anvertrauten Werte für sich und für eigene Rechnung verwertet und das selbst nicht als widerrechtlich hinstellen kann, so wird in diesem Umfange ein Vorbenutzungsrecht anerkannt werden können.

RM. Prof. Dr. W. Fischer, Hamburg.

1) JW. 1929, 1190.

ein Vertrauensverhältnis schafft; angreifbar aber, darauf Wert zu legen, ob die Geheimhaltungspflicht (ausdrücklich) auferlegt ist. Sie kann sich sehr wohl aus der Natur der gegenseitigen Rechtsbeziehungen ergeben, und bei einem Generalvertretervertrag dürfte es sehr nahe liegen, diese Geheimhaltungspflicht ohne weiteres zu bejahen. Es kommt darauf an, ob der Vertreter die Wichtigkeit der Geheimhaltung von sich aus erkennen kann; dann muß er auch in diesem Punkte die Interessen der vertretenen Firma schützen. Aber selbst wenn diese Geheimhaltungspflicht bestand, so kann sie die Offenkundigkeit der Vorbenutzung nicht hindern, wenn diese sich aus der weiteren tatsächlichen Entwicklung (Art des Inverkehrbringens, der Vermeidung) ergibt.

Ganz anders beim Vorbenutzungsrecht, das nur als singuläres

lauf vom Umfang der Maschine her beschränkt werden können". Hiermit wird aber bloß der mit der Vorrichtung erzielte Vorteil angegeben. Keineswegs wird dadurch ausgeschlossen, daß auch eine nur zweireihige Presse mit achsial gerichteten Einzelpressen in den Patentbereich fällt. Bei einer solchen Bauart würde nur auf den Vorteil bequemerer Bedienung verzichtet werden; es handelte sich dann bloß um eine verschlechterte Nachahmung. Überdies ist dabei der Begriff des Arbeitsplatzes nicht erörtert. Es ist nicht ohne weiteres ersichtlich, weshalb nicht der Arbeiter seinen „Arbeitsplatz“ auch dann beibehält, wenn er die nämliche Maschine, statt von einer Seite aus, von zwei sich gegenüberliegenden Seiten zu bedienen hat. Denn hin- und hergehen muß der Arbeiter an der Maschine auf alle Fälle, sei es nun auf einer Längsseite oder auf zwei kurzen Querseiten. Inbesseren braucht hierauf wegen des vorher genannten Grundes nicht näher eingegangen zu werden.

Bei dieser Auslegung des Patents 371 685 kann von einem Kombinationspatent nicht gesprochen werden. Selbstverständlich sind nahezu alle Vorrichtungen, in erster Linie aber Maschinen, Kombinationen: immer sollen alle Teile zusammenwirken, um das gewollte Ergebnis zu erreichen. Aber im Patentrecht betrachtet man deshalb noch nicht alle diese Teile als zugehörig zu einer patentrechtlichen Kombination, wenn irgendeine Vorrichtung an der Maschine unter Patentschutz steht. Die Kombination ginge sonst ins Uferlose. Unter Patentschutz steht aber nach den Patentansprüchen 1 und 2, die hier in Betracht kommen, die Mehrreihigkeit der nebeneinander angeordneten Einzelpressen, genauer (nach Anspruch 2) die Mehrreihigkeit der Trägerscheiben bei Klebpressen für Schuhwerk. Diese Mehrreihigkeit ist sowohl bei der älteren wie bei der neueren Bauart der Pressen der Bekl. vorhanden, bei letzterer sogar in der Weise, daß sie trotz achsialer Richtung der Pressen infolge Hinzufügung des drehbaren Sternes für die Trägerscheiben ganz so bedient werden können, wie die Maschinen der Kl.

Das zweite Patent der Kl., DRP. 373 896, betrifft eine Verbesserung ihrer älteren Presse durch Hinzufügung der freitragenden (fliegenden) Welle. Angemeldet ist die ihm zugrunde liegende Erfindung am 24. Sept. 1922. Damals war die Patentschrift des älteren Patents 371 685 noch nicht ausgegeben. Die letztere Patentschrift kommt also dem jüngeren Patent gegenüber nicht als Stand der Technik in Betracht. Der Umstand, daß in der Beschreibung der Patentschrift 373 896 die Mehrfachpressen mit mehrreihigen Trägerscheiben als bekannt hingestellt worden sind, ist hierfür ohne jede Bedeutung. Denn die jüngere Anmeldung mußte ihren Gegenstand gegenüber der damals noch schwebenden älteren Anmeldung entsprechend einschränken.

Über Aufgabe und Lösung läßt auch bei diesem Patent die Patentschrift keinen Zweifel: die Gesamtanordnung wird von einem mittleren Ständer getragen, auf welchem die Welle gelagert ist. Die Vorteile dieser neuen Vorrichtung behandelt die Patentschrift in Zeile 19f. Demgemäß bezieht sich der Patentanspruch 1 auf die fliegende Welle bei Mehrfachpressen mit mehrreihigen Trägerscheiben. Somit handelt es sich auch hier um kein Kombinationspatent. Die Bekl. verwenden aber bei ihren für die RevZust. noch in Frage kommenden Bauarten fliegende Wellen.

Bei Besprechung des Patents 373 896 heißt es in den Gründen des BU., dieses Patent sei „zum größten Teil“ ein Kombinationspatent. Es verbinde eine Anzahl „Konstruktionselemente“ (nämlich umlaufende einzelne Pressevorrichtungen, Tragkörper mit den auf ihnen angeordneten Pressevorrichtungen, gemeinsame horizontale Welle für mehrere Tragkörper, fliegende Welle) und füge „als weiteren Erfindungsgedanken“ „die aus dem Bau der Maschine sich ergebende Art von deren Bedienung hinzu“, wodurch „die zur Patentierung führende Bereicherung der Technik“ herbeigeführt worden sei. Zunächst ist nicht ersichtlich, was unter einem Patent verstanden werden soll, das „zum größten Teil“ Kombinationspatent ist. Verfaßt wird damit das Wesen der Kombination. Die Patentfähigkeit beruht hier auf dem erfinderschen Gedanken, mehrere Mittel zu gemeinsamer Zusammenarbeit zu vereinen (sog. funktionelle Verschmelzung), um so durch ihre neue Vereinigung eine über das

allgemeine Fachwissen hinausgehende Wirkung zu erzielen. Ob die einzelnen Mittel zum Teil oder gänzlich vorbekannt waren, ist dabei gleichgültig. Soweit es nicht der Fall ist, genießen sie Elementenschutz. Alles dies sind Grundsätze, die in der reichsgerichtlichen Rpr. feststehen. Ferner ist die Annahme der als „neuer Erfindungsgedanke“ erwähnten Bedienungsart insofern zu beanstanden, als zwischen Aufgabe und Lösung nicht unterschieden ist. Eine Maschine in bestimmter Weise bedienen zu können, kann in aller Regel nur eine Aufgabe sein; ihre Lösung würde dann in der Art bestehen, wie die Einzelpressen angebracht und gerichtet sind. Endlich trifft in diesem Abschnitt des Ur. auch die Bemerkung den entscheidenden Punkt nicht, es sei die fliegende Welle vorbekannt gewesen. Für die Frage des Vorbekanntseins kommt es nicht darauf an, ob ein Mittel auf irgendeinem Gebiet der ungeheuer weitverzweigten Technik einmal verwendet worden ist, sondern ob es entweder auf dem streitigen Gebiet der Technik vorbekannt war oder doch auf einem benachbarten Gebiet, so daß ein Fachmann, der auf Verbesserungen sann, beim Durchforschen der Nachbargebiete das dort vorbekannte Mittel vorfinden konnte. Nun hat der Sachverständige S. angegeben, daß beiderseitig fliegende Wellen in Schleifereibetrieben, bei Seilschwebbahnen und Windmotoren vorbekannt gewesen sind. Das sind keine benachbarten Gebiete. Allerdings waren nach S. einseitig fliegende Wellen auch schon bei Schuhmaschinen vorbekannt und die Zweiseitigkeit soll nach S.s Ansicht nahegelegen haben. Ob das in der Tat so ist oder ob es nach Kenntnis des Patents der Kl. nur so scheint, ist eine Frage, zu der das BG. keine Stellung genommen hat. Tatsache ist jedenfalls, daß die Patenterteilungsbehörde schon allein für die Verwendung der zweiseitig fliegenden Welle das Patent erteilt hat und daß hier zur Einschränkung des so erteilten Patents zu einem bloßen Kombinationspatent unter Hereinnahme von Merkmalen des Gattungsbegriffs die rechtliche Grundlage fehlt.

Daß der Grund nicht zutrifft, aus dem nach Meinung des OLG. die ältere mehrreihige Presse der Bekl. das Patent 373 896 nicht verletzen soll, war schon vorher dargelegt worden.

Die Verneinung einer Patentverletzung bei der neueren Bauart der Bekl. läßt sich ebenfalls nicht aufrechterhalten. Der Hauptgrund des Vorderrichters ist, eine Patentverletzung sei nicht vorhanden, wenn die nämliche Aufgabe auf eine Weise gelöst werde, die gegenüber der bisher bekannten Wirkung „eine die Technik bereichernde Wirkung“ äußere; es liege dann keine Gleichwertigkeit, sondern Höherwertigkeit vor. Als Belegstelle bezieht sich das BG. auf Isay, PatG., 4. Aufl., S. 67 § 1 Anm. 36. Dort wird aber nur die Frage der Patentfähigkeit behandelt. Der Vorderrichter verkennt, daß eine Erfindung, die eine erfindersche Weiterbildung eines älteren Patents ist, sehr wohl patentiert werden kann, ohne daß jedoch der Inhaber eines solchen Patentes, weil es eben ein Abhängigkeitspatent ist, die ihm dadurch geschützte Erfindung ohne Einwilligung des Inhabers des älteren Patents ausüben dürfte (vgl. Krause, PatG., S. 28 § 1 Anm. 7 zu Ia; S. 68 § 4 Anm. 3). Soweit aber der Inhaber des Abhängigkeitspatents ohne solche Erlaubnis sein Patent benutzt, verletzt er gleichzeitig das ältere Patent.

Die Hilfsvermutung des OLG. beruht, wie es scheint, auf einem Mißverständnis der Grundsätze in RG. 119, 73. Der Vorderrichter beachtet nicht genügend, daß sich der Schutzbereich eines Patents nur in Ausnahmefällen nicht auf die Äquivalente erstrecken läßt. Ist eine äquivalente Ausführungsform vorbekannt, so ist es, sofern es sich wirklich bloß um Äquivalente handelt, schon gegen alle Regel, daß es dann überhaupt noch zu einer späteren Patenterteilung hat kommen können. Umgekehrt betrachtet: Gegenüber einem bereits erteilten Patent wird man im Patentverletzungsstreit die Angabe, eine äquivalente Ausführung sei vorbekannt, nur mit Vorsicht aufnehmen können. Um so mehr muß sich in aller Regel das Patent auf nicht vorbekannte Äquivalente erstrecken, wenn nicht besondere Sachlagen obwalten. Und wie es sich mit diesen verhält, ist in RG. 119, 73 zur Genüge dargetan, insbes. S. 74 Abs. 2. Man kann die dortigen Ausführungen

auch in dem Grundsatz zusammenfassen: je mehr bearbeitet ein Einzelgebiet der Technik bereits ist, um so enger der Schutzzumfang der dann noch darauf erteilten Patente; es ist also der umgekehrte Fall des Pionierpatents. Und in diesem Sinne ist die a. a. D. hervorgehobene „Bedeutung der Erfindung“ zu verstehen. Von alledem findet man nun im Bll. nichts. Als vorbekannt werden dort zunächst Dinge angeführt, die mit der hier geschützten Erfindung nichts zu tun haben. Der Umstand, daß es bereits Pressen in der Schuhherstellung gegeben hat mit einer Trägerscheibe, scheidet aus, weil nicht zur Erfindung gehörig. Sodann wird angeführt, die Kl. habe „nur eine die Wirksamkeit erhöhende, nämlich vervielfachende Wirkung“ erreicht. Hier spielt der Gedanke hinein, daß es regelmäßig keine Erfindung ist, durch Vervielfältigung der Mittel eine entsprechend vervielfältigte Wirkung zu erreichen. Dies würde hier dann gegeben sein, wenn weiter nichts gezeigt wäre als die Nebeneinanderstellung einer Anzahl von Klebmaschinen. Überschen wird, daß durch die Anbringung mehrerer Träger mit Einzelpressen an einem Maschinengefäß nebst gleichzeitiger Weiterschaltung unter Raum- und Materialersparnis eine Vereinfachung des Arbeitsganges erreicht wurde. Ebenso unzureichend ist die Erwägung, das Mittel der freitragenden Welle sei „in der Technik“ längst bekannt gewesen; hierzu kann auf das früher Gesagte verwiesen werden. Nichts ist also dafür beigebracht, daß man es mit einem solchen Fall zu tun hätte, wie er RG. 119, 73¹⁾ zu Grunde lag. Hierzu kommt noch eine weitere Beantwortung, zu der das Bll. Anlaß gibt. Es wird gesagt: „Überdies hat die Kl. ihr Patent 373 896 nicht als Zusatzpatent zum Patent 371 685 erwirkt. Sie muß sich also ihre eigene frühere Lösung ohne fliegende Welle als vorbekannt entgegenhalten lassen.“ Nicht beachtet wird hierbei die Lehre vom Zusatzpatent (vgl. Krause, PatG., § 7 S. 137, 138 Anm. 4 zu a a u. B.). Demnach käme die ältere Patentschrift 371 685 als Stand der Technik für das spätere Patent 373 896 nur dann in Betracht, wenn jene veröffentlicht wäre. Das Ergebnis wäre aber auch kein anderes, wenn bei sonst gleicher Sachlage das spätere Patent als Zusatzpatent zum älteren Patent erteilt worden wäre.

Aus der rechtskräftigen Teilabweisung der Kl. lassen sich keine patentrechtlichen Schlussfolgerungen auf den Schutzzumfang der Klagepatente herleiten, weil die Rechtskraft sich nicht auf die Urteilsgründe erstreckt. Ebenso wenig läßt sich bezweifeln, daß die Verwendung eines dreiarmligen Sterns, an dem die Tragkörper für die Pressen angebracht sind, nur eine Fortbildung der fliegenden Welle darstellt.

Das RevG. ist hiernach in der Lage, über den Unterlassungsanspruch schon jetzt i. S. der Klage zu erkennen, und zwar sowohl wegen Verletzung des Patents 371 685 wie wegen Verletzung des Patents 373 896, und ferner sowohl wegen der von der Bekl. angeführten älteren, wie wegen der neueren Bauarten mehrreihiger Pressen.

(U. v. 19. März 1932; 237/31 I. — Zweibrücken.) [Ka.]

1) ZB. 1928, 331.

Zu 8. Die Entsch. bringt, wenn sie sich auch nur als Bestätigung früherer Rechtsübung gibt, doch in Wirklichkeit eine Fortbildung der Grundsätze über das Vorbenutzungsrecht. Zwar hat das RG. schon seit längerem angenommen, man dürfe die in der Vorbenutzung verkörperte Erfindung nicht wie ein Patent auslegen. Während es bei einem Patent zulässig ist, einen der Erfindung zugrunde liegenden allgemeineren Gedanken als mitgeschützt anzusehen, selbst wenn der Erfinder das Prinzipielle in seiner Erfindung nicht erkannt hat, ist eine entsprechende Ausdehnung des Vorbenutzungsrechts, wenn es an der Erkenntnis des Vorbenutzers fehlt, nie zugelassen worden. Andererseits hat die Praxis des RG. es doch bisher zugelassen, bei Bemessung des durch die Vorbenutzung begründeten Besitzstandes auch die Kenntnis des Vorbenutzers von der Tragweite der Erfindung zu berücksichtigen. Umfaßte der Erfindungsbesitz auch andere Lösungswege als den tatsächlich benutzten, so ist das Vorbenutzungsrecht auch auf diese, nicht bloß auf glatte Äquivalente ausgedehnt worden. Die Entsch. v. 15. Febr. 1902 (PatMustZschBl. S. 180), v. 29. April 1911 (ebenda S. 289) und v. 3. Jan. 1914 (ebenda S. 156) gehen übereinstimmend von dem nachstehenden Grundsatz aus: „Enthält das bei der Vorbenutzung ausgeführte einen technischen Gedanken, der ohne weiteres über die bei der Vorbenutzung verwendete Formgebung hinausgeht und, einmal offenbart, auch in einer ab-

**8. § 5 PatG. Das Vorbenutzungsrecht er-mächtigt zur Weiterbenutzung nur so, wie die Vorbenutzung stattgefunden hat. Das Treffen von Veranstaltungen begründet das Vorbenutzungsrecht nur, wenn der ernstliche Wille vorhanden ist, die Erfindung zu benutzen.“)

Zum Vorbenutzungsrecht des Bekl. wird im Bll. gesagt: Aus den Darlegungen des gerichtlichen Sachverständigen erhelle, daß die Bekl. zur maßgeblichen Zeit eine genügende Erkenntnis des Erfindungsgebankens gehabt habe. Aus dem Anspruch 7 des L'schen Entw. ergebe sich bereits, daß „die Ansprüche 1 und 4 des Klagepatents hier vorweggenommen sind“. Der Sachverständige betone ausdrücklich, daß auch für den Durchschnittsfachmann zur Zeit der Patentanmeldung dieser Erfindungsgebänke ohne weiteres zu erkennen gewesen sei. Der zeichnerische Teil des L'schen Entw. zeige soviel grundsätzl. Einzelheiten, die unverändert in eine Schaltungsanordnung für einen Ortswähler hätten eingebaut werden können. Nur wirtschaftl. Gründe hätten die praktische Ausgestaltung vorläufig gehemmt. Auch sonst seien alle Voraussetzungen eines Vorbenutzungsrechts gegeben. Insbes. sei nachgewiesen, daß der L'sche Entw. aus dem Juli 1911 stamme. Es handle sich um Zeichnungen, die für den Betrieb der Bekl. gefertigt worden seien. Man habe beabsichtigt, diese Erfindung durch Patentanmeldung zu sichern und, „sobald die Gelegenheit sich bot“, praktisch in Benutzung zu nehmen. Nur „die wirtschaftl. Ausführung“ habe sich verzögert, „wie dies bei derartigen, der Postbehörde unterstellten Anlagen natürlich ist“. Also sei auch der subjektive Wille vorhanden gewesen, die Erfindung alsbald in Benutzung zu nehmen, und dieser Wille sei genügend zum Ausdruck gelangt.

Mit Grund greift die Rev. diese Ausführungen als rechtlich nicht schlüssig an. Aus den von der Bekl. selbst überreichten farbigen Schaltskizzen (a. a. D. Abb. 2 und 3) springt zunächst in die Augen, daß diese beiden als Vorbenutzung bezeichneten Schaltungen ja gerade den anderen Lösungsweg zeigen, den das Klagepatent ausdrücklich nicht beschrieben hat und der, wie vorher gezeigt, nicht den unmittelbaren Gegenstand dieses Patents bildet. Nun glaubt allerdings die Bekl. — und dem scheint auch der Vorder Richter zuzustimmen —, ihr Vorbenutzungsrecht erstrecke sich auch auf den ersten Lösungsweg (eine Umgehungsleitung, aber besondere Schaltvorgänge auf den Ortsstromkreisen), weil sie in bezug auf den allgemeinsten, beiden Lösungswegen gemeinsamen Erfindungsgebänken des Pionierpatents im Erfindungsbesitz gewesen sei. Diese Auffassung ist jedoch patentrechtlich nicht haltbar. Das Vorbenutzungsrecht ermächtigt den Vorbenutzer, seine Vorbenutzung so, wie sie stattfand, einschließlich der glatten Äquivalente fortzusetzen. Die Bekl. könnte also gegebenenfalls ruhig die Schaltungen nach den Abb. 2 und 3 a. a. D. weiter herstellen. Aber nicht hat

weidenden Form wiedergegeben werden kann, so wird auch die abweichende Ausführung durch das Vorbenutzungsrecht gedeckt, vorausgesetzt, daß der Vorbenutzer seine Benutzungshandlung als Verwirklichung der allgemeineren Idee erkannt hat“ (vgl. hierzu Pieker, Num. 17 zu § 5). Offensichtlich war das BG. von dieser Rpr. ausgegangen, wenn es festgestellt hat, daß die von den Bekl. vorbenutzte Erfindung eine Pioniererfindung darstelle und sich deshalb auch auf den allgemeinen Erfindungsgebänken erstrecke, der beide hier in Betracht kommenden Lösungswege (1. Umgehungsleitung, 2. besondere Schaltvorgänge) umfasse, und daß die Bekl. auch den vollen Erfindungsbesitz an dieser allgemeinen Erfindungsgebänke gehabt hätten. Dieser Auffassung tritt das RG. nunmehr mit Bestimmtheit entgegen. Am Schlusse der Entsch. heißt es: „Selbst wenn man also mit dem Vorderrichter als erwiesen ansieht, daß L. den vollen Erfindungsbesitz gehabt hat, ist damit der Erwerb eines Vorbenutzungsrechts noch nicht nachgewiesen.“ Weil die Vorbenutzungsbehandlung, so wie sie sich rein tatsächlich vollzogen hat, nämlich die Veranstaltungen zur Vorseferung der Münchner Fernsprechanlage, nur den einen Lösungsweg (Umgehungsleitung), nicht aber den des klägerischen Patents (besondere Schaltvorgänge) zum Gegenstand gehabt hat, beschränkt die Entsch. das Vorbenutzungsrecht auf den tatsächlich benutzten Lösungsweg; sie lehnt es ab, der Vorbenutzungsbehandlung mit Rücksicht auf eine über die tatsächlichen Vorgänge hinausgehende Erkenntnis des Vorbenutzers eine größere Tragweite zu geben.

Man wird die in der Entsch. zum Ausdruck gelangte Tendenz

der Vorbenutzer das Recht, sich auch die Ausführungsformen zu eigen zu machen, die gerade der Patentinhaber gezeigt hat, und die der Vorbenutzer dann als besonders zweckmäßig erkennt, gleichviel ob diese besonderen Ausführungsformen gegenüber dem allgemeinen Erfindungsgedanken selbst wieder erfinderisch sind oder nicht.

In dieser Weise hat sich bereits RG.: Zindl. 1913, 205 ausgesprochen: Die Vorbenutzung kann über das, was wirklich vorbenutzt ist, nicht hinausgehen und würde sich deshalb auf eine zweckmäßigere und vollkommene Ausgestaltung, wenn solche durch die Patente ... geschützt wären, nicht erstrecken. Diesem Standpunkt hat sich auch das Schrifttum angeschlossen (zu vgl. z. B. Fay, § 5 Anm. 17 Abs. 5; Piecker, § 5 Anm. 8 a. E.; Adler, bei Grünhut Bd. 27 S. 582 ff.).

Es kommt also darauf an, was als vorbenutzt zu gelten hat und ferner, inwiefern das so Vorbenutzte bereits den in der Verletzungsform dargestellten Erfindungsgehalt des Klagepatents enthält. Unstreitig kann hier nur in Betracht kommen eine Vorbenutzung in der Form des Treffens von Veranstaltungen. Denn auch die Fernsprechanlage in M. ist von der Bekl. erst nach der Anmeldung des Klagepatents geliefert worden. Diese Anlage entspricht der Abb. 2 in Bd. I Bl. 189. Dagegen ist bisher nicht schlüssig dargelegt, inwiefern die Schaltung nach Abb. 3 daselbst als ein Treffen von Veranstaltungen angesehen werden könnte. Sowohl Abb. 2 wie 3 stellen die Prinzipialschaltungen der späteren Anmeldung der Bekl. dar, auf die ihr dann das Patent 281 402 erteilt worden ist. Die Anmeldung eines Schutzrechts beweist aber bloß den Erfindungsbesitz, ist jedoch nicht gleichbedeutend mit der Benutzung der Erfindung. Das gleiche gilt von dem Entw. einer Anmeldung. Selbst wenn man also mit dem Vorderrichter als erwiesen ansieht, daß L. den vollen Erfindungsbesitz gehabt hat, ist damit noch nicht nachgewiesen der Erwerb eines Vorbenutzungsrechts. Es ist dies um so weniger der Fall, als nach feststehender Rspr. das Treffen von Veranstaltungen nur dann ein Vorbenutzungsrecht zu begründen vermag, wenn der ernstl. Wille vorhanden ist, die Erfindung sofort zu benutzen. In dieser Beziehung sagt aber der Vorderrichter nur, die Bekl. habe beabsichtigt, die Schaltung praktisch in Benutzung zu nehmen, „sobald die Gelegenheit sich bot“. Dies reicht nicht aus. Selbstverständlich wird der Anmelder diese Absicht immer haben, es sei denn, daß es sich um ein Sperrpatent handelt.

(U. v. 21. Okt. 1931; 38/31 I. — Berlin.) [Ra.]

9. § 35 PatG. Bei Prüfung der groben Fahrlässigkeit sind auch die objektiven Gesichtspunkte zu beachten; wichtig ist namentlich der jeweils gegebene Verletzungsfall. Unerheblich ist die Androhung der Nichtigkeitsklage.†)

Für die Rev.Jnst. handelt es sich nur um die Frage, von welchem Zeitpunkt ab die Bekl. grob fahrlässig in das Klage-

nur billigen können. Einem Erfinder, der seine Erfindung durch die Patentanmeldung der Allgemeinheit offenbart hat, den ganzen Gehalt der Offenbarung zugute kommen zu lassen, ist durchaus angezeigt. Gleiche Erwägungen können gegenüber dem bloßen Vorbenutzer, der die Erfindung für sich behält, nicht Platz greifen. Jede Ausdehnung des Vorbenutzungsrechts könnte nur auf Kosten dessen gehen, der sich durch die Anmeldung der Erfindung um die Allgemeinheit verdient macht. Es scheint durchaus angemessen, das Vorbenutzungsrecht streng auf die tatsächlich benutzte Ausführungsform mit Einschluß der glatten Äquivalente zu beschränken.

MinR. Kauer, Berlin.

Zu 9. Der vom RG. behandelte Streitstoff beschränkt sich auf die Frage, von welchem Zeitpunkt ab die Bekl. in das Patent der Kl. grob fahrlässig eingegriffen hat. Nach dieser Richtung hatte das BG. zugunsten der Bekl. einen späteren Termin festgestellt als das RG. Das RG. reprobiert die Annahme des OVG. aus mehrfachen Gründen, von denen schon der eine das Urtr. auf Rückweisung trägt, daß nämlich das BG. es unterlassen habe, in eine Prüfung der von der Kl. behaupteten und vom OVG. festgestellten Tatsache einzutreten, ob jeder Fachmann „ohne weiteres“ die Verletzung des Kl. Patentes durch die Vorrichtung der Bekl. erkennen mußte.

Das BG. hat den Einwand, daß der Betriebsdirektor der Bekl.,

patent eingegriffen hat, ob erst seit dem 27. Nov. 1926, wie das OVG. annimmt oder schon seit dem Tage, an dem das Warnungsschreiben der Kl. eingegangen ist.

Maßgebend für den Standpunkt des BG. waren folgende Erwägungen: Die Bekl. könne sich nicht darauf berufen, daß B. keine Vertretungsvollmacht gehabt habe. Denn sie habe jahrelang geduldet, daß B., der Erfinder der beanstandeten Vorrichtung, die Verhandlungen für sie mit der Kl. geführt habe, und sie habe so den Anschein erweckt, als sei B. ihr Bevollmächtigter. Zugunsten der Bekl. müsse freilich der Umstand ausschlagen, daß B. der Erfinder und Hersteller des beanstandeten Gruppenantriebs gewesen sei. Denn erfahrungsgemäß würden viele Erfinder von einer starken Zuversichtlichkeit beherrscht, glaubten hartnäckig an die Neuheit ihres Erfindungsgedankens und ließen sich nur schwer davon überzeugen, daß sie nichts neues erdacht, sondern in fremde Schutzrechte eingegriffen hätten. Dies treffe auch auf B. zu, wie seine Briefe zeigten. In diesen bestreite er nicht nur den Eingriff in das Klagepatent, sondern drohe „jogar“ der Kl. die Erhebung der Nichtigkeitsklage an. Von wissentlicher Patentverletzung könne daher keine Rede sein, aber auch vorerst nicht von grober Fahrlässigkeit. Erst die persönliche Besprechung B.s mit den Bevollmächtigten der Kl., Prof. R. und Oberingenieur K., v. 26. Nov. 1926 müsse dem Direktor B. die Überzeugung verschafft haben, daß die Bekl., wenn sie mit der weiteren Herstellung und Lieferung ihrer Gruppenantriebe fortführe, ein beträchtliches Risiko eingehe. Denn B. habe aus dieser persönlichen Besprechung die Folgerung gezogen, einstweilen von der weiteren Benutzung der Schaltung abzu-
zu sehen.

Mit Recht wendet sich hiergegen die Rev. Das BG. nähert sich dem von Fay (PatG., 5. Aufl., § 35 Anm. 9) vertretenen Standpunkt, wonach ein Gewerbetreibender, weil er sich vor schwerwiegende Maßnahmen gestellt sehe, dazu neige, den Schutzzumfang eines fremden Patents enger anzunehmen, als es der Sachlage entspreche. Ob indessen derartige Umstände bei der Frage der groben Fahrlässigkeit Berücksichtigung verdienen, erscheint äußerst zweifelhaft (vgl. Krause, PatG., S. 297 a. E., § 35 Anm. 4 zu II e). Zu beobachten ist die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 278 BGB.). Dieser verkehrsmäßigen Sorgfalt im zivilrechtlichen Sinne wohnt ein objektiver Bestandteil inne; persönliche Eigenheiten des Einzelnen werden regelmäßig nicht auf Beachtung rechnen können, und zwar um so weniger, wenn es, wie der Vorderrichter annimmt, eine allgemeine Lebenserfahrung sein sollte, daß sich Erfinder nur schwer von dem Eingriff ihrer Erfindungen in ältere Schutzrechte überzeugen ließen. Denn wenn dies so allgemein bekannt sein sollte, müßten solche Erfinder zur Wahrung der verkehrsmäßigen Sorgfalt einen objektiv urteilenden Fachmann zu Rate ziehen. Hierbei wird übrigens noch verkannt, daß auch Erfinder, die etwas „neues erdacht“ haben, nach der Lehre von der Abhängigkeitserfindung sehr wohl in fremde Schutzrechte eingreifen können.

dessen Handeln ihr zur Last gelegt werde, keine Vertretungsvollmacht gehabt habe, unter Billigung des RG. verurteilt, weil sie jahrelang geduldet habe, daß er für sie die Verhandlungen mit der Kl. geführt hat. Andererseits hat das BG. der Bekl. zugute gehalten, daß dieser Betriebsdirektor gleichzeitig Erfinder der patentverletzenden Vorrichtung gewesen sei, und daß es daher menschlich entschuldigbar sei, wenn er mit einer gewissen Hartnäckigkeit zunächst an seiner Überzeugung von der Neuheit seiner Erfindung festgehalten habe. Deswegen könne von wissentlicher Patentverletzung keine Rede sein und von grober Fahrlässigkeit erst seit der persönlichen Besprechung des Betriebsdirektors mit den fachkundigen Bevollmächtigten der Kl. Diese Berücksichtigung der rein subjektiven Stellungnahme des Patentverletzers bei Prüfung seines Verhaltens mißbilligt das RG. unter Hinweis auf § 276 BGB. (§ 278 ist ein offener Schreibfehler). Die verkehrsmäßige Sorgfalt sei nach objektiven Maßstäben zu beurteilen und nicht nach persönlichen Eigenheiten des einzelnen Menschen. Diese Rechtsauffassung ist für den hier zur Beurteilung stehenden Tatbestand unbedenklich zutreffend, wenn auch subjektive Momente anderer Art bei der Untersuchung, ob Fahrlässigkeit vorliegt, nicht völlig ausgeschaltet werden können. So hat das RG. in ständ. Rspr. angenommen, daß „die Anforderungen eines gewissen engeren Verkehrskreises und die typischen Eigenschaften der einem solchen bestimmten Verkehrskreis angehörender Gruppe von Menschen“ bei Abwägung der zu erfordernden Sorgfalt zu be-

Allein es braucht hierauf aus verschiedenen Gründen nicht näher eingegangen zu werden. Das BG. entnimmt die Überzeugung B.s, daß seine Erfindung von den Mitteln des Klagepatents keinen Gebrauch mache, daraus, daß B. der Kl. „sogar“ die Wichtigkeitsklage angebroht habe. Hieraus lassen sich aber keinerlei Schlüsse ziehen, weil bekanntlich die Erhebung der Wichtigkeitsklage der übliche Gegenzug ist, den die meisten Verletzungsbehl. unternehmen, zumal wenn die fünfjährige Frist des § 28 Abs. 2 PatG. noch nicht abgelaufen war.

Mit Recht weist ferner die Rev. darauf hin, daß es sich hier nicht um das Verschulden B.s, sondern um das der Bekl. handelt. Die Bekl. hat selbst vorgebracht, daß ihre beiden gesetzlichen Vertreter Kaufleute seien, also Nichttechniker. B. hatte die Vorrichtung nach seinen Angaben herstellen lassen, derentwegen die Bekl. haftbar gemacht werden sollte. Es wird zu prüfen sein, ob es nicht bei solcher Sachlage Pflicht der Bekl. gewesen wäre, den Rat eines unbeteiligten und patentrechtlich erfahrenen Fachmanns einzuholen.

Übersehen worden ist aber auch noch ein weiterer Gesichtspunkt von entscheidender Wichtigkeit. Die Frage, ob die Bekl. grob fahrlässig gehandelt hat, läßt sich nicht abstrakt ohne Berücksichtigung des gegebenen Verletzungsfalles beantworten. In erster Linie wäre vielmehr zu prüfen gewesen, wie sich die Verletzungsform zur geschützten Vorrichtung verhält. Das BG. hatte diese Prüfung vorgenommen und war zu dem Ergebnis gelangt, jeder Fachmann habe „ohne weiteres“ erkennen müssen, daß die Vorrichtung der Bekl. in das Klagepatent eingreife. Sollte das aber der Fall sein, so läge schon hiermit die grobe Fahrlässigkeit der Bekl. klar zutage.

(U. v. 14. Nov. 1931; 99/31 I. — Frankfurt.) [R.A.]

2. Lizenzrecht.

****10.** §§ 60, 63, 70 ff. GmbHG.; §§ 19, 22, 117, 134 R.D.; §§ 50, 56, 851, 857 Z.P.D.

1. Die Rechtspersönlichkeit einer aufgelösten Kapitalgesellschaft besteht unter der Voraussetzung fort, daß noch verteilbares Vermögen vorhanden ist. Kommt als solches Vermögen nur ein einziger Anspruch in Frage, so wird die Parteifähigkeit der Gesellschaft in Liquidation für die Geltendmachung dieses Anspruchs schon dadurch begründet, daß sie den Anspruch ernstlich geltend macht.

2. Ein Lizenzvertrag ist nicht so weitgehend und so fest in den Pachtvertrag einzuordnen, daß dessen Regeln unter allen Umständen, insbes. auch hinsichtlich der ausschließlichen Lizenzen, Anwendung finden müßten. Die Anwendung der Regeln über den Pachtvertrag ist aber dann gerechtfertigt, wenn das Recht des Lizenzinhabers

rücksichtigen sind (RG. 119, 400 = JW. 1928, 1049 und die dort angef. früheren Entsch.; RGRKomm., Anm. 3 zu § 276 zit.). Ein solcher Sonderfall liegt hier nicht vor.

Das RG. rügt endlich, daß das BG. übersehen habe, es handle sich gar nicht um das Verschulden des Betriebsdirektors, sondern der bekl. Gesellschaft selbst, deren gesetzliche Vertreter sich darauf berufen hätten, daß sie keine Fachleute seien. Das RG. verlangt daraufhin die Nachprüfung, ob sie nicht verpflichtet gewesen wären, sachkundigen Rat eines unbeteiligten Fachmannes einzuholen. Hier könnte das Bedenken erhoben werden, ob nicht die Handlungsweise des Betriebsdirektors, wie sie gegen die Bekl. ausgewertet werde, auch zu ihren Gunsten wirken müsse, so daß der gesamte Tatbestand nur aus der Person des Betriebsdirektors zu beurteilen wäre. Dieses Bedenken erscheint aber nicht begründet. Denn der Fall ist nicht anders zu beurteilen, als wenn ein wirkliches Vollmachtsverhältnis vorgelegen hätte. Neben dem Bevollmächtigten darf der Machtgeber selbst handeln. Daraus folgt, daß der Machtgeber selbständig und unabhängig von der Tätigkeit des Bevollmächtigten verpflichtet ist, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beobachten.

Da eigenes Verschulden der gesetzlichen Vertretung der Bekl. in Betracht kommt, bedurfte die Frage keiner Prüfung, ob die Bekl. in der Lage gewesen wäre, den Entlastungsbeweis aus § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu führen.

ZM. Dr. Albert Breslauer, Breslau.

nach dem Vertrag in dauernder Abhängigkeit von dem Recht und Betrieb des Lizenzgebers bleibt.

3. Wenn der Konkursverwalter auch wohl über eine Betriebslizenz nicht durch Übertragung verfügen kann, so ist ihm doch die Verwertung des Rechts beim Betriebsabbau nicht verwehrt.†)

Die Bekl., die Firma St. & K., war Inhaberin eines Reichspatents, das eine Vorrichtung zur Herstellung von Drahtgewebeziegeln schützt. Die Kl., die W.-G.-GmbH. in Liquidation, damals als aktive Gesellschaft, ließ in d. J. bis 1926 in ihrem Betrieb drei Maschinen zur Herstellung von Drahtgewebeziegeln arbeiten. Die Bekl. hielt ihr Patent für verletzt und verfolgte ihre Rechte gegenüber der jetzigen Kl. und deren damaligen Geschäftsführer B. im Wege der Klage und Einstw.Vers. Am 24. März 1926 kam es zu einem Vergleich, den die Bekl. mit der Kl., vertreten durch B. und mit B. persönlich schloß. Den Bestimmungen vorausgeschickt wurde, „daß B., wie er versichert . . . ernächtigt ist, allein den Vergleich für die W.-G.-Werke abzuschließen und daß Herr B. persönlich für die Wirksamkeit den W.-G.-Werken gegenüber einsteht“.

In § 1 erkennen die Kl. und B. an, daß die von ihnen bisher benutzten Drahtziegelpressen das Patent der Bekl. verletzen und daß demgemäß die erhobenen Klageansprüche zu Recht bestehen.

In § 2 erteilt die Bekl. der Kl., „um die Stilllegung ihrer Fabrik zu verhindern“, „eine nicht übertragbare Lizenz auf das Patent . . . unter folgenden Bedingungen“:

§ 3 bestimmt eine Lizenzgebühr von 10 Pf. je Quadratmeter Drahtziegelgewebe, den die Kl. v. 24. März an liefert.

Nach § 4 soll die Kl. auch nach Ablauf des Patents noch fünf Jahre lang eine (geringere) Lizenzgebühr für jeden gelieferten Quadratmeter Drahtziegelgewebe zahlen.

In § 6 wird der Kl. zugestanden, für die Zeit bis fünf Jahre nach Ablauf des Patentes Gewebeziegel nach einem umgrenzten nord- und westdeutschen Gebiet und nur dahin zu liefern mit dem Zusatz: „Nach diesen, den W.-G.-Werken vorbehaltenen Gebieten dürfen andererseits während der Dauer des Vertrages, also bis zum Ablauf von fünf Jahren nach Erlöschen des Patents weder von der Firma St. & K. noch von den W.-D.-Werken noch von der St.-Verkaufs-GmbH. Drahtziegel geliefert werden. Die Firma St. & K. steht dafür ein, daß auch die anderen genannten Firmen innerhalb dieser Zeit Drahtziegelgewebe nach dem den W.-G.-Werken vorbehaltenen Gebiet nicht liefern.“

§ 7 schafft Bindungen für die Kl. an Preis- und Lieferungsbedingungen der St.-Verkaufsgesellschaft.

§ 9: „Die W.-G.-Werke arbeiten zur Zeit mit drei betriebsfertigen Drahtziegelpressen. Weitere Drahtziegelpressen dürfen von den W.-G.-Werken während der Dauer des Vertrages weder selbst angefertigt noch von dritter Seite bezogen

Zu 10. A. 1. Das RG. steht im Einklang mit dem Schrifttum in ständiger Rspr. auf dem Standpunkte, daß die Auflösung einer Handelsgesellschaft i. S. des HGB. und der Nebengesetze nicht das Aufhören der rechtlichen Existenz der Gesellschaft, sondern nur das Aufhören des Erwerbszwecks bedeutet, daß die rechtliche Existenz der Gesellschaft vielmehr erst dann endet, wenn verteilbares Vermögen nicht mehr vorhanden ist.

Der Schluß der Entsch. enthält eine Einschränkung dieses Satzes dahin, daß das Vorhandensein eines höchstpersönlichen Rechts allein, das Fortbestehen der Gesellschaft nicht zur Folge haben kann. Mit Recht weist das RG. auf den Widerspruch hin, der entstehen würde, wenn eine Gesellschaft ihre Fortexistenz an ein Recht knüpfen könnte, dessen Bestehen seinerseits das Fortbestehen der Gesellschaft voraussetzt. Es würde dadurch das Erlöschen eines höchstpersönlichen Rechts durch Untergang des Subjekts illusorisch gemacht werden.

Andererseits wird der allgemeine Grundsatz, daß Gesellschaften so lange bestehen bleiben, als Vermögensobjekte vorhanden sind, dahin ergänzt, daß die Behauptung der Gesellschaft, ihr ständen noch Vermögensobjekte zu, zum Fortbestehen der Gesellschaft genügt, auch dann, wenn sich im Prozeß nachher herausstellt, daß die vermeintlichen Rechte der Gesellschaft gar nicht bestehen. Die Entsch. ist nicht nur aus praktischen Gründen begründenswert, sie steht auch mit dem allgemeinen Grundsatz durchaus im Einklang. Denn es ist nicht zu verkennen, daß schon die Behauptung des Bestehens eines Vermögensrechts, das im Prozeß geltend zu machen ist, einen u. U. recht er-

werden. Dagegen erklärt sich die Firma St. & K bereit, bei Bestellung komplette neue Webstühle mit Drahtziegelpressen zu liefern oder ein Werk namhaft zu machen, von dem sie diese Maschinen beziehen dürfen."

§ 11 räumt der Befl. Kontrollrechte hinsichtlich der maschinellen Einrichtung der Kl. ein.

§ 14 setzt für Überschreitung der Belieferungsgebiete gegenüber beiden Teilen Vertragsstrafen fest.

In § 16 übernimmt die Kl. die der Befl. entstandenen Prozeßkosten. Nach § 17 sollen alle gegenseitigen Ansprüche zwischen den Parteien, Schadensersatzansprüche der Befl. auch gegen B. abgegolten sein.

Bald nach diesem Vergleichsschluß im Mai 1926 fiel die Kl. in Konkurs. Von dem Konkursverwalter erwarb die Befl. die vorhandenen drei Drahtgewebeziegelmaschinen käuflich. Das Verfahren wurde durch Ausschüttung der Masse (11,74% Dividende) beendet.

Nach Aufhebung des Konkurses haben die Gesellschafter der Kl. die Eintragung der Gesellschaft als Liquidationsgesellschaft erwirkt und Liquidatoren bestellt, um Rechte aus der Lizenz des Vergleichs geltend zu machen. Insbes. hat die Kl. von der Befl. Erfüllung des Vergleichs nach dessen § 9 durch Lieferung von drei betriebsfertigen Drahtziegelmaschinen Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises verlangt, gleichzeitig mit dem Erbieten, der Befl. den im Konkursverfahren an der angemeldeten Kostenforderung (gemäß § 16 des Vergleichs) angemessenen Schaden mit 5909,59 RM zu ersetzen. Den Anspruch hat die Kl. auch auf die, wie sie meint, B. durch den Vergleich erwachsenen Rechte gegründet, Rechte, die B. am 14. Juli 1929 der Kl. abgetreten hat.

Das LG. hat die Klage abgewiesen.

In der BerInst. hat die Kl. in erster Reihe beantragt:

1. festzustellen, daß die Kl. zur Ausübung der in dem Vergleich für die Kl. und B. begründeten Rechte noch berechtigt und daher die Befl. verpflichtet ist, die von der Kl. bestellten drei betriebsfertigen Drahtziegelpressen neuester Konstruktion nebst den dazugehörigen Webstühlen Zug um Zug gegen Zahlung des Listenpreises zu liefern oder der Kl. ein Werk namhaft zu machen, von dem sie diese Maschinen beziehen darf;

2. hilfsweise die Befl. Zug um Zug gegen Zahlung des Listenpreises zur Lieferung dreier Drahtziegelpressen zu verurteilen;

3. hilfsweise festzustellen, daß der Vergleich v. 24. März 1926 infolge Rücktritts unwirksam geworden ist und daß die Kl. berechtigt ist, Drahtziegelpressen der Art, wie sie sie vor

bestehen Vermögenswert darstellt. Man denke nur an die durch eine solche Behauptung gegebene Möglichkeit eines Vergleichs. Prozessual würde eine gegenseitige Ansicht zu höchst unerwünschten Konsequenzen führen. Es müßte jede sachlich unbegründete Klage einer Liquidationsgesellschaft wegen mangelnder Parteifähigkeit abgewiesen werden, wenn während der Dauer des Prozesses die Verteilung des Vermögens mit Ausnahme der des eingeklagten Anspruchs beendet wird. Eine auf diese Weise wegen mangelnder Parteifähigkeit abgewiesene Gesellschaft könnte, wenn nachher ein anderes Vermögensstück gefunden wird, durch das die Parteifähigkeit der Gesellschaft unanfechtbar begründet wird, den Anspruch, mit dem sie abgewiesen ist, erneut einbringen, ohne daß ihr die Einrede der Rechtskraft entgegengehalten werden könnte.

2. Das RG. nimmt keine Stellung zu der Frage, ob, falls nach Beendigung des Konkurses noch Vermögen vorgefunden wird, dies im Wege der nachträglichen Ausschüttung vom Konkursverwalter nach § 166 RD. zu verteilen ist, also etwaige Ansprüche vom Konkursverwalter geltend zu machen sind, oder ob ein Liquidator zu bestellen ist (vgl. Staub-Pinner, Anm. 11 zu § 308 OWB.; Staub-Sachenburg, Anm. 18 zu § 63 GmbHG.). Im vorliegenden Fall war die Liquidation jedenfalls deshalb das Gegebene, weil behauptet wurde, der geltend gemachte Anspruch gehöre gar nicht zur Konkursmasse.

3. Die Entsch. enthält eine wichtige Ergänzung des durch das Ur. v. 25. Okt. 1927 (ZW. 1928, 633 ff.) festgelegten Satzes, daß eine in Liquidation befindliche GmbH. durch Beschluß aller Gesellschafter die Liquidation aufheben und wieder zur arbeitenden Gesellschaft werden könne. Die Frage, ob die vorliegende Klage mit dem Wesen einer liquidierenden Gesellschaft in Widerspruch stehe, weil sie werbende Zwecke verfolgen, bleibt zwar unentschieden. In einem Nebenatz wird aber klar ausgesprochen, daß eine in Konkurs gefallene GmbH. jedenfalls nur dann fortgesetzt werden kann, wenn der Konkurs durch Zwangsvergleich beendet ist. Die Entsch. v.

Abchluß des Vergleichs von dem Ingenieur S. geliefert bekommen und benutzt hat, selbst herstellen zu lassen und zu benutzen.

Ver. und Rev. wurden zurückgewiesen.

Die Kl. ist aus einem nach Ausschüttung der Masse gem. § 163 RD. beendeten Konkurs hervorgegangen. Dieser Vorgang führt zu der nach § 56 ZPO. von Amts wegen anzustellenden Erwägung, ob die Kl. parteifähig ist. Der VerR. geht in Übereinstimmung mit der Rspr. des RG. von der Meinung aus, die Rechtspersönlichkeit einer aufgelösten Kapitalgesellschaft bestehe unter der Voraussetzung fort, daß noch verteilbares Vermögen vorhanden sei (RG. 41, 95; 59, 325; 92, 77; Ur. v. 9. April 1927, I 304/26; BayRpflG. 1930, 392). Auch für den hier vorliegenden Fall der nach § 60 Ziff. 4 GmbHG. eingetretenen Auflösung macht der VerRichter mit Recht keine grundsätzliche Ausnahme (RG. 118, 337¹), ebenso Brodmann, GmbHG. § 63 Anm. 3b und § 7 Anm. 2 sowie Scholz: ZHR. 93, 116). Nur steht hier gerade zur Untersuchung, ob der Vermögensteil, den (allein) die Kl. über den Konkurs hinaus gerettet zu haben meint, noch in ihrer Hand besteht. Aus dieser Lage ist nicht herzuleiten, daß von dem Bestehen über das Bestehen des streitigen Anspruchs im Rechtsstreit die Rechts- und Parteifähigkeit der Kl. abhängig sei und folgerecht, falls das Bestehen der Lizenz samt Nebenrechten verneint wird, sich der von Anfang bestehende Mangel der Parteifähigkeit herausstelle. Für den rechtlichen Fortbestand der Gesellschaft in Liquidation muß es vielmehr im Geiste der vorbezeichneten Rspr. genügen, daß die Kl. die streitigen Rechte ernstlich in Anspruch nimmt. Es kann insbes. nicht i. S. des Prozeßgesetzes (§ 50 ZPO.) liegen, daß die — auch zur Entsch. über die Parteifähigkeit notwendige — Sachprüfung, falls das Recht nicht besteht, nur zu einem Prozeßurteil und nicht zur sachlichen Erledigung des Streitstoffes führen darf.

Ist danach die Parteifähigkeit der Kl. nicht zu beanstanden, so möchten Bedenken sachlich-rechtlicher Art (nicht aber hinsichtlich der Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit oder gesetzlichen Vertretung) gegen die Verfolgung der hier streitigen Ansprüche aus dem Umstand in Frage kommen, daß deren Durchsetzung, die Lieferung der Maschinen — zur Erzeugung — nicht wohl andere als werbende Zwecke verfolgen kann, mag auch der Erlös in erster Reihe zur teilweisen Tilgung der im Konkurs unbefriedigten Forderungen bestimmt sein. Ob dem die Bestimmungen der §§ 70 ff. GmbHG. entgegenstehen, insbes. angesichts des Umstands, daß für den Fall der Kl. jedenfalls § 60 Ziff. 4 des Ges. die Fortsetzung der

1) ZW. 1928, 633 ff.

25. Okt. 1927 ließ diese Frage ausdrücklich offen und gründete sich nur darauf, daß § 60 Ziff. 4 GmbHG. die Fälle, in denen eine aufgelöste Gesellschaft fortgesetzt werden könne, jedenfalls nicht erschöpfend regelt. Nunmehr zieht das RG. ausdrücklich ein argumentum e contrario aus § 60 Ziff. 4 GmbHG., und erklärt die Fortsetzung der GmbH. nach einem durch Ausschüttung der Masse beendeten Konkurs für unzulässig. Man wird diese Ansicht billigen müssen. Es entspricht dem wirtschaftlichen Zweck des Konkursverfahrens, daß, wenn es zur Verwertung der Masse und nicht zum Zwangsvergleich führt, der Betrieb von dem bisherigen Inhaber nicht mehr fortgeführt werden soll.

4. Von grundsätzlicher Bedeutung sind die Ausführungen des RG. zur Auslegung des § 1 RD. Die Entsch. des RG. zu diesem Punkte ist im Ergebnis richtig, auch der Begründung kann man grundsätzlich zustimmen. Es muß aber in einzelnen festgesetzt werden, daß nicht sämtliche Widersprüche ausgeräumt sind.

Bekanntlich gehören nach § 1 RD. zur Konkursmasse nicht die unpfändbaren Vermögensstücke. Das RG. stellt jedoch in dieser Entsch. mit Recht fest, daß dieser Grundsatz nicht uneingeschränkt gilt.

a) Für gewisse unpfändbare Rechte gelten nach ausdrücklicher Vorschrift der RD. Sonderregelungen. Dies ist der Fall z. B. für Miet- und Pachtverhältnisse und Dienstverträge, die nach Maßgabe der §§ 19 ff. RD. der Verfügung des Konkursverwalters unterliegen, obgleich weder das Nutzungsrecht des Pächters noch der Anspruch auf Dienstleistung pfändbar sind. Schon diese Ausführungen, an deren Richtigkeit ja kein Zweifel bestehen kann, vermögen die vorliegende Entsch. zu tragen, da das RG. annimmt, daß auf die hier streitige Lizenz Pachtrecht zur Anwendung kommt.

b) Das RG. begründet aber seine Entsch. noch mit einer weiteren Erwägung, der ein richtiger Kern zugrunde liegt, die aber vom RG. nicht konsequent durchgeführt wird. Es soll nämlich eine weitere

Gesellschaft nicht zuläßt, kann indes dahinstehen. Denn die Rev. scheitert daran, daß die von der Kl. verfolgten Rechte nicht bestehen.

Insofern ist mit dem VerR. der geltend gemachte Anspruch aus § 9 des Vergleichs auf Lieferung dreier Drahtziegelpressen als ein von dem Lizenzrecht ausstrahlender, zu einer selbständigen rechtlichen Behandlung nicht geeigneter Anspruch anzusehen. Entscheidend wird also, ob das in den §§ 2 ff. des Vertrages gestaltete Lizenzrecht trotz der Vorgänge im Konkurs bestehen geblieben ist. Der VerR. wendet die Regeln des Pachtvertrags auf das hier streitige Lizenzrecht, folgerichtig § 19 R.D., an. Er meint, in dem Verhalten des Konkursverwalters in bezug auf den Lizenzvertrag liege dessen fristlose Kündigung, insbes. in der Aufgabe der Fabrikationsräume, dem Verkauf der vorhandenen Maschinen an die Bekl. und schließlich in der ständigen Stellungnahme auch der Bekl. gegenüber, daß eine Vertragserfüllung nicht mehr in Frage komme. Mit dieser fristlosen Kündigung habe sich die Bekl., die von vornherein die Ansicht vertreten habe, eine Fortführung des Betriebs sei ausgeschlossen, mindestens durch den Ankauf der Maschinen stillschweigend einverstanden erklärt. Die tatsächliche Feststellung der einverständlichen Aufhebung des Lizenzvertrages ist der Kern dieser Erwägung. Ein Recht des Konkursverwalters zur fristlosen Kündigung ist aus § 19 R.D. nicht herzuleiten; es unterliegt aber keinem Bedenken, daß der Konkursverwalter da, wo ihn das Gesetz zur einseitigen Lösung von Vertragsbeziehungen des Gemeinschuldners durch Kündigung ermächtigt, wie in den Fällen der §§ 19 oder 22 R.D., er eine Aufhebung auch mit dem Vertragsgegner vereinbaren kann. Die Rev. teilt den Standpunkt des VerR. insofern, als auch sie in Übereinstimmung mit vielfacher Behandlung von Lizenzverträgen in der Rspr. des RG. (RG. 54, 272; 75, 400; 90, 162²); 116, 78³); 122, 70⁴) grundsätzlich Anwendung der für Pachtverhältnisse

gegebenen Regeln für zutreffend hält. Sie macht aber geltend, daß es sich hier um Berechtigungen handle, die nach dem Vertrag unübertragbar und deshalb der Verfügung des Konkursverwalters entzogen seien. Der VerR. trägt diesen Einwand dadurch Rechnung, daß er auf die §§ 851 Abs. 2, 857 ZPO. verweist. Fehl geht die Entgegnung der Rev., die entsprechende Anwendung des § 851 Abs. 2 ZPO. scheidet daran, daß es sich um eine Betriebslizenz handle, der Betrieb als solcher sei aber nicht pfändbar. Der Betrieb ist indes das (wirtschaftlich gedachte) Subjekt der Lizenz, nicht aber, worauf es nach § 851 Abs. 2 ZPO. ankommen würde, der kraft des Lizenzrechts „geschuldet“ Gegenstand. Die Bezugnahme des VerR. auf die §§ 851 Abs. 2, 857 ZPO. ist trotzdem nicht ohne Bedenken. Nach seiner Vertragsauslegung hat für die Kl. eine örtlich (und wohl auch sachlich) beschränkte, aber in dieser Umgrenzung ausschließliche Lizenz unübertragbar begründet werden sollen. Die Lizenz ist, insbes. als ausschließliche, deren absoluten („dinglichen“) Charakter die Rspr. des RG. (RG. 57, 38; 75, 400; 76, 235⁵); 83, 93⁶) anerkennt (vgl. auch Risch, Handbuch des Patentrechts, § 49 IV S. 221; A. Seligsohn, PatG. § 6 Nr. 5 und 6; Pischker, PatG. § 6 Num. 31; Jfay § 6 Anmerkung 10 ff.), ein von den Vertragsparteien im ganzen willkürlicher Ausschnitt aus den Befugnissen (Vorteilen), die die Ausübung des Patentrechts gewährt. Es geht deshalb kaum an, die Unübertragbarkeit der Lizenz, die eine von den Seiten des Ausschnitts ist, so anzusehen wie die einem seiner Art nach übertragbaren Recht im Einzelfall durch Parteiabrede beigelegte Unübertragbarkeit i. S. von (§ 851 Abs. 2 ZPO.) § 399 BGB. Indes trifft die Erörterung der Rev. mit dem BU., wenn nach der beiden gemeinsamen Anschauung die Regeln des Pachtvertrages anzuwenden sind, nicht den entscheidenden Punkt. Die grundsätzliche Unübertragbarkeit und die daraus folgende Unpfändbarkeit gilt allgemein für das

²) ZB. 1917, 857. ³) ZB. 1927, 1592. ⁴) ZB. 1928, 3041.

⁵) ZB. 1911, 668.

⁶) ZB. 1913, 1152.

Ausnahme von dem Grundsatz, daß unpfändbare Rechte nicht zur Konkursmasse gehören, für diejenigen Rechte gelten, deren Unpfändbarkeit nicht auf ihrer Unübertragbarkeit, sondern auf ihrer untrennbaren Verbundenheit mit dem Betriebe beruht. Diese Rechte sind nicht pfändbar, weil der Betrieb im ganzen nicht pfändbar ist, und insoweit auch eine Verwertung derjenigen Rechte, die mit dem Betriebe untrennbar verbunden sind, im Zwangsvollstreckungswege nicht möglich ist. Der Betrieb ist nicht etwa deshalb unpfändbar, weil er unübertragbar wäre, seine Übertragbarkeit steht ja außerhalb jeden Zweifels. Er ist aber nach herrschender Meinung nur eine Summe von tatsächlichen Verhältnissen und kein Recht. Pfändbar sind aber nur Rechte (Stein-Jonas, Anm. I 1 zu § 857 ZPO.; RG. 70, 228 = ZB. 1909, 202; ähnlich auch RG. 95, 237). Es ist nun, wie das RG. ganz klar erkannt, nach den Vorsch. der R.D. zweifellos, daß der Konkursverwalter über den Betrieb des Gemeinschuldners verfügen kann. Es wäre also ein durch nichts gerechtfertigter Formalismus, wenn der Konkursverwalter über Rechte, die mit dem Betriebe untrennbar verbunden sind, nur deshalb nicht sollte verfügen können, weil sie infolge ihrer Zugehörigkeit zum Betriebe unpfändbar sind, um so mehr, als der Gemeinschuldner mit diesen Rechten jedenfalls ohne Zustimmung des Konkursverwalters auch nichts anfangen könnte. Denn er könnte die Rechte nur zusammen mit dem Betriebe veräußern, dieser aber unterliegt nicht seiner Verfügung, sondern der des Konkursverwalters. Führt man diesen Grundsatz konsequent durch, so kommt man zu dem Schluß, daß alle Rechte, die nur zusammen mit dem Betriebe übertragbar sind, der Verfügung des Konkursverwalters unterliegen, obgleich sie nicht pfändbar sind. Der Konkursverwalter könnte sie nicht nur durch Kündigung oder vertragsmäßige Aufhebung verwerten, er könnte sie auch gemeinsam mit dem Betriebe veräußern. Dies ist für das Warenzeichen herrschende Meinung (vgl. Jaeger, Anm. 8 zu § 1 R.D.), es muß auch für die Betriebslizenz gelten. Ob für die Firma wegen ihrer Verbundenheit nicht nur mit dem Gewerbebetrieb, sondern auch mit dem Inhaber persönlich etwas anderes gilt, kann hier ununtersucht bleiben (vgl. Jaeger, Anm. 7 zu § 1 R.D.).

Das RG. zieht aber die vorerwähnte Konsequenz nicht. Es ist vielmehr der Ansicht, daß die im vorliegenden Fall im Vertrage v. 24. März 1926 vereinbarte Unübertragbarkeit der Lizenz auch den Konkursverwalter binde, so daß dieser die Lizenz auch nicht zusammen mit dem Betriebe habe veräußern, sondern nur in anderer Form verwerten können. Das RG. hatte unter Berufung auf § 851 Abs. 2 ZPO. die Zugehörigkeit der Betriebslizenz zur Konkursmasse bejaht, weil die Unübertragbarkeit nur auf Vertrag beruhe. Das RG. verwirft diese Ansicht, weil es sich um eine ausschließliche Lizenz

handele und die Unübertragbarkeit im vorliegenden Falle einen Teil des von den Vertragsparteien gewillkürten Ausschnittes aus den Befugnissen des Patentinhabers darstellte.

Dies ist inkonsequent. Man unterscheidet bekanntlich ausschließliche und einfache Lizenzen. Die ausschließliche Lizenz ist im Zweifel frei vererblich und übertragbar (Jfay, Anm. 37 zu § 6 PatG.; Seligsohn Anm. 5 ebenda) und pfändbar (Stein-Jonas, Anm. II 4 zu § 857 ZPO.). Die einfache Lizenz ist entweder eine persönliche Lizenz, die an die Person des Lizenznehmers geknüpft und deshalb unübertragbar ist, oder eine Betriebslizenz, die nicht an die Person, sondern an den Betrieb des Lizenznehmers geknüpft und zugleich mit dem Betrieb übertragbar ist (Jfay, Anm. 37 zu § 6 PatG.; Seligsohn Anm. 6 ebenda). Nach der Ansicht des RG. handelt es sich im vorliegenden Falle um eine ausschließliche Lizenz, die schlechthin unübertragbar und an den Betrieb geknüpft ist, also gewissermaßen Elemente aller drei Arten von Lizenzen in sich schließt.

Die Unübertragbarkeit eines Rechts kann auf gesetzlicher Vorschrift beruhen (z. B. Nießbrauch), sie kann darauf beruhen, daß die Leistung an einen anderen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts vorgenommen werden kann, insbes. weil dann die Leistung wirtschaftlich eine andere würde (§ 399 erster Halbsatz BGB.) oder weil die Übertragung des Rechts durch Vertrag ausgeschlossen ist (§ 399 zweiter Halbsatz BGB., vgl. Staudinger, I 1 und 2 zu § 399 BGB.). Daß der Übertragung von Lizenzen gesetzliche Vorschriften nicht entgegenstehen, ist zweifellos. Ob die Übertragung der Gestattung der Benutzung des Patents an einen Dritten den Inhalt der Lizenzgewährung verändern würde, hängt davon ab, ob die Lizenz dem Betriebe oder dem Lizenzinhaber gewährt ist. Nur dann, wenn die Lizenzgewährung an einen Dritten wirtschaftlich etwas anderes wäre, als die an den ursprünglichen Lizenznehmer, würde ein seiner Natur nach höchstpersönliches Recht vorliegen. Das wird bei einer Betriebslizenz, mag es sich um eine einfache oder ausschließliche Lizenz handeln, nur sehr selten der Fall sein. Die Vereinbarung, daß die Lizenz nicht übertragen werden kann, vermag die Höchstpersönlichkeit allein nicht zu begründen, weil sie im allgemeinen wirtschaftlich nur den Willen des Lizenzgebers kundgibt, bei einer etwaigen Überlassung des Rechts aus der Lizenz mitzuwirken. Die Unübertragbarkeit beruht hier ausschließlich auf Vertrag. Es kann auf sie jederzeit verzichtet werden, ohne daß damit wirtschaftlich das Recht des Lizenznehmers oder die Belastung des Lizenzgebers eine andere werden würde. Die Unübertragbarkeit ist also dem Konkursverwalter gegenüber unbeachtlich. Eine wirklich höchstpersönliche Leistung liegt nur vor, wenn aus Gründen, die vom Willen der

aus dem Pachtvertrag entspringende Nutzungsrecht des Pächters (RG. 70, 229⁷⁾; Stein-Jonas § 857 IV Abs. 2; Jaeger, RD. § 19, 1). Es mag zunächst dahinstehen, ob nach der Grundregel des § 1 RD. daraus folgen würde, daß ein Eingriff in den Pachtvertrag dem Konkursverwalter verjagt ist. Für den Fall der Miete und Pacht, ebenso wie für den insofern gleichartigen Fall des Dienstvertrags in § 22 RD., liegt jedenfalls eine gesetzliche Sonderregelung vor, die außer Zweifel stellt, daß dem Konkursverwalter die Verfügung auch hinsichtlich des unübertragbaren, also unpfändbaren Pächterrechts in dem Sinne zusteht, daß er in dem Zusammenhang des Gesamtvertrages es aufgeben kann. Eben dieser Zusammenhang mit den von dem Pächter als laufender Gegenwert der Nutzung zu gewährenden und ohne weiteres auf der Konkursmasse lastenden Leistungen ist es, der den Gesetzgeber, wiederum wie in dem Fall des § 22 RD., dazu geführt hat, die Entsch. über Fortsetzung oder Aufhebung des Rechtsverhältnisses in die Hand der Konkursverwalter zu legen (vgl. Jaeger a. a. D.). Daraus folgt von dem Standpunkt aus, den die Rev. mit dem VerR. einnimmt, diese Lizenz sei Rechtspacht, ohne weiteres die Befugnis des Konkursverwalters zur Verfügung über das Lizenzrecht und seine Ausstrahlungen. Nun ist allerdings nicht zu verkennen, daß wie erwähnt, die Vertragsauslegung durch den VerR. die Annahme nahe legt, der Vergleich habe eine ausschließliche Lizenz („Lizenz“ im weiteren Sinne gebraucht), ein absolutes, wenn auch in verschiedenen Richtungen beschränktes Recht der lizenznehmenden Kl. begründen wollen. Wird weiter erwogen, daß die Lizenz die ganze Geltungsdauer des Patentrechts und fünf Jahre darüber hinaus umfassen sollte, so daß in dem abgegrenzten Teil die Patentnutzung nie wieder an den Lizenzgeber heimgefallen wäre, so können erhebliche Zweifel entstehen, ob die für den Pachtvertrag geltende Regel des § 19 RD. der Lage des Falles gerecht wird. Die Rspr. des RG., in Übereinstimmung mit dem Schrifttum, ist entfernt davon, den Lizenzvertrag so weitgehend und fest in den Pachtvertrag einzuordnen, daß dessen Regeln unter allen Umständen, insbes. auch hinsichtlich der ausschließlichen Lizenzen, Anwendung finden müßten (RG. 75, 400; 90, 162⁸⁾; 122, 70⁹⁾; Seligsohn § 6 Anm. 6; Isch § 6 Anm. 6; Pacht ab-

lehrend Piezder, § 6 Anm. 16 zu c; Risch § 49 II 1). Indes überwiegen trotz der hervorgehobenen Zweifelspunkte dennoch für das vorliegende Verhältnis die der Pacht entsprechenden Merkmale. Nicht nur fällt ins Gewicht, daß ein (anteilmäßig gestaltetes) laufendes Nutzungsentgelt bestimmt ist und in § 7 Bindungen an die Preis- und Lieferungsbedingungen der ersten Nutzer, die ebenso wie das Kontrollrecht des § 11, kein gesellschaftliches (vgl. RG. 126, 65¹⁰⁾), sondern ein fortdauerndes Abhängigkeitsverhältnis von dem Quellenrecht zum Ausdruck bringen. Auch die Erzielung der Rechtsfrüchte bleibt in dauernder Abhängigkeit von dem Recht und Betrieb des Lizenzgebers, der nach dem im Mittelpunkt des Streits stehenden § 9 den Ersatz der Maschinen liefern soll und als einzige Bezugsquelle erlaubt ist. Schließlich lag bei der anteilmäßigen Bestimmung der Lizenzgebühr eine weitere laufende Gegenverpflichtung der Kl. in der nach Treu und Glauben anzunehmenden Ausführungsspflicht (M. Seligsohn in der Festgabe für Kohler S. 290; Risch a. a. D. § 49 II 4 c).

Würde sich aus diesen Erwägungen die Anwendung von § 19 RD. auf die zu beurteilenden Verhältnisse rechtfertigen lassen, so führt zu demselben Ergebnis entscheidend ein anderer in der Sache liegender Gesichtspunkt. Wie auch die Rev. aus den Feststellungen des VerR. entnimmt, handelt es sich um eine Betriebslizenz, deren Konkursfremdheit sich aus nichts anderem ergeben soll als daraus, daß sie untrennbar an den Betrieb geknüpft ist. Stein-Jonas, ZPD. zu § 857 II 4 Abs. 3 weist für die Unpfändbarkeit der Betriebslizenz darauf hin, daß der Betrieb selbst der Zwangsvollstreckung nicht unterliege. Auch die Rspr. des RG. erkennt an, daß nach deutschem Verfahrensrecht der Betrieb als solcher, als rechtliche Gesamtheit, der Zwangsvollstreckung nicht zugänglich ist (RG. 70, 228¹¹⁾; 95, 235). Aber es zeigt sich, daß die Gleichsetzung von pfändungsfreien und konkursfreien Gegenständen nach § 1 Abs. 1 RD. auch abgesehen von den dort gemachten Ausnahmen gerade in diesem Punkt nicht unverbrüchlich ist. Denn in § 117 Abs. 2 und in § 134 Ziff. 1 RD. wird (den Notwendigkeiten und der allgemeinen Übung gemäß) ohne weiteres unterstellt, daß der Konkursverwalter (mit der vorgeschriebenen Genehmigung) das Geschäft des Ge-

7) ZB. 1909, 202.

8) ZB. 1917, 857.

9) ZB. 1928, 3041.

10) ZB. 1930, 1724.

11) ZB. 1909, 202.

gegebenen, von Wissenschaft und Rspr. ausgebildeten Grundsätzen. Ein Lizenzvertrag braucht also nicht ein Pachtvertrag zu sein; dennoch ist er, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen gegeben sind, in bestimmten Beziehungen nach den Regeln des Pachtvertrages zu behandeln.

Aber die Entsch. verliert sich m. E. zu sehr in Konstruktionen, statt sich an den Sachverhalt zu halten. Sie konstruiert eine Aufhebung des Lizenzvertrages und stößt deshalb auf die Frage, ob der Konkursverwalter über das Lizenzrecht verfügen können. Nach dem Sachverhalt hat er das gar nicht getan; er hat die Maschinen verkauft. Dazu war er berechtigt; etwaige im Lizenzvertrag liegende Schwierigkeiten fielen dadurch weg, daß er an die Patentinhaberin verkaufte. Darin bleibt nur die Frage, ob die GmbH. auf dem Wege über die Errichtung einer Liquidationsgesellschaft auf den Vergleich zurückgreifen konnte. Bei Prüfung dieser Frage durfte nicht übersehen werden, daß die Lizenz nur erteilt wurde, „um die Stilllegung der Fabrik zu verhindern“. Das ist mehr als ein Motiv; im Lizenzvertrag grenzt es die Lizenz ebenso inhaltlich ab, wie es die Klausel der Unübertragbarkeit tut. Trat der Konkurs ein, so erlosch die Lizenz.

Die theoretischen Konstruktionsfragen haben m. E. in diesem Falle — wie gelegentlich auch sonst — dazu geführt, den entscheidenden Punkt aus dem Blickpunkt der Rechtskonstruktion heraus zu suchen. Das „Teufels“ hat wieder einmal verleitet; ein Beweis, daß wir in Deutschland noch viel mehr lernen müssen, daß der Sachverhalt und nur er das wichtigste ist.

Zur Theorie: Die Unübertragbarkeit band ihrem Inhalte nach in diesem Fall die Lizenz an den Betrieb. Die Unpfändbarkeit der Lizenz wurde dadurch unterstrichen. Das hindert aber nicht, daß sie mit dem Betrieb zusammen in die Masse fällt. Die Unpfändbarkeit verhindert das Losreißen vom Betrieb; der Betrieb ist aber, wenn auch kein selbständiges Recht, Rückgrat des Vermögens und gehört deshalb in die Masse. Dadurch zieht er die an ihm haftenden Rechte mit sich, und der Konkursverwalter kann verfügen. Dies genauer auszusprechen, gestattet die Knappheit des Raumes nicht; nur dies: zwischen Veräußerung der Lizenz an Dritte und Aufhebung des Lizenzvertrages ist natürlich ein großer Unterschied.

RA. Prof. Dr. W. Fischer, Hamburg.

Parteien unabhängig sind und in dem Inhalt des Rechts selbst liegen, ein Wechsel der Gläubiger den Inhalt der Kraft des Rechts geschuldeten Leistung verändern würde (RMKomm. Anm. 2 zu § 399 BGB.). Dies ist der Fall, wenn die Lizenz nicht an den Betrieb, sondern an die Person des Lizenznehmers geknüpft ist. Es ist auch denkbar, daß eine Lizenz an eine bestimmte Person gebunden ist und außerdem zur Voraussetzung hat, daß diese Person einen bestimmten Betrieb unterhält. Daß dies im vorliegenden Fall so wäre, geht aus dem Tatbestand nicht hervor, kann auch nicht vermutet werden. Das RG. hatte also Recht, wenn es annahm, daß die Unübertragbarkeit im vorliegenden Fall nur auf Parteivereinbarung beruhte, also den Konkursverwalter nicht band.

Steht man aber auf dem Standpunkt, daß die Unübertragbarkeit im vorliegenden Fall nicht auf Parteivereinbarung beruht, sondern dem Inhalt der Lizenz immanent ist, so muß man auch annehmen, daß die Lizenz nicht nur an den Betrieb, sondern auch an die Person des Betriebsinhabers geknüpft ist. Dann wird die Entsch. des RG. zwar mit dem Hinweis auf die Spezialvorschriften der RD. über die Pachtkündigung (s. oben 4a) und auf die Unmöglichkeit, den Fortbestand einer GmbH. nur auf das Vorhandensein eines höchstpersönlichen Rechts zu gründen (s. oben Ziff. 1), getragen. Es entfällt aber die Begründung, die sich darauf stützt, daß die Lizenz nur an den Betrieb und nicht an die Person des Inhabers geknüpft ist. Denn ein Recht kann nicht kraft seines Inhalts höchstpersönlich, aber nicht an die Person des Gläubigers gebunden sein. Daran, daß Rechte, die an die Person des Gemeinschuldners geknüpft sind, nicht zur Konkursmasse gehören, soweit nicht Spezialvorschriften eingreifen, hat auch das RG. offenbar nicht rühren wollen. Dies würde auch im klaren Widerspruch zu § 1 Abs. 4 RD. stehen.

RA. Dr. Georg M. Hamburger, Berlin.

B. In der Gestaltung des Lizenzrechts sind die Parteien frei. Daher die Schwierigkeiten in der Behandlung dieses Rechtsgebietes. Der Lizenzvertrag läßt sich nicht in die eine oder andere der schulrechtlichen Begriffsschichten pressen. Fast immer aber finden sich für seine Elemente die Anhaltspunkte in den verschiedenen, im Gesetz

meinschuldners (sein Unternehmen, seinen Betrieb) im ganzen veräußern kann. Kommt es zur Veräußerung nicht, so ist es doch eine für den Zweck des Konkurses nach § 117 KO. grundlegende Aufgabe des Konkursverwalters, das Geschäft soweit erforderlich durch Betriebsabbau, zu verwerten. Es kann nicht angenommen werden, daß dabei seiner Verfügung ein Recht, das nur um des Betriebes willen, nicht zugunsten des Inhabers selbst besteht, entzogen sein sollte. Sicherlich kann von einer Verfügung über das Recht durch Übertragung die Rede nicht sein, weil die Begrenzung des Rechts dem entgegensteht. Aber die Verwertung des Rechts bei dem Betriebsabbau, dessen entgeltliche Aufgabe, insbes. gegen Fortfall der damit verbundenen auf der Konkursmasse lastenden Pflichten, kann dem Verwalter nach den Zwecken des Verfahrens um so weniger verwehrt sein, als die Vollendung des Betriebsabbaus, sein Untergang, von selbst auch den des Rechts mit sich zieht. Im übrigen ist es im vorliegenden Fall auch zur Auflösung des Betriebs gekommen und darüber hinaus zur Auflösung der ihn haltenden juristischen Person, mit einem kleinen Rest, eben dieser Lizenz.

Wäre selbst das Recht nicht an den Betrieb als solchen, sondern an die Rechtsperson der Kl. gebunden worden, so würde nach dem Sinn einer solchen Bindung, die eine Rechtsgrenze enthält, die Fortdauer des Rechts unannehmbar sein. Die Kl. kann nicht gleichzeitig ihr eigenes Bestehen (ihre Rechtsperson) an nichts anderes als an eben dies Recht klammern und dessen Bestand wieder mit ihrer eigenen Fortexistenz begründen. Das Erlöschen eines subjektiv persönlichen Rechts durch Untergang des Subjekts ist eine wirtschaftlich bedeutende Rechtsausföcht für den damit Belasteten. Es ist nicht angingig, deren Verwirklichung durch solche Rechtsformungen hintanzuhalten.

Die Kl. sucht den Fortbestand der Lizenz auch aus einer Rechtsstellung von B. zu begründen. Abgesehen, daß das Erlöschen des Rechts mit Betriebsuntergang bei Anerkennung eigener Rechte von B. gelten müßte, hat der VerR. festgestellt, B. hätten solche Rechte nicht zugestanden werden sollen.

Schließlich ist dem VerR. beizutreten auch in der Abwehr des Hilfsanspruchs auf Feststellung, daß die Kl. berechtigt sei, Drahtziegelpressen der Art, wie sie von ihr vor dem Vergleich benutzt wurden, wieder herstellen zu lassen. Der VerR. hat von seiner gebilligten Rechtsauffassung aus zutreffend angenommen, daß die Aufhebung der Vergleichsregelung im Konkurs nicht zurückwirkend den Vergleich und damit das Anerkenntnis in dessen § 1 hinfällig mache. Aus der Annahme, die Lizenz sei mit dem Abbau des Betriebs wirksam aufgegeben oder mit seiner Auflösung untergegangen, ergibt sich die gleiche Folgerung.

(U. v. 26. Okt. 1931; 117/31 VIII. — Berlin.) [H.]
<= RG. 134, 91/92.>

Zu 11. Die entspr. Anwendbarkeit der Vorschr. über den Verkauf eines Rechts auf den Lizenzvertrag soll ebenso wenig diskutiert werden wie der Satz, daß § 437 Abs. 1 BGB. sich nicht auf den Verkauf eines Rechts beziehe, dessen Entstehung objektiv unmöglich ist. Was hier interessiert, ist wieder einmal der Sachverhalt, bei dem man sich fragt, ob ein Recht übertragen ist, dessen Entstehung objektiv unmöglich war. Daß die Erteilung der Patente ausgeschlossen war, ist nicht anzunehmen. Es handelt sich also nur um denjenigen Inhalt des Lizenzvertrages, der über den Patentschutz hinausgeht, also um die Zusagen über die praktische Bedeutung der mit Recht erwarteten Patente, wonach diese „jeden Wettbewerb anderer in solcher Art von Uhren ausschließen sollten“. Freilich ist sehr fraglich, ob das nicht schon reine Interpretation ist; denn unmittelbar anschließend wird wörtlich angeführt, „die für den Schutz der einzelnen Konstruktionen sorgen sollten“, was ganz etwas anderes ist. Aber man muß sich nun einmal an den Sachverhalt halten, wie das RG. ihn an Hand des Urts. des OVG. annimmt: die erwarteten Patente reichten nicht aus, um „jeden Wettbewerb anderer in solcher Art von Uhren auszuschließen“.

In RG. 68, 293 = JW. 1908, 448 war die Entstehung des Gebrauchsmusters ausgeschlossen; diese Entsch. fällt damit für unseren Fall aus. In RG. 78, 10 = JW. 1912, 139 liegt der Sachverhalt ähnlich wie in dem hier besprochenen Falle: Es wird Lizenz gewährt für Benutzung eines Patentes in der irrigen Meinung, daß die Kessel, die der Lizenznehmer vom Lizenzgeber bezog, unter dies Patent fielen; nachträglich stellt sich heraus, daß dies nicht zutrifft. Der Lizenzgeber konnte zwar auch andere, unter des Patent fallende Kessel liefern, was freilich die Parteien nicht vorgesehen hatten;

11. §§ 437, 440, 326 BGB. Bei einem feinem Inhalt nach rechtlich unmöglichen Lizenzverträge können Ansprüche aus §§ 437, 440 BGB. nicht entstehen.†)

Durch Vertrag v. 23. Juni 1928 übertrug die Bekl. zu 1 dem Bekl. zu 6, M., die Generalvertretung für die von ihr zu liefernde „Wumbus-Uhr mit Bild und Sprache 3 DRPA.“ im Bezirk Mittel-Baden. Diese Uhr sollte mit menschlicher Stimme die Stunden ausrufern und die Erzeugnisse von Firmen anpreisen, deren Reklamebilder sie gleichzeitig zeigte. Dem Vertrage lag ein Werbeschreiben zugrunde, daß die Vorzüge der Uhr anpries, für den Generalvertreter einen Mindestjahresgewinn von 4375 RM errechnete und darauf hinwies, daß drei zur Anmeldung gelangte deutsche Reichspatente für den Schutz der einzelnen Konstruktionen sorgten. Eine von der Bekl. zu 1 gelieferte Uhr entsprach nicht den Anpreisungen und wurde von dem Bekl. zu 6 gegen Zusage der Lieferung einer neuen Uhr zur Verfügung gestellt. M. hatte die Mängel dieser im U.-Theater in K. aufgestellten Uhr bereits in einem Schreiben v. 5. Dez. 1928 gerügt und eine entgegenkommende Antwort v. 8. Dez. erhalten, als er am 18. Dez. 1928 seine Generalvertretung mit allen Rechten und Pflichten, wie überhaupt sein Geschäft mit Aktiven und Passiven, insbes. mit der Uhr nebst Zubehör und allen für sie bereits getätigten Abschlüssen, auf die Rechtsvorgängerin der Kl., die Firma F. und H. übertrug. Als Gegenleistung sollte er einen Kaufpreis von 10000 RM und 10% des Reingewinns weiterer Apparate erhalten. 3600 RM sind ihm inzwischen gezahlt worden. Die Bekl. zu 1 hat dem Eintritt von F. und H. in den Vertrag zugestimmt, eine ordnungsmäßig arbeitende Uhr aber trotz Fristsetzung nicht geliefert.

Die Firma F. & H. und jetzt die Kl. verlangen deshalb 11000 RM Schadensersatz, nicht nur von der Bekl. zu 1 und vier weiteren an deren Geschäften und den Vertragsverhandlungen beteiligten Einzelpersonen, sondern auch von dem Bekl. zu 6, der, wie sie erklären, aus dem Vertrage, aus Verschulden beim Abschluß des Vertrages und aus unerlaubter Handlung hafte; er habe gewußt, daß die Wumbus-Uhr unbrauchbar sei. Der Bekl. zu 6 entgegnet, er habe den Kl. von allen ihm bekannten Mängeln Mitteilung gemacht.

Das OVG. hat den Bekl. zu 6 dem Grunde nach verurteilt. Seine Rev. hatte Erfolg.

Der Rev. ist zuzugeben, daß das OVG. auf der Grundlage seiner Vertragsauslegung nicht ohne weiteres zur Annahme einer Schadensersatzpflicht des Bekl. M. kommen durfte. Nach Ansicht des OVG. war eigentlicher Gegenstand der Verträge, die der Bekl. zu 6 einerseits mit der Bekl. zu 1, andererseits mit den Kl. (in der früheren Firma) geschlossen hatte, die Lizenz an drei alsbald entstehenden

gleichwohl stellt das RG. Teilnichtigkeit mit Wirkung für den ganzen Vertrag fest: der Vertrag wäre nicht zum Abschluß gekommen, wenn bekannt gewesen wäre, daß ein Patentschutz für diejenigen Kessel, die den Gegenstand des Vertrages bildeten, nicht vorhanden sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Gedankenengang streng logisch war — obgleich hierauf hingewiesen werden muß; denn die Behandlung der Lizenzverträge leidet häufig unter nicht ausreichender Durcharbeitung des Sachverhalts —, jedenfalls wird hier eine nähere Begr., weshalb man sich für die Unmöglichkeit entschied, nicht gebracht. Die Anwendbarkeit des § 306 BGB. wird als das Gegebene hingestellt. RG. 78, 265 = JW. 1912, 482 bringt einen anders gelagerten Fall: Das Patent, an dem Lizenz erteilt ist, wird in unwesentlichem Maße zum Teil vernichtet; aber es stellt sich später ein Vorbenutzungsrecht eines gewichtigen Konkurrenten heraus. Im Vertrage ist Lizenz zur Alleinfabrikation sowie zum Alleinvertrieb erteilt. Davon kann keine Rede mehr sein, da der Dritte in wirksamster Weise den durch das Patent geschützten Gegenstand mitverträgt. Gleichwohl kein Gedanke an Nichtigkeit, sondern nur Erörterung, ob der Lizenzgeber für das Nichtbestehen fremder Benutzungsrechte voll aufzukommen habe.

Die beiden Borentsich. sind angeführt, um die Rechtslage etwas näher zu beleuchten. Auch im letztangeföhrten Falle kann der Lizenzgeber ein Alleinfabrikations- und -vertriebsrecht tatsächlich nicht verschaffen, aber durch die jurist. Brille gesehen, könnte er es doch, wenn er nämlich den Vorbenutzer auskaufen oder sonst ausschalten würde; gelänge ihm dies, so ständen die Gegenstände des Lizenzvertrages unter wirksamem Schutz. Im vorhergehenden Falle dagegen läßt sich wenigstens für einen Teil der Kessel, und gerade

Wumbus-Uhr-Patenten, die jeden Wettbewerb anderer in solcher Art von Uhren ausschließen sollten. Weil aber der Gedanke solcher Uhr durchaus nicht neu war, bezogen sich, wie das BG. feststellt, die Patentanmeldungen tatsächlich nur auf Einzelheiten der Konstruktion und Schaltung im Innern der Uhr. Danach konnte also der Bevl. zu 6, konnten auch die Kl. ein Lizenzrecht, wie es der Vertrag nach Auffassung des BG. vorsch, „von der Bevl. zu 1 überhaupt nicht erhalten, weil dieser ein Ausschließungsrecht an der Wumbus-Wunderuhr weder Zustand noch der Erwerb eines solchen Rechtes überhaupt möglich ist“. Diese Worte, die die Gründe des BU. neben anderen ähnlichen Sätzen enthalten, hebt die Rev. mit Recht hervor, um darzutun, daß ein Lizenzrecht des gekennzeichneten Inhalts seiner Art nach rechtlich unmöglich zur Entstehung gelangen konnte. In solchem Falle kommt dann aber eine Haftung aus § 437 BGB. für den rechtl. Bestand des verkauften oder sonst (§ 445 daf.) veräußerten Rechts überhaupt nicht in Frage, sondern es handelt sich um einen auf eine von vornherein unmögliche Leistung gerichteten und deshalb nach § 306 BGB. nichtigen Vertrag (vgl. RRKomm., 1 zu § 437). Einen bergestellt über den Patentschutz hinausgehenden Lizenzvertrag hat der Senat bereits in einem früheren Falle (RG. 78, 10¹⁾) für nichtig erklärt, wenn er auch hier wie sonst (vgl. z. B. RG. 78, 365²⁾) die Anwendbarkeit oder doch entsprechende Anwendbarkeit der Vorschr. über den Verkauf eines Rechtes auf den Lizenzvertrag nicht in Frage stellt. Und ebenso hat er einen Vertrag beurteilt, dessen Gegenstand eine durch Gebrauchsmustereintragung (im Gegensatz zur Patenteintragung) nur scheinbar geschützte, in Wahrheit des Gebrauchsmusterschutz unfähige Erfindung war (RG. 68, 292³⁾). Hier (S. 293/94) wie in dem — an sich entgegengesetzt liegenden — Falle RG. 90, 244 ist dargelegt, daß der § 437 Abs. 1 BGB. seiner Entstehungsgeschichte nach (vgl. Prot. d. Komm. f. d. 2. Lesung d. Entw. des BGB. Bd. I S. 669) nur die Anwendung der Grundsätze über den Verkauf einer nicht bestehenden Sache ausschließen, sich aber nicht auf den Verkauf eines Rechtes beziehen soll, dessen Entstehung objektiv unmöglich ist.

(U. v. 10. Okt. 1931; 66/31 I. — Berlin.) [Ra.]

12. Wählt der Patentinhaber als Schadensberechnung entgangene Lizenzgebühren, so erschöpft sich darin sein Anspruch.†)

Als berechtigt erweist sich die Rev. insoweit, als sie — wenngleich mit unzutreffender Begr. — den Betrag be-

¹⁾ ZB. 1912, 139. ²⁾ ZB. 1912, 478. ³⁾ ZB. 1908, 448

für die, die den Gegenstand des Vertrages bilden, der Schutz überhaupt nicht herbeiführen. Darin zeigt sich eine Richtlinie. Aber sie genügt nicht zur Lösung unseres Falles, weil hier der erwartete Schutz doch Konstruktionen der Uhren selbst deckt und so diese Art gegen Wettbewerb abschließt. Nur eben nicht allgemein „solche“ Art von Uhren. Ein — erheblicher? — Unterschied in der Reichweite der betreffenden Vertragsbestimmung, der vielleicht doch nicht klar genug erkannt worden ist.

Es bleiben eben Zweifel genug. Ist eine Vereinbarung über den Alleinvertrieb Inhalt des Rechtes, das „verkauft“ wird? Oder ist sie eine Begleitvereinbarung? Die Antwort läßt sich, wie immer bei den Lizenzverträgen, nur im Vertrage und in den konkreten Umständen des jeweiligen Falles finden: eine Tatsache, die die einheitliche Bearbeitung dieses schwierigen Gebietes so außerordentlich erschwert.

RA. Prof. Dr. W. Fischer, Hamburg.

Zu 12. Die Entsch. wendet den allgemeinen Grundsatz an, daß der Patentinhaber, wenn er der Berechnung seines Schadensersatzanspruches die ihm entgangene Lizenzgebühr zugrunde legt, nicht daneben noch den Schaden ersetzt verlangen kann, der ihm daraus erwächst, daß durch eine jede Patentverletzung eine gewisse Beunruhigung des Marktes verursacht wird, deren Beseitigung mit Aufwendungen verbunden ist. Dieser Grundsatz deckt sich mit der im Schrifttum allgemein vertretenen Ansicht, daß nicht die mehreren dem verletzten Patentinhaber zustehenden Schadensberechnungsarten miteinander kumuliert werden dürfen (vgl. Jah., § 35 Anm. 15; Rijsch, Handb. S. 469; Seligsohn, § 35 Anm. 12). Allerdings finden sich zuweilen auch, so bei den letztgenannten Schriftstellern, Wendungen, die im Widerspruch zu der vorl. Entsch. zu stehen scheinen. Indessen ist der Widerspruch mehr

mängelt, den die Kl. zugesprochen erhalten hat. Es sei nicht gerechtfertigt, der Kl. „außer einer normal erhöhten Lizenz auch noch einen weiteren Schadensbetrag dafür zuzusprechen, daß ihr Absatz beeinträchtigt worden sei“. Dies war vielmehr die — allerdings unzutreffende — Begr. des BG. gewesen. Das BG. hatte ausgeführt, aus eigener Sachkenntnis beurteilen zu können, daß eine Lizenz bis zu 20% des Umsatzes der Übung im geschäftlichen Verkehr und auf dem streitigen Fachgebiet entspräche. Weitere 10 000 M seien der Kl. zuzubilligen für Aufwendungen zur Beseitigung der Marktverwirrung, die ohne das Verhalten des Bevl. nicht nötig gewesen seien. Das RG. dagegen hat die Lizenzgebühr einheitlich nach dem Satze von 25% mit der zu Eingang wiedergegebenen Begr. zugebilligt, also nicht, wie das BG., in Höhe eines Hundertsatzes zuzüglich einer festen Entschädigungssumme. Nun hatte aber die Kl. selbst nur einen Satz von 20% als angemessene Lizenzgebühr bezeichnet. Schon hiernach erscheint die recht beträchtliche Mehrzubilligung von 10 000 M bedenklich. In rechtlicher Beziehung kommt aber noch folgendes in Betracht. Die Schadensberechnung auf Lizenzgrundlage ist nicht dazu da, dem Patentinhaber, der einen über die angemessene Lizenzgebühr hinausgehenden Schaden gehabt zu haben behauptet, den dafür zu führenden Beweis abzunehmen. Berechnet der Patentinhaber seinen Schaden als Entschädigungslizenzgebühr, so ist immer nur zu prüfen, welchen Betrag der Patentinhaber für die Erteilung einer vertraglichen Lizenz hätte erlangen können. Sicherlich bemißt sich dies nach den Umständen des Einzelfalles (vgl. RG. 95, 220 [224]; Seligsohn, PatG. S. 416; § 35 Anm. 12b). Aber für Erwägungen, wie sie der Vorderrichter seiner Mehrzubilligung zugrunde gelegt hat, ist hier kein Raum. Als feste Grundlage bleibt daher nur der Satz von 20% bestehen.

(U. v. 2. Dez. 1931; 88/31 I. — Berlin.) [Ra.]

** 13. §§ 26, 36 Abs. 2 LStempStG. Für die Entscheidung der Frage, ob der Fiskus die rechtmäßig erhobene Stempelsteuer wegen später eingetretener Umstände zurückgeben muß, ist der Rechtsweg nicht gegeben.†)

Die Kl. schloß am 30. Jan. 1925 mit der D.-AktG. einen Lizenzvertrag. Sie erhielt die Alleinlizenz für Deutschland an gewissen Schutzrechten für den „sprechenden Bildfilm“ auf die Dauer von zunächst fünfzehn Jahren. Als Gegenleistung hatte sie 10% ihrer Bruttoeinnahmen aus der

ein scheinbarer als ein wirklicher. Man wird wohl unterscheiden müssen, wie folgt. Der Patentinhaber kann, wenn er die entgangene Lizenzgebühr liquidiert, nicht daneben den Schaden ersetzt verlangen, der ihm an seinem eigenen Absatz oder Gewinn durch die bloße Tatsache der Benutzung des Patentverletzers erwächst (insoweit nicht ganz klar Rijsch a. a. O.); denn er hätte sich, wenn er wirklich eine Lizenz erteilt hätte, diese Minderung des eigenen Absatzes und Gewinns gefallen lassen müssen; Gleiches muß also auch dann gelten, wenn er seinem Schaden die Lizenzgebühr zugrunde legt. Anders aber verhält es sich bezüglich desjenigen Schadens, den der Patentinhaber dadurch erleidet, daß die vom Patentverletzer in Verkehr gebrachten Produkte gegenüber den patentierten, etwa infolge unvollkommener Ausführung oder schlechten Materials, eine gewisse Minderwertigkeit aufweisen, durch welche der Ruf und damit die Absatzfähigkeit des Originalproduktes beeinträchtigt werden. Diesen Schaden kann der Patentinhaber durchaus neben der Lizenzgebühr verlangen. Denn auch wenn er eine Lizenz erteilt hätte, so wäre diese doch nur in dem Sinne gemeint gewesen, daß der Benutzer (Lizenznehmer) nur vollwertige Patentgegenstände in Verkehr bringen dürfte. Die Verbreitung minderwertiger Gegenstände würde durch die Lizenz nicht gedeckt sein und daher den Benutzer trotz der von ihm gezahlten Lizenzgebühr und außer derselben zum Erfasse der durch solche Minderwertigkeit dem Patentinhaber erwachsenden Schädigungen verpflichten. Folgerichtig kann der Patentinhaber, der keine Lizenz erteilt hatte, neben dem auf Lizenzgrundlage berechneten Schaden auch noch die gewerbliche Beeinträchtigung ersetzt verlangen, die auf der Minderwertigkeit der unbefugte verbreiteten Produkte beruht.

Gch. ZR. Prof. Dr. W. Rijsch, München.

Zu 13. In RG. 121, 276 ist eindeutig § 13 BGB. dahin ausgelegt, daß die Klage vor den ordentlichen Gerichten nur zulässig ist,

Verwertung der sprechenden Bildfilme durch Vorführung oder Verleih zu entrichten. Für den Fall, daß die Lizenzgebühren in den einzelnen Jahren die in § 9 des Vertrags bestimmten Minimalgrenzen nicht erreichten, sollte die Kl. befristet sein, sich durch Nachzahlung der fehlenden Summen innerhalb ein- und zwanzig Tagen die Alleinlizenz für das begonnene Lizenzjahr zu sichern; wenn sie diese Möglichkeit versäumen würde, sollte ihr nur noch eine einfache Lizenz zustehen.

Schon im ersten Vertragsjahr blieb die Lizenzgebühr hinter der Mindestgrenze zurück, die zur Erhaltung der Alleinlizenz erforderliche Nachzahlung ist nicht geleistet worden. Im November 1927 ist der Vertrag aufgelöst worden.

Das FinV. hat für den Vertrag einen Stempel von 17550 RM erfordert. Eine von der Kl. erhobene Klage auf die Feststellung, daß sie nicht verpflichtet sei, diesen Betrag zu zahlen, ist rechtskräftig abgewiesen worden. Später sind von der Stempelforderung 12550 RM niedergeschlagen, 1000 RM am 19. Mai 1930 von der Kl. gezahlt, der Rest ist ihr gestundet worden.

Im vorl. Rechtsstreit fordert die Kl. Erstattung von 999,50 RM. Sie behauptet, es seien nur 90,46 RM Lizenzgebühren während der Vertragsdauer gezahlt worden.

LG. und BG. haben verurteilt, RG. hat aufgehoben.

Die Kl. stützt die Rückforderung des von ihr gezahlten Stempelbetrags auf § 36 Abs. 2 VStempStG. Danach wird die Stempelsteuer, wenn einem der Vertragsschließenden ein Wahlrecht oder die Befugnis eingeräumt ist, innerhalb bestimmter Grenzen den Umfang der Leistung zu bestimmen, nach dem höchstmöglichen Werte des Gegenstands des Geschäfts berechnet; ist aber die Leistung nicht bis zu den bestimmten Grenzen erfolgt, so wird nach Ausführung des Geschäfts die gezahlte Stempelsteuer bis auf den der wirklichen Leistung entsprechenden Betrag erstattet.

Die von Amts wegen zu prüfende Frage, ob für den Klageanspruch der Rechtsweg zulässig ist, ist im Gegensatz zum BU. zu verneinen.

Nach § 26 VStempStG. ist der Rechtsweg zulässig „in Beziehung auf die Verpflichtung zur Entrichtung einer Stempelabgabe“. Allein diese Bestimmung, die eine Ausnahme von dem Grundsatz des preuß. Abgabenrechts bedeutet, daß der Rechtsweg im allgemeinen unzulässig ist (RG. 121, 276¹⁾), ist für die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs in preuß. Stempelfachen maßgebend. Aus dem Umstand, daß in anderen Vorschr. des VStempStG. dem Staat die Pflicht zur Erstattung gezahlter Stempelbeträge auferlegt ist, kann weder auf die Zulässigkeit noch auf die Unzulässigkeit des

¹⁾ JW. 1928, 2707.

wenn es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit handelt und nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind. Weiter ist festgesetzt, daß eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit gegeben ist, wenn der mit der Klage erfolgte Anspruch auf bürgerlich-rechtlicher Grundlage entstanden ist oder wenn er zwar im öffentlichen Recht wurzelt, der Rechtsweg aber — sei es reichs-, sei es landesrechtlich — eröffnet worden ist. Die bekannteste Ausnahme von diesem Grundsatz in der preuß. Gesetzgebung ist in § 26 PrStempStG. enthalten, nach dem „in Beziehung auf die Verpflichtung zur Entrichtung einer Stempelabgabe der Rechtsweg zulässig ist“. Mit Recht weist das RG. auf die Mehrdeutigkeit dieser Vorschr. hin. Der Wortlaut allein würde den Entsch. der beiden ersten Instanzen recht geben können. Aber Rpr. (RG. 60, 350), Schrifttum (vgl. Böckh-Eiffler, 10. Aufl., Ann. 2 b zu § 26; Mejererschmidt-Kollat, 5. Aufl., S. 183; Wenig S. 124) und Praxis haben die Vorschr. so ausgelegt, wie es in der obigen Entsch. geschieht, daß nämlich die Klage nur zulässig ist über die Frage, ob nach den zur Zeit der Einforderung, Zahlung oder Beitreibung des Stempels vorhandenen Voraussetzungen eine Verpflichtung zu seiner Entrichtung bestand, § 26 also eng auszulegen ist. Nur diese Vorschr. ist für die Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges anzuwenden. Alle anderen Vorschr. des VStempStG. über Erstattung von Steuern haben für die Frage der Zulässigkeit des ordentlichen Rechtsweges keine selbständige Bedeutung. Nur soweit die Voraussetzungen des § 26 erfüllt sind, ist es eine „bürgerliche Rechtsstreitigkeit“. So weist RG. mit Recht darauf hin, daß für Erstattungsansprüche nach § 25 Abs. 1 a VStempStG. die bürgerlichen Gerichte zuständig sein können, nicht dagegen für solche nach § 25 Abs. 1 b und c oder gar Abs. 2. Der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten gilt daher, wie das RG. nunmehr in An-

Rechtswegs in den so geregelten Fällen geschlossen werden. So enthält § 25 VStempStG., der in weitem Umfang die Erstattung anordnet, in Abs. 1 a zumeist Fälle, in denen auch der Rechtsweg zulässig ist, während Abs. 1 c Fälle behandelt, bei denen der Rechtsweg ausgeschlossen ist (RG. 83, 194). Der Umstand, daß § 6 Abs. 2 VStempStG. die Erstattung des Stempels anordnet, ist also für die hier zu entscheidende Frage ohne Belang. Ausschlaggebend ist die Entscheidung der Frage, ob der Streit der Parteien die Verpflichtung der Kl. zur Entrichtung der vom FinV. erhobenen Stempelsteuer betrifft, ob diese Verpflichtung also dadurch berührt wurde, daß sich aus der Ausübung des von der Kl. behaupteten Wahlrechts eine Vertragsleistung von geringerem Werte als dem der Stempelberechnung zugrunde liegenden ergab. Diese Frage ist zu verneinen. Die Ausnahmenvorschrift des § 26, deren Mehrdeutigkeit nicht zu verkennen ist, verträgt keine ausbehende Auslegung, sondern muß in engem Anschluß an den Wortlaut verstanden werden. Sie hat nur solche Fälle im Auge, in denen es sich darum handelt, ob nach den zur Zeit der Einforderung, Zahlung oder Beitreibung des Stempels vorhandenen Voraussetzungen eine Verpflichtung zu seiner Entrichtung bestand (RG. 60, 350). Darüber ist für den streitigen Anspruch auf die im Vorprozeß erhobene Feststellungsklage entschieden worden. Steht dagegen, wie im vorl. Falle, im Streit, ob nachträglich eingetretene Umstände in Frage stellen, ob der Fiskus die auf Grund einer bestehenden Verpflichtung gezahlten Beträge behalten darf, so sind die Voraussetzungen des § 26 nicht gegeben.

(U. v. 27. Nov. 1931; 142/31 VII. — Berlin.) [Ru.]
(= RG. 134, 247.)

3. Gebrauchsmusterschutz.

****14.** Beim Gebrauchsmuster ist nicht nur das geschützt, was bei der Anmeldung ausdrücklich als neu beansprucht worden ist; vielmehr ist dem gesamten Inhalt der Anmeldung zu entnehmen, was als eine Raumform angemeldet werden soll. †)

Die Bekl. und ein Teil der Sachverständigen haben aus der Entsch. in RG. 120, 224 (226)¹⁾ entnehmen zu sollen geglaubt, daß beim Gebrauchsmuster dem Erfinder nur das geschützt sei, was er bei der Anmeldung ausdrücklich als neu in Anspruch genommen habe. Dem ist der Vorderrichter entgegengetreten. Er hat, allerdings ohne zu RG. 120, 224²⁾ Stellung zu nehmen, unter Bezugnahme auf das RGUr. vom 4. April 1925: JW. 1926, 44¹⁾ (auch im Recht 1925, 229

¹⁾ JW. 1928, 1294.

²⁾ JW. 1928, 1294.

wendung der Auslegungsgrundsätze des § 26 festgestellt hat, ebensowenig für einen Erstattungsanspruch nach § 6 Abs. 2 VStempStG., weil zunächst die Steuerpflicht in voller Höhe begründet war und erst nachträgliche Umstände eingetreten sind, die einen nun im Verwaltungswege zu stellenden Anspruch auf Erstattung geben. Der Antrag muß bei dem mit erweiterter Zuständigkeit ausgestatteten FinV., in dessen Bezirk der Stempel verwendet ist, gestellt werden (vgl. Biff. 29 der AusfVest. z. VStempStG.). Über die Beschw. gegen einen ablehnenden Bescheid entscheidet das FinV. und endgültig auf eine weitere Beschw. der preuß. Finanzminister.

RU. Dr. Deiter, Hannover.

Zu 14. Die vorstehende Entsch. hat nur eine klärende, feststellende Bedeutung. Sie hebt scharf den Unterschied zwischen „Gegenstand des Gebrauchsmusters“ und „Schutzumfang des Gebrauchsmusters“ hervor. Der „Gegenstand des Gebrauchsmusters“ kann nicht allein aus dem — etwaigen — Schutzanspruch entnommen werden. Zu seiner Feststellung muß die Anmeldung in allen ihren Teilen herangezogen werden: Beschreibung, Schutzanspruch, Modell, Zeichnung. Diese Feststellungen sind aber nicht allein auf Grund des Wortlautes der schriftlichen Anmeldeunterlagen, des Modells resp. des Inhalts der Zeichnung zu treffen. Falls sich Unklarheiten, Zweifel ergeben, muß zur Beseitigung derselben der Stand der Technik herangezogen werden.

Es muß aber aus den Anmeldeunterlagen entnommen werden können, was der Anmelder als „neue“ Gestaltung der Raumform angesehen wissen will. Eine ausdrückliche Angabe des „Neuen“ ist indessen nicht erforderlich. Es sei der Vollständigkeit halber noch ein wichtiger Satz aus dem auch im vorstehenden Ur. wiederholt erwähnten Ur. (RG. 120, 224 ff. — JW. 1928, 1294) angeführt:

Nr. 694) und RG. 107, 100 (103) ausgeführt: Man müsse, wie beim Patent, so auch beim Gebrauchsmuster, annehmen, daß der Erfinder alles habe anmelden wollen, was er habe anmelden dürfen. Maßgebend für die Ermittlung dieses Willens sei nicht allein der Schutzanspruch selbst, sondern auch die beigefügte Beschreibung und die Zeichnung. Demnach beziehe sich der Schutz auf alle durch das Gebrauchsmuster verwirklichten technischen Fortschritte, auch wenn sie im Schutzanspruch selbst nicht ausdrücklich hervorgehoben seien, sofern sie nur neu seien und in der Zeichnung oder dem Modell eine räumliche Verkörperung gefunden hätten, so daß sie ohne weiteres in den Schutzanspruch hätten aufgenommen werden können.

Diesen Ausführungen ist im großen und ganzen beizustimmen. Nur sind sie dahin zu berichtigen, daß es sich hier lediglich um den Gegenstand des Gebrauchsmusters, nicht um seinen Schutzzumfang handelt, und daß ferner nur die Angabe der technischen Neuerung selbst, nicht aber die Angabe des dadurch erstrebten technischen Vorteils in Frage steht. So verstanden steht aber mit ihnen auch der in RG. 120, 224^{a)} entwickelte Standpunkt im Einklang.

Die Grundregel, an der das RG. stets festgehalten hat, ist: Aus dem Inhalt der Anmeldung muß — gegebenenfalls im Wege der Auslegung — zu entnehmen sein, was als neue Raumform angemeldet werden soll. Wie in RG. 120, 224 (227)⁴⁾ gesagt worden ist: was nicht in der Anmeldung als neu hervorgehoben ist, kann nicht Gegenstand des Gebrauchsmusters sein. Maßgebend hierfür sind jedoch keineswegs allein die Schutzansprüche, zumal da gesetzlich eine Zusammenfassung in Schutzansprüche nicht vorgeschrieben ist. Mitzuprüfen ist also auch der gesamte übrige Inhalt der Anmeldung mit Zeichnung und Modell. Wo Zweifel sind, ist der Stand der Technik heranzuziehen, wie dies in RG. 120, 228⁵⁾ näher auseinandergesetzt ist. Was dagegen nicht angegeben zu sein braucht, ist die Begründung für die beanspruchte Neuheit gegenüber dem bisherigen Stand der Technik und die Begründung für den Erfindungscharakter der Neuheit. Etwas anderes sollte auch in RG. 120, 227⁶⁾ a. E., 228 oben nicht gesagt werden (zu vgl. Wertheimer: JW. 1928, 1294¹²⁾).

Von diesen Grundsätzen ist das RG., wie bereits in RG. 120, 226 betont wurde, in den dort genannten früheren Entsch. nicht abgewichen. So wird in RG. 107, 100 (103) ausgeführt, daß der Sachmann aus der Anmeldung erkennen müsse, worin der Erfinder die neue Gestaltung erblickt habe, wenn es auch nicht notwendig einer Anspruchsformung bedürfe. Ferner heißt es im RWrt. v. 4. April 1925 a. a. D. nur, daß es unschädlich sei, wenn der Anmelder den neu aufgefundenen Vorzug (also den technischen Fortschritt) unzutreffend oder überhaupt nicht angebe. Endlich enthält auch das RWrt. v. 7. Okt. 1916: Z. f. JN. 1916, 231 nichts Abweichendes. Am Schlusse dieses Urteils ist nur gesagt, es sei belanglos, daß die dortige Kl. ursprünglich das Neue in ihrem Gebrauchsmuster in anderen Vorzügen erblickt und mit ihren Angaben darüber mehrfach gewechselt habe. Hieraus läßt sich also nicht entnehmen, daß überhaupt von dem Inhalt der Gebrauchsmusteranmeldung die Rede sein soll, und außerdem handelt es sich dort wesentlich um die Frage der Fortschrittlichkeit, von der das früher Gesagte gilt.

(U. v. 16. Sept. 1931; 7/31 I. — Düsseldorf.) [R.]
(= RG. 133, 260.)

¹⁾ JW. 1928, 1294.

⁴⁾ JW. 1928, 1294.

²⁾ JW. 1928, 1294.

⁵⁾ JW. 1928, 1294.

„Bei bestehenden Zweifeln ist als Gegenstand des Gebrauchsmusters alles das anzusehen, was nach dem Stand der Technik als neu und schutzfähig erscheint und daher, wie zu vermuten ist (!!) von dem Anmelder für den Gebrauchsmusterschutz in Anspruch genommen werden sollte.“

Nachdrücklich ist darauf hinzuweisen, daß bei der Ermittlung des Gegenstandes des Gebrauchsmusters lediglich die technischen Neuerungen in Frage kommen. Der vom Erfinder erstrebte technische Vorteil muß nicht ersichtlich gemacht werden. Ein anderes wieder und verschiedenes von dem aus den Anmeldeunterlagen ermittelten „Gegenstand des Gebrauchsmusters“ ist der Schutzzumfang des Gebrauchsmusters.

JN. Prof. Dr. Ludwig Wertheimer, Frankfurt a. M.

15. Bei der Auslegung des Schutzzumfanges eines Gebrauchsmusters ist anzunehmen, daß der Anmelder das anmelden wollte, was neu war. Der Erfindungsgedanke bedarf aber einer technischen Wirkung, die rein sprachliche Bedeutung macht ihn nicht schutzfähig.)

Nach der Darstellung des Bekl. liegt die erfinderische Neuheit ihres Gebrauchsmusters darin, daß dem Leser die gleichzeitig stattfindenden Funktendungen verschiedener Orte innerhalb eines abgegrenzten Feldes derart vor Augen gebracht werden, daß der Leser durch einen Blick auf das Feld davon unterrichtet wird, welche Vorträge in diesem Augenblick gerade in der Sendung begriffen sind. Es soll also nicht notwendig sein, seinen Augenmerk auf ein früheres Feld zu lenken, um festzustellen, ob ein bestimmter Vortrag noch läuft. Der Vortrag soll vielmehr in jedem Felde aufgeführt sein, in dessen dort angegebenen Zeitraum auch nur ein Teil von ihm fällt, so daß also bei längerer Dauer eines Vortrags er in mehreren aufeinander folgenden Feldern erscheint. Das RG. hat geprüft, ob dieser Gedanke offenbart sei, und das in Übereinstimmung mit dem BG. verneint. Zu dem Satz in der Gebrauchsmusterbeschreibung „Diese Anordnung und Einteilung verfolgt den Zweck, durch zusammenhängende Wiedergabe gleichzeitig stattfindender Funktendungen an verschiedenen Orten innerhalb eines abgegrenzten Feldes die leichte und bequeme Auffindung und Einstellung beliebiger Rundfunksendungen zu der bestimmten Zeit zu ermöglichen“ sagt es: Nach allg. Sprachgebrauch werde unter „Wiedergabe gleichzeitig stattfindender Rundfunksendungen“ nur die Wiedergabe gleichzeitig beginnender Sendungen verstanden; nichts deute auf eine wiederholte Angabe derselben Sendung hin. Die Auslegung des Bekl. sei eine unhaltbare Wortauslegung. Ihr stehe vor allem auch die Gebrauchsmusterzeichnung entgegen, in der der behauptete Erfindungsgedanke nirgends ersichtlich gemacht sei, obgleich dies durch ein Beispiel leicht hätte geschehen können. Der Senat sei daher überzeugt, daß der Bekl. den von ihm in Anspruch genommenen Erfindungsgedanken nicht gehabt, geschweige denn ihn im Gebrauchsmuster erkennbar gemacht habe. Was übrig bleibe, sei allenfalls die Anordnung von Zeitfeldern mit Angabe des Vortragsbeginns. Diese Anordnung sei, wie das BG. an der Hand der veröffentl. Zeittafeln der Radio-Umschau darlege, offenkundig vorbenutzt. Die Anordnung, welche der Bekl. als geschützt ansehe, entbehre aber auch der Schutzfähigkeit als Gebrauchsmuster. Es handele sich um eine Art graphischer Darstellung von Vorgängen, die über eine technische Wirkung hinausgehe, und zwar literarischen Urheberrecht genießen könne, aber nicht den Schutz eines Gebrauchsmusters.

Die Rev. beanstandet die Auslegung der Gebrauchsmusteranmeldung, und nicht ohne Grund. In dem vom RG. angezogenen Satz des ersten Absatzes der Beschreibung wird es als Zweck der neuen Anordnung bezeichnet, „durch zusammenhängende Wiedergabe gleichzeitig stattfindender Funktendungen an verschiedenen Orten innerhalb eines abgegrenzten Feldes die leichte und bequeme Auffindung und Einstellung beliebiger Rundfunksendungen zu der bestimmten

Zu 15. Das vorstehende Urteil bringt zwei Grundsätze des Gebrauchsmusterrechts zum Ausdruck.

a) Bei der Feststellung des Schutzzumfanges eines Gebrauchsmusters wird vom RG. regelmäßig — erfinderfreundlich! — unterstellt, der Anmelder habe das offenbart und angemeldet, was bei dem Gegenstand des Gebrauchsmusters nach dem Stand der Technik am Tage der Anmeldung als „neu“ anzusprechen war.

b) Der in Gebrauchsmuster zum Ausdruck gelangende Gedanke muß eine technische Wirkung äußern, sonst ist ein schutzfähiger Gegenstand nicht vorhanden. Ob eine dreidimensionale Raumform unbedingt nötig ist und nicht auch Flächenmuster gebrauchsmusterschutzfähig sind, ist streitig. Das RG. ist bisher einer Entsch. dieser recht wichtigen Frage ausgewichen. Es hat auch in der vorl. Entsch. dazu keine endgültige Stellung genommen, weil, wie das BG. wiederholt schon betont hat, es jedenfalls nicht genügt, wenn der Erfindungsgedanke lediglich in Schriftzeichen in Erscheinung tritt, die ohne eine technische Wirkung zu erstreben oder zu erzielen, sich lediglich an den menschlichen Geist wenden. Dies selbst dann, wenn die übermittelte Kenntnis bedeutsam ist.

JN. Prof. Dr. Ludwig Wertheimer, Frankfurt a. M.

Zeit zu ermöglichen". Übereinstimmend damit heißt es abschließend hierin im ersten Satz des zweiten Absatzes, daß das Auffuchen der gleichzeitig stattfindenden Vorträge verhältnismäßig mühsam und zeitraubend gewesen sei. Gleichzeitig stattfindende Vorträge sollen also verzeichnet werden, damit man sich leicht und schnell darüber zu unterrichten vermag, welcher Vortrag zu einer bestimmten Zeit angehört werden kann. Davon, wann diese Vorträge beginnen, ist mit keinem Wort die Rede. „Gleichzeitig stattfindend“ ist nicht gleichbedeutend mit „gleichzeitig beginnend“. Diese Ansicht beider Vordergerichte hat den Wortlaut der Beschreibung jedenfalls nicht für sich. Es liegt aber auch in der Natur der Sache, daß der Rundfunkhörer nicht immer nur Wert darauf legen kann, zu erfahren, welche Vorträge gleichzeitig beginnen, sondern sich in vielen Fällen damit begnügen muß, die zu einer bestimmten Zeit stattfindenden Vorträge zu ermitteln, mögen sie auch bereits zu einer früheren Zeit begonnen haben. Seine Verhältnisse werden es ihm oft nicht gestatten, einen Vortrag, den er hören möchte, von Anfang anzuhören; er wird sich nicht selten damit begnügen müssen, einen späteren Teil eines Vortrags zu hören, dessen Anfang er aus Mangel an Zeit oder aus sonstigen Gründen nicht anhören konnte. Fraglich kann nur sein, ob der Gedanke, die zu einer bestimmten Zeit stattfindenden Vorträge, auch wenn sie bereits früher begonnen haben, in jedem Feld zu verzeichnen, hinreichend offenbart ist. Die in dieser Beziehung bestehenden Bedenken greifen aber nicht durch, zumal in Anbetracht des bisher anscheinend übersehenen Umstandes, daß auf der Gebrauchsmusterzeichnung im Uhrfeld 14 an erster Stelle „Röln 12,00“ steht. Dadurch ist hinreichend zum Ausdruck gebracht worden, daß die Uhrfelder nicht nur den Beginn der Vorträge angeben, sondern auch solche Vorträge enthalten sollen, die schon früher begonnen haben, aber zur Zeit noch fortgesetzt werden. Überdies ist nach der Rspr. des Sen. bei der Auslegung des Schutzanspruchs eines Gebrauchsmusters davon auszugehen, daß der Anmelder das hat offenbaren und anmelden wollen, was nach dem Stande der Technik neu war. Neu aber ist der von dem Bfkl. in Anspruch genommene Erfindungsgedanke; das Gegenteil hat das RG. bei seiner Erörterung des Standes der Technik nicht festgestellt; es ist auch nicht behauptet worden. Berücksichtigt man dies, so sind aus dem Inhalt der Gebrauchsmusteranmeldung keine Bedenken dagegen herzuleiten, diesen Erfindungsgedanken als geschützt anzusehen.

Die Entsch. hängt daher davon ab, ob die zweite Erwägung des RG. zutrifft, daß es nämlich mangels einer technischen Wirkung an einem des Gebrauchsmusterschutzes fähigen Gegenstand fehle. Das ist der Fall. In der Anmeldung wird als Gegenstand des Gebrauchsmusters eine „Anordnung für Rundfunk-Vortragsfolgen“ bezeichnet. Nach § 1 GebRMustG. können jedoch nur Modelle von Arbeitsgerätschaften oder Gebrauchsgegenständen oder von Teilen solcher, also körperliche Gegenstände, den Schutz als Gebrauchsmuster genießen, insofern sie dem Arbeits- oder Gebrauchszweck durch eine neue Gestaltung, Anordnung oder Vorrichtung dienen sollen. Als Gegenstand des Gebrauchsmusters könnte daher vorliegend nur ein Blatt aus Papier oder ähnlichem Stoff in Betracht kommen, soweit es dem Arbeits- oder Gebrauchszweck in der angegebenen Weise zu dienen bestimmt ist. Die neue Anordnung, die den Gebrauchsmusterschutz begründen soll, tritt räumlich nicht nach drei Richtungen, sondern nur als Flächenmuster in Erscheinung. Die im Schrifttum streitige Frage, ob dies ausreicht, ist vom RG. bisher nicht entschieden worden (vgl. RG. 48, 77; 114, 146, 147¹); 115, 134). Auch hier bedarf es dazu keiner Stellungnahme. Denn, wie der Sen. bereits in RG. 48, 77 ausgesprochen und seither festgehalten hat (vgl. RG. 106, 238²), genügt es jedenfalls nicht, wenn der Erfindungsgedanke lediglich in Schriftzeichen in die Erscheinung tritt, die ohne technische Wirkung sich nur ihrer sprachlichen Bedeutung entsprechend an den menschlichen Geist wenden, um ihm etwas Wissenswertes mitzuteilen. Der Rundfunkhörer soll nach dem Vorschlage des Bfkl. darüber unterrichtet werden, welche Rundfunkvorträge zu einer bestimmten Zeit stattfinden. Einem anderen Zweck dient das Gebrauchsmuster des Bfkl. nicht. Diese Wissensübermittlung soll möglichst leicht sein

und ohne größeren Zeitverlust vorstatten gehen. Dem dient die Anweisung, sich nicht auf die Angabe des Beginns und der Endzeit jedes Vortrages zu beschränken, sondern in mit der Uhrzeit bezeichnete Felder alle in einem bestimmten Zeitraum stattfindenden Vorträge aufzunehmen, auch wenn sie zu einer früheren Zeit beginnen oder endigen. Dies soll ferner durch die Art und Weise erleichtert werden, in der nach dem Vorschlage der Anmeldung die Uhrzeiten zu bezeichnen sind. Soweit hiernach überhaupt von einer auf einer Fläche stattfindenden räumlichen Anordnung gesprochen werden kann, ist sie von keinerlei technischen Bedeutung, sondern soll lediglich den angegebenen Zweck der Wissensübermittlung fördern, wie es in ähnlicher Weise auch sonst allgemein durch verschiedenartigen Druck, gesperrte, fette Schriftzeichen, Gliederung in Absätze, Überschriften, Randziffern u. dgl. geschieht. Für den Schutz solcher Maßnahmen ist das Gebrauchsmuster nicht bestimmt. (U. v. 14. Okt. 1931; 369/30 I. — Berlin.) [Ra.]

4. Gesetz zum Schutze von Warenbezeichnungen.

16. §§ 1, 12, 15 WbZG.

1. Eine Erweiterung des Schutzes des für betriebsfremde Waren eingetragenen Zeichens auf die Betriebsware, für die das Zeichen nicht eingetragen ist, ist nicht zulässig.

2. Für den Zeichenschutz ist nicht die bei Anmeldung des Zeichens oder später kundgegebene Auffassung des Anmelders und Inhabers, sondern die des Verkehrs über die sinnfällige Bedeutung des Zeichens maßgebend. Sind nach dieser schon kleine Abweichungen erheblich, so können diese die Verwechslungsgefahr ausschließen.

kl. fordert von der Bfkl.: Unterlassung, ihre Packungen für Schokolade oder gleichartige Waren durch Anbringung lotrechter farbiger Streifen in der Weise zu kennzeichnen, daß die Oberfläche der Packungen in zwei ungleich große Rechtecke zerlegt wird. BG. hat verurteilt, RG. aufgehoben.

Das BG. erblickt das den Gesamteindruck beherrschende Merkmal aller Klagezeichen in dem „mehr oder weniger nahe dem linken Rande der Oberfläche angeordneten senkrechten Streifen, der diese in zwei ungleich große gleichfarbige Rechtecke zerlegt“, wie das am einfachsten und deutlichsten in dem überhaupt nur aus einem senkrechten Streifen nahe der linken Rante der Oberfläche bestehenden Klagezeichen Nr. 386 202 zum Ausdruck komme. Dieses stützt nach Ansicht des BG. daher schon für sich allein die Klageansprüche. Der Umstand, daß das Pat. die Eintragung dieses Zeichens gerade für Schokolade und andere Kakaoerzeugnisse sowie Zuckerverwaren und Konditorwaren abgelehnt habe, sei entsprechend den Ausführungen des RG. in der Bergmännle-Entsch. (RG. 122, 207¹) für den vorliegenden Fall rechtlich ohne Bedeutung, da es u. a. für Packwaren eingetragen sei und diese mit Schokolade und anderen Kakaoerzeugnissen, wie sie in den beanstandeten Packungen der Bfkl. vertrieben würden, zeichnerrechtlich gleichartig seien. Dagegen sieht das BG. in den anderen Klagezeichen das Wort „M—n“ und den Mauerturm nur als Verzierung an, der keine selbständige Kennzeichnungskraft zukomme.

Danach hält das BG. die Gefahr der Verwechslung der Packungen der Bfkl. mit den der Kl. zeichnerrechtlich geschützten Packungen für gegeben, da erstere meist einen wie bei den Klagezeichen am linken Rande angeordneten senkrechten Streifen aufweisen, der die Oberfläche der Packungen in zwei ungleich große gleichfarbige Rechtecke zerlegt. Diese sind nach Ansicht des BG. auch dann, wenn die Oberfläche als Ganzes gesehen verschiedene Farben aufweist, gleichfarbig, weil sich das durch den Streifen unterbrochene Bild, z. B. einer Landschaft jenseits des Streifens in denselben Farben fortsetzt. Die bei den Packungen der Bfkl. vorhandenen Abweichungen beseitigen nach Ansicht des BG. die Verwechslungsgefahr nicht. Das gelte nicht nur von dem Worte „Venetia“ auf allen Packungen der Bfkl., sondern auch von ihrem Bildschmuck und der Tatsache, daß letztere sich stets des roten Streifens bediene, während der auf den im Verkehr befindlichen Packungen der Kl. angebrachte fast stets blau sei.

¹) ZW. 1927, 99.

²) ZW. 1924, 185.

¹) ZW. 1929, 1199.

Gegen diese Begründung des BG. wendet sich die Rev. mit Recht. Unzutreffend ist zunächst schon der Standpunkt des BG., daß die Klageansprüche bereits auf Grund des Warenzeichens der Kl. Nr. 386 202 gerechtfertigt seien. Dieses Zeichen besteht überhaupt nur aus einem senkrechten Streifen nahe der linken Kante einer andersfarbigen Fläche (eines Etiketts, einer Packung, eines Plakats, wie die der Anmeldung und Eintragung beigefügte Beschreibung zulässigerweise erläutert). Es ist auffallenderweise für sämtliche 40 Warenklassen des amtlichen Warenverzeichnisses im Februar 1925 angemeldet und auf die auf Vorhalt des PatA. wegen der Betriebsfremdheit der Waren (§ 1 WbzG.) im Juni 1925 von der Kl. abgegebene eigenartige Erklärung, „die Ausfuhr deutscher Schokoladenerzeugnisse sei nur dann möglich, wenn mit dem Absatz deutscher Fertigfabrikate gleichzeitig der Bezug von ausländischen Erzeugnissen aller Art verbunden werde“, vom PatA. schließlich für fast sämtliche Waren des amtlichen Warenklassen-Verzeichnisses eingetragen worden, soweit nicht die Kl. ihre Anmeldung für eine Anzahl Waren auf Grund von Widersprüchen selbst zurückgenommen und soweit nicht das PatA. auf Grund für berechtigt erachteter Widersprüche die Eintragung abgelehnt hatte. Letzteres ist geschehen u. a. für Schokolade, Kaffee, Zuckerwaren, Konditorwaren mit Rücksicht auf die Verwechselfähigkeit des angemeldeten mit dem Zeichen Nr. 148 216. So ist das fragliche Klagezeichen eingetragen für Beleuchtungs-, Heizungs-, Koch-, Wasserleitungs-, Bade- und Klosettanlagen, Düngemittel, Land-, Luft- und Wasserfahrzeuge, Brennmaterialien, Betten, Särge, Tapeten, Schußwaffen, Geschosse, Munition, Zement, Kalk, Kies, Gips, Pech, Asphalt, Tabak, Tabakfabrikate, Uhren usw. Davon, daß die Kl. neben ihrer bekannten und von ihr selbst im Klagerubrum nur angegebenen Schokoladenfabrik inzwischen seit 1925 ein Import- und Exporthaus größten Umfangs geworden sein sollte derart, daß für ihren Betrieb fast sämtliche Waren des amtlichen Warenverzeichnisses in Betracht kämen, hat sie im Prozeß nichts behauptet, ist auch nichts festgestellt. Über Wahrscheinlichkeit nach sind daher fast alle ihr durch dieses Zeichen geschützten Waren betriebsfremde. Wenn nun auch weder die Bekl. eine Widerklage, noch ein anderer die Popularklage aus § 9 Nr. 2 WbzG. auf Löschung dieses Klagezeichens für die von der Kl. bis jetzt noch nicht angenommenen, ihr geschützten Waren erhoben hat und an sich das Warenzeichen mit seinen gesetzlichen Wirkungen besteht bis es gelöscht wird, so erscheint es doch schon bei den dargestellten Umständen wenig geeignet, zur Stützung der Klageansprüche mit verwertet zu werden oder diese sogar allein zu stützen.

Im übrigen entbehrt dieses nur aus einem schmalen senkrechten Streifen nahe der linken Kante der Packung bestehende Klagezeichen aber auch in erheblichem Maße der nach § 1 WbzG. erforderlichen Eigenart, um ein charakteristisches Kennzeichnungsmittel für die Herkunft von Waren aus einem bestimmten Betriebe darzustellen, wie der erf. Sen. in bezug auf mehrere nur aus je einem einzelnen Streifen auf der Verpackung der Ware (Seife, Waschlittel) bestehenden Warenzeichen der Firma L. bereits in dem Urf. v. 10. Juli 1928, II 26/28: MuW. 27/28, 526 ausgesprochen hat. Das gilt ganz besonders für die Schokoladenbranche. Denn in der Art, wie der einzelne Streifen in den eingetragenen Warenzeichen der Kl. erscheint und von ihr verwendet wird, nämlich als farbiger Überdruckstreifen um die ganze Packung herum, kann er nach der Auffassung des unbefangenen Beobachters nur die bildliche Wiedergabe eines Bandes darstellen. Deshalb ist auch die Betrachtungsweise des BG. zu diesem Punkt, das auch hier immer von einem „lotrechten Trennstreifen“ spricht, von vornherein verfehlt. In der hier vorliegenden Verwendungsart als bildliche Wiedergabe eines umfangreichen Material von Packungen anderer Schokoladenfabriken gerade in der Schokoladenbranche außerordentlich weit verbreitet. Das ist auch in zahlreichen, vom BG. im Vorprozeß angeforderten gutachtlichen Äußerungen der deutschen Industrie- und Handelskammern und anderer die Verhältnisse dieser Branche genau kennender Stellen betont worden. Diese Auffassung entspricht allein dem Eindruck, den der

Verkehr beim Anblick dieses Streifenzeichens und aller anderen ebenfalls den senkrechten einzelnen Streifen enthaltenden Klagezeichen vom Sinn und Zweck desselben hat. Sie entspricht übrigens auch der vom BG. Breslau getroffenen Feststellung in dem Rechtsstreit der jetzigen Kl. gegen die B. er Firma S. (RG. v. 16. März 1926: MuW. XXV, 235). Der Standpunkt des BG. in dem jetzt angefochtenen Urteil, wonach das charakteristische Merkmal dieses und der übrigen Klagezeichen die Zerlegung der Oberfläche einer Packung in zwei ungleich große gleichfarbige Rechtecke sein soll, verlegt den zeichenrechtlichen Grundgedanken, daß maßgebend für den Gesamteindruck und daher für das charakteristische Merkmal eines Warenzeichens die Auffassung des Verkehrs ist. Dagegen ist nicht entscheidend die hiervon etwa abweichende Ansicht des späteren Zeicheninhabers über den Inhalt des Zeichens bei der Anmeldung und nachher. Deshalb wäre es auch rechtlich unerheblich, ob die Kl. in der ihrer Zeichenanmeldung betr. das hier behandelte Zeichen Nr. 386 202 beigefügten Beschreibung als Inhalt des angemeldeten Zeichens jene Zerlegung angegeben hätte. Eine der Anmeldung eines Warenzeichens beigefügte „Beschreibung“ gem. § 2 Abs. 1 WbzG. dient, wie der erf. Sen. wiederholt entschieden hat, nur zur Erläuterung eines sonst nicht genügend deutlichen Zeichenbildes. Dagegen ist ihr Inhalt ohne Bedeutung, soweit er mit dem Bilde im Widerspruch steht oder Zusätze zu ihm macht, die ihm nach dem für seinen Eindruck maßgebenden Urteil des Verkehrs fremd sind (z. B. RG. 115, 236²), ferner GewMSch. 1928, 597).

Danach erblickt der Verkehr in dem Warenzeichen der Kl. 386 202 nur das, was es wirklich darstellt, nämlich einen starken senkrechten Strich oder Streifen nach der Art eines um die Packung herumgelegten Zierbandes. Dieses Kennzeichnungsmittel ist besonders in der Schokoladenbranche für sich allein nur ein sehr schwaches Zeichen. Es genügt deshalb schon verhältnismäßig geringe Abweichungen, um eine Verwechslungsfähigkeit mit diesem Zeichen auszuschließen.

(U. v. 11. Dez. 1931; 476/30 II. — Berlin.) [Ru.]

17. §§ 4, 12 WbzG.; § 1 UnlWG. Das Warenzeichen 4711 genießt nur Schutz der eingetragenen Zahl, nicht Motivschutz. Es wird durch andere Zahlen nur verletzt, wenn Verwechslungsgefahr mit der Zahl besteht; diese besteht, wenn die gewählte Zahl nicht eine besondere erkennbare Bedeutung besitzt.†)

Die Kl., die in ihrer Firma die Zahl 4711 unter dem Anschein einer Grundstücksnummer führt, ist Inhaberin des eingetragenen reinen Zahlenzeichens 4711 (international registriert: Nr. 33 732) für Eau de Cologne, Haar- und Toilettewasser, Parfümerien, kosmetische Mittel, Haar-, Bart-, Mund-, Zahn- und Hautpflegemittel, Pomaden, Puder, Sachets, Nischalze, Rasier-, Toilette- und Glycerinseifen. Die Bekl. stellen nach einem angeblich für 30 000 G.M. erkauften Rezept, das von Rechtsvorgängern der Verkäuferin 1827 von einem Johann Maria Georg Farina aus Düsseldorf in Köln erworben sein soll, kölnisch Wasser her und vertreiben es mit Bezeichnung und Ausstattung, die die Zahl 1827 enthält. Die Eti-

*) ZW. 1927, 102.

Zu 17. A. In seinem Urf. von 1926 (ZW. 1927, 2536 f.) hat das RG. gegenüber dem (eingetragenen) Zahlenzeichen 4711 für Parfümerien das (nicht eingetragene) Zahlenzeichen 1871 für gleichartige Waren als zulässig befunden. Unter Billigung jenes Urf. wird dagegen in der vorl. Entsch. das (nicht eingetragene) Zahlenzeichen 1827 für unzulässig erklärt. Ein sehr sonderbares Ergebnis.

Gegen das Urf. von 1926 hatten Rosenthal, Lion, Endemann (an den im obigen Urf. angef. Stellen) geltend gemacht: Der Schutzzumfang der bekannten Marke für Parfümerien sei nicht star auf die Zahl 4711 fixiert; vielmehr sei eine Zahl als Warenzeichen in diesem Geschäftszweig eine langjährige Besonderheit, so daß der Schutzanspruch sich über die konkrete Kennzeichnung hinaus auf die Kennzeichnungsart allgemein erstreckte. Des näheren mag auf die angeführten Aufsätze verwiesen werden. Es wurde dort also zugunsten der Inhaberin von 4711 für einen „Motivschutz an der Zahlenbezeichnung eingetreten (wozu

letten tragen den Ausdruck: „Urchtes Kölnisch Wasser Original Anno 1827“ und Kölnisch Wasser, Nach ächter Kölnischer Vorschrift aus, Anno 1827. Die Kl. verlangt Unterlassung, Dufterzeugnisse unter dem warenzeichenmäßig hervorgehobenen Zahlenzeichen 1827, sei es in oder ohne Verbindung mit der Angabe „Urchtes Kölnisch Wasser Original Anno“ oder der Angabe „Nach ächter Kölnischer Vorschrift aus Anno“ anzupreisen, feilzuhalten und in Verkehr zu setzen.

Das OLG. hat verurteilt, die Rev. ist zurückgewiesen.

Der Kl. steht zeichenrechtlich Motivschutz hinsichtlich der Bezeichnung ihrer Waren mit einer Zahl nicht zu. Vgl. Urte. dieses Sen.: JW. 1926, 2536; MuW. 1926, 68, in dem gegenüber der Bezeichnung „Preciosa 1871“ für Kölnisch Wasser Motivschutz nicht angenommen und die Verwechslungsgefahr zwischen den Zahlen 4711 und 1871 verneint ist; es wird ausdrücklich abgelehnt, der Kl. „ein weit über die Grenzen des Zeichenrechts hinausgehendes Monopol“ an sämtl. vierstelligen Zahlen zu geben, da es dafür an der gesetzl. Grundlage fehle. Das BG. meint, das Zahlenzeichen 4711 habe durch seine Bedeutung im Verkehr einen weitreichenden Schutz gewonnen, der sich weder auf das Zahlenbild 4711 beschränke noch auf Zifferngruppen, die durch Übereinstimmung mehrerer Ziffern und ihrer Reihenfolge diesem Zahlenbild nahekommen. Daraus, daß 4711 das einzige bekannte Zahlenzeichen sei, ergebe sich die Gefahr, daß der warenzeichenmäßige Gebrauch irgendeiner vierstelligen Zahl für Kölnisch Wasser zu Verwechslungen mit dem Zeichen der Kl. im Verkehr führe, zumal unter „Kölnisch Wasser mit der Zahl“ allgemein ein Erzeugnis der Kl. verstanden werde. Anscheinend stützt sich das BG. hierbei auf die Entsch. des RPatA. vom 15. Mai 1930, E 19988/34 WZ, wonach die §§ 1 und 4 Ziff. 1 WbZG. der Eintragung eines von der Kl. neuerdings angemeldeten und daraufhin eingetragenen Warenzeichens „Das Kölnische Wasser mit der Zahl“ nicht entgegenstehen.

erst als zweites die Frage kommt, ob sich dieser Schutz auf alle Zahlen erstreckt oder nur auf bestimmte Zahlengruppen). Denselben Standpunkt nahm im vorl. Fall das OLG. Hamburg als VerInst. ein. Im gleichen Sinne haben sich geäußert: RzZ. MuW. 23, 70 („In weiten Grenzen würde die Benutzung von vierstelligen Zahlen für Parfümeriewaren als Nachahmung zu gelten haben“) und OLG. München v. 18. März 1926: MuW. 27/28, 470 („Schon durch die Wahl einer vierstelligen Zahl überhaupt hat die Bekl. in die Schutzrechte der Kl. eingegriffen“).

Das RG. hat in dem ziemlich kurz begründeten Urte. von 1926 den Motivschutz abgelehnt. Es hat damals rein nach dem Zahlenbild die Gefahr der Verwechslung von 4711 mit einer „so völlig verschiedenen“ Zahl wie 1871 verneint; dies zumal 1871 als geschichtlich bedeutungsvolle Jahreszahl beim Beschauer bestimmte Vorstellungen auslöse. Im jetzigen Fall hingegen wertet das RG. die Verwechslungsfrage bei 1871, und ebenso bei der nunmehr streitig gewordenen Zahl 1827, nur noch als „Grenzfall“. Da nun 1827 keine Bedeutung als deutsche Geschichtszahl habe, wohl aber vierstellig sei und in zwei Ziffern mit 4711 übereinstimme, so sei hier Verwechslbarkeit mit 4711 gegeben. Die Zahl 1871, ebenfalls vierstellig, hatte sogar in drei Ziffern mit 4711 übereingestimmt und war trotzdem für unverwechslbar damit erklärt worden, dies also anscheinend einzig auf die historische Bedeutung der Zahl 1871 hin. Dem im obigen Prozeß unterlegenen Inhaber von 1827 müßte, wenn man der zeichenrechtl. Betrachtungsweise des RG. folgt, geraten werden, daß er in seiner beanstandeten Zahl 1827 eine einzige Ziffer ändert und als neues Zeichen die Zahl 1807 wählt; diese ist ebenso wie 1871 eine deutsche Geschichtszahl und hat sogar nur zwei Ziffern mit 4711 gemein.

Aber die starr auf das Zahlenbild gerichtete Betrachtung bietet keine ausreichende Unterlage für die grundsätzl. Entsch. über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines konkurrierenden Zahlenzeichens. Auch das RG. ist von der — unzutreffenden — Zulassung des Gegenzeichens 1871 im Urte. von 1926 zu der — zutreffenden — Unterjagung des Gegenzeichens 1827 im obigen Urte. in Wahrheit nicht dadurch gelangt, daß sich nun 1871 und 1827 so gewaltig voneinander unterscheiden, sondern dadurch, daß es dem in beiden Urte. bekämpften Motivschutz vorliegendenfalls doch unbewußt Einlaß gewährt. Denn als Zahlenbilder sind auch 4711 und 1827 gar nicht verwechslbar. Daß die zwei Ziffern 1 und 7 beidemale vorkommen, hat in der Erinnerung des Beschauers keine Bedeutung, weil sie im Gegenzeichen an anderen Stellen stehen. Die Ziffer 1, die hier an den ersten Platz gerückt ist, wechselt damit ihre Bedeutung und gibt der Gesamt-

Danach spricht das BG. der Kl. einen durch die Eigenart, die der Verwendung einer Zifferngruppe als Warenbezeichnung überhaupt und insbes. für Parfümerieerzeugnisse zukomme, begründeten Motivschutz zu. Dem Einwand, daß damit sämtliche vierstelligen Zahlen dem allg. Gebrauch entzogen würden, setzt er entgegen, der „bestimmungsgemäße“ Gebrauch der Zahlen im Verkehr werde durch das Zeichenrecht der Kl. nicht berührt, ihr Ausschließungsrecht beschränke sich auf die Benutzung von Zahlen zur Warenbezeichnung; das sei ein der Bestimmung der Zahlen an sich fremder Zweck, und die Verwendung von Zahlen als Warenzeichen sei für den Verkehr nicht notwendig.

Zwar sind Zahlen als „Warenzeichen“, d. h. als ein von einem Geschäftstreibenden willkürlich gewähltes Wertzeichen für die aus seinem Betriebe herkommenden Waren, um sie von den Waren anderer Geschäftstreibender zu unterscheiden, nicht notwendig, oft sind sie aber notwendig, um Waren sachlich zu beschreiben nach Art und Zeit der Entstehung oder Herstellung, nach Maß, Menge, Gewicht und Preis, insbes. auch zur Unterscheidung von Waren desselben Geschäftsbetriebes untereinander (Katalognummern u. dgl.). Dazu bedarf es oft auch einer gewissen Hervorhebung der Zahl, z. B. bei Jahrgängen. Deshalb sollen Zahlen, wie die Buchstaben oder solche Wörter, die nur Art, Zeit und Ort der Herstellung, Beschaffenheit, Bestimmung, Preis und Mengen- oder Gewichtsverh. angeben, nach § 4 Ziff. 1 WbZG. der Allgemeinheit vorbehalten sein, soweit sie nicht mit anderen Merkmalen in Verbindung gesetzt und durch die Kombination ihrer selbständigen Bedeutung und Funktion entkleidet werden. Die Fassung des Ges. beruht auf dem Ges. v. 12. Mai 1894 (RGBl. 441), sie ist aber mit ihrem alten Wortlaut wieder aufgenommen in die neue Fassung des § 4 nach dem Ges. vom 31. März 1913 (RGBl. 236) zur Ausführung der rev. Pariser Übereinkunft v. 2. Juni 1911 zum Schutz des gewerbli. Eigen-

zahl ein gänzlich verändertes Gesicht; vor allem wirkt 1827 als Jahreszahl, 4711 dagegen nicht. Um mit 4711 wirklich bildmäßig verwechselbar zu sein, müßte das Gegenzeichen ganz anders aussehn. Man betrachte die praktischen Streitfälle, die zusammengefaßt sind in der Abhandlung „Die Weltmarke 4711“ (MuW. 27/28, 421, 465, 502, 543); dort finden sich Gegenzeichen wie 7412, 7117, 1174, 4788, 4611. Verglichen mit solchen Annäherungen wirkt 1827 geradezu harmlos. Nach dem Zahlenbild sind 1827 und 4711 ebenso „völlig verschieden“, wie dies in dem früheren Urte. des RG. bez. 1871 gegenüber 4711 festgestellt worden war; ja die Verschiedenheit ist sogar noch größer, wenn man nämlich die übereinstimmenden Ziffern nachzählt.

Auch das RG. hätte in einem Fall, in dem außer 4711 auch sonst Zahlen gebräuchlich wären, bestimmt nicht 1827 mit 4711 für verwechselbar erklärt. Als es vielmehr im obigen Urte. die Verwechslbarkeit bejahte, da hat es schon nicht mehr lediglich die reinen Zahlenbilder berücksichtigt, sondern hat, ohne dies auszusprechen, die Ausnahmestellung der Kennzeichnungsweise überhaupt mitzuprechen lassen und ist so mit einer angreifbaren Begründung zu einem beifallswerten Ergebnis gelangt. Ein Satz im wettbewerblichen Teil der Entsch. nimmt auch gleich die Bejahung der Verwechslungsgefahr vorweg „für ähnliche Jahreszahlen, die ohne rechtfertigenden sachlichen Grund hervorgehoben werden“. Dieser Satz läßt für künftige Fälle eine weitere Abklärung des RG. von dem reinen Ziffernbild und eine Annäherung an die Gegenmeinung erhoffen, sei es nun von der zeichenrechtlichen oder der wettbewerblichen Seite her.

Zu widersprechen ist aber, wenn in zeichenrechtlicher Hinsicht das RG. den Motivschutz an einer Zahl für schlechthin ausgeschlossen und das Schutzrecht mit der eingetragenen Ziffer für zeichenrechtlich erschöpft erklärt. Registriert wird natürlich nur die Zahl 4711 und nicht irgendeine Zahl; in die Rolle kann ja nur eine bestimmte Erscheinungsform eingetragen werden. Deswegen muß aber nicht der Schutzanspruch an diese einzige Zahlenzusammensetzung gebunden sein. Heute weiß zwar jeder, daß Parfümerien einer bestimmten Herkunft durch eine Zahl gekennzeichnet sind; aber bei weitem nicht jedermann weiß, durch welche Zahl. Die Durchsetzung der Zahl in genere ist also ungleich stärker als die der Zahl in specie. Daher geht auch der Schutzanspruch über die konkrete Zahl hinaus, durch die er sich registermäßig manifestiert. RA. Dr. E. Lion, Hamburg.

B. Das vorl. Urte. ist zu bewerten als Fortschritt zur Ausübung fester Rechtsgrundsätze über den Schutz der Zahl als Warenzeichen. Eine Zifferngruppe ist als ausgeprägtes und abgeschlossenes Zahlenbild

tums, daß die Fassung dieser Übereinkunft (des sog. Unionsvertrages) (RGBl. 1913, 209 ff.) veröffentlicht und damit diejenige Best. in Art. 6 Abs. 2 Ziff. 2 dieses zwischenstaatl. Vertr. in die inländische Gesetzgebung gebracht hat, die der Eintragung reichsgesetzl. nach § 4 Ziff. 1 verbotener Warenzeichen erst den Weg gebahnt hat: „Bei der Würdigung der Unterscheidungskraft einer Marke sind alle Tatumstände zu berücksichtigen, insbes. die Dauer des Gebrauchs der Marke.“ Diese zunächst der Zulassung ausländ. Marken im inländ. Register dienende Vorschr. ist entspr. auf im Gebrauch befindl. einheimische Warenzeichen angewendet worden (vgl. das gen. Ur. ZW. 1926, 2536 sowie Entw. eines neuen WbzG. v. 1913 [Hagens, WbzG. S. 88]). Die Überwindung des festgehaltenen Grundsatzes des § 4 im Einzelfall ist also nur möglich und war auch für die Kl., die danach i. J. 1915 die Eintragung des reinen Zahlenzeichens 4711 durchgeführt hat, nur möglich dadurch, daß eine bestimmte Zahl, hier gerade 4711, Kennzeichnungskraft für die Herkunft der Ware von der Kl. durch langjährigen Gebrauch und umfassende Werbearbeit erlangt hat. Die Bestimmung des Unionsvertr. Washingtoner und heutiger (Haager) Fassung v. 6. Nov. 1925 setzt im Ausland eingetragene, also ertwähnte und im Gebrauch befindliche Zeichen voraus und ist daher übertragen auf Inländer nur so anzuwenden, daß bestimmte Zeichen, die sich im Gebrauch durch den Geschäftstreibenden durchgeführt haben, das Eintragungshindernis des § 4 zu überwinden vermögen (vgl. die Begr. S. 58 zu dem Entw. eines neuen WbzG. v. 1913 [Hagens, WbzG. S. 88]). Für den „Gedanken“ (das Motiv), irgendeine Zahl als unterscheidendes Merkmal zu wählen, wäre ein Zeichenschutz auch auf dem Umweg über die zwischenstaatl. Regelung rechtmäßig nicht zu erlangen gewesen. Das zeigt auch der Ausgangspunkt dieser Best. Die Einfügung des Art. 6 Abs. 2 Ziff. 2 Satz 2 ist erfolgt wegen der Bedenken der schwedischen Vertreter, ob die Entwurfsfassung die alten schwedischen Eisenmarken, die zum Teil aus einer Zahl oder einem Buchstaben bestanden, vor der Abweisung der Eintragung in anderen Vertragsländern sichere. Bei Nebeneinanderbestehen solcher Zahlen- und Buchstabenmarken sollte der Wahl einer Zahl oder eines Buchstabens ihrer Eigenart halber für einen bestimmten Geschäftszweig oder überhaupt eine ausschließende Wirkung gegenüber anderen Geschäftstreibenden nicht eingeräumt werden. Die Anspr. der Zeicheninhaberin gehen nun

immer extensiver dahin, jede Anbringung irgendeiner Zahl in hervortretender Weise zu verbieten. Das zeigt ihr neuestes, auch erfolgreiches Unternehmen, für sich die Eintragung des Wortzeichens „Das Kölnische Wasser mit der Zahl“ durchzusetzen, mit dem nach ihrer Behauptung dem eingetragenen Zahlenzeichen ein Motivschutz nach der Verkehrsauffassung zugesprochen worden sein soll, der sich nicht auf die einzelnen Zifferwerte beschränke. Es mag sein, daß das Bedürfnis, die Kennzeichnungskraft des einmal eingetragenen reinen Zahlenzeichens zu erhalten, und die Unmöglichkeit, mit der Eintragung von sog. Desensitivzeichen, die sehr zahlreich, oft unendlich sein müßten, zu helfen, auf einen derartigen hemmungslosen Anspr., wobei die Art der Zahl, das Zahlenbild, keine Rolle mehr spielt, hindrängt. Für seine Bewilligung fehlt jedoch (vgl. Ur. des Sen. v. 9. Juli 1926) jede gesetzl. Unterlage. Die Wahl eines Zahlen- oder Buchstabenzeichens, für das die gleiche Behandlung geboten und wobei nur die Auswahl und die Verwechslungsfähigkeit beschränkter ist, bringt wegen ihrer i. allg. naturgemäß geringen Kennzeichnungskraft gewisse Unzuträglichkeiten mit sich. Sie muß der Inhaber in Kauf nehmen, wie der Kaufmann, der seiner Firma allg. gebräuchl. Bezeichnungen des Gegenstands des Unternehmens einverleiht (ZW. 1931, 1916). Dem ist nicht abzuhelfen durch Gewährung eines „Motivschutzes“, über dessen Umfang (Rosenthal: ZW. 1927, 104; Lion: ZW. 1928, 341; Endemann: GewRsch. 1930, 728; diesem widersprechend Spielmann ebd. 1015) keine Eingkeit besteht. Beschränkung auf Parfümerien und vierstellige Zahlen (Rosenthal), alle Zahlenzeichen im gleichen Geschäftszweig (Lion), jede Zahlengruppe, die als beherrschendes Schlagbild in einem fremden Warenzeichen benutzt wird, ohne Rücksicht auf den Geschäftszweig (Endemann a. a. D. und S. 727: „Wenn ich hier und im folgenden gerade auf die Kennzeichnung der Parfümflaschen verweise, so dient das nur zur Vereinfachung der Darlegungen; keineswegs soll damit für den Schutzzumfang der Marke 4711 eine sachliche Grenze gezogen werden.“). Die Kl. hat selbst gegen die Benutzung der Zahl 4711 für andere Waren, z. B. Strümpfe, erfolgreich geklagt, Erfolg allerdings nur auf wettbewerbsrechtl. Grundlage erstritten. Auch Endemann scheint a. a. D. S. 731 nur einen wettbewerbsrechtl. Schutz des Zahlenmotivs aufzustellen. Wenn von einem „Motiv“ gesprochen wird, so wird der Gedanke nicht wie sonst gerade

fähig, in dem lebendigen Verkehr die Vorstellung zu erwecken und zu befestigen, daß die gekennzeichnete Ware aus einem bestimmten Betriebe herkommt. Das darf heute als geltendes Recht hingestellt werden. Aber die Entwicklung ist hierbei noch keineswegs abgeschlossen. Das Problem bleibt, wie weit der Schutzzumfang der eingetragenen Marke 4711 erstreckt werden soll. Sicherlich darf er nicht auf die einzelne angegebene Ziffergruppe begrenzt werden; sonst wäre jedem Konkurrenzenden die Benutzung von 4710 oder 4712 für seine gleichartigen Erzeugnisse gestattet. — Hier gebietet die Überlegung Halt. Weshalb denn nicht? Es handelt sich dabei doch um ganz andere und von 4711 sehr verschiedene Zahlen. Von hier aus hatte das RG. den Gebrauch der Ziffergruppe 1871 früher für unanfechtbar erklärt. Wie gelangt es jetzt zu dem Ergebnis, daß die Verwendung der Zahl 1827 für das „Urächte Kölnisch Wasser“ dem Wettbewerber zu untersagen sei? Wir müssen uns darauf besinnen, daß sich die Nspr. hierbei noch in einem Übergangszustand befindet. Sie kann nicht von vornherein mit festen, abschließenden Regeln auftreten, die dem heute so gepriesenen Verlangen nach der „Normung“ aller Verkehrsgegenstände und Verkehrsgebräuche genügen. Die den Dingen selbst innewohnende gerechte Ordnung muß erst erforscht und an den Einzelfällen erprobt werden. Die dabei errungenen, vielfach verschiedenartigen Ergebnisse mögen den Eindruck von Schwankungen hervorrufen. Das ist unvermeidlich bei jeder „Engabelung“ auf das Schlußziel. Die Kritik soll hier den nachhelfenden Beobachtungsposten einnehmen.

Von da aus zeigt sich, daß die Entsch. leztlich nicht auf die Verwechslungsgefahr der gebrauchten konkreten Ziffergruppen miteinander abgestellt werden kann. Die Gegenüberstellung von 4711 zu 1871 oder 1827 macht keinen Eindruck; denn es ist klar, daß jede Zahl absolut verschieden ist von jeder denkbaren anderen. Wenn dennoch die Nspr. und auch die Doktrin dem Wettbewerb bei dem Zahlengebrauche ein Maß setzen wollen, so ist der Versuch, die Grenze bei den ähnlichen oder den nicht verwechselbaren Zahlengruppen zu ziehen, von vornherein aussichtslos. Auch die Erwägung, daß 1871 beim Volke die Erinnerung an große vaterländische Ereignisse wachruft (was bei den breiten Schichten heute übrigens leider kaum noch

zutrifft), während die Zahl 1827 keinerlei geschichtliche Bedeutung habe, dürfte schwerlich überzeugen und eine Unterscheidung der vom RG. sog. „Grenzfälle“ nicht rechtfertigen. Denn die Eindruckskraft und damit die Geltung eines Warenzeichens einschließlich des Zahlenzeichens hängen in keiner Weise ab von dem Vorstellungsinhalte, den sie bei den Durchschnittskäufern erregen. Niemand „denkt“ sich etwas bei der Marke Salamander; und deshalb ist es für die tatsächliche Verkehrsgeltung der Marke 4711 völlig gleichgültig, von woher sie ihren „Ausgangspunkt“ genommen habe. Das vorl. Ur. legt entscheidendes Gewicht darauf, daß diese Zahl von der örtlichen Erzeugungsorte entnommen worden ist; es gründet darauf die Folgerung, daß das Schutzrecht zeichenrechtlich erschöpft sei mit der eingetragenen Zahl 4711. Ein originaler, als solcher schutzwürdiger Gedanke der Anwendung der reinen Zahl als Warenzeichen habe also bei der Anmeldung dieser Marke nicht vorgelegen. Von einem Motivschutz könne nicht die Rede sein bei einem aus rein äußerlichen Gegebenheiten erwählten Zeichen. Das kann schwerlich überzeugen. Denn die besondere Schlagkraft des Zahlenmotivs ist eine der Marke 4711 immanente Eigenschaft. Sie ist da und nicht abhängig von dem Willen desjenigen, der sie einsetzt.

Man mag die Überlegungen wenden wie man will: so viel ist klar, daß zeichenrechtlich der Rechtsschutz genau bei der Ziffergruppe 4711 anfängt und endigt. Das wäre ein unerträgliches Ergebnis. Eine Bankrotterklärung der Rechtsbildung infolge unrichtiger Einstellung. Die befriedigende Lösung, zu der auch das vorl. Ur. strebt, muß von dem allbeherrschenden höheren Gebote der Lauterkeit im Wettbewerb aus errungen werden. Das mag, um dem Ur. volle wegweisende Bedeutung zu sichern, etwas näher erörtert werden.

Eine Zahlengruppe kann sich im Verkehrsleben als das beherrschende Kennzeichnungsmittel für die Herkunft einer Ware durchsetzen. Aus dem hiermit errungenen sozialen Bestand folgt das Gebot der Achtung vor dem verwirklichten Werbemittel. Gegenstand dieser befestigten Besitzherrschaft ist nach der Anschauung der Volksgemeinschaft die besondere, sonst unbenutzte Funktion des Zahlenbildes. Es ist nicht die erwählte individuelle Ziffergruppe, sondern die Zahl

dem gewählten Zahlenzeichen 4711 und dem damit zu verbindenden nächsten Oberbegriff Tausender entnommen, sondern jogleich dem äußersten Begriff Zahl mit unendlichem Inhalt. Es wird verfahren, als wenn bei einem Wortzeichen gegenüber allem, was Bild ist, ein Motivschutz in Anspr. genommen werden wollte. Zur Begründung wird aus der Vergleichung angeblich aller sonstigen Zeichen eine Eigenart und Neuheit des Gedankens behauptet, die in der Wahl einer reinen Zahl als Warenzeichen oder wenigstens als Zeichen für Parfümerien liegen soll. Ob dabei alle eingetragenen oder eingetragenen gemessenen oder tatsächlich gebrauchten Zeichen berücksichtigt sind, steht dahin. Sicher ist, daß der Gebrauch der Zahl nach der eigenen Darstellung der Kl. ihren Ausgangspunkt nimmt von der Wiedergabe der örtl. Erzeugungstätte, die sie noch in ihrer Firma führt, daß sie in der Zeit der Unmöglichkeit der Eintragung reiner Zahlenzeichen die Zahl i. Verb. m. anderen Merkzeichen, namentlich der Glocke (Zeichen Nr. 140 150 und 147 858), hat eintragen lassen und ihre Ware dann entsprechend bezeichnet hat und dies heute noch tut, und es besteht aller Grund zu der Annahme, daß der Vorgang bei der Wahl des reinen Zahlenzeichens entsprechend war, wie bei dem neuen Wortzeichen:

„Das kölnische Wasser mit der Zahl“. Die Kl. hat nie vorher dieses Wortzeichen selbst benutzt. Das Primäre ist immer die sich bildende und beobachtete Bezeichnungsweise des Verkehrs, der die Kl., ursprünglich von der Zeichnung einer Erzeugungstätte ausgehend, mit der Wahl des entsprechenden Zeichens nachgefolgt ist. Ein originaler, als solcher schutzwürdiger Gedanke der Anwendung der reinen Zahl als Warenzeichen für Parfümerieerzeugnisse liegt bei der Kl. nicht zugrunde. Ihr Schutzrecht ist zeichenrechtl. erschöpft mit der eingetragenen Zahl 4711, die beim Publikum Kennzeichnungskraft erlangt hat, und dem der zeichenrechtl. Schutz mit der Maßgabe des § 20 WbZG. zukommt, daß Abweichungen, sofern die Gefahr der Verwechslung besteht, die Anwendung des WbZG. nicht ausschließen. Es muß also hinsichtlich der Zahl eine Verwechslungsfähigkeit bestehen, die z. B. zwischen der Zahl 4711 und 1 000 000, einer durch ihre Eigenart hervorstechenden, leicht merkbaren und jedermann geläufigen Ziffer, nicht gegeben wäre. Auch bei Zahlen, die als Jahreszahlen gelten können, kann sie nur mit Vorsicht bejaht werden. Auf die Höhe der Ziffernstellen kommt es für die Verwechslungsgefahr weniger an (vgl. Ur. des Sen. v. 21. Febr. 1930, II 169/29: verwechslungsfähig „Nr. 13“ und „Nr. 2113“). Das neue Wortzeichen, auf das die Klage nicht gestützt ist, spielt keine Rolle; zwischen ihm und der Etikettenaufschrift der Bekl. besteht keine Verwechslungsgefahr. Bild und Klang sind durchaus verschieden, und aus dem Sinn des Wortzeichens könnte die Kl. in bezug auf das Verbot von Zahlen aus §§ 12 und 20 WbZG. keine weiteren Rechte herleiten, als aus ihrem Zahlenzeichen selbst. Denn die Worte „mit der Zahl“ bedeuten nicht etwa jede beliebige Zahl, da die Kl. sich niemals einer anderen Zahl als 4711 bedient hat. Sie stellen in den beteiligten Kreisen nur einen Hinweis auf die bekannte Zahl 4711 dar. Sie decken nur die von der Kl. wirklich verwendete Zahl. Den Motivschutz gegenüber jeder Zahl hat der Sen. auch schon im Ur. v. 23. Juni 1931, II 458/30 abgelehnt.

Hiernach kommt es darauf an, ob zwischen den ge-

als solche, welche die Ideenverbindung und das Erinnerungsvermögen wachruft: der Anblick einer dominierenden Zahl auf der Parfümflasche verursacht nach bewährter Erfahrung bei dem Publikum die Vorstellung eines Erzeugnisses von bekannter guter Art und Herkunft. Welche einzelnen Ziffern dabei auftreten, bleibt bei der gemeinüblichen oberflächlichen Beobachtung und Betrachtung im täglichen Wirtschaftsleben gleichgültig: das als Zahlengruppe erscheinende Gesamtbild regt an und nur dieses haftet. Diese Tatsache kann jedermann durch die Erfahrung an sich selbst wie bei anderen erforschen und bestätigen. Das Ergebnis muß auf das Gebiet des Wettbewerbes übertragen werden. Es verstößt gegen die Forderungen des gewerblichen Anstandes, wenn der Konkurrent die von dem anderen eingeführte Bezeichnungsart sich aneignet und damit die in dem Zahlenzeichen als solchen liegende Werbekraft für sich ausnutzt. Der Wettbewerber wird zu solchem Plagiat greifen, wenn er überzeugt ist und die Erfahrung ihm bestätigt, daß das von ihm gewählte, wenngleich etwas anders gestaltete Zahlenzeichen bei der Käuferschaft gleiche Vor-

brauchten Zahlen 4711 und 1827 Verwechslungsgefahr besteht. Auszugehen ist davon, daß die Eintragung der reinen Zahl 4711 gerade auf der Annahme beruht, daß sie sich beim Publikum durchgesetzt hat. Eine nahe und umfangreiche Verwechslungsgefahr besteht also nicht. Nach § 20 WbZG. genügt es jedoch, wenn ein nicht ganz unbeträchtlicher Teil des kaufenden Durchschnittspublikums der Verwechslung anheimfallen kann. Hier handelt es sich um einen Grenzfall, wie in dem durch Ur. v. 9. Juli 1926 entschiedenen Fall der Zahl 1871. Von letzterem unterscheidet sich der gegenwärtige jedoch insofern, als die Zahl 1871 beim Volke ihre ganz besondere Bedeutung hat durch die Erinnerung an die Errichtung des Dt. Reiches und an den Friedensschluß nach dem siegreichen Krieg. Dieser Umstand hat eine gewichtige Rolle bei der Ablehnung der Verwechslungsgefahr gespielt. Eine solche Bedeutung geht der Zahl 1827 völlig ab. Nicht einmal die Bedeutung als Jahrgang der Erzeugung der dargebotenen Ware kommt in Betracht; denn niemand wird glauben oder darauf Gewicht legen, ein vor mehr als 100 Jahren erzeugtes kölnisches Wasser kaufen zu können. So hat die Zahl als solche, ohne Betrachtung der weiteren wörtlichen Mitteilung, auf welche der Durchschnittsbetrachter erfahrungsgemäß meist nicht achtet, etwas rein Zufälliges, Farbloses; sie wirkt rein als Zahl. Dabei ist sie vierstellig wie die klägerische; zwei Ziffern 7 und 1 kommen in beiden vor. Wenn auch die Reihenfolge dieser Ziffern anders und eine übereinstimmende Zahlenfolge innerhalb der vier Ziffern nicht vorhanden ist und die Zahlen gesprochen verschieden klingen, so kann doch dem Tatsachenrichter vom RevG. nicht entgegengetreten werden, wenn er die Verwechslungsgefahr bejaht. In seiner Begr. des von ihm angenommenen unlauteren Wettbewerbs der Bekl. erklärt er tatsächlich, sie haben die Kennzeichnung ihrer Erzeugnisse mit der in irreführender Weise hervorgehobenen Zahl 1827 in bewußter Anlehnung an das Zeichen 4711 vorgenommen. Damit wird nicht nur die Irreführungsabicht, welche für sich allein auch zur Bejahung des unlauteren Wettbewerbs nicht zureichen würde, wenn nicht die Möglichkeit des Erfolgs hinzutrate, bejaht, sondern auch die Erfolgsmöglichkeit. Für deren Gegebenheit ist in der Regel der Wettbewerber selber eine Gewähr, wenn er einen zur Aufwerfung der Frage der Verwechslungsgefahr geeigneten Tatbestand schafft, ohne einen lauterer Grund dafür aufweisen zu können. Den Bekl. hält aber der Vorderrichter entgegen, ein anderer Grund — als die Absicht der Irreführung — sei für ihre warenzeichenmäßige Hervorhebung der Zahl 1827 nicht zu erkennen. Dem muß der Sen. beitreten, woraus die Bejahung der Verwechslungsgefahr für den vorl. Fall folgt, i. allg. auch sonst für ähnliche Jahreszahlen, die ohne rechtfertigenden sachl. Grund hervorgehoben werden.

(U. v. 18. Sept. 1931; 498/30 II. — Hamburg.) [Ru.]

18. § 12 WbZG.

1. Die Entsch. darüber, ob eine durch Warenzeichen geschützte Packung wegen stärkster anderer Verwendung im Verkehr für die gleiche Ware noch Kennzeichnungskraft hat, steht nicht dem Patentamt, sondern dem ordentlichen Gericht zu. Der Umfang der Beweisaufnahme zur Ermittlung des behaupteten Gebrauchs richtet

stellungen erwecken wird wie das nachgeahmte ursprüngliche. Eine solche Irreführung, gegen die das Publikum geschützt werden muß, ist nach allgemeiner Lebenserfahrung stets zu befürchten, wenn für den Konkurrenten kein sachlich anzuerkennendes Bedürfnis vorliegt, weshalb er, statt zu einer der bereitstehenden anderen Bezeichnungsarten zu greifen, gerade sich der Schlagkraft des vom Gegner eingeführten Zahlenmotivs bedient. Diese in meinem Aufsatz im GewRsch. 1930, 728 verwendeten Gedanken sollen den Weg zeigen, wie von der bisher unternommenen, wenig erfolgreichen Untersuchung der einzelnen Zahlengruppen auf ihre Verwechslungsfähigkeit abgerückt und zu einem abschließenden, Rechtsgewißheit verheißenden Resultat gelangt werden kann. Das vorl. Ur. scheint sich solchem Vorgehen in seinen Schlussworten zu nähern. Wenn wir uns überlegen, daß die Rechtskraft des Erkenntnisses nur die Zahl 1827 ergreift und den Mißbrauch mit 1821 oder 7114 formal offenläßt, so tritt das Bedürfnis nach einem schärfer durchgreifenden Prinzip deutlich hervor.

Ges. Rat Prof. Dr. Endemann, Heidelberg.

sich nicht nach den Gepflogenheiten des Patentamtes bei Ermittlung eines Gemeingebrauchs, sondern nach den gestellten Beweisunterlagen.

2. Bei fehlender Kennzeichnungskraft ver- sagt der Zeichenschutz, ohne daß es auf die Kenntnis des Zeicheninhabers von dem Mangel an- käme. Ein im Ausland bestehender Schutz ist für den Gebrauch der geschützten Packung durch andere nicht hinderlich.¹⁾

Die Bekl. haben gegenüber dem auf Eintragung der be- anstandeten Packung als Warenzeichen in der deutschen Zeichen- rolle für die Kl. gestützten Unterlassungsanspruch aus § 12 WbZG. und zur Begr. ihrer auf Löschung dieses deutschen Warenzeichens der Kl. gerichteten Widerklage geltend gemacht, daß diese Packung seit langen Jahren vor der Anmeldung des Zeichenschutzes durch die Kl. allgemein üblich gewesen sei. Denn sie sei bereits seit langer Zeit von den Fabrikanten des Solinger Bezirks für zum Export bestimmte Rasier- klingen minderer Qualität verwendet worden. In Kenntnis dieser Verhältnisse habe die Kl. den formalen Zeichenschutz erwirkt, um störend in den geordneten Gewerbebetrieb zahl- reicher Fabrikanten dieses Geschäftszweigs einzugreifen und sich so die Früchte einer Arbeitsweise, auf die sich ihre Kon- kurrenten seit langen Jahren eingestellt, allein anzueignen.

Der Ansicht des BG., daß der deutsche Zeichenschutz der Kl. an der fraglichen Packung ihr nach Lage der Sache den Unterlassungs- und Vernichtungsanspruch gegen die Bekl. nicht gewährt, war beizutreten. Dazu hätte es aber der Heranziehung des subjektiven Moments der Kenntnis der Kl. von der weiten Verbreitung der fraglichen Packung in den Kreisen der Solinger Fabrikanten von Rasierklingen minderer Güte sowie der Absicht der Kl., durch Erwerb des Zeichen- schutzes an dieser Packung in den geordneten Gewerbebetrieb anderer störend einzugreifen, nicht bedurft. Denn wenn die fragliche Packung zur Zeit des Erwerbs des Zeichenschutzes der Kl. an ihr so weit verbreitet war wie die Bekl. behaupten, so war die Kennzeichnungskraft dieser Packung als Herkunftsangabe für Rasierklingen einfacherer Sorte nicht mehr vorhanden, es sei denn, daß die Kl. den Beweis führen würde, daß es ihr durch bes. Maßnahmen z. B. durch ganz großzügige Reklame gelungen sei, der fraglichen Packung Kennzeichnungskraft als Hinweis auf ihren Betrieb zu verschaffen (RG.: JW. 1928, 350 [352]). Selbstverständlich reicht behufs Rückbildung einer zur Zeit der Eintragung in der betr. Branche weit verbreiteten bildlichen oder wörtlichen Be- zeichnung zur individuellen Herkunftsangabe nicht etwa schon die Eintragung für einen bestimmten Geschäftsbetrieb aus. Vielmehr gilt hier der gleiche Grundsatz, den der erf. Sen. für zeichenrechtlich geschützte Beschaffenheitsangaben, beschrei-

bende Bezeichnungen, Wappen und Wahrzeichen von Städten u. dgl., die das PatV. nach § 4 WbZG. nicht hätte eintragen sollen (z. B. in der Entsch. betr. „Uralt“: JW. 1927, 108), wiederholt ausgesprochen hat: „Maßgebend für den Zeichen- schutz ist die Eintragung bis zu ihrer Löschung, maßgebend für die Frage der Kennzeichnungskraft aber ist der Verkehr.“

Verfehlt ist der Standpunkt der Rev., daß der Einwand der Bekl. über die weit verbreitete Verwendung der frag- lichen Packung bereits zur Zeit der Eintragung als Waren- zeichen für die Kl. überhaupt nicht berücksichtigt werden dürfe, weil es sich hierbei um die Behauptung der Freizeicheneigen- schaft der fraglichen Packung handle, die Entsch. hierüber aber ausschließlich dem PatV. zustehet. Der Einwand, dessen Entsch. nach der Rspr. des RG. nicht zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gehört, sondern ausschließlich dem Pat- Amt obliegt, hat zum Gegenstande die Behauptung des an- geblichen Verlezerers, die dem anderen geschützte Bezeichnung habe, weil schon zur Zeit seiner Eintragung im Gemein- gebrauch stehend, für jenen nicht geschützt werden dürfen, ihre trotzdem erfolgte Eintragung gewähre ihm daher keinen Schutz, er (Bekl.) nehme das Recht der Benutzung ohne Rücksicht auf den Zeichenschutz des anderen auf Grund der Gemeinfreiheit der Bezeichnung für sich in Anspruch (RG. 44, 65; 102, 357¹⁾). Hier handelt es sich um etwas ganz anderes, näm- lich um die Behauptung der infolge stärkster Verwendung für die gleiche Ware mangelnden Kennzeichnungskraft der für die Kl. geschützten Packung, deren Zeichenschutz an sich als bestehend angesehen wird.

Ebenso wie die Entstehung einer Verkehrsgeltung als Voraussetzung für den Erwerb des Ausstattungsschutzes i. S. des § 15 WbZG. nicht die einheitliche Auffassung aller Beteiligten überhaupt innerhalb des Deutschen Reiches er- fordert, so muß auch für die Annahme der Verkehrsauffassung die Überzeugung eines beträchtlichen Teils der Beteiligten, deren Kreise örtlich begrenzt sein können, ausreichen. Es muß auch hier — entsprechend Baumbachs Komm. z. UrWbZ., 2. Aufl., S. 349 — in bezug auf die Entstehung des Ausstattungsschutzes i. S. des § 15 genügen, daß die Auffassung von der Gemeinfreiheit der fraglichen Packung in einem Teil eines einheitlichen Wirtschaftsgebiets herrscht und dort dementsprechend gehandelt wird, um der Auf- fassung in diesem ganzen Gebiet Schutz zu verschaffen.

Soweit von der Rev. durch den Hinweis auf das Ver- fahren des PatV. behufs Feststellung, ob ein Freizeichen vor- liegt, die Beweisaufnahme des BG. als nicht genügend um- fangreich gerügt werden soll, konnte die Rüge deshalb keinen Erfolg haben, weil die Entsch. über den Umfang der Beweisaufnahme Sache des BG. ist und Beanstandungen durch die Rev. in dieser Beziehung nur insoweit zulässig sind, als es

¹⁾ JW. 1922, 1205.

Zu 18. Ich halte die Entscheidungsgründe des RG. nicht für zutreffend. Nach dem durch die Beweisaufnahme festgestellten Sach- verhalt war das Zeichen der Kl. weil die als Zeichen eingetragene Packung bereits seit langer Zeit von den Fabrikanten des Solinger Bezirks für Rasierklingen verwendet worden war, m. G. zur Zeit der Anmeldung Freizeichen. Unter einem solchen versteht man all- gemein eine Bezeichnung, die sich im freien Gebrauch aller oder ge- wisser Klassen von Gewerbetreibenden befindet hat. Diese Definition des alten Markenschutzgesetzes von 1874 wird allgemein als zutref- fend und auch für das gegenwärtige Recht passend anerkannt. Nach der ständigen Praxis des RG. — die auch in der vorl. Entsch. an- erkannt wird — ist nicht das Gericht, sondern nur das Patentamt berechtigt, über die Freizeicheneigenschaft zu entscheiden. Hat das Pa- tentamt ein Zeichen eingetragen, so haben die Gerichte den Einwand, es liege ein Freizeichen vor, unbeachtet zu lassen. Dieser Grundsatz, der im Ur. ausdrücklich anerkannt wird, soll hier aber nicht gelten, weil es sich hier um etwas ganz anderes handelt, nämlich „um die Behauptung der infolge stärkster Verwendung für die gleiche Ware mangelnden Kennzeichnungskraft der für die Kl. geschützten Packung, deren Zeichenschutz an sich als bestehend angesehen wird“. Hierfür sollten die Gerichte zuständig sein. Das würde dazu führen, daß, wenn der Bekl. gegenüber einem Zeichen, das unzweifelhaft jahrelang vor der Eintragung im freien Gebrauch aller Gewerbetreibenden gewesen ist, einwendet, es sei ein Freizeichen, so würde er damit vom Gerichte nicht gehört. Wenn er aber sagt, es fehle dem Zeichen die Kenn- zeichnungskraft, so ist das Gericht zuständig. Das ist richtig in dem Falle, wenn der Bekl. einwendet, die Verwechslungsfähigkeit beruhe auf einem Bestandteil des kombinierten Mlagzeichens, der für sich

Freizeichen sei, im übrigen bestche keine Verwechslungsfähigkeit. Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Hier stimmte — wie es in dem nicht mit abgedruckten Tatbestande des reichsgerichtlichen Ur. heißt — die Packung der Bekl. genau mit der der Kl. geschützten Packung überein. Die in dem Ur. wiedergegebene Antinomie „Maßgebend für den Zeichenschutz ist die Eintragung bis zu ihrer Löschung, maß- gebend für die Frage der Kennzeichnungskraft aber ist der Verkehr“, ist zwar sehr hübsch, trifft aber unseren Fall nicht. Sie gilt, wie ge- sagt, für den Fall, daß in einem Kombinationszeichen ein Teil Frei- zeichen ist. Wenn, wie hier, die beiden Zeichen sich völlig decken, kann man nicht zwischen Zeichenschutz und Kennzeichnungskraft unter- scheiden. Worin soll der Schutz bestehen, wenn er nicht einmal gegen ein identisches Zeichen durchdringt?

Etwas anderes wäre es, wenn nach der Eintragung des Zeichens ganze Klassen von Gewerbetreibenden Jahre hindurch das Zeichen be- nutzt hätten, ohne von dem Zeicheninhaber daran gehindert zu werden. Dann wäre nach der Praxis des RG. das Zeichen vielleicht zur Be- schaffenheitsangabe geworden und damit seiner Wirkungskraft ent- kleidet. Aber auch dies will nach der neuen Rspr. das RG. nur aus- nahmsweise und unter ganz besonderen Umständen zulassen. (RG. 108, 8 = JW. 1924, 691; 110, 339 = JW. 1925, 2452; 117, 408 = JW. 1928, 343.) Dieser Tatbestand liegt hier nicht vor. Denn die Klage ist bald nach der Eintragung angestrengt, und es ist in dem Ur. auch nur von der vor der Eintragung liegenden allge- meinen Benutzung die Rede.

Wie aus der Entsch. hervorgeht, hatte das OLG. für sein Ur.

sich um Übergehungen von Beweisanträgen der Kl. handeln würde.

Hiernach war der Klageanspruch, soweit er auf das deutsche Zeichenrecht der Kl. gestützt ist, unbegründet, ohne daß es der Heranziehung des subjektiven Moments der Erwirkung des Zeichenrechts durch die Kl. in Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse in der Absicht des störenden Eingriffs in die Gewerbebetriebe anderer Fabrikanten gleicher Branche bedurfte.

Rechtlich durchaus verfehlt war der Versuch der Kl., ihre Klageansprüche auch auf ihren Warenzeichenschutz an der fraglichen Packung in Mexiko und auf ihren angeblichen Ausstattungschutz an dieser in Mexiko zu stützen. Selbst wenn ihr in Mexiko beide Rechte zuständen, würden ihr diese nicht die Möglichkeit geben, den Befl. die Herstellung, das Herstellenlassen, die Inverkehrsetzung solcher Packungen in Deutschland zu verbieten und die Vernichtung der im Besitz der Befl. befindlichen zu verlangen. Es ist nicht einzusehen, inwiefern eine Verletzung ihrer mexikanischen Schutzrechte in Deutschland geschehen sollte durch Herstellung und Inverkehrsetzung der fraglichen Packung hier selbst. Es könnte ihr höchstens das Recht eingeräumt werden, den Befl. zu verbieten, zur Ausfuhr nach Mexiko bestimmte Ware — aber nur diese — in der fraglichen Packung zu versenden (ebenso RG.: MuW. XXX, 430 betr. Standard-Vergasferlampen). Aber diesen Klageanspruch hat die Kl. nicht geltend gemacht.

(U. v. 5. Jan. 1932; 143/31 II. — Düsseldorf.) [Ru.]

19. § 12 WbZG.

1. Die bloß mündliche Benennung einer fremden Ware mit dem für sie geschützten Wortzeichen ist keine „Anbringung des Zeichens“¹⁾.

2. Eine Warenbezeichnung genießt den Namensschutz des § 12 WbZG, wenn sie auf ein bestimmtes Geschäftsunternehmen als Herkunftsstelle hinweist, d. h. wenn eine von dem Unternehmen vertriebene Ware unter der (meist schlagwortartigen) Bezeichnung so bekannt ist, daß diese die Bedeutung eines Kennzeichnungsmitels des Unternehmens selbst besitzt²⁾.

3. Der Wiederverkäufer kann eine Ware unter ihrem Warennamen vertreiben, auch wenn er sie nicht unmittelbar vom Hersteller, sondern von einem Zwischenhändler bezogen hat. Dies gilt auch dann, wenn der Händler sie nicht unter diesem Warennamen in Verkehr gebracht hat. Eine vertragliche Bindung des unmittelbaren Abnehmers gegenüber dem Hersteller, den Warennamen nicht zu gebrauchen, verpflichtet nicht den dritten Erwerber der Ware.

4. Die Echtheit einer Ware bestimmt sich ausschließlich nach ihrer Herkunft. †)

(U. v. 25. Sept. 1931; 427/30 II.) [Ru.]

1) RG. 73, 232 = JW. 1910, 486; 100, 9 = JW. 1920, 646.

2) RG. 117, 215 = JW. 1927, 3045.

nach das subjektive Moment der Kenntnis der Kl. von der weiterer Verbreitung der fraglichen Packung und der Absicht der Kl., durch Erwerb des Zeichenrechts in den Gewerbebetrieb Anderer störend einzugreifen, verwertet. Das RG. erklärt von seinem Standpunkte aus dies für überflüssig. Ich bin der Ansicht, daß erst durch die Pinznahme des subjektiven Moments der Erwerb des Befl. unter dem Gesichtspunkte der Arglist Anspruch auf Berücksichtigung durch das Gericht verdient hätte.

JR. Dr. Dr. Arnold Seligsohn, Berlin.

Zu 19 u. 20. I. Die beiden Urte. v. 25. Sept. 1931 (II 427/30 u. II 437/30) sind der Abschluß eines Streites zwischen der Rhenania-Dijag und einem Wiederverkäufer. Der Befl. hatte ursprünglich mit der Kl. einen Tankstellenvertrag abgeschlossen, der später fristlos aufgehoben wurde (vgl. JW. 1929, 3061). Der Befl. hat dann später von dritter Seite Betriebsstoffe, die von der Kl. stammten, bezogen und beim Weiterverkauf Firma und Warenzeichen der Kl. benutzt.

Anfangs hatte der Befl. an seinem Tankstempel die Aufschrift

20. § 1 UrtWbZG; § 37 HGB; § 12 WbZG. Die Verwendung des Firmennamens eines anderen zur Bezeichnung der von ihm herrührenden, wenn auch nicht von ihm gekauften Ware ist auch, wenn die Ware selbst vom Firmeninhaber anders bezeichnet wird, kein Eingriff in das Firmenrecht. †)

Der Befl. hat sich des Firmenbestandteils „Rhenania“ der Kl. zur Bezeichnung von Autobenzin bedient, der von der Kl. hergestellt und von ihm neben anderen Benzinarten in seiner Tankstelle vertrieben ist. Es liegt keine Verletzung des Namens- oder Firmenrechts der Kl., des § 37 Abs. 2 HGB, oder des § 1 UrtWbZG. vor. Der Käufer einer echten Ware kann sich beim Weiterverkauf zu ihrer Bezeichnung oder Empfehlung des Namens des Fabrikanten bedienen. Die Aufschrift „Rhenania“ oder „Rhenania-Benzin“ auf seiner Tankstelle wäre dem Befl. selbst dann gestattet, wenn der Name als Wortzeichen eingetragen wäre (Urt. d. Sen. v. 12. April 1929, II 426/28), weil sie nur die Ankündigung der Ware darstellt, eine Ankündigung echter Ware unter dem Zeichen durch den Wiederverkäufer aber nicht unter § 12 WbZG. fällt. Dies gilt auch, wenn der Wiederverkäufer die Ware nicht unmittelbar von der Kl., sondern von einem Zwischenverkäufer bezogen hat. Die Rev. macht für die Verletzung des Namensrechts geltend, der Befl. habe den Namen der Kl. „Rhenania“ für die von ihr stammende Ware so benutzt, daß das Publikum über die Verkaufsorganisation der Kl. zu der irrigen Annahme veranlaßt werden könne, die Kl. habe die Tankstelle des Befl. selbst beliefert, da sie nach ihrer Verkaufsorganisation die Tankstelleninhaber und Selbstverbraucher von Autotreibstoff grundsätzlich selbst beliefere. Die Möglichkeit, daß einzelne Tankstellenkunden des Befl. infolge der Bezeichnung „Rhenania“ oder „Rhenania-Benzin“ glauben könnten, der Befl. werde von der Kl. unmittelbar beliefert, begründet nicht die Unzulässigkeit ihrer Verwendung. Maßgebend wäre allein eine Irreführung des Publikums über die Herkunft der unter dieser Bezeichnung angebotenen Ware. Eine Irreführung in dieser Beziehung liegt nicht vor. Die angekündigte Ware stammte von der Kl., es war also echte Ware, die der Befl. nach dem Firmenwort der Kl. durchaus als „Rhenania-Benzin“ bezeichnen durfte.

Er war hierzu berechtigt, obgleich die Kl. das von ihr hergestellte Benzin mit dem Warenzeichen „Shell“, ohne ihre Firmenbezeichnung vertreibt. Nach § 12 WbZG. ist, wenn eine Ware rechtmäßig, d. h. vom Zeicheninhaber oder mit dessen Genehmigung von einem Dritten mit dem Zeichen versehen und zum ersten Male in Verkehr gesetzt ist, die Wirkung des Zeichenrechts, d. h. das Monopol des Zeichenberechtigten, „die so bezeichneten Waren in Verkehr zu setzen“ erschöpft (Sagens, § 12 Anm. 22; Seligsohn, § 12 Anm. 9). Es besteht auf Grund des Zeichenrechts kein Recht für den Zeicheninhaber gegenüber dem Wiederverkäufer, daß dieser die Ware nur mit dem Zeichen weiterverkauft. Er kann sie ohne jedes Zeichen oder mit einem eigenen Zeichen weiter-

Stellen angebracht. Den Anträgen der Kl., diese Anbringung, weil sie gegen ihren Willen erfolgte, zu untersagen, ist nicht stattgegeben, da es sich nach Ansicht des RG. nicht um ein Versehen der Ware handele und eine Ankündigung echter Ware unter Benutzung des Warenzeichens erlaubt sei. Dieses Urt. (JW. 1929, 3061) hat Zustimmung erfahren in JW. 1929, 3061 durch Wertheimer und 1930, 1683 durch Lion.

Der Befl. hat nun ferner für Betriebsstoffe, die von der Kl. stammen, aber nicht unmittelbar von ihr durch den Befl. bezogen ist, die Bezeichnungen Rhenania, Rhenania-Benzin, Shell-Benzin oder Shell benutzt.

Im ersten Prozeß (II 427/30) sollte dem Befl. verboten werden, Betriebsstoffe unter dem der Kl. geschützten Namen Shell oder unter einem anderen ihr geschützten Namen zu vertreiben, wenn der Betriebsstoff nicht von ihr unter diesem Namen in den Handel gebracht worden ist. Im anderen Falle (II 437/30) verlangt die Kl. Unterlassung, in öffentlichen Anpreisungen die Worte Rhenania oder Rhenania-Benzin zu verwenden oder unter dem Namen „Rhenania-Benzin“ Benzin irgendwelcher Herkunft und insbes. Fabrikate der Kl. in den Handel zu bringen. (Die Urte. sind mit Tatbestand ungekürzt in MuW. 1931, 613/616 veröffentlicht.)

II. Die zeichenrechtlichen Gründe beider Urte. sind zum Teil

chaft", das seit 1924 Bestandteil der Firma der Kl. und seit 1927 als Warenzeichen für sie eingetragen ist, auf Urkundigungen usw. als Sammelausdruck zu bedienen. Bloße Gattungsbegriffe als Bezeichnung eines Unternehmens genügen im Regelfall weder nach § 12 WbG. noch nach § 16 UrWbG. Schutz, weil ihnen das unterscheidende Merkmal fehlt (vgl. RG.: JW. 1926, 1434), und eine Ausnahme von dieser Regel nur mit Hilfe stärkster Werbetätigkeit denkbar wäre, wobei an den Beweis strenge Anforderungen zu stellen wären. Dieser Fall, daß das fragliche Wort als Gattungsbegriff bereits im Verkehr war zur Zeit seiner Aufnahme in die Firma der Kl., scheidet aber aus. Denn nach der Feststellung des BG. hat die Kl. das bis dahin ungebräuchliche Wort „Buchgemeinschaft“ zum ersten Male gebraucht, d. h. als erste. Es könnte sich deshalb nur um den Fall handeln, daß das fragliche Wort sich nach der Aufnahme als Bestandteil in die Firma der Kl. zur Gattungsbezeichnung für Buchunternehmen entwickelt hätte, die in ähnlicher Art betrieben werden wie das der Kl. Eine solche Entwicklung könnte auch außerhalb des geschäftlichen Verkehrs z. B. durch wissenschaftliche Vorträge oder durch Aufsätze in Fachzeitschriften oder sonst in der Presse u. dgl. herbeigeführt oder gefördert werden, indem dort der fragliche Name als Gattungsbezeichnung verwendet wäre (Rosenthal § 5 R. 5a und dort wiedergegebene Begr. des RG. in 10 U 4260/29). Nun hat die Bekl. als Beweis für eine solche Verwendung des Namens „Buchgemeinschaft“ in den Festreden mehrerer sachkundiger Personen am „Tage des Buches“ 1929 die Nr. 6 v. 6. April 1929 des Vörsenblattes für den Deutschen Buchhandel überreicht. Danach haben diese übereinstimmend das Wort „Buchgemeinschaft“ ganz allgemein als Bezeichnung einer bestimmten Art des Buchervertriebes und die Mehrzahl „Buchgemeinschaften“ für die Unternehmen dieser Art gebraucht. Das Wort ist gleichbedeutend gebraucht mit dem Wort „Buchgemeinde“, mit dem es in jenen Vorträgen ständig wechselt. Diese Vorträge ergeben mit aller Deutlichkeit die Verwendung der Bezeichnung „Buchgemeinschaft“ als Sammelname für die bestimmte Art des Buchervertriebes, wie ihn die Parteien und viele andere Buchvertriebsunternehmen ähnlicher Art und ähnlichen Namens ausüben. Die Redner sprechen daher an zahlreichen Stellen ohne jedes Bedenken auch von Buchgemeinschaften, wenn sie zusammenfassend die verschiedenen Buchvertriebsunternehmen dieser Art bezeichnen wollen. Sie stellen diese als einen besonderen Typ dem hergebrachten System des Verlages und des Sortimentsbuchhandels gegenüber. Diese bei allen Rednern übereinstimmende Ausdrucksweise zur Bezeichnung eines bestimmten Typs des Buchervertriebes legt auch den Schluß nahe, daß diese Bezeichnungsart in ihrer Bedeutung als Gattungsbegriff zum mindesten einem nicht ganz unerheblichen Teil ihrer Zuhörer geläufig gewesen ist. Aber auch wenn letzteres nicht der Fall gewesen sein sollte, läßt doch die übereinstimmende Art der Verwendung des fraglichen Wortes in dem angegebenen Sinne durch die Fachleute in aller Öffentlichkeit

zeichnung“ in einen Gattungsbegriff liefert. Die Entsch. lehrt, daß letzten Endes der Verkehr doch stärker ist als der Wunsch des einzelnen, eine charakteristische Bezeichnung für ein bestimmtes Unternehmen zu monopolisieren.

Die Kl. ist stets mit außerordentlicher Energie allen Versuchen entgegengetreten, den Begriff „Buchgemeinschaft“, der einen wesentlichen Bestandteil ihrer Firmenbezeichnung bildet, auch sonst von ihr im geschäftlichen Verkehr verwendet wird und ihr als Warenzeichen geschützt ist, als Sammelbegriff für die ihr ähnlichen Unternehmungen des sog. Kollektivbuchhandels oder gar für gleichgerichtete geschäftliche Zwecke zu verwenden. Auf den sonst häufig anwendbaren Gesichtspunkt der stillschweigenden Duldung oder der Verwirkung konnte die Verjagung des Rechtsschutzes hier also nicht gestützt werden. Trotzdem hält das BG. die Entwicklung des Kunstwortes „Buchgemeinschaft“ zum Gattungsbegriff für vollzogen. Zwar hat das RG. bereits in einem Ur. v. 6. Febr. 1926 (GenRSch. 1926, 545) — Fall der Evangelischen Buchgemeinschaft — angesichts der häufigen Benutzung des Begriffs in Fachkreisen „Ansätze einer Entwicklung zum Gattungsbegriff“ feststellen müssen, jedoch das Vorliegen eines Gattungsbegriffs im Augenblick (also Anfang 1926) noch verneint. Den gleichen Standpunkt hat das BG. II Berlin noch im März 1929 — Fall der Büchergilde Gutenberg — eingenommen. Sogar im vorliegenden Fall hat das RG. der Bezeichnung

i. Verb. m. der Tatsache, daß von der Kl. gegen diese Bezeichnungsart keinerlei Widerspruch erhoben ist, keinen Zweifel darüber zu, daß das Wort „Buchgemeinschaft“ sich damals bereits zum Gattungsbegriff in dem von der Bekl. behaupteten Sinn entwickelt hatte. Dann hat aber die Bekl. nicht rechtswidrig gehandelt, als sie sich des Wortes „Buchgemeinschaft“ in ihren Prospekten bedient hat.

Da das Wort „Buchgemeinschaft“ — jedenfalls allein für sich — hiernach in weitesten Kreisen nur noch als Gattungsbezeichnung, nicht aber als schlagwortartige Bezeichnung der Firma der Kl. gilt, so kann diese aus dem Namensrecht die Bedeutung des Wortes durch die Bekl. nicht verbieten, ebenso daher auch nicht aus § 16 UrWbG.

Auch aus dem i. J. 1927 von ihr erworbenen Warenzeichenrecht an dem Worte „Buch-Gemeinschaft“ steht ihr ein solches Unterjagungsrecht nicht zu, allerdings nicht aus dem vorstehend dargelegten Grunde. Denn die Entwicklung eines Warenzeichens zur Gattungsbezeichnung könnte sich nicht durch Benutzung des geschützten Wortes in wissenschaftlichen Aufsätzen, in Vorträgen oder in einer sonstigen nicht geschäftlichen Zwecken dienenden Art, sondern entsprechend der Zweckbestimmung des Warenzeichens nach § 1 WbG., als Unterscheidungsmerkmal für die Herkunft von Waren aus einem bestimmten Betriebe zu dienen, nur durch Verwendung im geschäftlichen Verkehr vollziehen oder gefördert werden (RG. 117, 408¹⁾). Im übrigen darf, wie der erf. Sen. wiederholt ausgesprochen hat (z. B. RG. 108, 8²⁾; 110, 339; 117, 412³⁾), die Umwandlung eines eingetragenen Wortzeichens in eine freie Beschaffenheitsangabe nur ganz ausnahmsweise und unter ganz besonderen Umständen angenommen werden. Die Umwandlung kann insbes. so lange nicht anerkannt werden, als noch ein beteiligter Verkehrskreis, sei es auch nur von Personen, die mit dem Betriebe der betr. Ware oder mit der Herstellung oder mit dem Vertriebe der Ware befaßt sind, an der Bedeutung des Wortes als Hinweis auf die bestimmte Herkunftstelle fest hält (RG. 117, 414⁴⁾). Davon, daß die beanstandete Bezeichnung im Geschäftsverkehr von anderen Unternehmungen ähnlicher Art wie die der Kl. als Hinweis auf ihren eigenen Betrieb verwendet sei, hat die Bekl. selbst nichts behauptet. Auch mit Bezug auf ihre eigene Art der Verwendung hat sie stets betont, daß diese nur als Bezeichnung der Art der in Frage kommenden Unternehmen, d. h. nur als Gattungsname für diese benutzt sei an den beanstandeten Stellen, nicht aber als Herkunftsbezeichnung für Bücher aus ihrem Unternehmen, also nicht als Hinweis auf ihren Betrieb im Geschäftsverkehr. Dieser Standpunkt der Bekl. ist zutreffend. Aus diesen Ausführungen folgt einerseits, daß der Zeichenschutz der Kl. an dem Worte „Buchgemeinschaft“ für den vorl. Rechtsstreit als fortbestehend anzusehen ist, andererseits, daß es sich bei der Art der beanstandeten Verwendung des fraglichen Wortes an den oben angegebenen Stellen nicht um einen warenzeichenmäßigen Gebrauch des der Kl. geschützten Wortes handelt. Allein deshalb liegt eine Ver-

¹⁾ JW. 1928, 343.

²⁾ JW. 1924, 691.

³⁾ JW. 1928, 343.

⁴⁾ JW. 1928, 343.

„Buchgemeinschaft“ noch die Eigenschaft als Gattungsbegriff abgesehen. Demgegenüber stellt das BG. die Tatsache, daß diese Bezeichnung mindestens seit 1929 ohne Bezugnahme auf ein bestimmtes Unternehmen in Fachkreisen und darüber hinaus als Kennzeichnung für eine charakteristische Organisationsform des Buchervertriebes, nämlich der sog. Kollektivbuchhandel allgemein gebraucht wird. Dies wird namentlich bestätigt durch den wiederholten Gebrauch des in Rede stehenden Begriffs in den Vorträgen prominenter Vertreter des Schrifttums und Verlagsbuchhandels anlässlich des Tages des Buches 1929 sowie durch die Verwendung des Wortes „Buchgemeinschaft“ als Gattungsbegriff im Vorwort zu Werner Mahrholtz, Deutsche Literaturgeschichte der Gegenwart. Der Verkehr, insbes. die Fachwelt hat sich der ursprünglich schlagwortartigen Bezeichnung der Firma der Kl. bemächtigt und dadurch eine Gattungsbezeichnung erzeugt, für die von der Kl. weder aus dem Gesichtspunkt des Namensrechts noch des unlauteren Wettbewerbs (§ 16 UrWbG.) Schutz verlangt werden kann. Das sind die notwendigen Folgen aus der Verjagung des Gattungsbegriffs.

Während sich aber die vorstehend geschilderte Entwicklung des Gattungsbegriffs durch Benutzung des geschützten Wortes in einer

legung des Zeichenrechts der Kl. nicht vor. Davon, daß sich der erf. Sen. durch diese Auffassung in Widerspruch setzen würde mit seiner Entsch. v. 12. Juni 1931, II 392/30, kann keine Rede sein; es handelte sich dort in der RevJust. um ganz andere Ansprüche. Hiernach sind die beiden allein in Betracht kommenden Klagegründe — Verletzung des Namens- und des Zeichenrechts der Kl. — nicht gegeben.

(U. v. 11. Dez. 1931; 490/30 II. — Berlin.) [Ru.]

22. §§ 12, 13 WbZG.; Madrider Abf. v. 2. Juni 1911. Gegen die internationale Registrierung des Warenzeichens einer Firma, die in einem dem Madrider Abf. beigetretenen Lande ihre Niederlassung hat, kann nicht eingewendet werden, daß das Zeichen nur eine Ortsangabe enthalte. Die Verwechslungsgefahr besteht bei Zeichen, die mehrere Bestandteile enthalten, in dem Gebrauch des charakteristischen Merkmals. Keine Verwirkung des Unterlassungs- und Schadensersatzanspruches, wenn sich in der Zeit kein fester Besitzstand des Verlegers herausgebildet hat.†)

Die seit 1921 für die Kl. bestehende internationale Registrierung von Wortmarken, die sämtlich das Wort „Marienbader“ i. Verb. m. der Bezeichnung dortiger Brunnen und Quellen enthalten und für Marienbader Mineralwasser eingetragen sind, genießen, da das Deutsche Reich und die Tschechoslowakei — ersteres seit dem 1. Dez. 1922, letztere schon seit dem 5. Okt. 1919 — dem Madrider Markenabf. i. b. Fass. v. 2. Juni 1911 beigetreten sind, in Deutschland den gleichen Schutz, den sie durch Eintragung in die deutsche Zeichenrolle erlangen würden. Ihr Schutz in Deutschland hat mit dem 1. Dez. 1922, dem Tage des Beitritts des Deutschen Reichs, begonnen. Daß sie in die deutsche Zeichenrolle eingetragen sind, ist zwar nicht behauptet worden, aber vermutlich geschehen zugleich mit den übrigen in sehr großer Zahl vor dem 1. Dez. 1922 vom RPatA. ungeprüft übernommenen international registrierten Marken.

Gegenüber dem international eingetragenen Zeichen können die Befl. mit dem Einwande, sie hätten als Ortsangabe gem. § 4 Nr. 1 WbZG. nicht eingetragen werden dürfen, nicht gehört werden. Die Zeichen genießen für die Dauer ihrer Eintragung den gesetzlichen Zeichenschutz, wie der erf. Sen. bez. nach § 4 a. a. D. gleichliegenden Falles der Eintragung einer Beschaffenheitsangabe oder eines Stadtwappens u. dgl. wiederholt entschieden hat. Deshalb liegt auch die Ausföhrung des BG., die sich mit der Frage der „Schutzfähigkeit“ des Wortes „Marienbader“ in den Worten der Kl. befaßt, ohne weiteres neben der Sache. § 4 a. a. D. enthält die wichtigsten materiellen Eintragungshindernisse, die das PatA. bez. der angemeldeten Bezeichnung zu beachten hat. Dahin gehört bei zur Eintragung angemeldeten Ortsangaben die Prüfung, ob es sich um eine individuelle Herkunftsangabe des Anmelders handelt oder ob auch andere

einen Anspruch auf Verwendung des gleichen oder zum Verwechseln ähnlichen Namens für ihre Erzeugnisse haben. Das gilt selbstverständlich auch dann, wenn es sich um gleichlautende Namen verschiedener Örtlichkeiten handelt. Der Umstand, daß die Kl. „alleinige Rechtsträgerin“ der Marienbader Mineralquellen ist, ist also nicht entscheidend für die Prüfung. Im übrigen kommt diese aber im Kollisionsverfahren überhaupt nicht in Betracht.

Das BG. bejaht die Verwechslungsgefahr der von den Befl. verwendeten Bezeichnungen „Marienbader“, „Deutsch-Marienbader“, „Deutsch-Marienbad“ einerseits und der Warenzeichen der Kl. andererseits, in denen es als charakteristischen Bestandteil das Wort „Marienbader“ feststellt. Diese Begründung des BG. geht von der zeichenrechtlich zutreffenden Auffassung aus, daß es bei Zeichen, die aus mehreren Bestandteilen zusammengesetzt sind, für die Prüfung der Verwechslungsgefahr auf das charakteristische, d. h. den Gesamteindruck beherrschende Element ankommt. Von diesem Grundsatz ausgehend stellt das BG. als solches Element das Wort „Marienbader“ fest. Das ist rein tatsächlicher Art.

Weiter nimmt das BG. die zeichenrechtliche Gleichartigkeit der beiderseits vertriebenen Waren rechtlich bedenkenfrei an. Es stellt fest, daß auch das von der Befl. vertriebene Wasser trotz seiner Bezeichnung als „Tafelwasser“ in ihrem Reklamematerial als „Heilwasser“, „Wasser zu Heilzwecken“, „Brunnen für Hauskuren“ bezeichnet wird.

Das BG. stellt aber auch für den Fall, daß chemisch-medizinisch ein Unterschied zwischen Heil- und Tafelwassern gemacht werden müßte, die zeichenrechtliche Gleichartigkeit der beiderseits vertriebenen Wasser fest, da diese sich nach ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und ihrem Verwendungszweck so nahe ständen, daß sie erfahrungsgemäß in den gleichen Vertriebsstätten (Apotheken, Drogerien) feilgehalten und dort von den gleichen Kreisen gesehen und gekauft würden und bei der Gleichheit bzw. starker Ähnlichkeit ihrer Bezeichnungen in bezug auf die Herkunftsstätte verwechselt werden könnten.

Diese Begr. ist rechtlich nicht zu beanstanden. Vergeltens versucht die Rev. durch den Hinweis auf den verschiedenen Zweck und Geschmack der beiderseitigen Wasser diese Feststellungen des BG. zu erschüttern. Diese Art der Verschiedenheit der Waren schließt nicht die Verwechslungsgefahr aus. Denn diese betrifft die auf die Herkunftsstätten verweisenden Warenbezeichnungen, dagegen nicht — jedenfalls nicht unmittelbar — die Waren selbst.

Weiter hat das BG. die Inanspruchnahme des Schutzes des § 13 WbZG. durch die Befl. für die beanstandeten Bezeichnungen als örtliche Herkunftsangabe und als Firmenbestandteil der Befl. in erster Linie deshalb für unbegründet erklärt, weil es sich in Anbetracht der bes. Art der Verwendung, insbes. der Stellung und Hervorhebung im übrigen Text um die warenzeichenmäßige Benutzung der beanstandeten Bezeichnungen handle.

Diese rechtlich zutreffende und prozessual nicht zu be-

nichten. Bestrebend und unverständlich — was das BG. als Begründung anführt: „Daß sie in die deutsche Zeichenrolle eingetragen sind, ist zwar nicht behauptet worden, aber vermutlich geschehen zugleich mit den übrigen in sehr großer Zahl vor dem 1. Dez. 1922 vom RPatA. ungeprüft übernommenen international registrierten Marken“. . . „Doch kann die Frage der Eintragung im Inlande auf sich beruhen; eine Lösung ist hier jedenfalls nicht erfolgt.“ Ausländische international registrierte Marken genießen nach Art. 4 MWV. Zeichenschutz im Deutschen Reich eben kraft ihrer Registrierung in Bern. Das gilt ebenso von den ungeprüft übernommenen, vor dem 1. Dez. 1922 registrierten wie von den später registrierten Marken. Für alle diese Marken ist zur Erlangung des deutschen Zeichenschutzes Eintragung in die deutsche Zeichenrolle nicht nötig. Der § 7 WD. v. 9. Nov. 1922 schreibt deshalb auch im Abs. 2 ausdrücklich vor: „In die Zeichenrolle werden die Marken nicht eingetragen.“ Zum Zwecke der Übersichtlichkeit werden vom RPatA. diese Marken zwar in ein Nebenregister (deutsches Markenregister) aufgenommen; die rechtliche Bedeutung der Zeichenrolle — rechtserzeugende Wirkung der Eintragung — kommt diesem Register aber nicht zu (Merkblatt des RPatA. Ziff. VIII Abs. 2; PatMustZschM. 28, 143 = MuWd. 27/28, 417; Freund-Magnus-Züngerl S. 22/23). Werden die ausländischen international registrierten Marken in die deutsche Zeichenrolle aber über-

Hil. Dr. Kurt Runge, Leipzig.

Zu 22. 1. Richtig — daß die i. S. 1931 international registrierten Marken der Kl. Zeichenschutz im Deutschen Reich ge-

niesen. Bestrebend und unverständlich — was das BG. als Begründung anführt: „Daß sie in die deutsche Zeichenrolle eingetragen sind, ist zwar nicht behauptet worden, aber vermutlich geschehen zugleich mit den übrigen in sehr großer Zahl vor dem 1. Dez. 1922 vom RPatA. ungeprüft übernommenen international registrierten Marken“. . . „Doch kann die Frage der Eintragung im Inlande auf sich beruhen; eine Lösung ist hier jedenfalls nicht erfolgt.“ Ausländische international registrierte Marken genießen nach Art. 4 MWV. Zeichenschutz im Deutschen Reich eben kraft ihrer Registrierung in Bern. Das gilt ebenso von den ungeprüft übernommenen, vor dem 1. Dez. 1922 registrierten wie von den später registrierten Marken. Für alle diese Marken ist zur Erlangung des deutschen Zeichenschutzes Eintragung in die deutsche Zeichenrolle nicht nötig. Der § 7 WD. v. 9. Nov. 1922 schreibt deshalb auch im Abs. 2 ausdrücklich vor: „In die Zeichenrolle werden die Marken nicht eingetragen.“ Zum Zwecke der Übersichtlichkeit werden vom RPatA. diese Marken zwar in ein Nebenregister (deutsches Markenregister) aufgenommen; die rechtliche Bedeutung der Zeichenrolle — rechtserzeugende Wirkung der Eintragung — kommt diesem Register aber nicht zu (Merkblatt des RPatA. Ziff. VIII Abs. 2; PatMustZschM. 28, 143 = MuWd. 27/28, 417; Freund-Magnus-Züngerl S. 22/23). Werden die ausländischen international registrierten Marken in die deutsche Zeichenrolle aber über-

mängelnde Begr. des BG. hätte vollkommen ausgereicht, um den auf § 13 WbZG. gestützten Einwand unbegründet erscheinen zu lassen. Es hätte deshalb der beiden weiteren Gründe des BG. — nämlich Nichtbestehen einer Notwendigkeit für die Bekl., die örtliche Herkunftsstätte ihrer Wasser „Deutsch-Marienbad“ zu Ehren der Ehefrau mit dem Vornamen Marie des Gründers des Betriebes zu nennen, ferner wahrer Zweck der Wahl dieser Bezeichnung sei die Absicht der Bekl. gewesen, den weltbekannten Ruf der Ware der Kl. und ihrer Herkunftsstätte Marienbad in Böhmen für sich unlauter auszunutzen — nicht mehr bedurft. Die Angriffe der Rev., es liege nicht der geringste Anhalt dafür vor, daß 1909 bzw. 1913 bei Wahl des Wortes „Marienbader“ bzw. „Deutsch-Marienbader“ irgendeine unlautere Absicht obgewaltet habe, wie sich schon aus der völligen Unmöglichkeit eines Vergleichs der kleinen Mineralquelle im Teutoburger Walde mit dem Weltbad Marienbad in Böhmen und seinen Heilquellen ergebe, deshalb beruhe die Auffassung des BG. auf Vermutungen, denen die nötige Grundlage fehle, sind nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Grundsätzlich soll, wie das schon in anderen Fällen vom erf. Sen. geschehen ist, betont werden, daß von der Bezeichnung einer Unlauterkeit einer Prozeßpartei regelmäßig abzusehen ist, wenn es einer solchen Begr. für die Entsch. — wie es hier der Fall ist — nicht bedarf. Das gilt aber um so mehr, wenn die Unterlagen für einen so schweren Vorwurf verhältnismäßig schwach sind wie hier. Aus dem gleichen Grunde bedurfte es auch der Heranziehung der Vorschr. des § 16 WbZG. zur Begr. des Unterlassungsanspruchs nicht, da auch die Anwendung dieser Gesetzesvorschrift den Täuschungszweck zur Voraussetzung hat.

Der Einwand der Verwirkung wegen zu langen Wartens mit der Klagerhebung konnte keinen Erfolg haben. Auf die angebliche Arglist der Bekl. kommt es für die Verwirklungsfrage nicht an. Weder die Gutgläubigkeit oder Bösgläubigkeit des Verlegers, d. h. seine Kenntnis oder Unkenntnis von der Verletzung, noch die Frage, ob ihm bekannt ist, daß der Verletzte besondere Gründe zum Abwarten hat und diese vielleicht nicht zutreffen, sind für die Frage der Verwirkung entscheidend. Maßgebend ist vielmehr, ob sich eine Verkehrsgeltung der vom Verleger mißbrauchten Bezeichnung für ihn herausgebildet hat. Das ist der in der Rspr. des erf. Sen. und im Schrifttum vielfach sog. „wertvolle feste Besitzstand“. Verkehrsgeltung ist

hauptsächlich eingetragen, so kann von ihrer Bösung vollends keine Rede sein (§ 10 Wb.).

2. Solange ein Zeichen in der Rolle eingetragen ist, besteht, auch wenn es offensichtlich nicht hätte eingetragen werden dürfen, das Zeichenrecht in vollem Umfange. Die Eintragung bindet die Gerichte; sie sind nicht befugt, die Schutzzfähigkeit des Zeichens nachzuprüfen und ihm die Schutzrechte des § 12 zu verweigern (z. B. RG.: WuW. XXIII, 45 ff.; RG.: JW. 1931, 1475 = WuW. XXX, 557; Baumbach S. 348, 360). Über die Kennzeichnungskraft der einzelnen Bestandteile entscheidet aber unabhängig von der Tatsache der Eintragung die Anschauung des Verkehrs (RG.: GewRSch. 34, 1046; RG.: WuW. XXX, 551 = JW. 1931, 410).

Alle fünf klägerischen Marken setzen sich aus mehreren Wörtern zusammen: „Marienbader Egelstier Quelle“, „Natürliches Marienbader Mineralfals“, „Marienbader Ferdinandsbrunnen“, „Marienbader Rudolfquelle“, „Marienbader Kreuzbrunnen“. Zu unteruchen war, welche Bedeutung dem einzelnen, allen fünf Zeichen gemeinsamen Bestandteil „Marienbader“, der ja zweifellos eine Ortsangabe ist, zeichnerisch zukommt, d. h. ob er nach der Anschauung der beteiligten Verkehrskreise die Herkunft der unter den klägerischen Marken vertriebenen Mineralbrunnen und -Salze kennzeichnet. Unschwerbar war das RG. in eine Prüfung der Marken nach dieser Richtung eingetreten. Das RG. mißbilligt dies, stützt sich lediglich auf die Eintragung (irrig f. o.) der Marken und setzt sich damit in Widerspruch zu den obigen, von ihm selbst aufgestellten und gegenüber inländischen Zeichen ständig befolgten Grundsätzen. Oder sollen etwa für international registrierte ausländische Marken andere Grundsätze gelten? Das würde gegen Art. 4 MWA., § 7 Abs. 1 Wb. v. 9. Nov. 1922 verstoßen, wonach der Schutz, den eine ausländische Marke kraft ihrer internationalen Registrierung im Deutschen Reich genießt, der gleiche, keineswegs ein größerer ist, als der eines in die deutsche Zeichenrolle eingetragenen inländischen Zeichens.

3. Hinsichtlich der Verwechselbarkeit der Zeichen hält das RG. an seinem altbewährten Grundsatz fest (z. B. RG.: WuW. XXX,

nur zu bejahen, wenn der überwiegende Teil der in Betracht kommenden Abnehmerkreise in der Bezeichnung den Hinweis auf die Herkunft aus einem bestimmten Unternehmen, hier also aus einer anderen Ursprungsstätte, als derjenigen der Bekl. erblickt. Daß diese Voraussetzung hier nicht gegeben ist, das Wort „Marienbader“ vielmehr seine kennzeichnende Kraft für die Heilquellen des weltbekannten böhmischen Bades Marienbad behalten hat, und daselbe Wort als Hinweis auf den Betrieb der Bekl. höchstens rein lokale Geltung erlangt hat in allernächster Umgebung ihres Unternehmens, ergibt sich aus dem eigenen Vorbringen der Beklagten.

(U. v. 12. Jan. 1932; 150/31 II. — Berlin.) [Ru.]

23. §§ 12, 16 WbZG.; §§ 1, 3 UuWbG. Gleichzeitige Bedeutung einer Bezeichnung als Sorten- und Herkunftsangabe. Schon die Verwechslungsfähigkeit in einer Beziehung genügt zur Rechtfertigung des Verbots. Zusätze sind unwirksam, wenn sie nicht die Annahme von Sorte und Herkunft ausschließen. Keine Verwirkung infolge Zeitablaufs, wenn der Verleger weiß, daß der Berechtigte nur wegen Unsicherheit der Rechtslage keine Ansprüche erhebt. f)

BG. und RG. haben den Bekl. zur Unterlassung verurteilt, weil er unter Verletzung des der Kl. zustehenden Warenzeichens „Original F. von Lochow's Pektuser Saatgut“ und in unlauterem Wettbewerb Roggenfaat unter den Bezeichnungen „Original Brstedts Pektuser Roggen“, „Original Brstedts Schladener Wintersaat Pektuser Typ“ und „Original Brstedts Schladener Pektuser Roggen“ in Verkehr gebracht habe.

Von der Verwirkungsfrage abgesehen wird das angef. Ur. ohne weiteres durch § 12 WbZG. getragen. Nach den nicht beanstandeten tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz stammt die unter Zeichenschutz stehende Roggenforte ihrem Ursprung nach von dem verstorbenen Züchter Dr. v. L. in Pektus und wird unter „Pektuser Roggen“ stets der Roggen der Kl. verstanden. Das BG. sieht in dem Worte „Pektuser“ den charakteristischen, schlagwortartig wirkenden Bestandteil des der Kl. geschützten Zeichens und erblickt darin, daß die Bekl. sich diesen in ihren Benennungen zu eigen

557; RG.: JW. 1931, 1895 = WuW. XXXI, 261), daß bei zusammengesetzten Zeichen der Gesamteindruck entscheidet und daher jedesmal zu untersuchen ist, welcher Bestandteil als charakteristisches Merkmal den Gesamteindruck derart beherrscht, daß er dem Beschauer ins Auge fällt und sich seiner Erinnerung einprägt.

4. Bezüglich der Anspruchsverwirkung stand das RG. ursprünglich auf dem Standpunkt, daß dem Verleger die Einrede der Arglist, eines sittenwidrigen Verhaltens des Verletzten nur dann zustehe, wenn er gutgläubig gewesen, d. h. wenn er von dem Vorhandensein des älteren verwechslungsfähigen Zeichens nichts gewußt hatte (so noch RG.: WuW. XXIX, 542). Diesen Standpunkt hat das RG. inzwischen verlassen. Entscheidend ist, daß der Verleger sich einen Besitzstand gegründet hat, den er für einen von dem Verletzten gebildeten und erlaubten ansehen durfte. Dazu ist erforderlich, daß der Verleger das Zeichen ungehindert längere Zeit hindurch benutzt und dem Zeichen unter Mühen und Kosten bei dem überwiegenden Teil der in Betracht kommenden Abnehmerkreise Geltung als Hinweis auf sein Unternehmen verschafft hat. Auf diese Weise läßt die Nichtgeltendmachung des Zeichenrechts einen wertvollen festen Besitzstand des Verlegers zur Entstehung kommen (RG.: WuW. XXXI, 495), und zwar ohne daß Kenntnis bzw. grobfahrlässige Unkenntnis des Verletzten von den Wettbewerbshandlungen des Verlegers unbedingt notwendig wäre (RG.: WuW. XXXII, 10). Diese Grundsätze bringt obiges Ur. unter ausdrücklicher Hervorhebung, daß rein lokale Geltung zur Begründung eines schutzwürdigen Besitzstandes nicht ausreicht, erneut zur Anwendung.

Sinnentstellender Druckfehler: bei „hier also aus einer anderen Ursprungsstätte, als derjenigen der Bekl. . .“ muß es statt „einer“ heißen „keiner“.

Gef. RegR. Dr. Jüngel, Dranienburg.

Zu 23. Ein Ur., dem durchaus beizustimmen ist. Es beruht auf dem Gedanken, den Zwischenschub möglichst stark zu gestalten. Zusage zu einem Warenzeichen schließen regelmäßig die Verwechslung

make, einen Eingriff in das Zeichenrecht der Kl., der durch die sonstige Fassung der von der Bekl. geführten Bezeichnungen nicht behoben werde und in den Augen des flüchtig lesenden Durchschnittslandwirts, der als Hauptinteressent für die Waren der Parteien in Frage komme, die Gefahr der Verwechslung begründe. Diese im wesentlichen tatsächlichen Erwägungen geben auch rechtlich zu Bedenken keinen Anlaß. Mit dem schlagwortartigen Charakter des Wortes „Pettfuser“ verbindet sich der doppelte Sinn einmal einer Sortenbezeichnung, ferner aber einer Herkunftsangabe, insofern sich der Verkehr gewöhnt hat, den Ortsnamen statt des Namens des Züchters zur Kennzeichnung der Ursprungsstätte des fraglichen Roggens, d. h. des bestimmten, für seine Erzeugung allein in Betracht kommenden Betriebes, zu verwenden. Mit Recht hält das BG. die Verwendung dieses einen Bestandteils des Zeichens der Kl. zur Verletzung ihres Zeichenrechts durch die Bekl. für genügend, wenn eben gerade das Wort „Pettfuser“, wie die Vorinstanz annimmt, in den Bezeichnungen der Bekl. einen Hinweis auf die Erzeugungsstätte der Kl. und damit eine Irreführung des Publikums zu begründen geeignet ist (vgl. RG. 109, 214¹⁾). Die Rev. hält in der Verwendung des Wortes „Pettfuser“ durch die Bekl. eine Herkunftsbezeichnung, damit aber einen warenzeichnenden Gebrauch, angesichts des sonstigen Inhalts ihrer Benennungen nicht für vorliegend, jedoch zu Unrecht. Wenn sie darauf hinweist, daß schon der Vorsatz „Original Brstedts“ eine solche Annahme ausschließt, da jeder Landwirt ein „Original“-Saatgut als selbständiges Züchtungsprodukt erkenne, und somit das Wort „Pettfuser“ nur auf die Grundlage der Brstedtschen Weiterzüchtung hinweise, so ist demgegenüber zu berücksichtigen, daß Zusätze zu einem Zeichenwort in der Regel überhaupt die Verwechslungsgefahr nicht ausschließen, vielmehr Verwirrung stiften (RG.: MuW. 17, 215), sofern sie nicht den unbefangenen Durchschnittsverbraucher ganz unzweideutig erkennen lassen, daß es sich um eine andere Ware als die des Zeicheninhabers handele (RG. 110, 339²⁾). Diese Voraussetzung erachtet aber die Vorinstanz bei den Bezeichnungen des von der Bekl. in Verkehr gebrachten Roggenaatgutes eben in tatsächlicher Würdigung der Umstände nicht als gegeben. Mit Recht hat danach die Vorinstanz die Bezeichnung „Original Brstedts Pettfuser Roggen“ als ohne weiteres unzulässig beanstandet. Gleiches gilt aber auch für die Bezeichnung „Original Brstedts Schladener Pettfuser Roggen“. Auch insoweit hält das BG. die Verwechslungsgefahr für begründet, da bei längeren Wortverbindungen oft nur das Schlagwort gelesen werde und dieses eben auf den Betrieb der Kl. hinweise. Diese Würdigung der für die Verwechslungsgefahr sprechenden Umstände fällt in das Gebiet des Tatsächlichen. Die Bezugnahme der Rev. auf das Ur. des RG. bezüglich der Benennung „Radeberger Pilsener“ (RG. 79, 250³⁾) geht fehl. War dort klar, daß das Wort „Pilsener“ nur Gattungsbezeichnung sein konnte, so liegt der Fall hier insofern anders, als „Pettfuser“ Schlagwort für den Betrieb der Kl. ist, die in allen Teilen des Reichs Vermehrungsstellen unterhält. Bei dieser Sachlage braucht die Ortsbezeichnung „Schladener“ nicht notwendig auf einen anderen Betrieb hinzudeuten, ist vielmehr die Möglichkeit gegeben, daß es sich bei der fraglichen Ware nach der Anschauung nicht unrichtigere Interessentkreise um ein in Schladener gewonnenes Produkt aus dem Betriebe der Kl. handelt. Auch die Verwechslungs-

fähigkeit der Bezeichnung „Original Brstedts Schladener Winterfaat Pettfuser Typ“ zieht die Vorinstanz um deswillen als dargetan an, weil durch die Bezeichnung „Typ“ der Anschein, daß die Ware aus dem Betriebe der Kl. stamme, nicht behoben werde, auch die in dem Worte „Typ“ liegende Abschwächung durch das vorangesezte „Original“ wieder aufgehoben werde. Jedenfalls kann kein Rechtsverstoß darin erblickt werden, wenn das BG. von einer derartigen tatsächlichen Anschauungsweise ausgeht und die Beisätze der Bekl. nicht für ausreichend erklärt, eine Verwechslungsgefahr mit der Ware der Kl. auszuschließen (vgl. auch RG. 86, 123⁴⁾; RG.: JW. 1903, 392; MuW. 12, 656).

Die Rev. macht in diesem Zusammenhang der Kl. einen Mißbrauch ihres formalen Zeichenrechts zum Vorwurf, insofern sie wider Treu und Glauben handele, wenn sie sich auf die Herkunftsbezeichnung „Pettfuser“ stütze, obwohl sie auch einen Teil ihrer sog. Eliten außerhalb von Pettfus züchten lasse und sich ihr Saatgut dadurch notwendig gegenüber der eigentlichen Pettfuser Züchtung verändern müsse. Indes geht auch dieser Einwand fehl. Ist der Name „Pettfuser“, wie das BG. feststellt, ein allgemein bekannter Hinweis auf den Betrieb der Kl., so ist mit dieser Bezeichnung aller Roggen als geschützt anzusehen, der aus dem gesamten Betriebe der Kl. hervorgeht, gleichviel, wo er gezüchtet oder vermehrt worden ist. Der Ortsname ist dann mit dem Personennamen „von L.“ gleichbedeutend. An der Schlüssigkeit der Klage wird damit nichts geändert, denn für diese kommt es nur darauf an, daß sich die Bekl. durch die Verwendung des Wortes „Pettfuser“ die Warenbenennung der Kl. zu eigen macht und so das Zeichenrecht der Kl. verletzt. Ein Recht dazu gibt ihr das Verhalten der Kl. nicht. Daß etwa der Name „Pettfuser“ vor der Eintragung des Zeichens der Kl. ein freier Warenname geworden sei, wird vom BG. einmal aus tatsächlichen Gründen abgelehnt und unter Verweisung auf die Rspr. mit Recht als gegenüber der vom Gericht auf ihre Zulässigkeit nicht nachzuprüfenden Zeicheneintragung als unerheblich zurückgewiesen.

Bedarf es nach alledem zur Begr. des Klageanspruchs keiner weiteren gesetzlichen Bestimmung, so ist doch auch die Heranziehung des § 16 WbzG. durch das BG. für die Beurteilung von dem von ihm eingenommenen tatsächlichen Standpunkte aus nicht zu beanstanden, da durch den Gebrauch des Wortes „Pettfuser“ seitens der Bekl. ein Irrtum über Beschaffenheit und Wert ihrer Ware erregt werden kann.

Auch die Begr. des angef. Ur. mit §§ 1, 3 UnWzG. weist keinen Rechtsverstoß auf. Die Vorinstanz erblickt in der Verwendung des Wortes „Pettfuser“ durch die Bekl. eine wissenschaftlich unlautere und verkehrstäuschende Ausnutzung der jahrelangen Züchter- und Kleinarbeit der Kl. und ihrer Vorgänger und damit eine sittenwidrige Wettbewerbshandlung. Nach der Feststellung des BG. hat die Bekl. wesentlich das Publikum in den irrigen Glauben versetzt, daß ihre Roggenfaat aus dem Betriebe der Kl. stamme, um dadurch ihren Absatz mit Hilfe des Rufes der Kl. zu steigern. Daß das sittenwidrig i. S. des Wettbewerbs ist, nimmt das BG. zutreffend an. Soweit die Verurteilung auf § 3 UnWzG. beruht, nimmt die Vorinstanz an, daß der Roggen der Bekl. dem Pettfuser in den wesentlichen Eigenschaften auch nicht annähernd gleiche, und sie sich danach mit der Verwendung des Wortes „Pettfuser“ einer unrichtigen, den Anschein eines besonders günstigen Angebotes begründenden Beschaffenheitsangabe bediene. Im übrigen wird die Verurteilung aus § 3

¹⁾ JW. 1926, 367. ²⁾ JW. 1925, 2452. ³⁾ JW. 1912, 759.

⁴⁾ JW. 1915, 281.

gefahr nicht aus, sie stiften nur Verwirrung und widersprechen deshalb auch den guten Sitten des Wettbewerbs. Zu bemerken ist: auch in diesem Ur. gelangt der Standpunkt des BG. zum Ausdruck, daß es zur Abnahme einer Verwechslungsgefahr im Verkehr genüge, wenn schon bei einem Teil der Interessenten die Meinung erweckt wird, die mit dem Gegenzeichen versehenen Ware stamme aus dem Betriebe des Inhabers des eingetragenen Zeichens. Bemerkenswert ist die Feststellung, daß im Verkehr bei langen Wortverbindungen meist nur das darin enthaltene Schlagwort gelesen werde. Damit ist gesagt, daß dieses den Ausschlag für die Auffassung des Publikums gibt und dadurch die ganze Wortverbindung als verwechslungsfähig dokumentiert werden kann.

Besonders ist die Feststellung, der Verwirklichungsgebanke im Wett-

bewerbs- und Warenzeichenrecht beruhe auf dem Grundsatz von Treu und Glauben. Daher sei ein Verfolgen eines Rechts dann zu verneinen, wenn sie so spät geschieht, daß der Verlezer seinen mit Mühe und Kosten geschaffenen Besitzstand für einen von Kl. gebuldeten und erlaubten ansehen konnte. Wichtig ist, daß die Annahme einer Duldung dann ausgeschlossen wird, wenn ein Anspruch deshalb nicht früher geltend gemacht worden ist, weil ein Erfolg aus tatsächlichen Gründen (z. B. ungeklärte Anschauung in den Kreisen der Sachverständigen) als zweifelhaft oder gar als ausgeschlossen erscheinen konnte. Aus einem solchen Fügen unter den „Zwang der Verhältnisse“ kann also kein Verwirklichungsgebanke hergeleitet werden.

JR. Prof. Dr. Ludwig Wertheimer, Frankfurt a. M.

UmlWG. auch durch den Hinweis auf die in der Verwendung des Wortes „Petkuser“, wie dieses nach der Feststellung der Vorinstanz von den Interessenten verstanden wird, zu erhebende falsche Ursprungsangabe der Bekl. getragen.

Die Zurückweisung des Bewirkungseinwands wird zu Unrecht angegriffen. Die Rev. beruft sich insoweit insbes. darauf, daß Dr. von L. bzw. nach ihm die Kl. die Bezeichnung der Bekl. „Original Brstedts Petkuser Roggen“ bis 1928 wissentlich geduldet habe. Nun beruht der Bewirkungsgedanke im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht (vgl. RG. v. 27. Okt. 1931, II 25/31⁵⁾) auf dem Grundsatz von Treu und Glauben, insofern die Rechtsverfolgung versagt, wenn sie so spät erfolgt, daß der Verleger seinen mit Mühe und Kosten geschaffenen Besitzstand für einen vom Kl. geduldeten und erlaubten ansehen durfte. So liegt aber nach der Feststellung der Vorinstanz die Sache im Streitfall gerade nicht. Danach hat von L., nachdem er vor dem Kriege dem Züchter Brstedt die Bezeichnung „verbesserter Petkuser“ verboten hatte, von einem gerichtlichen Vorgehen gegen die Bekl. abgesehen, nicht weil er das Verhalten der Bekl. gebilligt, sondern weil er ein solches Vorgehen bei den damaligen ungeläuterten Anschauungen in den Kreisen der Saatzuchtsachverständigen für erfolg- und zwecklos angesehen hat. Die Vorinstanz sagt auch ausdrücklich, daß dies der Bekl. bekannt gewesen sei, diese also gemußt habe, weshalb von L. nicht klagte. Dann kann sie aus seinem Verhalten aber auch nicht geschlossen haben, daß der Genannte ihre Verwendung des Wortes „Petkuser“ dulden wollte, sondern höchstens, daß er sich dem Zwange der Verhältnisse fügte. Daraus würde also nach Treu und Glauben nicht zu schließen sein, daß von L. bzw. nach ihm die Kl. die Entstehung des Besitzstandes der Bekl. als erlaubt hätten hinnehmen wollen. Die Kl. hat nach Erlangung des Zeichenrechts alsbald ihre Rechte geltend gemacht. Ob die Bekl. auf ihre Reklame mit dem Worte „Petkuser“ Mühe und Kosten verwendet hat, kann unter diesen Umständen nicht für ihre Zulässigkeit entscheidend sein. Ihr damit bezüglich des Wortes „Petkuser“ erlangter Besitzstand war rechtswidrig und wurde durch das vom BG. festgestellte Verhalten der Kl. und ihres Rechtsvorgängers nicht rechtmäßig. Ihr Interesse an der Beibehaltung jener Kennzeichnung vermag nichts daran zu ändern, daß eben durch diese Kennzeichnung, nicht aber durch ihren Wegfall der mindestens in weiten Kreisen der Verbraucher auf die Zugehörigkeit jenes Kennwortes zu dem Erzeugnis der Kl. eingestellter Markt in Verwirrung gebracht wird.

(U. v. 15. Jan. 1932; 206/31 II. — Celle.) [Ru.]

24. §§ 12, 15 WbzG. Erstrecken sich Ausstattungs- und Zeichenrecht nur auf eine bestimmte Schattierung einer Farbenzusammenstellung (grünblau gold), so kann die allg. Bezeichnung dieser Zusammenstellung (blau gold) auch durch langjährigen Gebrauch dieser Bezeichnung den Schutz nicht erweitern und nicht zum Verbot des Gebrauchs der gleichen Bezeichnung für eine andere nicht verwechselbare Schattierung (dunkelblau gold) führen.^{†)}

Beide Parteien stellen Parfümerieartikel her. Beide Parteien verwenden für die Ausstattung ihrer Waren und bei ihrem Werbematerial die Farben „blau“ und „Gold“. Das Blau der Kl. ist grünlich-blau („bremerblau“, türkisblau), das der Bekl. ist viel dunkler, etwa violett. Die Farbenzusammenstellungen sind infolge der verschiedenen Tönungen

⁵⁾ JW. 1932, 942.

Zu 24. Daß hier RG. und BG. entgegengesetzt entschieden haben, zeigt, wo die Streitfrage und die Problematik liegt. Um es vorweg zu sagen, halte ich die Auffassung des RG. für die richtigere. Es handelt sich um zweierlei: a) um die Grenzen der Unterscheidbarkeit, Kennzeichnungskraft und Verwechslungsfähigkeit von Farben, und b) um die Beziehungen zwischen Bildwirkung und Wortwirkung. Beide Punkte (a und b) stehen in engem Zusammenhang miteinander, wie das RG. mit Recht erkennt; es geht dies aus den Sätzen hervor: „Eine Verkehrsregelung der fraglichen Wortverbindung könnte — wenn überhaupt — nur dann entstanden sein, wenn die in dieser Beziehung ge-

des Blau nicht verwechslungsfähig. Die Kl. bezeichnet aber die von ihr stets in der gleichen Tönung des Blau mit Gold verwendeten Farben als „Blau-Gold“ in ihrem Werbematerial. Die Worte Blau-Gold finden sich auch in verschiedenen Warenzeichen.

Die Bekl. verwendet bei einer ihrer Packungen die Farbenzusammenstellung „dunkelblau“ und „Gold“ und weist darauf in ihrem Werbematerial besonders hin.

Die Kl. teilt mit, daß ihr der Ausstattungschutz i. S. des § 15 WbzG. an der Wortverbindung „Blau-Gold“ zustehe, die sich als Kennzeichen für ihre Waren im Verkehr bereits durchgesetzt habe, als die Bekl. angefangen habe, sich der gleichen Farbenbezeichnung zu bedienen. Auch verweist sie auf ihren Zeichenschutz für diese Wortverbindung.

Das RG. hat die Klage abgewiesen.

Die Kl. wendet sich zwar nur gegen die Wortverbindungen, nicht gegen die Farbenzusammenstellung der Bekl. Letztere ist nicht verwechslungsfähig mit derjenigen der Kl. infolge der verschiedenen Tönungen des Blau. Jedoch ist die Trennung von Wortverbindung und Farbenzusammenstellung nicht möglich.

Die Worte „Blau-Gold“ sind weder Phantasielwörter noch geben sie einen selbständigen Sinn unabhängig von den tatsächlich von der Kl. verwendeten Farben. Das ergibt sich zwingend aus der Verwendung von Farbenbezeichnungen i. Verb. damit, daß die Kl. sich seit Jahrzehnten der in einer Tönung des Blau mit Gold gehaltenen weit bekannten Ausstattung ihrer Waren bedient. Eine andere Auffassung von der Bedeutung der Worte „Blau-Gold“ der Kl. ist beim Publikum als unverständlich ausgeschlossen. Auch die Kl. kann mit diesen Worten nur den Zweck verfolgen, an ihre in den beteiligten Kreisen Verkehrsregelung genießende wirklich verwendete Farbenzusammenstellung zu erinnern, an diese das Publikum immer wieder zu erinnern, wo es keine Gelegenheit hat, sie zu sehen (z. B. in Zeitungsanzeigen, Prospekten usw.). Auch das Publikum sieht in diesen Worten nicht abstrakte Eigenschaftswörter, die die blaue und goldene Farbe überhaupt betreffen, sondern es betrachtet sie lediglich als Hinweis auf die von der Kl. benutzten Farben.

Mangels selbständiger Bedeutung neben den von der Kl. wirklich verwendeten Farben genießt diese Wortzusammenstellung keinen Ausstattungschutz, der unabhängig von der wirklich verwendeten Farbenzusammenstellung wäre. Das wäre anders bei einer Wortverbindung, die außer jener Zweckbestimmung des Hinweises etwas Charakteristisches besitzt, das eine schlagwortartige Kennzeichnung der Ware bewirkt. Das wäre bei der Wortverbindung „Blau-Gold“ um so nötiger, als sie eine reine Beschaffenheitsangabe enthält, deren Durchsetzung im Verkehr als Kennzeichen für ein einzelnes Geschäftsunternehmen mit der Wirkung, daß alle anderen von dem warenzeichenmäßigen Gebrauch der betr. Wortverbindung ausgeschlossen würden, klarer und bestimmter Grundlagen bedürfte.

Die hier streitige Wortverbindung ist eine geläufige, nichts Charakteristisches bietende Ausdrucksweise ohne eigenartige Wortgestaltung. Man stellt bei der Bezeichnung einer Farbenzusammenstellung im Sprachgebrauch allg. die die Farben bezeichnenden Worte nebeneinander (bei Flaggen: „Schwarz-weiß-rot“, „Schwarz-rot-gold“, „Schwarz-weiß“, „Blau-weiß“, „Grün-weiß“ usw., ebenso bei studentischen Verbindungen; ferner z. B. „Schwarz-weiß-Kunst“, „Schwarz-weiß-Mode“ usw.). Darauf, ob diese allg. übliche Bezeichnungsweise in der Parfümeriebranche noch nicht verwendet

nannten Farben „Blau“ und „Gold“ für das Unternehmen der Kl. Verkehrsregelung erlangt hätten“, und: „Das würde sonst dazu führen, daß die Kl. über die Bezeichnung dieser Farben einen Ausstattungschutz an allen Schattierungen der blauen Farbe erlangen würde.“ Hier ist der für die Entsch. dieses Falles größere Gesichtspunkt klar und treffend ausgesprochen: wenn die Farben noch kennzeichnende Unterscheidungen, aber gleiche Hauptbenennung („Blau“ für alle Arten blau) haben, so ist Bild und Wort nicht identisch; das Bild wäre unterscheidungskräftig, die nivellierende Wortbezeichnung ist es aber nicht. Diese Festlegung ist der Gewinn dieses Allert. Seine Richtigkeit beruht aber noch insbes. darauf, daß angesichts der Begrenztheit der Hauptfarben die monopolistische Ausschließlichkeit in unerträglicher Weise übertrieben würde, wenn man auf dem

ist, kommt es nicht an; sie ist kein selbständiges Sprachgebiet.

Danach könnte die Bezeichnung „Blau-Gold“ als solche niemals Verkehrsgeltung erlangen.

Eine Verkehrsgeltung der Wortverbindung „Blau-Gold“ könnte, wenn überhaupt, nur entstanden sein, wenn die Farben „Blau“ und „Gold“ für das Unternehmen der Kl. Verkehrsgeltung erlangt hätten. Dann wären die Worte nur die den Tatsachen entsprechenden Wiedergaben der den Ausstattungsschutz genießenden Farben. Dies ist hier nicht der Fall. Die Kl. verwendet stets nur die grünlich-blaue Farbtonung mit goldener Aufschrift, niemals eine andere blaue Schattierung als dieses sog. Bremer Blau (türkisblau) mit Gold. Sie kennzeichnend für die Herkunft von Parfümerieartikeln aus dem Betriebe der Kl. Nur an diesen Farben hat die Kl. Ausstattungsschutz i. S. des § 15 WbZG., nicht an „Blau“ überhaupt (mit Gold), z. B. dunkelblau oder violett, wie es die Bekl. (mit Gold) benutzt, weil die Kl. sich dessen gar nicht bedient. Hat die Kl. aber nur an dem sog. Bremer Blau mit Gold Ausstattungsschutz erworben, dann kann sie auch nicht darüber hinaus Ausstattungsschutz an der allg. Bezeichnung „Blau-Gold“ erlangen. Das würde dazu führen, daß die Kl. über die Bezeichnung dieser Farben einen Ausstattungsschutz an der allg. Farbenzusammensetzung „Blau-Gold“ erlangen würde, obgleich sie sich nur ihrer bekannten grünlich-blauen Tönung mit Gold und die Farben blau in verschiedenen Tönungen mit Gold nach der Feststellung des BG. von zahlreichen anderen Parfümeriefabriken zur Ausstattung ihrer Erzeugnisse verwendet werden. Die Kl. könnte, wenn der Ausstattungsschutz an der Bezeichnung „Blau-Gold“ anerkannt würde, der Bekl. die Weiterverwendung der bekannten Ausstattung „dunkelblau-Gold“ unterlagen, ebenso übrigens den anderen Parfümeriefabrikanten. Es ist ein grundlegender Irrtum des BG., daß „die geschmackvolle Ausstattung der Ware selbst durch den Ausstattungsschutz hinsichtlich der Wortverbindung nicht berührt werde“.

(U. v. 2. Okt. 1931; 387/30 II. — Berlin.) [Ru.]

25. §§ 12, 20 WbZG. Bei Kombinationszeichen überwiegt regelmäßig der Wortbestandteil, da sich der Verkehr zur Bezeichnung der Ware mehr des Wortes als des Bildes bedient. Verwechslungsgefahr ist anzunehmen, wenn auch nur die entfernteste Möglichkeit besteht, daß die mit einem fremden Warenzeichen versehene Ware zu Täuschungen über ihre Herkunft führen könnte.

Für die Kl. ist seit dem 12. April 1898 der griechische Buchstabe Ω i. Verb. m. dem Worte „Omega“ als Warenzeichen eingetragen, und zwar für Messerschmiedewaren, nämlich Messer und Scheren aller Art usw. Die Bekl. ist Konkurrentin der Kl. Sie hat sich gegenüber der Schweizer Firma B. Omega Watch Co. in B. zur Lieferung von jährlich 5000 Taschennessern verpflichtet. Diese Taschennesser enthalten außer einer gewöhnlichen Klinge einen Uhrenöffner; auf jeder der

beiden schwarzen Schalen ist in großen Buchstaben das Wort „Omega“ und außerdem das zur Hälfte sichtbare Bild einer liegenden Taschenuhr angebracht. Der Firma B., welche Uhren vertreibt und einen großen Umsatz in verschiedenen Ländern hat, ist in Deutschland für „Uhren und Teile derselben“ seit dem 7. Sept. 1896 das jetzt auch international eingetragene Warenzeichen Ω i. Verb. m. dem Worte „Omega“ geschützt.

Die Kl. verlangt Unterlassung der Anbringung des Wortes „Omega“ auf Taschennessern.

BG. und OBG. haben abgewiesen. Die Rev. hatte Erfolg.

Das BG. hält zunächst die Darstellung der Bekl., der Anfertigerin der von der Firma B. als Reklameware benutzten Taschennesser, für richtig, wonach diese Messer nur für die Firma B. hergestellt und von ihr an Uhrmacher und Uhrenhändler — ihre Abnehmer — in beschränktem Umfange verschickt wurden, so daß die Stücke „kaum“ in den Besitz anderer Personen kämen als solcher, die sich gewerbsmäßig mit Uhren befaßten. Diese Abnehmer der Firma B. könnten sich jedoch über die Herkunft und die Eigenschaft der Messer als Reklamegeschenke der gen. Firma nicht täuschen, zumal da sie die Stücke von deren Vertretern ausgefolgt erhielten. Eine Verwechslungsgefahr bestehe aber auch dann nicht, wenn im einzelnen Fall ein solches Messer von dem Uhrmacher oder Uhrenhändler an eine andere Person weitergegeben werden sollte. Denn es sei bekannt, daß die Hersteller von Taschennessern ihre Marke oder ihren Namen auf dem Gang der Klinge (d. i. der dem Drehpunkt der Klinge zunächstliegende Teil) anzubringen pflegten. Ausnahmen hiervon in Gestalt der Anbringung des Zeichens auf der Schale des Messers kämen, abgesehen von Reklamestücken, bei Messern für ganz bestimmte Gebrauchszwecke oder Berufszweige vor, wie bei den für Amerika hergestellten Pfadfindermessern oder bei den Messern mit Eisenschale für Südspanien. Das hier in Rede stehende Messer mit dem Worte „Omega“ auf der Schale rufe sofort den Eindruck der Reklame in stärkster Form hervor, und durch das Bild der halben Uhr werde der Beschauer ohne weiteres darauf geführt, daß es sich bei der Firma, die eine derartige Reklame mache, um eine Uhrenfirma handeln müsse. Unter diesen Umständen sei eine Verwechslungsgefahr (Verwechslung mit den Waren der Kl.) nicht begründet, nicht das Zeichen der Kl., sondern das der Firma B. trete auf den Messern in Erscheinung. Weiterhin legt das Ur. noch dar, daß auch in außerdeutschen, namentlich in romanischen Ländern und in Nordamerika bezüglich der Anbringung eines Warenzeichens auf der Messerschale im wesentlichen dieselben Verhältnisse herrschten; das Publikum erkenne auch dort sogleich den richtigen Sachverhalt, wenn es Taschennesser zu Gesicht bekomme, die auf der Schale das Wort „Omega“ i. Verb. m. einer halben Uhr zeigten und offensichtlich der Reklame dienten.

Mit der auf diese Ausführungen gestützten Abweisung der Klage verletzt das BG. §§ 12, 20 WbZG. Unstreitig hat die Bekl. die auf Bestellung der Firma B. angefertigten Taschennesser mit dem Wortbestandteil „Omega“ des Warenzeichens der Kl. versehen und durch Lieferung an die Firma B. in den Verkehr gesetzt. Damit hat sie widerrechtlich in das Zeichenrecht der Kl. eingegriffen, mag sie gewußt haben oder nicht, in welcher Weise die Firma B. die Messer im einzelnen zu verwenden gedachte. Dem steht nicht entgegen, daß sie auf den Messern neben dem (halben) Bild einer Taschenuhr von dem Warenzeichen der Kl. nur das Wort „Omega“ anbrachte. Denn bei Kombinationszeichen überwiegt regelmäßig der Wortbestandteil, da sich der Verkehr zur Bezeichnung der Ware mehr des Wortes als des Bildes bedient (RG. 109, 229¹); Hagens, WbZG. § 20 Anm. 14). Gerade deshalb bestand die Gefahr, daß im Publikum die Vorstellung hervorgerufen wurde, es solle durch die Bezeichnung der von der Bekl. hergestellten Messer mit „Omega“ auf den Betrieb der Kl. hingewiesen werden. Denn die Sache liegt nicht so, daß von vornherein anzunehmen gewesen wäre, die Messer würden nur in den Besitz solcher Personen gelangen, denen bekannt sei, daß sich das Wort „Omega“ auf den Betrieb der Uhrenfirma B. beziehe. Mögen auch die Messer trotz ihrer unbedingten Eigenschaft als Reklameware im allgemeinen nicht über

Bege der Hauptfarbenbenennung die Farböne aus der Kennzeichnungskraft ausmerken würde. Dieser Gesichtspunkt ist von großer Tragweite auch für analoge Fälle auf anderen Gebieten. Der Schutzzumfang des Farbtons würde zu sehr ausgedehnt und erweitert werden, die im Interesse der Allgemeinheit gelegene Einschränkung des Monopols vernichtet. Zumal bei Farben, da deren Hauptgruppen beschränkt sind und der Allgemeinheit zum Mitgebrauch offen sein müssen. Der Ausdruck „blau“ bietet mit hin keine Identität zwischen Wort und Bild, wenn so verschiedenartige Farbtöne wie türkisblau und violettblau verwendet worden sind. Und da die Mehrzahl der Menschen so abweichende Farbtöne gut zu unterscheiden vermag, so ist in der Tat Kennzeichnungskraft hier einerseits erlangt für das Bremer Blau (Türkis) und andererseits für das Violettblau. Solche gut unterscheidbare Kennzeichnungskraft begrenzt naturgemäß auch die Verkehrsgeltung dieses Ausstattungsschutzes. Deshalb kann dem BG. nicht zugestimmt werden, wenn es der „knapperen“ Wortfassung „blau“ Schutz geben will, denn diese Wortfassung blau statt türkis oder dunkelblau ist nicht etwa nur „knapper“, sie hat vielmehr durch Weglassung der Spezifizierung die Übereinstimmung zwischen Wort und kennzeichnendem Bild der Ausstattung eingebüßt.

Dr. Alexander Elster, Berlin.

¹) JW. 1925, 951.

den Kreis der sich mit Uhren gewerbsmäßig beschäftigenden Personen (Uhrmacher und Uhrenhändler) hinausdringen, so kommen doch gelegentlich Ausnahmen hiervon vor. Damit ist aber ohne weiteres die Möglichkeit gegeben, daß die Messer, wenn vielleicht auch nur vorübergehend, in den Besitz solcher Leute kommen, die das Warenzeichen der Kl. oder wenigstens seinen Wortbestandteil „Omega“ kennen und dann annehmen, die Messer stammen aus dem Betrieb der Kl. Keinesfalls hatte die Bekl., wenn sie die Omegamesser an die Firma B. lieferte, eine Gewähr dafür, daß es zum Hinausdringen der Messer in solche Kreise überhaupt nicht kommen könne. Unter diesen Umständen besteht kein Zweifel daran, daß die Bekl. das Zeichen der Kl. warenzeichenmäßig benutzt hat, d. h. so, daß darin ein Hinweis auf die Herkunft der Messer aus dem Geschäftsbetrieb der Kl. zu finden war und eben dadurch Verwechslungen der Messer mit deren Erzeugnissen hervorgerufen werden konnten.

Ob, wie der Verkl. annimmt, die Hersteller von Taschennessern ihre Marke oder ihren Firmennamen in der Regel auf den Gang und nur ausnahmsweise, z. B. gerade bei Reklameware, auf der Schale anbringen, ist bedeutungslos für die Frage, ob die Bekl. das Zeichenrecht der Kl. verletzt hat.

(U. v. 24. Nov. 1931; 73/31 II. — Düsseldorf.) [Ru.]

26. § 15 WbZG. Ausstattungsschutz ist auch an Beschaffenheitsangaben möglich.†)

Die Kl. nimmt den Ausstattungsschutz für ihre Bezeichnung „Essentia aurea Goldtropfen“ in Anspruch und verlangt deshalb von der Bekl. Unterlassung der Verwendung der ihrigen fast gleichlautenden (Essentia aurea Spezialgoldtropfen).

1. Das BG. weist den Anspruch aus zwei Gründen zurück. In erster Linie lehnt es schon grundsätzlich die Möglichkeit des Erwerbs eines Ausstattungsschutzes an der fraglichen Bezeichnung ab, weil sie eine Beschaffenheitsangabe, ferner weil sie eine allgemeine seit Jahrzehnten, vielleicht schon seit einem Jahrhundert übliche pharmazeutische Bezeichnung für ein altes Volksmittel sei, um das es sich bei der Arznei der Parteien handle. Die Bezeichnung weise darauf hin, daß die Arznei eine goldfarbige oder mit Gold in irgendeiner Form versetzte Ware sei. Daß es sich bei beiden Bestandteilen der Bezeichnung sowohl einzeln wie in ihrer Verbindung um eine Kennzeichnung handelt, die seit vielen Jahrzehnten, vielleicht schon seit einem Jahrhundert Gemeingut der pharmazeutischen Bezeichnungsweise ist und daher seitdem zum allgemeinen pharmazeutischen Sprachschatz gehört, stellt das BG. in eingehenden Ausführungen über die Geschichte dieser Arznei und ihrer Bezeichnung fest. Unter Hinweis auf die Vorschriften der §§ 4 und 13 WbZG. und auf die Übung des PatA., den mit „Gold“ zusammengesetzten Bezeichnungen wie „Goldessenz“, „Goldspiritus“, „Goldwasser“, vor allem auch „Goldtropfen“ selbst sowie der Bezeichnung „Laudanum Goldtropfen“ die beantragte Eintra-

gung als Warenzeichen aus § 4 Nr. 1 zu verjagen und unter Hinweis auf die weitere Tatsache, daß das PatA. die Eintragung der Bezeichnung „Essentia aurea Nr. 7190 Spezialgoldtropfen“ nur mit Rücksicht auf die weiteren Bestandteile bewilligt hat, gelangt das BG. in erster Linie zur grundsätzlichen Ablehnung der Möglichkeit des Erwerbs eines Ausstattungsschutzes an ihrer Bezeichnung durch die Klägerin.

Dieser Standpunkt des BG. ist rechtsirrig. Er steht, wie die Rev. mit Recht rügt, im Widerspruch mit der Rspr. des erf. Sen. Danach ist der Erwerb des Ausstattungsschutzes i. S. des § 15 WbZG. an sich auch an Beschaffenheitsangaben und allgemein üblichen Bezeichnungen eines bestimmten Gewerbes, der Wissenschaft, Kunst usw. möglich. Maßgebend ist allein die tatsächliche Frage, ob sich ein solches Wort oder eine Wortverbindung im Verkehr als Hinweis auf einen bestimmten Betrieb i. S. der Herkunftsstätte der so bezeichneten Waren durchgesetzt hat. Selbstverständlich sind, wie der erf. Senat stets betont hat, an den Nachweis des Erwerbs eines Besitzstandes an solchen Worten mit Rücksicht auf die weitreichenden Rechtswirkungen einer derartigen Annahme, nämlich den Ausschluß aller anderen Mitbewerber von dem warenzeichenmäßigen Gebrauch des betreffenden Wortes, besonders strenge Anforderungen zu stellen (vgl. z. B. JW. 1927, 774⁹ = MuW. XXVI, 255 betr. „Batschari-Krone“ und v. 2. Okt. 1931, II 387/30 betr. „Blau-Gold“: MuW. XXXI, Dezemberheft). Die Vorschrift des § 4 Nr. 1 WbZG., auf den sich das BG. für seinen Standpunkt in erster Linie stützt, schließt allein die Eintragungsfähigkeit solcher Worte als Warenzeichen aus; diese Vorschrift gilt nicht für den Ausstattungsschutz i. S. des § 15 WbZG., dessen Erwerb sich nur nach tatsächlichen Gesichtspunkten bestimmt, über dessen Begründung und Verlust allein der Verkehr entscheidet. Inwiefern aber die Bestimmung des § 13 WbZG. dem Erwerbe des Ausstattungsschutzes an Worten der angegebenen Art entgegenstehen sollte, wie das BG. weiter meint, ist nicht recht verständlich. Diese Vorschrift hindert nicht einmal die Eintragung des betreffenden Wortes als Warenzeichen für einen Betrieb, behält aber trotzdem das Recht zum nicht warenzeichenmäßigen Gebrauch des gleichen oder zum Verwechseln ähnlichen Wortes der fraglichen Art jedem anderen vor. Diese Gesetzesvorschrift hat also den Zeichenschutz und, da sie für § 15 WbZG. sinngemäß anwendbar ist, auch den Ausstattungsschutz eines anderen an dem fraglichen Wort zur Voraussetzung.

Erleichtert wäre, wie der erf. Sen. ebenfalls wiederholt ausgesprochen hat, der Erwerb des Ausstattungsschutzes für Worte, insbes. Wortverbindungen, trotz ihres Charakters als Beschaffenheitsangabe, wenn diese Verbindungen als solche etwas besonders Kennzeichnendes besäßen, das als neu und eigenartig beim Hören und Sehen auffiele und sich daher i. Verb. m. einer Ware aus einem bestimmten Betriebe leichter dem Gedächtnis einprägen würde. Aber die Kl. hat diese Besonderheit bei der von ihr verwendeten Bezeichnung selbst

Zu 26. Der vorstehend abgedruckte Text stellt nur einen Teil der Begründung dar. Der vollständige Wortlaut findet sich in MuW. 1932, 11 ff. Da aber der Herausgeber der JW. durch die Kürzung der Entsch. und die ihr vorangestellte Überschrift „Ausstattungsschutz ist auch an Beschaffenheitsangaben möglich“ zu erkennen gegeben hat, daß nur dieser Teil der Gründe für die Beser der JW. Bedeutung haben dürfte, so betrachte ich es als meine Aufgabe, nur zu diesem Teil Stellung zu nehmen. Er bietet überdies Interesse genug. Er bildet einen neuen Schritt vorwärts auf dem Wege, den das RG. seit dem Jahre 1927 eingeschlagen hat, um den Ausstattungsschutz von den Fesseln zu befreien, die ihm der § 15 WbZG. durch die Worte „zum Zwecke der Täuschung in Handel und Verkehr“ angelegt hat. Im Gegensatz zu einer jahrzehntelangen Übung hat das RG. zuerst in der Entsch. v. 27. Sept. 1927 (II 59/27) die Ausstattung als Rechtsgut anerkannt, und in seiner Entsch. v. 2. März 1928 (II 319/28; JW. 1928, 2634) dem eingetragenen Warenzeichen vollständig gleichgestellt. Ja, in einem wenige Tage später erlassenen Urte. v. 17. April 1928 (II 411/27; JW. 1928, 2075) hat es sogar die Best. des § 9 Nr. 2 WbZG., die sich ausdrücklich auf eingetragene Warenzeichen beziehen, auf die Ausstattung angewandt. (Meine hiergegen geäußerten Bedenken finden sich in JW. 1928, 1198). Unter den Begriff Ausstattung fallen nach der neueren Rspr. auch Worte. Man kann verschiedener Meinung darüber sein, ob Handel und Verkehr an einer derartigen

Bevorzugung der nicht eingetragenen Worte ein Interesse haben, ob sie besonders in Fällen berechtigt ist, in denen ein triftiger Grund für die Unterlassung der Warenzeichnennennung nicht vorliegt. Wenn man aber einmal den Weg des RG. beschreitet, dann ist es nur logisch, auch auf die nicht eingetragene Ausstattung die Grundfänge anzuwenden, die das PatA. seit 1913 in ständ. Übung auf diejenigen Zeichen anwendet, welche nach dem Wortlaut des § 4 Nr. 1 WbZG. in die Zeichenrolle nicht eingetragen werden sollen, deren Eintragung aber seit dem Washingtoner Abk. von 1911 ständig erfolgt, wenn der Anmelder dem PatA. den Nachweis erbringt, daß sich das Zeichen „im Verkehr durchgesetzt hat“. Nähere Beispiele hierüber in meinem Aufsatz in GewRsch. 1929, 1 ff. Fast in jeder Nummer des Warenzeichenblattes, fast in jedem Hefte der Zeichen- oder internationale Marken, die lediglich aus Zahlen oder Buchstaben oder Herkunftsangaben bestehen; theoretisch sind sie nicht unterscheidungskräftig; aber der Verkehr kümmert sich bekanntlich nicht um papierne Gesetzesvorschr., sondern geht häufig seine eigenen Wege. Es kommt täglich vor, daß ein Zeichen sich im Verkehr durchsetzt, welches seinem Wortlaute nach nur eine Herkunftsangabe darstellt, oder welches lediglich aus einer Farbenzusammensetzung besteht. Jeder Kraftfahrer erblickt in den Farben „Blau-Weiß“ das Kennzeichen des Benzol-Verbandes; die Farben „Rot-Gelb“ zeigen ihm, daß der Treibstoff oder das Öl von der Shell stammt. Solche

nicht behauptet; sie liegt auch nicht vor. Das zeigt schon die Wortverbindung selbst, ergibt sich aber auch aus ihrer vom BG. festgestellten Allgemeingebrauchlichkeit.

Der erste Entscheidungsgrund des BG. rechtfertigt daher nicht die Klageabweisung. Es bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, daß die Kl. sich an ihrer Bezeichnung durch starke Einwirkung auf den Verkehr einen geschützten Besitzstand verschafft hat. Rechtsirrig ist die Ansicht des BG., daß Bestrebungen, allgemein übliche und notwendige Bezeichnungen unter Aufwand großer Reklamekosten zum Schaden der Mitbewerber zu einem Kennzeichnungsmittel für einen bestimmten Betrieb zu machen, dem guten kaufmännischen Gebaren widersprechen und daher gegen die guten Sitten verstießen (§ 826 BGB.). Das BG. verkennt hier den Rechtsbegriff des Verstoßes gegen die guten Sitten.

(U. v. 6. Nov. 1931; 539/30 II. — Berlin.) [Ru.]

27. § 15 WbZG. Der unter der Schlagzeile einer Zeitung angebrachte rote Strich verschafft ihr, weil nur technisch funktionellen Zwecken dienend, keinen Ausstattungsschutz, selbst wenn er nebenbei Kennzeichnungscharakter für den Verlag hat.†)

Das BG. hatte die Klage in erster Linie deshalb abgewiesen, weil die Kl. an der durch die ständige Verwendung eines roten Striches unter der Schlagzeile ihrer beiden Zeitungen geschaffenen äußeren Aufmachung derselben entgegen ihrer Ansicht einen Ausstattungsschutz nicht erworben haben könne, da dieser Strich nur zur Hervorhebung diene, also technisch-funktionelle Zwecke erfülle. Diese Auffassung des BG. entspricht der ständigen Rspr. des erf. Sen. (RG. 54, 174; 69, 31¹⁾; 71, 384²⁾; 100, 254³⁾; 107, 100; 112, 353⁴⁾; GewRSch. 1912, 7; JW. 1921, 398; MuW. XXIII, 187; XXVI, 252 u. 27./28. Jahrg., 524), der sich auch das Schrifttum angeschlossen hat (vgl. Seligsohn, Anm. 2 Abs. 3 zu § 15 WbZG.; Rosenthal, N. 74a zu § 1 UnlWG.; Callmann, N. 131 ff. zu § 16 UnlWG.; Baumbach, UnlWG. Kap. 82 S. 346 f.; Hagens, Anm. 7 u. 8 zu § 15 WbZG.). Das BG. hält diese Auffassung für verfehlt und meint auch, daß für sie „bisher nirgends eine Rechtfertigung gegeben worden sei“. Diese letztere Annahme ist unrichtig. An sich hätte es zwar einer ausdrücklichen Begr. für die obige Auffassung, daß eine Gestaltung der Ware, durch die eine technische Verbesserung, d. h. eine den Gebrauch und die Benutzung derselben erleichternde und fördernde Einrichtung geschaffen ist, des Ausstattungsschutzes nicht fähig ist, nicht bedurft. Denn dieser Grundsatz ergibt sich ohne weiteres aus dem Begriff des Ausstattungsbesitzes einerseits und der Gemeinfreiheit solcher eines Sonderausstattungs (z. B. Patent- oder Gebrauchsmusterrecht) entbehrenden Einrichtungen andererseits. Im übrigen ist aber in mehreren der oben erwähnten Entsch. des erf. Sen. auf diese Frage ausführlich eingegangen, z. B. in RG. 69, 31⁵⁾; 71, 384⁶⁾. So heißt es in letzterer:

¹⁾ JW. 1908, 503.

²⁾ JW. 1909, 669.

³⁾ JW. 1921, 397.

⁴⁾ JW. 1926, 1157.

⁵⁾ JW. 1908, 503.

⁶⁾ JW. 1909, 669.

Ergebnisse zeitigt eine zielbewußt geübte Werbetätigkeit. Es ist daher auch wohl denkbar, daß ein an sich im Gebrauch mehrerer Gewerbetreibender befindlicher Heilmittelnamen sich zum Kennzeichen (Ausstattung) eines einzelnen verwandelt und als Warenzeichen eintragbar wird. Aber dazu bedarf es einer ganz besonderen „Durchsetzung“. Solche war im vorl. Falle nicht vollzogen. Deshalb wurde die Klage in allen drei Instanzen m. N. abgewiesen.

N. Prof. Dr. Martin Wassermann, Hamburg.

Zu 27. Der rote Strich unter der Schlagzeile von Tageszeitungen: er geht nicht nur die Empfindungen des Menschen für und wider solche Mittel der Sensationserregung an; er kann, wie der vorliegende Fall zeigt, auch dem Juristen zum Problem werden. Die Kl., die für ihre Zeitungen „Nachtausgabe“ und „Montag“ seit Jahren sich der Hervorhebung der Schlagzeile durch roten Strich bedient, nimmt an ihm unter dem Gesichtspunkt des Ausstattungsschutzes (§ 15 WbZG.) ein Monopol in Anspruch. Entgegen der Meinung des BG. (31. ZivSen.) vermag ihr der 2. ZivSen. des RG. den Schutz überzeugt, daß die Anerkennung eines Ausschlußrechtes zu einer Überspannung des Monopolgedankens führen würde,

„Die Ausstattung einer Ware i. S. des § 15 WbZG. ist etwas Außerliches, eine äußere mit den Augen wahrnehmbare Zutat zu der Ware und muß vermöge dieser äußeren, besonderer und deshalb charakteristischen Zutat geeignet sein, ein unterscheidendes Merkmal dieser Ware von gleichartigen Waren anderer Gewerbetreibenden zu bilden und so ein Kennzeichen der Ware als Hinweis auf ihre Herkunft aus einem bestimmten Betriebe zu sein. Wo eine derartige charakteristische Kennzeichnung von Seiten eines bestimmten Gewerbetreibenden nicht vorliegt, insbes. nicht vorliegen kann, weil sich ein jeder des Merkmals, das im einzelnen Falle die Kennzeichnung der Herkunft bilden soll, ohne Rücksicht auf die Benutzung seitens des anderen bedienen darf, kann auch von einer unter dem Schutz des § 15 stehenden Ausstattung nicht die Rede sein“.

Ebenso ist es verfehlt, wenn das BG. meint, die Richtigkeit dieser Auffassung werde durch die Rspr. über die Frage des sog. slavischen Nachbaues von Maschinen und anderen Gegenständen, die einen Sonderchutz nicht genießen, widerlegt. Darauf ist zu erwidern: Nach der Rspr. des erf. Sen. (vgl. z. B. das Elektrolux-Urt.: MuW. XXX, 529; ferner MuW. XXXI 378 = JW. 1931, 1904 und v. 1. Dez. 1931, II 32/1931) ist selbst slavischer Nachbau, soweit er sich auf die technisch-funktionelle Seite als solche bezieht, vorausgesetzt, daß kein Sonderchutz besteht, schlechthin zulässig und verstößt nicht gegen § 1 UnlWG.; § 826 BGB. Die objektive Verwechslungsgefahr genügt hier also nicht zur Annahme eines unlauteren Wettbewerbs. Vielmehr muß zu ihr noch die Absicht der Täuschung des Publikums durch bewußte Irreführung über die Herkunft des Gegenstandes, also die gewollte und gebilligte Herbeiführung der Verwechselbarkeit mit Waren eines Wettbewerbers hinzutreten. Der bewußten Herbeiführung der Verwechslungsgefahr steht es, wie in dem zit. Elektrolux-Urt. weiter ausgeführt wird, rechtlich gleich, wenn der Nachbauer es unterläßt, seiner Rechtspflicht gemäß alles zu tun, um die ihm bekannte Verwechslungsgefahr zu beseitigen, obgleich das z. B. durch eine unterscheidende Warenbezeichnung möglich wäre.

In seiner Eventualbegr. stellt sich das BG. aber auf den von Anfang an vom erf. Sen. in seiner Rspr. (z. B. in RG. 69, 31⁷⁾; 100, 254⁸⁾) vertretenen Standpunkt, daß der über die Erfüllung der technischen Funktion hinausgehende Teil einer Aufmachung der Ware des Ausstattungsschutzes i. S. des § 15 WbZG. fähig sei. Dieser Auffassung hat sich auch der überwiegende Teil des Schrifttums angeschlossen (vgl. z. B. Seligsohn a. a. D.; Callmann, N. 131 c zu § 16 UnlWG.; Fahy; GewRSch. 1926, 449; Baumbach a. a. D.; Eahn; GewRSch. 1927, 31). Nach der Feststellung des BG. dient der rote Strich unter der Schlagzeile in den beiden Blättern der Kl. wie jeder Strich unter einer schriftlichen Äußerung an sich zunächst dem technischen Zweck der Hervorhebung des Unterstrichenen, indem das Auge des Beschauers auf diese Weise auf die betr. Worte gelenkt,

⁷⁾ JW. 1908, 503.

⁸⁾ JW. 1921, 397.

und daß daher dem RG. im Ergebnis zuzustimmen ist, glaube ich doch erhebliche Bedenken gegen die Begründung anmelden zu sollen.

Das RG. baut auf seinen bekannten Sätzen über die technische Funktion auf. Da der rote Strich in erster Linie der Hervorhebung der Schlagzeile dienen solle, also „technisch-funktionellen“ Charakter habe, sei der Ausstattungsschutz zu verjagen. Man wird diese Begründung um so eingehender prüfen müssen, als gerade in letzter Zeit in der Literatur scharfe Angriffe gegen die Rspr. des RG. über die technische Funktion erhoben worden sind. Die Entsch. v. 24. Juni 1930 über die Zigarrenpackung (GewRSch. 1930, 976) hat den Widerspruch ausgelöst, der, zunächst von Goldbeck und von Moser erhoben, zu eingehenderen Untersuchungen von Schumann (GewRSch. 1931, 691 ff.) und Fischer (GewRSch. 1932, 97 ff.) geführt hat.

Allein die Bedenken, die gegen die vorliegende Entsch. sprechen, sind besonderer Art. Sie kommen in der bisherigen Literatur nicht zum Ausdruck und konnten es auch gar nicht: die Judikatur über das Verjagen des Ausstattungsschutzes gegenüber Gestaltungen und Zutataten, die eine technische Funktion erfüllen, ist erwachsen aus einer Auseinandersetzung zwischen wettbewerbsrechtlichen Gedanken und den Sätzen des Patents-, insbes. aber des Gebrauchsmusterrechts. Die Einrichtungen, die dem Arbeits- oder Gebrauchszweck dienen

ihnen also größere Aufmerksamkeit geschenkt wird als vielleicht ohne Unterstreichung. Man kann somit auch in dieser Beziehung von dem roten Strich als „Blickfänger“ sprechen, während das BG. diese Bezeichnung nur als Grundlage für seine Auffassung von der Erlangung der Verkehrsgeltung des roten Striches als Kennzeichen für die Herkunft der betr. Zeitung aus dem Verlag der Kl. betrachtet wissen will. Aber die technische Funktion hindert nach Ansicht des BG. nicht, daß der rote Strich gleichzeitig Ausstattungsscharakter haben kann. Es stellt dann fest, daß derselbe in der Tat Kennzeichnungskraft erlangt habe auf Grund seiner immer gleichmäßigen Verwendung seit Jahren bei der im Verlage der Kl. erscheinenden „Berliner Nachtausgabe“ in dem Sinne, daß das Publikum in der Verwendung eines roten Striches unter der Schlagzeile einer Zeitung einen Hinweis auf ihre Herkunft aus einem ganz bestimmten Betrieb erblicke. Hier soll nun der rote Strich unter der Schlagzeile als „Blickfänger“ wirken, der die beiden Blätter „Nachtausgabe“ und „Montag“ „leicht und schnell erkennbar aus der Zahl sonstiger Zeitungen hervorhebt“.

Daraufhin nimmt das BG. in erster Linie an, daß der rote Strich überhaupt keine technische Funktion habe, d. h. überhaupt nicht dem Zweck der Hervorhebung der Schlagzeile diene. Zum mindesten trete die technische Funktion hinter die Kennzeichnungsfunktion soweit zurück, daß ein des Ausstattungsschutzes fähiger Überschuß des Kennzeichnungselementes über das technische Element hinaus vorhanden sei.

Für die erste Annahme fehlt es an jeder prozeßgerechten Grundlage. Nachdem das BG. selbst festgestellt hat, daß „dieser rote Strich wie jeder andere Strich unter einem Schreibe-Text an sich zunächst ein technisches Element, nämlich das der Hervorhebung des Unterstrichenen enthält“, hätte es der Feststellung schwerwiegender Tatsachen bedurft, um diese der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechende grundsätzliche Auffassung des BG. als mit den besonderen Umständen des Falles im Widerspruch stehend für den vorliegenden Rechtsstreit nicht verwendbar anzusehen. Dazu reichen aber keinesfalls die vom BG. angegebenen Momente aus, die ja nur gewisse Verwendungsfälle betreffen, welche Ausnahmen darstellen, die die allgemeine Gültigkeit des vom BG. selbst betonten Grundgesetzes in keiner Weise beeinträchtigen. Aber auch die Eventualaufassung des BG., daß die technische Funktion hinter die Kennzeichnungsfunktion so weit zurücktrete, daß ein des Ausstattungsschutzes fähiger Überschuß des Kennzeichnungselementes über das technische Element hinaus vorhanden sei, unterliegt erheblichen rechtlichen Bedenken. Grundsätzlich gilt allerdings,

(die Sternkarte für Nähseide in RG. 54, 174; 69, 31; das Gehäuse für Gasmesser in RG. 100, 254; die Packung für Zigarillos in der oben zitierten Entsch. v. 24. Juni 1930) und die des Schutzes der technischen Sondergesetze entgegen, sollen nicht auf dem Umweg über § 15 WbZG. oder § 1 UrWbG. zum Gegenstand eines Monopols erhoben werden. Sie sollen, soweit es um die technische Funktion geht, dem Gemeingebrauch offen stehen. Aus diesem Gedanken heraus versteht sich auch die enge Berührung mit dem Problem des sklavischen Nachbaus. Es ist kein Zufall, daß man in Judikatur und Literatur bisher, soweit eine Bestimmung des Begriffs der technischen Funktion versucht wurde, sich eng an die Begriffe des Gebrauchsmusterrechts angelehnt hat, daß man die technische Funktion in dem Dienst für Arbeits- und Gebrauchszwecke gefunden hat.

Das Besondere an der vorliegenden Entsch. ist nun offenbar das, daß beim roten Strich von Arbeits- und Gebrauchszwecken keine Rede sein kann, daß er vielmehr ausschließlich Zwecken der Werbung, der Suggestion, der Sensationserregung diene. Es muß daher irre führen hier einfach die Grundfälle anzuwenden, die in der Auseinandersetzung mit den technischen Sonderrechten gefunden wurden. Der Fall liegt auf einer anderen Ebene als die bisher entschiedenen Fälle. Er erlaubt nicht die unveränderte Übernahme bisheriger Präjudizienarbeit. Versuchen wir ihn in die Welt einzuordnen, in die er gehört, so scheint mir der maßgebende Gesichtspunkt, daß der rote Strich Ausdrucksmittel, besonders naheliegender Ausdrucksmittel für Werbzwecke ist. Am nächsten kommt der Verwendung des roten Striches etwa der Gebrauch besonders prägnanter Drucktypen. Man kann den Versuch machen, zwischen solchen Ausdrucksmitteln und dem Ausdruck selbst, seinem Inhalt, zu scheiden. Es ist zuzugeben, daß beides häufig ineinander übergeht (verzerrte Schreibweise usw.). Aber jedenfalls: die Unterscheidung zeigt, daß an gewissen naheliegenden Ausdrucksmitteln ein Monopol nicht verliehen werden

wie oben bereits auf Grund der Rspr. des erf. Sen. betont ist, daß „soweit über das Technische hinaus ein ästhetischer Erfolg erzielt wird, der Ausstattungsschutz nicht abzulehnen ist“ (Baumbach a. a. O.). Sind also das technisch praktische und das kennzeichnende Moment bei einem Gegenstand gleichzeitig vorhanden, dann kann der Ausstattungsschutz insoweit in Anspruch genommen werden, als die kennzeichnenden Merkmale unabhängig von der technischen Gestaltung sind (vgl. Callmann, Anm. 131 d zu § 16 UrWbG.). Dieser Grundsatz war bereits in RG. 69, 31⁹) an dem Beispiel einer eigenartig geformten Flasche dargelegt. Ist aber schon, wie diese Entsch. weiter hervorhebt, die Prüfung, wo eine Gestaltung aufhöre, einem technischen Element zu dienen und lediglich durch Zwecke der Ausstattung bedingt sei, im Einzelfalle um deswillen schwer, weil sich feste Grenzlinien nicht aufstellen lassen, vielmehr das eine in das andere überfließt (ebenso Baumbach, a. a. O. und Callmann, Anm. 131 c zu § 16 UrWbG.), so muß das ganz besonders in einem Falle wie dem vorl. gelten. Denn hier bei dem einfachen roten Strich läßt sich die technische Funktion — Hervorhebung der unterstrichenen Mitteilung — nicht von der Ausstattungsform trennen im Gegensatz zur Sachlage bei der vorerwähnten Flasche. Das wesentliche aber ist bei ihm der Zweck der Hervorhebung, also die Förderung des Gebrauchszwecks. Die Erfüllung dieses Zwecks aber nimmt den roten Strich, so wie er verwendet wird, in vollem Umfange in Anspruch, ohne daß etwas von ihm übrig bleibt, was darüber hinaus den Kennzeichnungsscharakter haben könnte. Hiernach läge also der Fall so, daß eine und dieselbe Aufmachung einer Ware in vollem Umfange zum mindesten im wesentlichen zur Förderung des Gebrauchszwecks der Ware dient und höchstens daneben auch Kennzeichnungsscharakter besitzt. Der erf. Sen. hat aber bereits in JW. 1921, 398 (zustimmend Kent a. a. O.) den Ausstattungsschutz abgelehnt, wenn die Aufmachung der Ware im wesentlichen einen technischen Zweck verfolgt (übereinstimmend Callmann, Anm. 131 d a. E.).

(U. v. 22. Jan. 1932; 282/31 II. — Berlin.)

[Ru.]

28. § 20 WbZG.

1. Es gibt keinen Gegensatz zwischen Verwechslungsmöglichkeit und Verwechslungsgefahr.

2. Besteht diese nach Klang und Wortbild der beiden Zeichen, so kann sie nicht dadurch wieder beseitigt werden, daß die Worte eine verschiedene Bedeutung haben.

⁹) JW. 1908, 503.

kann. Es führt hier eine einheitliche Linie vom Großdruck über das Unterstreichen des Gedruckten zum Notunterstreichen. Auf solche Grenzen der Monopolisierung stoßen wir im Wettbewerbsrecht überall. Wir finden sie auch dann, wenn wir nach dem Inhalt der Reklame fragen. So sind etwa die Beschaffenheitsangaben keine schutzfähigen Kennzeichnungsmittel. Sie müssen dem Gemeingebrauch offen stehen. Freilich: das Beispiel lehrt, daß solche Grenzen, die der Monopolbildung zunächst gezogen werden müssen, unter Umständen überschritten werden können. Wir wissen, daß kraft ihrer auf intensiver Werbung beruhenden besonderen Verkehrsgeltung Bezeichnungen wie Elberfelder Farben, Lavendel-Drangen u. a. schließlich als kennzeichnungskräftig und schutzfähig anerkannt wurden. Es handelt sich hier um besonders feine Abwägungsfragen. Je naheliegender eine Bezeichnung ist, desto größere Anforderungen müssen an die Durchsetzung im Verkehr, an den wettbewerbsrechtlichen Besitzstand gestellt werden. Für den roten Strich jedenfalls müßte eine Durchsetzung von so außerordentlichem Maß begehrte werden, wie sie nach Lage des Falls sicherlich nicht erreicht war.

Grenzen der Monopolbildung gibt es also aus verschiedenen Gründen. Die Grenze, die durch die technische Funktion gesetzt wird, ist keineswegs die einzige. Die Grenzen können ebenso im Reich der Werbung selbst, wie im Reich der Technik ihren Grund haben. Nützlich ist nur, daß dieser Grund erkannt und klargestellt wird. Das RG. ist, wie ich glaube, der beim Aufbau auf Präjudizien naheliegenden Gefahr erlegen, bei der Begründung des richtig geschauten Ergebnisses den Weg über die bereits gebahnte Straße zu wählen. Er war nicht der richtige.

Prof. Umer, Heidelberg.

3. Auch zusammengezogene Firmennamen haben Unterscheidungskraft.†)

Wenn das BG. der von ihm bejahten Verwechslungsmöglichkeit beider Zeichen („Gesca“ und „Nesca“) an sich die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr gegenüberstellt mit dem Bemerkten, daß letztere „mehr verlange“, so ist das in dieser Allgemeinheit nicht richtig, sondern nur insoweit, als die Gefahr der Verwechslung allerdings die gesteigerte Verwechslungsmöglichkeit bedeutet, für diese Gefahr aber andererseits der Verkehr als Maßstab dienen soll mit seinem nicht lange nachdenkenden und nicht genau betrachtenden Durchschnittskäufer. Rechtsirrig ist auch, wenn das BG. die Verwechslungsfähigkeit der beiden Wortzeichen, die es nach Klang und Wortbild bejaht, trotzdem wieder als beseitigt ansieht, falls die beiden Worte einen verschiedenen Sinn haben. Nach den in der ständigen Rspr. des erf. Sen. aufgestellten Grundsätzen kann die Verwechslungsgefahr bei Wortzeichen nach Wortbild, Klang und Sinn gegeben sein, und zwar genügt die Zeichenrechtliche Ähnlichkeit bereits auf einem dieser drei Gebiete; ist sie auf einem derselben gegeben, so wird sie selbstverständlich nicht wieder aufgehoben dadurch, daß sie auf einem der beiden anderen Gebiete nicht gegeben sein sollte. Deshalb ist es rechtsirrig, wenn das BG. den Mangel eines erkennbaren Sinnes der beiden Wortzeichen, deren Ähnlichkeit nach Klang und Wortbild es feststellt, für die Frage der Verwechslungsfähigkeit überhaupt noch heranzieht.

Soweit das BG. seine Auffassung von der „Schwäche“ des Wortzeichens der Kl. darauf stützt, daß es sich um ein Wortgebilde handelt, das an sich keinen Sinn gebe, sondern nur eine Zusammenziehung der Firmenbezeichnung darstelle, ist sein Standpunkt ebenfalls rechtsirrig. Auch Wörter, die an sich keinen Sinn geben, entbehren deshalb nicht schon der Charakterisierungs kraft; deren Stärke hängt allein von der Verkehrsauffassung ab, wie der erf. Sen. mehrfach entschieden hat, auch für andere Fälle von an sich nach § 4 WbZG. nicht eintragbaren Dingen. Bezüglich der durch den Verkehr geschaffenen Charakterisierungs kraft mag an Zeichen wie Napag, AEG, Abca erinnert werden. Aber auch viele andere Buchstabenhäufungen ohne an sich erkennbaren Sinn genießen als eingetragene Wortzeichen nach der Rspr. des RG. vollen Schutz gegen Verwechslungsgefahr, sei es auf Grund ihrer übereinstimmenden Klangwirkung (z. B. X = Xaten, Mixofix = Xaten, RG.: JW. 1915, 579; Degea = Teageh, RG.: JW. XXIV, 137), sei es auf Grund übereinstimmender Bild- und Klangwirkung (z. B. Mutag = Matak, RG.: JW. 1925, 2760; Mitropa = Gastropa, RG.: JW. 1927, 1597). Auch der Umstand des Nebeneinanderbestehens der Zeichen „Efta“ und „Esla“ neben dem klägerischen Zeichen genügt nicht ohne nähere Begründung zur Annahme des Verlustes der Unterscheidungskraft des Klagezeichens. Deshalb entbehrt die Ansicht des BG., daß der Verkehr bei dem Anblick der beiden hier in Betracht kommenden Zeichen auf Einzelheiten achte und daher das Zeichen des Bekl. zu 1 von dem der Kl. genügend unterscheidet, der ausreichenden Begründung. Im Gegenteil ist selbst für den Fall einer gewissen geringeren Unterscheidungskraft des Klagezeichens durch das Nebeneinanderbestehen mit den genannten beiden fremden Zeichen die Gefahr der Verwechslung mit dem Zeichen des Bekl. zu 1 gegeben. Denn

Zu 28. Der Entsch. ist durchweg zuzustimmen. Die in ihr ausgesprochenen Grundsätze entsprechen der ständ. Rspr. des RG. und werden m. W. von allen Bearbeitern des WbZG. geteilt. Auffallend ist nur, daß ein OLG. sie nicht angewendet hat. Die vom BG. gemachte Unterscheidung zwischen Verwechslungsmöglichkeit und Verwechslungsgefahr ist neu, aber nicht sehr fruchtbar. Nach dem oben nicht abgedruckten Teile des Urts. heißt es im U., es könne angegeben werden, daß ein beliebiger einfacher Mann, über die Verwechslungsfähigkeit der Worte „Geska“ und „Nesca“ befragt, diese bejaht werde, allein darauf komme es nicht an, da § 20 WbZG. nicht von einer an sich gegebenen Verwechslungsmöglichkeit, sondern von einer Verwechslungsgefahr im Verkehr spreche. Danach würde man schon drei verschiedene Begriffe haben: Verwechslungsfähigkeit, Verwechslungsmöglichkeit und Verwechslungsgefahr. Ich verkenne nicht, daß Verwechslungsgefahr eine naheliegende Verwechslungsmöglichkeit oder -fähigkeit bedeutet, aber solche feinen Distinktionen fördern m. E. die Rspr. wenig. Für sie ist viel maßgebender, daß „ein beliebiger einfacher Mann“ die Verwechslungsfähigkeit bejahen würde.

JH. Dr. Dr. Arnold Seligsohn, Berlin.

dieses entbehrt der auch bei schwachen Zeichen zur Ausschließung der Verwechslungsgefahr erforderlichen verhältnismäßig geringen Unterscheidung im Verhältnis zum Klagezeichen (vgl. RG.: JW. 1926, 1979). Die Absicht des BG., daß wegen der Verschiedenheit des Anfangsbuchstabens in beiden Wörtern der Unterschied genügend groß ist, erscheint willkürlich. Nicht mit Unrecht verweist die Rev. auf die im Klang der Wörter viel bedeutsamere Rolle voller Vokale. Rechtsirrig ist es auch, wenn das BG. die Gefahr einer Verwechslung im Verkehr deshalb verneint, weil das Zeichen Nesca im Verkehr ausschließlich verwendet werde, um eine patentierte, ganz eigenartige Spezialität, nämlich Zigaretten, Zigaretten und Zigarillos mit doppelfarbigem Deckblatt, damit zu versehen, und weil die Bekl. es im eigenen Interesse nicht für andere Tabakwaren verwenden würden, um es nicht als Kennzeichnungsmittel ihrer Spezialität zu entwerten. Maßgebend für die Frage des Zeichenschutzes sind die eingetragenen Waren. Diese sind bei der Kl. „Tabakfabrikate“, bei dem Bekl. zu 1 „sämtliche Tabakwaren“. Daß die beiderseits vertriebenen Waren unter diesen Begriff fallen, ist unbestreitbar. Keine der Parteien ist gehindert, ihre bisherige Übung, ihr Zeichen nur für eine Spezialität zu gebrauchen, jeden Tag aufzugeben.

(U. v. 5. Jan. 1932; 151/31 II. — Stuttgart.) [Ru.]

29. § 20 WbZG. Gegen das auf Verwechslungsgefahr beruhende Verbot zum Gebrauch einer Warenbezeichnung gewährt die Erlaubnis zum Gebrauch dieser Bezeichnung, die von einer sie als Warenzeichen führenden ausländischen Firma erteilt ist, keinen Schutz.†)

Mit Recht ist das BG. der Ansicht, daß sich die Bekl. der Kl. gegenüber nicht auf die ihr von der Kopenhagener Firma E. angeblich erteilte Erlaubnis zur Benutzung des Wortes „Ela“ als Bezeichnung für ihre Schuhwaren berufen könne. Denn dadurch, daß die Firma E., die schon im Juni 1923 deutschen Warenzeichenschutz für Schuhwaren auf das Wort „Ela“ erlangt hat, der Bekl. die erwähnte Erlaubnis erteilt haben sollte, wurden nur schuldrechtliche Beziehungen zwischen diesen beiden Beteiligten geschaffen; das Recht der Kl. aber, gegen die Bekl. wegen Verletzung ihres Zeichenrechts — eben durch Führung der Bezeichnung „Ela“ — vorzugehen, wurde durch jene Erlaubnis nicht berührt. Die Rev. meint, das BG. hätte prüfen müssen, ob nicht das Zeichen „Epa“ der Kl. deshalb nur eine geringe Kennzeichnungskraft besitze, weil die Bezeichnung „Ela“ für die Kopenhagener Firma im Verkehr sei. Allein einer solchen Prüfung bedürfte es nicht, weil das einmal eingetragene und unangefochten gebliebene Zeichen der Kl., mag seine Kennzeichnungskraft an sich stark oder gering sein, der Bekl. gegenüber den vollen gesetzlichen Schutz genießt, ohne Rücksicht darauf, ob die Firma E. ihr Warenzeichen „Ela“ führt oder nicht. Auch darauf kommt im Verhältnis der Kl. zur Bekl. nichts an, ob die Firma E. als Inhaberin des älteren Zeichens „Ela“ die Kl. auf Unterlassung der Führung des Zeichens „Epa“ in Anspruch nehmen könnte.

Gleichfalls unbegründet ist die Rüge, daß das BG. die Art und Weise, wie die Bekl. die Bezeichnung „Ela“ benutze,

Zu 29. Mit den Vorinstanzen hat das RG. die für Schuhwaren benutzten Wortzeichen „Epa“ und „Ela“ für verwechslungsfähig erklärt. Mit Recht. Wichtig in der obigen Entsch. ist die darin erörterte Frage der sog. zeichenrechtlichen Lizenz und ihre Tragweite. Bemerkenswert ist, daß das RG. die Bezeichnung „zeichenrechtliche Lizenz“ nicht gebraucht. Man muß ihm nur zustimmen, daß es diesen nur Mißverständnisse erzeugenden unrichtigen Ausdruck durch Nichtgebrauch zu beseitigen versucht. Das RG. spricht nur von einer „Erlaubnis zur Benutzung“ des Zeichens. Es vertritt auch hier seinen in ständiger Rspr. festgehaltenen Standpunkt (vgl. u. a. MuW. 1931, 374; auch Hagens § 7 U. 8), die Erlaubnis zur Benutzung eines Zeichens schaffe nur schuldrechtliche Beziehungen zwischen dem Zeicheninhaber und demjenigen, dem diese Erlaubnis gewährt worden ist. Baumbach in seinem systematischen Kommentar: „Das gesamte Wettbewerbsrecht“ (II) S. 279, man lehre, daß nur eine schuldrechtliche Lizenz möglich sei. Man hat aber m. W. immer das Heranziehen des Wortes Lizenz für die überlassene Benutzung eines Warenzeichens als unzutreffend bezeichnet. Eine nur schuldrechtliche Lizenz wäre ein Widerspruch in sich. Daß eine Lizenz

nicht berücksichtigt habe. Allerdings hatte die Bekl. u. a. vorgetragen, daß die „Ela“-Geschäfte Schuhwaren zu verschiedenen Preisen verlaufen, während die „Epa“-Geschäfte dem Publikum als Einheitspreisgeschäfte bekannt seien. Dieses Vorbringen ist jedoch insofern nicht richtig, als auch in den sog. Einheitsläden der Kl. Waren in verschiedenen Preislagen feilgehalten werden. Schon deswegen brauchte das BG. auf jenes Vorbringen nicht einzugehen, mochte auch vielleicht die Staffelung der Preise in den Geschäften der Bekl. vielfältiger sein als in denen der Kl.

(U. v. 5. Jan. 1932; 162/31 II. — Berlin.) [Ru.]

30. § 20 WbZG. Die Hinzufügung eines Namens zu einer fremden Warenbezeichnung dient in der Regel nicht zur Unterscheidung, sondern richtet Verwirrung an, falls das Publikum auf den Namen achtet.

Für die Firma des Kl. ist das bekannte Zahlenzeichen 4711 eingetragen in der bereits vorher seit Jahrzehnten von ihr benutzten besonderen figürlichen Ausgestaltung derart, daß die Zahl von einem runden oder ovalen Schweifbogen umgeben wird, der von dem vorgelegten Buchstaben N als Bestandteil von No ausgeht.

Weiter ist für die Firma des Kl. der Schweifbogen des N noch besonders geschützt.

Für die Firma des Bekl., Rudol-Fabrik in L., ist folgendes Warenzeichen eingetragen: Rudol No 333.

BG. u. OBG. haben abgewiesen, das BG. hat verurteilt.

Das BG. stellt selbst fest, daß die Gestaltung des klägerischen Zeichens, die darin besteht, daß die Zahl in den Schweifbogen des N gestellt ist, „so eigenartig ist, daß sie in keiner Weise gegen die Zahl selbst zurücktritt, sondern neben dieser eine eigene Kennzeichnungskraft besitzt“. Nun kann nach der Rspr. des erf. Sen., wie auch das BG. nicht verkant hat, die Hinübernahme eines charakteristischen Teils eines Zeichens — hier könnte man sogar von der Hinübernahme des ganzen, nämlich des zweiten Zeichens des Kl. sprechen — in ein anderes Zeichen die Verwechslungsgefahr begründen, wenn er in diesem seine Selbstständigkeit behalten hat, also nicht in ihm derart untergegangen ist, daß er durch seine Einfügung in das neue Zeichen aufgehört hat, für den Verkehr die Erinnerung an das alte Zeichen wachzurufen. Das gilt nicht nur für Bildzeichen, sondern auch für Wortzeichen und für Zeichen, die aus Wort und Bild zusammengesetzt sind. Die Ansicht des BG., letzteres sei hier der Fall: der aus dem Zeichen des Kl. in das des Bekl. hinübergenommene, dort charakteristische Teil trete hier gegenüber

mit der gleichen Wirkung wie bei der ausschließlichen Lizenz an gemerblichen Schutzrechten bei Zeichen unmöglich ist, ergibt sich, wie Baumbach zutreffend erwähnt, schon daraus, daß das Zeichen an dem Betrieb haftet. Das daraus fließende Ausschlußrecht um kann also nicht ohne das Fundament des Betriebes geltend gemacht werden. Liegt ein vertragliche Erlaubnis zur Benutzung eines für einen anderen eingetragenen Warenzeichens vor, so kann der berechtigte Benutzer dieses Zeichens, der wegen der Verwechslungsfähigkeit mit einem eingetragenen Zeichen in Anspruch genommen wird, sich nicht darauf berufen, bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr müsse in Betracht gezogen werden, daß das Zeichen, dessen Benutzung ihm gestattet ist, auch von dem Zeicheninhaber im Verkehr verwendet wird, seine Kennzeichnungskraft, also erheblich sei oder gar daß das spätere Zeichen der Föschung infolge Verwechslungsgefahr mit dem älteren Zeichen, dessen Benutzung ihm vertraglich gestattet ist, unterliege. Dem eingetragenen Zeichen gegenüber unterliegt immer derjenige, der nach schuldrechtlicher Befugnis ein anderes verwechslungsfähiges Zeichen, mag es auch eingetragen sein, benutzt. Es sei hier darauf hingewiesen, daß man von einer Kennzeichnungskraft eines von dem Inhabern mehrerer selbständiger Geschäfte gebrauchten Zeichens kaum noch sprechen kann, weil ja gerade das Charakteristikum des Zeichenschutzes fehlt: der Hinweis auf eine bestimmte Herstellungs- oder Betriebsstätte.

Die Erwägung, ob man für solche Zeichen nicht einen Föschungsanspruch im WbZG. geben sollte, sei angeregt. Es dürfte aber jedenfalls den guten Sitten des Wettbewerbsrechts nicht entsprechen, das formale Ausschlußrecht aus einem Zeichen geltend zu machen, dem durch die Entwicklung der Verhältnisse die bei seiner Eintragung vorhandene Unterscheidungskraft verlorengegangen ist.

JR. Prof. Dr. Ludwig Wertheimer, Frankfurt a. M.

dem Worte Rudol derart zurück, daß der Gesamteindruck von diesem Worte beherrscht werde, entspricht nicht dem vom erf. Sen. oft ausgesprochenen Erfahrungssatz, daß die Hinzufügung eines Namens zu einer fremden Warenbezeichnung in der Regel nicht zur Unterscheidung dient, vielmehr Verwirrung stiftet, falls das Publikum überhaupt auf den Namen achtet. Das gilt auch hier. Denn der Name Rudol ist ganz farblos, er sagt dem Publikum nichts. Das Zeichen des Bekl. wirkt somit nicht durch den Namen Rudol — das gleiche wäre natürlich der Fall, wenn ein Teil es als „Rudolf“ lesen würde —, sondern es wird erst durch das ihm angefügte Bild eigenartig; es ist das den Gesamteindruck des Zeichens beherrschende Element, auf dieses richtet sich das Auge des Beschauers unwillkürlich, weil ihm ganz unverständlich ist, was die dreistellige Zahl, die unmöglich eine Sortenangabe sein kann, hinter dem Namen bedeuten soll. Nun hat aber der Bekl. nicht nur die Zahl 333 verwendet, sondern sie auch in fast gleicher Gestaltung wie der Kl. in den Schweifbogen des N hineingestellt. Berücksichtigt man einerseits, daß nach der Feststellung des BG. diese eigenartige Gestaltung unabhängig von der Zahl 4711 eigene Kennzeichnungskraft besitzt, andererseits, daß der einzige Umstand, durch den nach Ansicht des BG. die Verwechslungsgefahr ausgeschlossen wird, nämlich die Hinzufügung des Wortes Rudol, nach den obigen Darlegungen tatsächlich nicht besteht, so ergibt sich schon jetzt ohne weiteres das Vorhandensein der Verwechslungsgefahr. Daran ändert auch die Verschiedenheit der beiderseitigen Zahlenkombinationen nichts. Denn wenn auch, wie bereits im Eingange ausgeführt ist, dem Kl. weder auf Grund der Verwechslung, die er durch jahrzehntelange Verwendung der Zahl 4711 unter stärkster Reklame für diese geschaffen hat, noch auf Grund seines Zeichenschutzes ein Monopol an jeder mehrstelligen Zahl zusteht, so muß doch die Verwendung einer solchen unter gleichzeitiger Benutzung der eigenartigen Aufmachung für die Umrahmung der Zahl im Zeichen des Kl. durch den Bekl. in seinem Zeichen eine Verwechslungsgefahr begründen.

Dabei darf hier nicht an eine Verwechslungsgefahr im engeren Sinne gedacht werden, die gegeben ist, wenn das Publikum beim Anblick des beanstandeten Zeichens annehmen würde, die so gekennzeichneten Waren stammten aus demselben Geschäftsbetrieb wie die gleiche oder gleichartige Ware mit einem ihm bekannten fast gleichen Zeichen. Diese Art der Verwechslungsgefahr muß hier ausscheiden, da eine Gleichartigkeit der beiderseitigen Waren im zeichenrechtlichen Sinne nicht gegeben ist. Eine Verletzung des Zeichenrechts des Kl. liegt somit wegen Fehlens der Gleichartigkeit der beiderseitigen geschützten Waren nicht vor. Es kommt deshalb hier nur in Betracht entweder der Fall der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne, d. h. die Erweckung des Anscheins, als stähe der Geschäftsbetrieb, aus dem die widerrechtlich bezeichnete Ware stammt, in besonderer Beziehung zu dem des Kl., der deshalb Einfluß auf Herstellung und Vertrieb dieser Ware habe. Dieser Fall ist trotz des Fehlens der Gleichartigkeit der beiderseitigen Waren durchaus möglich. Oder der Fall der Irreführung des Publikums scheidet mit Rücksicht auf die Ungleichartigkeit der beiderseitigen Waren überhaupt aus, und es ist maßgebend der Gesichtspunkt illoyaler Ausnutzung eines mit Mühe und Kosten geschaffenen fremden Arbeitsergebnisses durch Verwendung eines allgemein bekannt gewordenen charakteristischen Elements der Warenbezeichnung des Kl., um mit Hilfe der Zugkraft desselben die Absatzmöglichkeiten der eigenen Ware zu erhöhen (vgl. z. B. die Urk. des erf. Sen. in Sachen Mex v. Mex; RG. 108, 272 ff.¹⁾, in Sachen Kwatta; RG. 109, 213 ff.²⁾, in Sachen Neuerburg; RG. 114, 90³⁾, in Sachen Salvador; JW. 1927, 653, in Sachen Salamander; RG. 115, 401⁴⁾, in Sachen Asbach-Uralt; JW. 1927, 1564). Dabei ist auch der Gesichtspunkt von maßgebender Bedeutung, daß der Inhaber eines Zeichens, der diesem unter Aufwendung bedeutender Werbekosten in Verbindung mit der guten Beschaffenheit seiner so

¹⁾ JW. 1924, 1369. ²⁾ JW. 1926, 567. ³⁾ JW. 1926, 2906.

⁴⁾ JW. 1927, 1585.

bezeichneten Ware Verkehrsgeltung verschafft hat, das größte Interesse daran hat, daß sein Zeichen nicht an Werbekraft einbüßt, nicht „verwässert“ wird durch die Häufigkeit des Gebrauchs seitens anderer Firmen, ein Erfolg, der selbstverständlich auch dann eintreten würde, wenn die Verwendung durch diese für nicht gleichartige Waren geschähe (vgl. z. B. RG. 98, 231^b) und das zit. Neuerburg-Urteil).

In dem einen wie in dem anderen Falle, d. h. sowohl in dem Falle der Begründung der Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne wie auch im Falle illoyaler Ausnutzung fremder Arbeit und fremder Verkehrsgeltung und guten Rufes ohne Rücksicht auf Irreführung des Publikums liegt ein Verstoß des Vekl. gegen die Grundsätze des lautereren Geschäftsverkehrs vor. Denn das BG. hat ausdrücklich als bewiesen festgestellt, daß sich der Vekl. bewußt an beide Zeichen des Kl. angelehnt hat. Verstößt aber der Erwerb des Zeichenschutzes in der eingetragenen Form des Zeichens gegen die guten Sitten, so kann seine Bösung und die Unterlassung seiner Verwendung verlangt werden (vgl. z. B. das Goldina-Urteil des erf. Sen.: RG. 111, 192). Diese Ansprüche sind aus § 826 BGB. begründet; ihre Herleitung aus § 1 UnlWG. würde insofern Bedenken unterliegen, als die Parteien wegen der Verschiedenartigkeit der in Betracht kommenden Waren nicht im Wettbewerb zueinander stehen (Callmann, Note 121e zu § 16 UnlWG.). Außer § 826 BGB. ist auch die Vorschrift des § 9 Abs. 1 Ziff. 3 WbzG. anwendbar, da das Zeichen des Vekl. der Täuschung dienen soll (vgl. Callmann ebenda).

(U. v. 23. Juni 1931; 458/30 II. — Dresden.) [Ru.]

5. Literatururheberrecht.

**31. §§ 1, 2, 9, 41 LitUrHG.; § 16 UnlWG.

1. Der Werktitel genießt urheberrechtlichen Schutz nicht auf Grund des § 9 LitUrHG., sondern als Teil des Werkes gem. § 41 LitUrHG.

2. Die Möglichkeit des Vorkommens von Titeln, die für sich nach Inhalt und Form ein Schriftwerk ausmachen, ist offenzulassen.

3. Titel, die wiederholt eingetretene, viel erörterte Geschehnisse zum Gegenstand haben, wie z. B. einen Opernbrand, zählen zu den Wendungen des gebräuchlichen Sprachschazes, die keine gedankliche Eigenart besitzen und daher keinen Urheberrechtsschutz — auch nicht als Werkteil — rechtfertigen.

4. Der Schriftwerkstitel „Der Brand im Opernhaus“ und der Filmtitel „Brand in der Oper“ weisen genügend Unterscheidungsmerkmale auf, um die Verwechslungsgefahr i. S. des § 16 UnlWG. auszuschließen.†)

A. Auf urheberrechtlicher Grundlage kann die Kl., wie das BL. zutreffend annimmt, mit ihren Ansprüchen aus dem Werktitel „Der Brand im Opernhaus“ nicht durchbringen.

1. Das BG. führt darüber aus: Als wesentliche Stütze eines selbständigen urheberrechtlichen Titelschutzes habe man bisher — auch in den früheren Urte., die einen solchen Schutz bejahten — § 9 LitUrHG. herangezogen. Danach sei allerdings

†) JW. 1925, 2449.

Zu 31. Die Frage, ob die Nachahmung des Titels des G. Kaiserlichen Bühnenwerkes „Der Brand im Opernhaus“ eine Rechtsverletzung darstelle, ist von den Gerichten zunächst unter dem Gesichtspunkte des Urheberrechts an Werken der Literatur geprüft worden. Das RG. nimmt im obigen Urte. an, der Titel eines Werkes diene nicht nur zu dessen Bezeichnung, sei vielmehr ein Teil des Werkes und könne als solcher urheberrechtlichen Schutz genießen. In früheren Entsch. (f. RG. 12, 116; RGSt. 17, 199) nahm es einen anderen Standpunkt ein, auf dem auch die im Schrifttum herrschende Ansicht steht. Für diese spricht das Gesetz selbst, wenn es in § 9 neben dem Werke selbst den Titel des Werkes nennt, diesen also nicht als einen Teil des Werkes ansieht. Das RG. geht von der Erwägung aus, daß oftmals ein gedanklicher Zusammenhang des Titels mit dem sonstigen oder

der Erwerber des Urheberrechts, soweit keine andere Vereinbarung bestehe, nicht befugt, an dem Werke selbst, an dessen Titel und an der Bezeichnung des Urhebers etwas zu ändern. Dieses anerkanntermaßen auch im Verhältnis zu Dritten geltende Verbot richte sich aber nur gegen Veränderungen des Titels, nicht gegen dessen unveränderte Verwendung. Selbstverständlich werde dabei vorausgesetzt, daß der unzulässigerweise veränderte Titel mit dem Werke, dem er zugehöre, verbunden bleibe, sei es, daß das Werk selbst unverändert, sei es, daß es mit (gleichfalls unzulässigen) Veränderungen wiedergegeben werde. Auf den Fall dagegen, daß der Titel mit einem ganz anderen Werk als dem ursprünglichen verbunden werde, beziehe sich § 9 LitUrHG. überhaupt nicht. Ein Schutz gegen selbständige Verwendung des Titels (völlig von dem ursprünglichen Werke losgelöst) könne der Vorschr. um so weniger entnommen werden, als sie sich nur gegen die veränderte, nicht gegen die unveränderte Verwendung des Titels richte. Ein dem Titel zu gewährendes selbständiges Urheberrecht setze voraus, daß die unveränderte Verwendung des Titels verboten sei.

Dieser Auslegung des § 9 LitUrHG. ist beizustimmen. Die Rev. sucht dagegen eine weitergehende zu begründen: Wenn die Vorschr. eine Veränderung des Werktitels verbiete, so müsse Verwendung des unveränderten Titels für ein anderes Werk von dem Verbote vollends betroffen werden. Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, weil sie dem § 9 eine Wirkung beilegt, die ihm weder nach seinem Wortlaute zukommt noch aus seiner Stellung im Zusammenhange des Ges. zu folgern ist. Entnahme des Titels aus dem ursprünglichen Werk in ein anderes wird bereits von den Vorschriften erfasst, welche verbieten, das Werk unter Verletzung der Urheberbefugnis zu einem Teile zu vervielfältigen, zu verbreiten, öffentlich mitzuteilen, auszuführen, vorzuführen oder vorzutragen (§ 41 LitUrHG.).

2. Der urheberrechtliche Schutz des ganzen Werkes erstreckt sich danach auf dessen Teile. Der Titel aber ist ein Teil des Werkes.

a) Zu den Werken gehören nach § 1 LitUrHG.: 1. Schriftwerke (aller Art, unter den in der Rechtsanwendung dafür anerkannten Voraussetzungen) einschließlich choreographischer und pantomimischer Werke; 2. Werke der Tonkunst; 3. Abbildungen (einschl. plastischer) wissenschaftlicher oder technischer Art, welche nicht ihrem Hauptzwecke nach als Kunstwerke zu betrachten sind.

Wie die Werke, so sind die Titel von aller verschiedener Art. Als Bezeichnungsmittel im geistigen und geschäftlichen Verkehr kleiden sie sich um der bequemen Verständigung und sicheren Unterscheidung willen meist in Worte. Doch könnte ein Titel auch bildlich gestaltet, oder es können in ihm Wort und Bild verbunden sein. Dem Werke gleichartig braucht — wie ersichtlich an Ton- und Bildschöpfungen, die eine Wortbezeichnung als Titel tragen — der Titel nicht zu sein. — Das Kunstwerkrecht kann außer Betracht bleiben, schon weil dort das Ges. (§§ 12, 32 Abs. 2 KunstUrHG. vom 9. Jan. 1907) ausdrücklich nicht von Titel, sondern von „Bezeichnung des Werkes“ spricht.

Mag der Titel dem Bezeichnungszwecke dienen, so erschöpft sich doch sein Wesen nicht notwendig in dieser Zweckverbindung. Oftmals besteht ein gedanklicher Zusammenhang des Titels mit dem (sonstigen oder eigentlichen) Inhalte. Der

eigentlichen Inhalt des Werkes bestehe. Es führt beispielsweise Sprüche, Widmungsgebichte an, wo der Titel das Werk nicht selten derart beleuchte und sogar ergänze, daß ohne ihn der Sinn nur schwer, zuweilen überhaupt nicht verständlich wäre. In solchen Fällen gehört der Titel untrennbar zum Ganzen, er ist in Wirklichkeit eben nicht nur Titel, sondern Bestandteil des Werkes. Und wenn der Titel eines Gedichtes in dessen Anfangsworten besteht, so ist er, weil er diese einfach wiedergibt, selbstverständlich ein Teil des Werkes. In allen diesen Fällen läßt sich der Titel vom Werke nicht lösen und kaum je für ein anderes Werk verwenden. Das Vorkommen solcher Titel ganz besonderer Art rechtfertigt nur aber nicht den Schluß, daß der Titel eines Werkes stets als ein Teil davon anzusehen sei.

Betrachtet man nun, wie es auch das RG. tut, den Titel „Der Brand im Opernhaus“ zunächst abgefordert von dem Werke selbst, so muß man zu dem Ergebnis kommen, daß ihm mangels

Titel kann z. B. (wie bei Gedichten häufig) in Anfangsworten des Werkinhaltes bestehen und ihn dergestalt einleiten. Er kann (wie bei Sprüchen, Widmungsgedichten u. dgl. nicht selten) das Werk derart beleuchten und sogar ergänzen, daß ohne ihn der Sinn nur schwer, nur unsicher oder unvollständig, zuweilen überhaupt nicht, verständlich wäre. Den Gedankengehalt des Werkes kann er auf mannigfaltige Weise bezeichnen oder andeuten. Innere Verbindung gestellt sich zur äußeren selbst dann, wenn der Titel den Inhalt im Dunkeln läßt, verhüllt oder durch absichtsvolle Fassung über ihn irreführt.

In jedem Falle, auch wenn die Gedankenverbindung mit dem Inhalte nicht ohne weiteres erhellt, kommt dem Titel als Kennwort und Handhabe für das Werk im Geistes- und Geschäftsverkehr erhebliche Bedeutung zu. Schon deshalb muß er, selbst als bloßes Bezeichnungsmittel, zum Werte gerechnet, also für einen Teil des Werkes erachtet werden (so schon unter dem Ges. v. 11. Juni 1870 [RGBl. 339] gegen die damals h. M. Dernburg, Preuß. PrivR. II [5. Aufl. 1897] S. 944 Anm. 9; derj., Bürgerl. R. VI [1907/10] S. 101 § 35 IV für das Ges. v. 19. Juni 1901; Goldbaum, UrhR. u. UrhVertrR. [1. Aufl. 1922] S. 122—125 [2. Aufl. S. 27/28]; Elster, Urh., Erfind. u. WettbR., 1. Aufl. S. 28 § 7, 2. Aufl. S. 40—43; derj.: GewRsch. 1925, 46 ff.).

Zutreffend bemerkt daher das BU.: „Für den Titel gelten . . . die allg. Grundsätze, wonach das Urheberrecht nur ‚Werken‘ gewährt ist, sich aber auch auf deren Teile erstreckt (§§ 1, 2, 41 UrhG.).“ Ferner: „Der Titel muß wegen seiner engen äußeren und inneren Verbindung mit dem Werke als dessen Teil angesehen werden, zumal da aus § 9 UrhG. zu entnehmen ist, daß der Titel innerhalb des urheberrechtlichen Schutzes des Werkes selbst keinesfalls schlechter gestellt sein soll als die übrigen Teile des Werkes.“

b) Die Anwendung dieser Grundsätze führt jedoch zu wesentlichen Einschränkungen.

aa) Das RG. läßt eine solche Beschränkung schon insofern eintreten, als es die Frage verneint, ob dem Titel „Der Brand im Opernhaus“ als selbständigem Schriftwerke Schutz gebühre. Das ist im Ergebnis zu billigen. Jener Titel ist nach Gedankeninhalt und Ausdruck nicht von solcher Eigenart, daß ihm die Eigenschaft eines Schriftwerks i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UrhG. zugesprochen werden könnte; Gehalt und Form stehen dem Alltäglichen zu nahe, als daß sich in ihnen schöpferische Eigentümlichkeit finden ließe (RG. 123, 120 ff.; 122, 125¹⁾, 129). Nicht beizustimmen ist dem weitgehenden Satze des BU.: Der Titel könne begriffsmäßig kein absonderliches Dasein führen; seine Best., ein Werk zu bezeichnen, setze die Verbindung mit diesem — einem „wirklichen“ Werke — voraus. So allgemein hingestellt erscheint das bedenklich. Zwar werden Titel, die für sich selber nach Inhalt und Form schon ein Schriftwerk ausmachen, selten sein. Die Möglichkeit jedoch, daß sie vorkommen, ist offenzulassen. Sie wird auch durch die nahe Verbindung des Titels mit dem Werk und durch den Zweck, es im Verkehr zu bezeichnen, nicht notwendig ausgeschlossen.

bb) Somit läge, wenn der Filmtitel „Brand in der Oper“ dem Georg Kaiserischen Nachtstück „Der Brand im

Opernhaus“ entnommen wäre, Entlehnung, zum mindesten inhaltliche Wiederholung, eines Teils dieses Werkes („Teil nachdruck“) vor. In einem solchen Falle käme es nach ständiger Gesetzesauslegung darauf an, ob ein erheblicher Teil des Kaiserischen Bühnenwerkes unbefugt vervielfältigt worden wäre. Die Erheblichkeit wäre nach Umfang und inhaltlicher Bedeutung des Entnommenen im Vergleich zum ganzen Schriftwerke Kaisers zu bemessen (RG. 116, 303²⁾ und dort angef. Belege). Der äußere Umfang der vier Titelworte „Der Brand im Opernhaus“ ist im Verhältnis zum ganzen Werke sehr gering. Auch der Anteil am Gedankengehalte des Werkes ist klein, obwohl die Ansicht der Bekl., daß der Theaterbrand nur einen undeutlichen Hintergrund der eigentlichen Handlung bilde und der Bühne fern bleibe, nicht völlig zutrifft. Dafür, daß die Titelwahl selbst gerade für dieses Bühnenstück eine besonders hohe schöpferische Leistung bedeute und damit etwas urheberrechtlich Wesentliches ausmache, besteht kein Anhalt. Das BU. verneint es und bemerkt, daß der Titel hier keinen Wertteil mit selbständigem Gedankengange bilde; daß er keine Gedankenentwicklung enthalte, die die Eigenart von Inhalt und Form erst ermögliche. Hieran knüpft es die allg. Betrachtung: „Der Titel . . . ist im Regelfalle weder fähig noch dazu bestimmt, für sich allein, abgesehen von jeglichem Werke, einen bestimmten Gedankengang wiederzugeben. Gegenstand des Schutzes ist hier nicht die im Titel selbst enthaltene geistige Leistung, sondern die — einen beträchtlichen wirtschaftlichen Wert darstellende — Beziehung, die der Titel in der Vorstellung des Publikums zu einem auf Grund seines guten Rufes oder der dafür gemachten Reklame als besonders schätzenswert vorgestellten Werke besitzt.“ Mit dieser zutreffenden Kennzeichnung leitet das BG. aus der urheberrechtlichen in die wettbewerbsrechtliche Klagebegründung über.

Die vom BG. ausgesprochene Verneinung selbständigen, eigenartigen Gedankeninhalts unterliegt keinem rechtlichen Bedenken. Denn eine große Menge von Werknamen auf den verschiedenen Gebieten des Schrifttums sind Freititel, teils als gemeinübliche, zum Verständnis nützliche oder geradezu notwendige Bezeichnungen von Gegenständen der Forschung, Wissenschaft, Kunst, Dichtung, Unterhaltung usw., teils als Schlagwortartige Wendungen oder Wortverbindungen, die als Titel nichts Eigenartiges mehr bedeuten und deshalb keinen Urheberrechtsschutz rechtfertigen können, teils aus anderen Gründen, die mit der Gemeinfreiheit eines gewissen allg. Sprachschazes zusammenhängen (vgl. Beisp. aus der schönen Literatur: Mag Schneider, Deutsches Titelbuch, 1927). Viel haben zu den Freititeln in der Dichtung die geschichtlichen Personen und Ereignisse beigetragen. Im vorl. Falle meldet sich deshalb der Zweifel, ob nicht beide Titel — der des Bühnenstücks und der des Lichtspiels — den Leser und Hörer zunächst nur an die häufigen Theaterbrände erinnern, die Menschenopfer gefordert, Sachschaden verursacht, Aufsehen erregt haben und eine Zeitlang Gegenstand allg. Aufmerksamkeit gewesen sind. Kaiser nennt in seinem Bühnenwerk ausdrücklich einen Brand der Pariser Oper von 1763 als dessen geschichtlichen Hintergrund. Unter den Bauverhältnissen früherer Zeit waren Theaterbrände keineswegs selten. An großen Bränden dieser Art verzeichnete der Brochhaus

¹⁾ ZB. 1929, 1232.

der erforderlichen Formgestaltung die Eigenschaft eines Schriftwerkes i. S. des § 1 UrhG. nicht zukommt. Das ist auch die Ansicht des RG., indem es annimmt, daß hier Gehalt und Form dem Alltäglichen zu nahe stehen, als daß sich darin eine schöpferische Eigentümlichkeit finden ließe. Aber die bloße Eigentümlichkeit, die Nichtalltäglichkeit der Wortfassung macht einen Werkteil noch lange nicht zu einem „Schriftwerk“. Es gibt viele Titel von literarischen Werken, die eigentümlich sind und doch eine Formgestaltung, wie sie der Begriff des Schriftwerkes verlangt, nicht aufweisen, weil hierzu ein einzelnes Wort oder eine kurze Wortfolge nicht genügt, vielmehr eine eigenartige Anordnung der Gedanken erforderlich ist, wovon naturgemäß bei einem Wort oder einer knappen Wortverbindung nicht die Rede sein kann. Wenn also das RG. die Verneinung der Schriftwerkeigenschaft in bezug auf den Titel des Kaiserischen Bühnenwerkes nur auf den Mangel der Eigentümlichkeit stützt, so trifft diese Be-

²⁾ ZB. 1927, 1577.

gründung den entscheidenden Punkt nicht genau. Doch scheint an einer späteren Stelle des Ur. der richtige Gedanke hervorzutreten, indem es dort heißt, daß Titel, die für sich selber schon nach Inhalt und Form ein Schriftwerk ausmachen, selten seien, wenn auch die Möglichkeit, daß sie vorkommen, offenzulassen sei. Damit kommt wohl zum Ausdruck, daß das RG. doch nicht, wie es zuerst den Anschein hatte, allen eigentümlichen, nicht alltäglichen Titeln den Charakter eines Schriftwerkes zusprechen will, wie es ja in der Tat eine seltene Ausnahme sein wird, daß ein Werkteil den Anforderungen genügt, die an diesen Begriff zu stellen sind. Nun beschränkt sich aber das RG. nicht auf die Untersuchung der Frage, ob der Titel „Der Brand im Opernhaus“ für sich selbst ein Schriftwerk sei, sondern geht, da es ja den Titel als Teil des Werkes ansieht, auch auf die Frage ein, ob dieser Titel als Teil des Dramas Schutz genieße. Es gelangt auch hier zur Verneinung, weil der dem Kaiserischen Schriftwerke ent-

von 1903 aus dem 19. Jahrh. mehr als zwanzig (14. Aufl., Bd. 15 S. 742). Auch seitdem haben sich solche Brände wiederholt. Besonders tief hat sich dem Gedächtnis die Feuerbrunst eingeprägt, die im Dez. 1881 das Wiener Ringtheater zerstörte und Hunderten von Menschen das Leben kostete. Nach der Häufigkeit derartiger Geschehnisse liegt es nahe, Wortverbindungen wie die beiden von diesem Rechtsstreite betroffenen Titel bereits unter die Wendungen des gebräuchlichen Sprachschates zu rechnen, die auf eine gewisse Gattung schwerer, in weiten Kreisen beachteter Unglücksfälle hindeuten. Welche Beziehungen den Inhalt des Werkes mit dem Bühnenhausbrande verknüpfen, macht erst das Werk selbst offenbar; der Titel ist insofern farblos, viellecht in gewissem Maße spannend, aber ohne einen Gedankeninhalt von Eigenart.

B. Verneint das BG. ohne Rechtsirrtum, daß der von der Kl. erhobene Anspruch wegen Urheberrechtsverletzung an dem Schriftwerkstitel „Der Brand im Opernhaus“ begründet sei, so fragt sich noch, ob weithwerbliche Gründe (§ 16 UrW.G.) ihn rechtfertigen. Das verneint es ebenfalls.

1. Im Einklange mit der Rspr. des RG. nimmt es an: Auch zwischen einem Film und einem Schriftwerke (Bühnenwerke) gleichen Titels kann Gefahr der Verwechslung bestehen. Wer den Film nicht kennt, kann durch dessen Ankündigung in die Meinung versetzt werden, daß er eine Bearbeitung des Schriftwerkes sei (RG. 112, 119³). Es bemerkt: Zwischen Film und Schriftwerk erwache somit keine unmittelbare, sondern nur eine mittelbare Verwechslungsgefahr, in dem Nichtunterrichtete zu dem (irrigen) Glauben gelangten, der den gleichen Titel wie das Schriftwerk tragende Film werde sich zwar nicht mit dem Schriftwerke selbst, aber mit einem durch dessen Bearbeitung hergestellten Film. Der tatsächlich vorhandene (gleichbetitelte) Film werde also nicht mit dem Schriftwerke (Bühnenstücke) selbst verwechselt, sondern mit einem nur in der Vorstellung der Leute, nicht in der Wirklichkeit vorhandenen, das Schriftwerk inhaltlich wiedergegebenen Film. Statt dieses Gedankens einer mittelbaren Verwechslung würde zur Gesetzesanwendung auch die Feststellung genügen, daß im Verkehr eine auf Verwechslung hinauskommende Täuschung hervorgerufen werde: nämlich der Irrtum, daß „Der Brand in der Oper“ eine Verfilmung des Kaiserlichen Nachstücks „Der Brand im Opernhaus“ sei.

Nach irrtumsfreier Darlegung über die Anwendung des § 16 UrW.G. nimmt sodann das RG. an: Die Kl. verjagt über das Verfilmungsrecht an dem Werk „Der Brand im Opernhaus“, und der Verkehr muß, wie bisher so noch jetzt, mit dem Erscheinen eines nach diesem Werke hergestellten Films rechnen. Die Voraussetzung für die Anwendung des § 16 UrW.G. liegen also an sich vor.

2. Das BU. verneint jedoch, daß im gegenwärtigen Streitfalle die Gefahr der Verwechslung gegeben sei; es nimmt an, daß die beiden Titel „Der Brand im Opernhaus“ und „Brand in der Oper“ ausreichende Unterscheidungsmerkmale aufweisen.

a) Aus der Übereinstimmung der bei beiden Titeln zugrunde liegenden Vorstellung eines Opernbrandes ergebe sich zwar eine Möglichkeit, zu verwechseln. Aber die Gefahr der Verwechslung i. S. des § 16 UrW.G. folge daraus

*) JW. 1926, 1158.

nommene Teil sowohl bezüglich seines Umfangs als auch hinsichtlich seiner inhaltlichen Bedeutung unerheblich sei. Dies ist zweifellos richtig, trifft aber wohl auf die allermeisten Werkstitel zu, so daß solche, selbst wenn man sie als Teile des Werkes gelten läßt, in den seltensten Fällen Gegenstand des urheberrechtlichen Schutzes sein können. Das Bedürfnis nach diesem Schutz ist auch nicht groß, weil ein wirklich schutzwürdiger Titel ausreichenden Schutz im § 16 UrW.G. findet.

Auch die Anwendbarkeit dieser Best. auf den Titel „Der Brand im Opernhaus“ verneint das RG. mit vollem Recht. Zweifellos steht es, wenn jemand ein Bühnenwerk geschrieben hat, in dem ein Theaterbrand eine Rolle spielt, jedem frei, für ein anderes Bühnen- oder Filmwerk denselben Gegenstand zu wählen, wenn er ihn nur wesentlich abweichend vom ersten Werke behandelt. Steht dies fest, so ergibt sich weiter, daß der Verf. des zweiten Werkes diesem auch einen dem Gegenstande entsprechenden Titel geben darf, auch wenn dieser mit dem Titel des ersten

noch nicht. Wie auf dem Gebiete der Warenzeichen und Firmen, so müsse auch auf dem der Titel zwischen „starken“ (mit größerer Kennzeichnungskraft) und „schwachen“ (mit geringerer Kennzeichnungskraft) unterschieden werden. Um einen schwachen Titel handle es sich besonders dann, wenn die Werkbezeichnung nicht in sich selbst, durch ihren Inhalt oder ihre Form, etwas Eigenpersönliches, frei Erfundenes darstelle, sondern nur einen Hinweis auf allg. bekannte Tatsachen oder tatsächliche Beziehungen enthalte, deren Verwertung jedem freistehende und durch ausschließliche Rechte nicht gehindert sei. Auch der vorl. Titel „Der Brand im Opernhaus“ sei in diesem Sinne wenig unterscheidungskräftig. Er deute auf eine Art von Ereignissen hin, die im wirklichen Leben wiederholt vorgekommen seien und größtes Aufsehen erregt hätten. Einen Brand im Opernhause, wie er sich verschiedentlich schon wirklich ereignet habe, als beherrschendes Ereignis einer Filmhandlung zu wählen, könne niemanden verwehrt werden. Gerade derartige unheilvolle Geschehnisse stelle man wegen des damit verbundenen erschütternden Aufsehens gern in Filmen dar; namentlich für den Tonfilm biete ein Brand in einem Opernhause starke Möglichkeiten. Daher könne aber auch ein Hinweis des Titels darauf, daß das Brandunglück in einem Opernhause das beherrschende Ereignis des Films bilde, nicht verboten werden. Zusammenfassend bemerkt das BU.: „Soweit eine Verwechslungsmöglichkeit lediglich auf der Verwendung und Zusammenstellung der Worte „Brand“ und „Oper“ beruht, bietet § 16 UrW.G. der Kl. keinen Schutz; denn soweit lediglich diese beiden Grundbestandteile in Frage kommen, hat der Titel des Kaiserlichen Stückes nicht das Wesen einer besonderen Bezeichnung und muß die etwa vorhandene Verwechslungsmöglichkeit, da sie zum Ges. nicht in Widerspruch steht, in Kauf genommen werden. Die bereits erwähnten Unterscheidungsmerkmale genügen deshalb, um eine Verwechslungsgefahr i. S. des Ges. zu beseitigen. Die trotzdem übrigbleibende Möglichkeit der Verwechslung hat ihren Grund nicht in der Übereinstimmung der Titel als solcher, sondern darin, daß in beiden Titeln auf ein der allg. Verwendung offenstehendes, bekanntes Thema hingewiesen ist.“

Die Gründe, aus denen das RG. annimmt, daß „Der Brand im Opernhaus“ ein „schwacher“ Titel sei, beruhen auf der Beobachtung von Lebenserscheinungen der Vergangenheit und Gegenwart, verknüpft mit Erfahrungen der Seelenkunde; sie sind überwiegend tatsächlicher Art und weisen keinen ersichtlichen Irrtum auf, den das RevG. beachten müßte. Es trifft nicht zu, daß das BG. die Kreise, auf die es für die Verwechslungsgefahr ankommt, unrichtig bestimmt habe. Ob Schrifttum und Kunst schon ein Bühnenwerk oder eine sonstige Dichtung aufzuweisen haben, worin ein Opernbrand den Hintergrund bildet oder die Entwicklung beherrscht, gibt für die Gefahr der Verwechslung nicht notwendig den Ausschlag.

b) Das BG. erwägt weiter: Allerdings könne, wie auf dem Gebiete der Warenzeichen und Firmen feststehe, auch ein an sich wenig unterscheidungskräftiges Kennzeichnungsmittel ausnahmsweise dadurch Unterscheidungskraft erlangen, daß es durch sehr weite und langdauernde Verbreitung „Verkehrsgeltung“ erlangt habe. Daß dies hier der Fall sei, verneint aber das Urteil.

Werkes übereinstimmt. Das wäre nur dann nicht zulässig, wenn die Fassung des ersten Titels etwas enthielte, was der Gegenstand des Werkes nicht verlangt, was vielmehr dem Bereiche der Phantasie des ersten Verf. angehört, und wenn auch diese Fassung von dem zweiten Verf. in den Titel seines Werkes übernommen wäre. Davon kann aber im vorl. Falle nicht die Rede sein. Der Titel „Der Brand im Opernhaus“ ist ein rein sachlicher. Die Phantasie des Dichters G. Kaiser hat zur Entstehung dieses Titels nichts beigetragen. Dieser kann also nicht als „besondere“ Bezeichnung i. S. des § 16 UrW.G. angesehen werden, wie auch nach Lage der Sache eine „unbefugte“ Benutzung dieses Titels nicht anzunehmen ist. Unter diesen Umständen ist es bedeutungslos, ob eine Gefahr der Verwechslung, deren Annahme allerdings angesichts der geringen, den Kern der Sache nicht berührenden Abweichung des Titels „Brand in der Oper“ von dem Titel „Der Brand im Opernhaus“ sehr nahe liegt, wirklich besteht oder nicht.

Geh. Rat Prof. Dr. Alfeseld, Erlangen.

Das BU. konnte somit auf dieser Grundlage das Ergebnis ziehen: „Wenn auch der Verkehr . . . an und für sich damit rechnen muß, daß das Kaiserliche Stück noch versilmt werden wird, wenn also dem Titel des Theaterstücks grundsätzlich der Schutz aus § 16 UrW.G. auch gegenüber einem Filmtitel nicht abgesprochen werden kann, so ist doch der Schutz ein nur beschränkter; er greift nicht Platz, wenn der Filmtitel von dem Titel des Theaterstücks in dem hier vorl. Maße abweicht.“ M. R. wird hiernach verneint, daß der äußere Tatbestand des § 16 Abs. 1 UrW.G. vorliege. — Die Ausführung der Rev., daß durch die besondere Bezeichnung einer Druckschrift ein schutzwürdiges Persönlichkeitsrecht entstehe, ist demgegenüber unerheblich. Der Begriff „Persönlichkeitsrecht“ bezeichnet das Wesen eines besonders gearteten, von der Rechtsordnung geschützten Gutes. Damit aber der Schutz gewährt werde, müssen die gesetzlichen Voraussetzungen dafür (hier § 16 UrW.G.) erfüllt sein.

3. Endlich vermerkt das Ur., daß es unter diesen Umständen auf den bösen Glauben oder das Verschulden der Bekl. (§ 16 Abs. 2 UrW.G.) nicht ankommt. Grundsätzlich sei zwar das Verhalten der Parteien bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr mitzubewerten; die nachgewiesene Absicht der Verwechslung schaffe eine Vermutung für die Verwechslungsfähigkeit. Aber die in der Rechtsanwendung ausgebildeten Regeln vom eingeschränkten Schutze schwacher Titel beruhten, unabhängig vom Verhalten der Beteiligten, auf einer Berücksichtigung allg. Anforderungen des Verkehrs. Die Meinung des Zweitbenutzers eines Titels, daß er ein Recht des Erstbenutzers verleihe, vermöge nichts an jenen um der Allgemeinheit willen bestehenden Grundsätzen ändern.

(U. v. 13. Febr. 1932; 263/31 I. — Berlin.) [Ra.]
(= RG. 135, 209.)

6. Kunstwerkrecht.

**32. §§ 459 ff. 242 BGB. Die Herkunft eines Kunstwerks von einem anderen (geringeren) als dem vertraglich genannten Meister ist ein Sachmangel, der nur innerhalb der Gewährleistungsfrist geltend gemacht werden kann. Die Gepflogenheit gewisser bedeutender Kunsthändler irrtümlich unter falschem Namen verkaufte Kunstwerke auch noch nach Ablauf der Frist zurückzunehmen, hat kein Reichsgewohnheitsrecht gebildet. Die Berufung auf beiderseitigen Irrtum gibt es nicht bei abgewickelten Verträgen, deren Folgen mit gesetzlichen Behelfen beseitigt werden können.†)

Der Kl. hat am 18. Jan. 1928 von der Bekl. ein Ölgemälde gekauft „Eichen am Wasser“, das ihm als ein

Originalbildgemälde von Jakob J. (Jsaaksjohn) van Ruysdael bezeichnet wurde, und dem ein Gutachten des verstorbenen Museumsdirektors Geheimrats Bode in Berlin beigegeben war, das so, wie es die Parteien lasen, die Herkunft des Werkes von diesem Künstler bestätigt. Das Bild wurde sofort übergeben. Der Kaufpreis von 15 000 M ist bezahlt. Der Kl. behauptet, das Werk stamme nicht von „dem berühmten Meister“ Jakob J. van Ruysdael, sondern von seinem „weit weniger berühmten Vetter und Nachahmer“ Jakob S. (Salomonjohn) van Ruysdael. Er hat daher am 18. Okt. 1929 den Kaufvertrag wegen Irrtums anfechten lassen und verlangt mit der Klage den Kaufpreis im Betrag von 15 000 M nebst 8% Zinsen seit 1. Jan. 1929 zurück. Alle Instanzen haben die Klage abgewiesen.

Der Senat bleibt nach erneuter Prüfung bei der ständigen Rspr. des RG. (RG. 61, 171 [175]; 62, 281 [285]; 70, 423 [429]¹); Ur. dieses Sen. v. 13. Dez. 1929, II 203/29) stehen, daß beim Kauf die nach §§ 459 ff. BGB. eintretende Gewährschaftshaftung wegen Sachmängel als besondere gesetzliche Ordnung dieses Geschäfts die allgemeine Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB. wegen Fehlers von verkehrswesentlichen Eigenschaften der Kaufsache ausschließt. Diese Rspr., der auch der Vorderrichter folgt, ist fast allgemein anerkannt und neuerdings wieder von Düringer-Sachburg-Werner Bd. IV Einl. Anm. 142 gebilligt. Der Kl. tritt dieser Rspr. im allgemeinen auch nicht entgegen. Weil ihm indessen die Gewährschaft nichts mehr nützt, da er sich von der Bekl. erhobenen begründeten Einrede der sechsmonatigen Verjährung des gesetzlichen Wandlungsanspruchs gegenüber sieht und schon im ersten Rechtszug den Vorwurf der Arglist der Bekl., welche dieser Verjährung im Wege stünde, ausdrücklich wieder aufgegeben hat, sucht er darzulegen, um einen Mangel des Bildes — des echten Erzeugnisses eines anerkannten anderen niederländischen Meisters — könne es sich im vorl. Falle nicht handeln. Nach seiner Revisionsausführung liegt nur ein beiderseitiger, ihn als Käufer zur Anfechtung mit einer Ausschlußfrist von 30 Jahren nach § 121 Abs. 2 BGB. berechtigender Irrtum über den wirklichen Meister vor, von dem das Bild stammt. Der Vorderrichter verwechselte einen Sachmangel mit einem „typischen“, „reinen“ Willensmangel. Ihm sei ein anderes (ein aliud) „geliefert“, als was er gekauft habe.

Dieser letzteren Aufstellung treten mit Recht die beiden Vorderrichter durch die Erklärung entgegen, es liege ein Spezialkauf vor; gekauft sei das eine, körperlich zum Kauf gestellte Bild; mit ihm sei übergeben, was gekauft. An dieser Feststellung tatsächlicher Art vermag die Rev. nicht zu rütteln; sie ist auch gar nicht imstande zu behaupten, daß nach einem Begriff: niederländischer Meister Jakob J. van Ruysdael bestellt und nun als vom Verkäufer zur Erfüllung bestimmtes

¹) ZB. 1909, 268.

Zu 32. Die Entsch. ist zunächst deshalb wichtig, weil sie die bekannte Behandlung der Sachmängelgewährleistung beim Spezialkauf nach §§ 459 ff. BGB. als lex specialis gegenüber der Anfechtung wegen Irrtums über verkehrswesentliche Eigenschaften nach § 119 Abs. 2 ausdehnt auf die erst in der späteren Praxis zur Geltung gelangten allgemeinen Grundsätze von der mangelnden Geschäftsgrundlage und der culpa in contrahendo, wenn als solche Grundlage die Existenz einer von beiden Parteien beim Kaufabschluß vorausgesetzten, in Wahrheit aber nicht vorhandenen Eigenschaft der Kaufsache oder ein Verschulden des Verkäufers bei der Angabe oder Nichtangabe von für den Käufer wichtigen Eigenschaften in Frage kommt. In der Tat treffen die Erwägungen, nach denen eine Konkurrenz der Irrtumsanfechtung die Einschränkungen der Sachmängelhaftung des Verkäufers nach §§ 459—461, 464, 466, 467 BGB. illusorisch machen würden (vgl. RG. 61, 171; 62, 282; 70, 423 und dazu meine Schrift Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf, Berlin, Vahlen 1913, S. 9 ff.), auch auf die Anwendung dieser Grundsätze modernen Richterrechts zu. Hat sich schon eine allgemeine Haftung für culpa in contrahendo nach unserem oder besser: trotz unserem Gesetzbuch, das ja bald von dolus (§§ 179 Abs. 1, 463 Satz 2, 523 Abs. 1, 524 Abs. 1, 600), bald von culpa (§§ 307, 663, 694), bald von casus in contrahendo (§§ 122, 179 Abs. 2, 459 Abs. 2, 538 Abs. 1) Anfang ausgeht, mehr aus rechtspolitischen als aus hieb- und stichfesten Erwägungen der lex lata in der Praxis durchgesetzt, so war doch hinsichtlich der Verschweigung von Fehlern und der unrichtigen Zuzurechnung von Vorzügen der Kaufsache, die Existenz einer Spezialregelung in § 463 BGB. (ebenso übrigens wie hinsichtlich der

Offenbarung von gefahrerheblichen Umständen durch den Versicherungsnehmer nach §§ 16, 17 BGB.) nicht zu befechten. Dem hatte sich dann auch für den Kauf schon der 5. Sen. des RG. in einem wenig beachteten Urteil: Ceuffl. Nr. 7 vor zehn Jahren nicht verschlossen. Diesem Standpunkt bleibt auch unser Urteil zu Recht treu. Damit ist unsere Praxis wenigstens in der Frage der Verschaffenheit der Kaufsache zu der klassischen Dolushaftung der Römer zurückgekehrt. Die einzige Stelle, die in den Digesten eine Haftung und gar aufs Erfüllungsinteresse wegen culpa falscher Angaben ausspricht, die I. 13 § 3 D. 19, 1 habe ich schon vor 20 Jahren (Haftung des Verkäufers für die Verschaffenheit der Kaufsache I S. 114 ff.) als unecht dargetan (gegen Leonhard, Schuldrecht I, 546 ff., 553). Aber auch eine Verschweigung des Käufers vom Kaufe bei Fehlen beiderseits als Geschäftsgrundlage vorausgesetzter Eigenschaften würde die Schranken des Käuferschutzes z. B. aus §§ 460 Satz 2, 477 sprengen. Daß man diese positiven Schranken nicht durch eine bloße Berufung auf § 242 BGB. beseitigen, und erst recht keine Kondition einer Zahlung aus gültigem Kauf nach Verjährung der Gewährleistungsansprüche angesichts des § 478 BGB. zulassen kann, ist erst recht gewiß. Vgl. in letzterer Beziehung auch schon die zutreffenden Entsch. RG. 74, 292 ff. und 128, 215. Wie ich schon „Anfechtung“ S. 9 ff. ausgeführt habe, ist übrigens jeder Irrtumsschutz des Käufers nach § 119 Abs. 2 außerhalb des Gewährleistungsrechts zu versagen, vorausgesetzt, daß der Irrtum Eigenschaften der Kaufsache betrifft, die nicht ihre Zugehörigkeit zu der umfassenden

Stück das Bild eines anderen Meisters Jakob S. van Ruysdael geliefert worden wäre. An der Rechtslage vermöchte das auch gar nichts zu ändern, wenn das auch nach der Meinung des Verkäufers zur Erfüllung taugliche Stück als solche angenommen war. Denn auch dann könnte das Bild nicht einfach nachträglich zurückgewiesen, sondern nur als mangelhaft im Wege der Wandlung des Kaufs zurückgeschlagen werden. Aber auch der Behauptung, daß es sich hier nicht um einen Mangel des Bildes handle, ist nicht beizutreten.

Was unter einem „Fehler“ der Sache i. S. des § 459 Abs. 1 Satz 1 BGB. zu verstehen ist, ist neuerdings in besonders eingehender Weise erörtert worden. Namentlich Haymann, RGPraxis, 1929, Bd. III S. 317 ff. und Leonhard, Schuldrecht Bd. 2, 1931, S. 50 verlangen für den Begriff eine mißbilligte Abweichung von der Norm. Dieses objektive Merkmal müsse unter allen Umständen gegeben sein. Die bloße Abweichung von den Ansichten der Parteien über die Sache genüge nicht; die Gesetzesworte „oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch“ kämen nur für die Erheblichkeit des Fehlers in Betracht. Auf der Gegenseite stehen Enneccerus-Dehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 1930, § 108 Ia und Note 3a; Hedemann, Schuldrecht, 2. Aufl., 1931, § 37 Va1 (S. 235); Siber, Schuldrecht, 1931, § 51 III 1a (S. 235); Werner: JW. 1927, 668¹² Anm. (Urt. v. 27. Nov. 1926, I 39/26; RG. 115, 286²); übereinstimmend 1932 Düringer-Hachenburg-Hoeniger, Bd. V, 1. Halbbd. Einl. Anm. 182 a. Sie nehmen einen „Fehler“ nach § 459 auch schon bei ungünstiger Abweichung von derjenigen Beschaffenheit an, die für den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch erwartet werden muß. Dieser Anschauung, welche dem Wortlaut des Gesetzes Rechnung trägt, das den „nach dem Vertrag vorausgesetzten“ Gebrauch dem „gewöhnlichen“ gleichordnet, und allein es ermöglicht, den Bedürfnissen des heutigen speziali-

sierten Verkehrs mit Sachen gerecht zu werden, ist im Anschluß an die neuere Rspr. des RG. beizutreten. Auf ihr beruhen die zum Handel mit Gemälden ergangenen neueren Urteile nicht bloß des erkennenden, sondern auch anderer Senate: v. 14. März 1922, II 492/21: Gruch. 66, 452; v. 6. Juli 1926, II 496/25: RG. 114, 293³); v. 27. Nov. 1926, I 39/26: RG. 115, 286 = JW. 1927, 668¹²; v. 28. Juni 1927, VI 86/27: Warn. 1927 Nr. 140. Der „nach dem Vertrag vorausgesetzte“ Gebrauch besteht beim Erwerb von Bildern eines bestimmten Meisters darin, daß dem Käufer die Möglichkeit verschafft wird, sich des Besitzes eines Werkes gerade dieses Meisters zu erfreuen, sich in die Malweise und sonstige Eigenart dieses Künstlers zu vertiefen und sie sich jederzeit vor Augen zu halten. Andere Vorteile, besonders solche geldlicher Art, wenn ein Künstler oder Werk von starkem Ruf in Frage steht, können damit Hand in Hand gehen, doch ist dies unwesentlich. Rührt dann das Werk nicht von dem Künstler her, als dessen Werk es nach beiderseitiger Anschauung gekauft ist, so liegt stets ein Fehler der Kaufsache vor. Gleichgültig ist dabei, ob es sich um eine Kopie oder die Fälschung eines von ihm stammenden Bildes handelt oder die wertvolle Schöpfung eines anderen Meisters. Der Vorderrichter läßt dahingestellt, wie zu entscheiden wäre, wenn der wahre Schöpfer des Bildes ebenso berühmt oder noch höher geschätzt wäre als der Künstler, dem die Parteien es zugeschrieben haben. Für diesen Fall gilt grundsätzlich das gleiche, wie sogleich einleuchtet, wenn man sich den Fall denkt, daß der Käufer nach beiderseitigem Wissen ausschließlich Werke eines bestimmten Meisters sammelt. Nur wird allerdings im gedachten Falle der Erwerber meist von der Geltendmachung des Fehlers Abstand nehmen und das Bestreben und das Recht des Verkäufers in den Vordergrund treten, sich durch eine Irrtumsanfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB. oder durch Ver. auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage vom Ver-

²) JW. 1927, 668.

³) JW. 1926, 2531.

gattung von Gütern aufheben, der sie die gemeine Verkehrsanschauung zurechnet (S. 11). Vielleicht wollte der Kl. (wie vielleicht auch schon in dem analogen Fall des 2. Sen. bei Gruch. 66, 452 ff.) auch an diese Einschränkung des Ausschlusses der Anfechtung anknüpfen, wenn er dem Vorderrichter vorwarf, er verwechselte einen Sachmangel mit einem Willensmangel, ihm sei ein aliud geliefert worden. Vielleicht sollte damit weniger ein Gattungskauf behauptet werden, der durch Lieferung eines vertragswidrigen species erfüllt worden wäre, wie es schon das Gericht in dem früheren Fall Gruch. 66, 453 allein würdigte, als vielmehr betont werden, der Käufer habe beim Kauf des bestimmten Bildes einer ganz anderen Autor nämlich Jakob S. van Ruysdael vorgestellt als den wirklichen Maler Jakob S. van Ruysdael, und so gehöre das vorgestellte Bild einer anderen Gattung an als das wirkliche. Aber auch so ist die Verteidigung der Anfechtung nicht haltbar. Denn auch nach der irrigen Vorstellung des Käufers bleibt das Bild ein Kunstwerk der Malerei, sogar einer ganz bestimmten Epoche holländischer Malerei und es kann der Fall nicht den in meiner zitierten Schrift (S. 11) erörterten Beispiel verglichen werden, daß ich eine bestimmte Flasche, deren Inhalt ich für Anfehle, kaufe, während es Wein ist. Da in unserem Fall also kein Irrtum über die Gattung vorliegt — man kann nicht in jedem berühmten Künstler, wie es freilich auch der Kl. in dem früheren Spitzwegprozeß (Gruch. 66, 453) wollte, eine besondere Gattung sehen —, so ist das Anfechtungsrecht zu Recht als durch das Gewährleistungsrecht ausgeschlossen vom RG. angesehen worden. Dessen Ansicht aber, vor allem die hier in Frage kommende Wandlung, waren nach § 477 BGB. mangels Arglist des beklagten Verkäufers zur Zeit der Klage längst verjährt.

Aber Widerspruch verdient die Entsch. insofern, als sie das freitige Bild für fehlerhaft erklärt nach § 459 Abs. 1 BGB., weil es von einem anderen (wenn auch gleichfalls bedeutenden) Künstler herrührt als beide Parteien beim Kauf annahmen. Gegen diese aller bisherigen Tradition, ja schon jedem Sprachgefühl widersprechende Ausweitung des aus dem römischen Abilenrecht in so viel moderne Gesetzgebungen übernommenen Fehlerbegriffs des § 459 Abs. 1, 463 Satz 2, einer Unterart des „Mangels“ des § 462, der den Fehler des § 459 Abs. 1 und die Abwesenheit von zugesicherten Eigenschaften nach § 459 Abs. 2 zusammenfaßt, hatte ich die im Urteil zitierte aber leider sachlich kaum berücksichtigte „besonders eingehende Erörterung“ in RGPraxis, 3, 317 ff. gerichtet. Ich suchte dort zu zeigen, daß es nicht angeht, daß der 2. Sen. des RG., der im Einklang mit dem RG. durchaus zutreffend es in RG. 97, 351 abgelehnt hatte, ein als „Solologeige“ verkauftes Instrument

als fehlerhaft zu bezeichnen, wenn es sich entgegen der Vorstellung der Parteien nur als eine an Schönheit und Stärke des Tons zurückstehende „Orchestergeige“ herausstelle, in RG. 99, 147 eine bestimmte Sendung Fisch, die als Walfischfleisch verkauft war, darum allein als fehlerhaft nach § 459 Abs. 1 bezeichne, weil es sich in Wirklichkeit um — übrigens an sich untadeliges — Haifischfleisch handelte. Ebenso war es nicht haltbar, wenn der 1. Sen. (RG. 115, 286 ff.) zwei als Originale von Diade und Teniers verkaufte Gemälde als fehlerhaft behandelte, weil es sich um wertvolle alte Nachbildungen dieser Meister handelte. Schon unser Sprachgefühl empört sich dagegen, daß eine untadelige Kaufsache nur darum als mit einem Fehler (vitium, morbus, den vices oder défauts cachés des code civil Art. 1641, 1643 usw. den verborgene Gebrechen des Art. 1540 des Niederländische Wetbouken usw.) behaftet erklärt wird, weil die beiden Vertragsparteien ihr irrtümlich vielleicht sogar willkürlich bestimmte Eigenschaften — noch nicht mal notwendige Vorzüge — zuschreiben. Eine gesunde Hauskake wird nicht dadurch fehlerhaft, daß sie als eine Angorkake verkauft wird, ein 1907er Wachenheimer nicht darum fehlerhaft, weil er als 1911er Riersteiner verkauft war; erst recht nicht, wenn der Wachenheimer gar noch besser ist als der Riersteiner. Das RG. dagegen hätte nach unserer letzten Entsch. gegenüber dem insofern noch begrifflicherweise zweifelnden RG. den Mut, einen echten Rafael als ein fehlerhaftes Bild zu behandeln, wenn er als Guido Reni verkauft war. Noch schlimmer ist es, wenn wir in dem oben zitierten Spitzwegurteil des 2. Sen. lesen müssen: „Sind Gemälde, die unter der Zusicherung des Verkäufers, es seien echte Spitzwegs, verkauft sind, in Wahrheit nicht echt, so sind sie mit einer wertmindernden Eigenschaft, also mit einem Fehler (!) i. S. der §§ 459 ff. BGB. behaftet.“ (Gruch. 66, 454). Das bedeutet eine unglückliche Vermengung der Tatbestände des § 459 Abs. 1 und 2; die Abwesenheit eines zugesagten Vorzugs ist noch lange kein Fehler. Der vom RG. zitierte Düringer-Hachenburg-Hoeniger, V, 1 Anm. 182a begnügt sich leider mit einer Reproduktion solcher Rspr. und einem Zitat meiner gegenständlichen Haltung, ohne auf deren Argumente mit einem Wort einzugehen.

Woher kommt diese absonderliche Ausweitung des Fehlerbegriffs, die an der Stelle der aus der Natur der Gattung, der die Kaufsache angehört, erhellenden regelmäßigen Beschaffenheit die willkürlichen Vorstellungen der Parteien in jedem einzelnen Fall entscheiden läßt. Man vergleiche damit die eben durchgeführten Grundzüge des römischen und gemeinen Rechts, die wie in unser BGB. in zahllose moderne Gesetzbücher aufgenommen sind: Betrifft der Irrtum

kaufvertrag zu lösen, wie sich dies in dem von der Rev. mündlich angezogenen Fall RG. 124, 115⁴⁾ (Verkauf alter chinesischer Vasen als Zeugnisse der Neuzeit) gezeigt hat. Von einem Fehler des Bildes und einer Gewährleistung, ebenso dann aber auch von einem Irrtum und einer Anfechtung hierwegen könnte natürlich nicht die Rede sein in den Fällen eines spekulativen Erwerbs, wo der Verkäufer nicht nur keine Zusicherung erteilt, wie sie auch hier nicht angenommen worden ist, sondern vielleicht eine solche ausdrücklich ablehnt, der Käufer aber selbst damit rechnet, das Bild könnte auch von einem anderen als dem bezeichneten Meister, z. B. einem seiner Schüler stammen, und lediglich in der Hoffnung kauft, die Annahme der Parteien werde richtig sein. Hier mangelt es eben an der vertraglichen Voraussetzung der Sacheigenschaft der Herkunft des Bildes von einem bestimmten Meister, mag ein solcher auch beim Handel mit mehr oder weniger Sicherheit genannt worden sein.

Die hier vertretene Anschauung wahrt die rechtspolitisch wünschenswerte, vom RG. auch nach anderer Richtung — beim Geltungsbereich des § 477 BGB. (RG. 129, 280 [282]⁵⁾) — durchgeführte Beschränkung des Käufers auf die zeitlich begrenzte Gewährhaftung auch für den Kunsthandel. Sie wird nicht getroffen von dem Vorwurf eines Denkfehlers, den die Rev. dem Vorberrichter entgegenhält, weil die Wertschätzung eines Malers wechseln könne und vollkommen außerhalb der juristischen Betrachtungsweise liege. Juristisch sind eben die Gegebenheiten des Handels und Verkehrs zu beachten, von denen aus der Kl. selbst seine Klage angestrengt hat, indem er das Bild als eine „Arbeit des unbedeutenderen Jakob Salomonson Ruusdael“, eines „weit weniger berühmten Vetter und Nachahmers“ des berühmten Meisters Jakob J. Ruusdael beanstandet. Andern sich diese Gegebenheiten, so kann sich daraus die Unanwendbarkeit recht-

⁴⁾ JW. 1929, 1457.

⁵⁾ JW. 1930, 3472.

der Kaufparteien die Gattung der verkauften species (Erz wird als Gold, Essig als Wein verkauft), so vernichtet solcher error de substantia, der erreur sur la substance même de la chose des code civil Art. 1110, der material error der Engländer die Gültigkeit des Vertrags, fehlt innerhalb der richtig vorgestellten Gattung dem Stück eine der Gattung regelmäßige anhaftende Eigenschaft (vitium) oder ein besonders zugesicherter Vorzug (adversus dictum promissumve venire), so kann der Käufer wandeln oder mindern. Da von den vom RG. zitierten gegnerischen Schriftstellern Hedemann (S. 234) keinerlei Definition des Fehlers gibt, sondern nur an sich zutreffende Beispiele (trüber Wein, dumpfige Gerste, Uhr, die nicht geht, Haus, das nicht bewohnbar), mit denen der von ihm schließlich zitierte Fall RG. 115, 286 (die als echten Ostade und Teniers verkauften Bilder waren wertvolle Nachbildungen des 17. Jahrhunderts), keinerlei Verwandtschaft hat, so bleibt Siber, der a. a. O. in der Tat Fehler als „Abweichungen von der Beschaffenheit“ bezeichnet, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch oder die erhöhte Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.“ Aber dieses ausschließliche Abstellen auf eine Beeinträchtigung des Gebrauchszwecks ließe Schnittrosen fehlerhaft erscheinen, weil sie Stacheln haben, Glasgeschirr um seiner Zerbrechlichkeit willen, Arbeitstiere, weil sie durch Alter und Abnutzung leiden. Natürlich ist auch der Gebrauchszweck, nicht bloß der gewöhnliche, sondern auch der vertragsmäßig vorausgesetzte für die Erheblichkeit des Fehlers wichtig, für seine Existenz aber nur bei Arbeitsprodukten, wie Maschinen, dressierten Tieren, wo das vitium nicht von den Gesetzen der Natur, des Seins, sondern denen des Sollens der Technik abhängt (eine Uhr, die nicht „ordentlich geht“, ein baufälliges Haus, obwohl beides gleichgültig wird, wenn die Uhr für eine Antikensammlung, das Haus zum Abbruch verkauft wird). Die besonderen Zwecke aber, die die Parteien im Vertrag der Kaufsache setzen, machen diese nicht fehlerhaft, wenn diese nur nach den allgemeinen Regeln, der sie als Natur- oder Kunstprodukt unterliegt, tadellos ist. Zucker wird nicht fehlerhaft, auch wenn er als Liebestränk, vielleicht ganz gutgläubig verkauft wird, so wenig wie Böffel aus Nickel, wenn sie als silberne verkauft sind. Trotzdem braucht der Käufer diese Sachen nicht zu nehmen, aber nicht, weil sie fehlerhaft sind, sondern weil sie den vom Verkäufer gemachten Zusagen nicht entsprechen; denn ein Verkäufer, der eine Sache, einerlei, ob ein Natur- oder ein Arbeitsprodukt nach dem Vertrag zu einem bestimmten Gebrauchszweck verkauft, sichert damit in der Regel die Eigenschaften zu, die dieser Gebrauchszweck erfordert (gegen Leon-

licher Grundsätze ergeben, ohne daß diese selbst des Wandels bedürften. Mit der Wertfrage hat aber die vorstehende Darlegung nichts zu tun. Die Meinung der Rev., daß die Gewährhaftung mit ihrer kurzen Befristung auf den „echten Kunsthandel“ überhaupt keine Anwendung finden könne, weil sie nur auf den alltäglichen Markt- und Austauschverkehr zugeschnitten sei, ist abzulehnen. Das steht nicht nur mit der bisherigen Rspr. im Widerspruch, scheidet vielmehr schon daran, daß das Gesetz § 477 BGB. selbst für den Verkauf von Grundstücken eine kurze Verjährung anordnet. Wenn der Käufer Fehler der Kaufsache, sei es auch in Ansehung ihrer Herkunft von einem bestimmten Erzeuger, die auch auf anderen Gebieten des Handels und Verkehrs eine Rolle spielt, binnen der ganzen Frist von 30 Jahren für die ordentliche Klagenverjährung geltend machen könnte, so wäre das ein für den Kunsthandel wie für jeden anderen Handel unerträglicher Zustand. Demgegenüber fällt die Nötigung für den Käufer, seinen Kaufgegenstand binnen eines halben Jahres auf heimliche Mängel, bei Kunstwerken auf ihre Echtheit nachprüfen zu lassen, weit weniger ins Gewicht. Diese Nachprüfung wäre dem Kl. 1928 so gut wie 1929 möglich gewesen. Das Fehlen einer entsprechenden Beschränkung — neben der Unverjährbarkeit der Irrtumsanfechtung — auf der Seite des Verkäufers, der den Gegenstand aus der Hand gibt und ihn selten weiterverfolgt, ist allgemein und erklärt sich daraus, daß hierfür ein praktisches Bedürfnis nicht hervorgetreten ist.

Die Rev. beschwert sich noch über die Ablehnung eines Beweisantrags über „ein Wohnheitsrecht oder einen Handelsgebrauch im Kunsthandel“, Bilder zurückzunehmen, wenn sie sich nachträglich als unecht herausstellten. Nach dem von der Rev. angeführten Schriftsatz hat der Kl. unter Berufung auf die Industrie- und Handelskammer behauptet, „im Kunsthandel seriöser Firmen“ sei es, wie „er jetzt erfahre“, durch-

hard, SchR. II S. 50, der leider hier nicht folgerichtig ist). Eine bloße einseitige Kenntnis des Verwendungszwecks des Käufers genügt freilich nicht, darum ist RG. 123, 148 nicht zu beanstanden. Also nicht die Kategorie des Fehlers (vitium) nach § 459 Abs. 1, sondern die der Abwesenheit einer zugesicherten Eigenschaft nach § 459 Abs. 2 gibt in all den hier einer Kritik unterzogenen praktischen Beispielen die ungezwungene Hilfe, die unser Rechtsbewußtsein, oder wie das RG. jetzt sagt, die die „Bedürfnisse des heutigen (nur des heutigen?) spezialisierten Verkehrs mit Sachen“ fordern. Beim Verkauf von Kunstwerken als Produkten eines bestimmten Künstlers, die sich später als von einem anderen, einerlei, ob geringeren oder größeren, hergestellt erweisen, liegt eigentlich ein besonders deutliches Beispiel einer unrichtigen Zusicherung vor. Davon war im Spilweg-Prozess nicht bloß unbefangenes das OLG. Hamburg, sondern auch noch das RG. ausgegangen. Niemand im gemeinen Recht, aber auch niemand im Schoß der zweiten Kommission zur Abfassung des Gesetzbuchs (Prot. I, 686 ff.) hätte das mindeste Bedenken getragen, den Käufer hier überall zur Wandlung wegen Abwesenheit zugesicherter Eigenschaften zuzulassen, so wenig wie die Römer hier bei zugesagter Abstammung des Sklaven oder Vieh das venire adversus quod dictum promissumve (wohl morbus vitiumve) verneint hätten. Denn für den „Fehler“ — das heißt seine Existenz, nicht seine Erheblichkeit — ist ein objektives Moment, die natura rei und beim Arbeitsprodukt die vom typischen Gebrauchszweck abgeleiteten Regeln der Technik, für eine Zusicherung aber der Parteiwille maßgebend. Die typische Aufgabe eines Kunstwerks ist, uns durch die Schönheit, in der ein geistiger Gehalt hier sinnlichen Ausdruck gefunden hat, zu erheben. Was diesen Telos durch Verletzung allgemein anerkannter Vorschriften künstlerischer Technik zuwiderläuft, macht das Werk fehlerhaft, so nachträgliche Eingriffe wie ein Attentat auf Farben oder Leinwand, aber auch jeder Versuch des Werks, z. B. durch bemusste Verfälschung wie falsches RG. 114, 239; Gruch. 66, 452) oder verändertes (RGWarn. 1927, 245) Signum oder sonstwie (LJ. 1916, 1181) über den Urheber irreführend. Fehlt es an einem Verstoß gegen solche objektiven Momente, so kann das hiernach untadelige Kunstwerk nicht dadurch fehlerhaft werden, daß es die Parteien zu Unrecht einem anderen Künstler zuschreiben. Es ist übrigens, wie ich gegenüber der Auffassung des OLG. Köln und der Zustimmung des RG. und Berners: JW. 1927, 668 betonen möchte, gar nicht richtig, daß dadurch allein schon der gewöhnliche Gebrauchszweck durch einen besonderen, nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauchszweck i. S. des § 459 Abs. 1 ersetzt werde. Die Aufgabe eines Kunstwerks (uns durch seinen inneren Gehalt zu erheben) wird auch nach dem Sinn des Kaufvertrags keine andere, wenn der Vertrag über den Urheber eine falsche Angabe macht. Nur in Ausnahmefällen, z. B. wenn jemand nur

aus üblich“, ein Bild selbst nach Jahren zurückzunehmen, wenn sich nachträglich herausstelle, daß die Vertragsparteien den einen Meister irrtümlich für einen anderen angesehen haben. In Verbindung damit hat er von einem „Handelsbrauch erstrangiger Kunsthandlungen, also Gewohnheitsrecht“ gesprochen, wodurch sein Standpunkt anerkannt sei. Zur Erhaltung hat er hernach noch die Erklärung eines H. V. vorgelegt, worin gesagt wird, daß ihr Konzern „selbstverständlich für alle seine Objekte voll einstehe und volle Garantie leiste, so daß sie . . . Gemälde betreffend bei irrtümlicher Zuschreibung die fraglichen Gegenstände anstandslos zurücknehmen“; der Schreiber hält es „für selbstverständliche Pflicht, daß jede seriöse Firma ebenso handelt“. Der Kl., der hiernach keinen begrifflichen Unterschied zwischen Gewohnheitsrecht und Handelsbrauch macht und beiden die Kraft beimißt, ein Reichsgesetz (§ 477 BGB.) für einen beschränkten Kreis außer Wirkung zu setzen, kann jedoch mit seiner Prozeßfrage nach § 286 P.D. nicht durchdringen. Es mag sein, daß vom Vorderrichter für die Ablehnung des Beweisanspruchs zu Unrecht angeführt wird, es sei „nicht dargetan“, daß diese Übung auf einer Rechtsüberzeugung beruhe — was eben der Kl. mit seinem Beweismittel dargetan wollte. — Aber als zweiten Grund für die Ablehnung führt der Vorderrichter an: nach eigenem Vortrag des Kl. (der danach selbst auch von solchem Handelsbrauch nichts gewußt hat) beschränkte sich dieser „Handelsbrauch“ auf einen Teil des Kunsthandels, nämlich „erstrangige“ Unternehmen; Voraussetzung für ein Gewohnheitsrecht oder einen Handelsbrauch sei aber das, daß das betreffende Verhalten von allen Beteiligten als bindende Norm anerkannt werde. Nach dieser zutreffenden Kennzeichnung des einseitig die Kunsthandlungen treffenden Vorbringens, während am Handel mit Kunstwerken Kaufleute und Nichtkaufleute teilnehmen, kann von einem Reichsgewohnheitsrecht, dem

die Kraft zur Außerwirkungsetzung eines Reichsgesetzes allerdings zukäme, das aber durch das beantragte einzelne Gutachten auch gar nicht bewiesen werden könnte, in bezug auf die Ausschaltung des § 477 BGB. für den Kunsthandel keine Rede sein. Ein Handelsbrauch aber kann nach § 346 BGB. nur innerhalb der Gesetze „in Ansehung der Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen“ zur Geltung kommen, dagegen eine derartige ausdrückliche, allerdings nicht zwingende und deshalb unter den Vertragsparteien abdingbare, aber aus Gründen der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens gegebene Gesetzesbestimmung nicht allgemein abändern (RG. 103, 147; 112, 321; Staub-Koenige, 12./13. Aufl., § 346 A. 10; Düringer-Hachenburg-Werner Bd. IV § 346 A. 2, 9; Werner: JW. 1927, 764³ Ann.). Er könnte aus der Geschäftsübung der einen besonders hohen Rang im Kunsthandel einnehmenden Firmen mit Wirkung für diesen kaufmännischen Geschäftszweig insgesamt nicht entnommen werden. Anderes als eine solche beschränkte Geschäftsübung ergibt auch die schriftliche Äußerung von B. nicht. Selbstverständlich kann jede Firma nach Belieben von der Erhebung des Verjährungseinwandes, der auch vom Gericht nicht von Amts wegen zu beachten ist, absehen und daraus für sich die gebotene Folge ziehen. Ein Handelsbrauch für einen gewissen qualitativ bestimmten Teil eines Geschäftszweiges, dessen Abgrenzung ein vergebliches Unternehmen wäre, kann sich nicht bilden, weil dazu gehört, daß die Übung einer allgemeinen Überzeugung der beteiligten Kreise entspricht und durch einen ausreichenden Zeitraum ständig fortgesetzt wird (RG. 110, 47 [48]⁶)).

Schließlich meint die Rev.: Wenn beide Teile davon ausgegangen seien, daß es sich nach dem Bodeschen Gutachten um einen Jakob J. Ruissdael handle, so widerspreche es dem § 242 BGB., wenn die eine Partei die andere an einem

*) JW. 1925, 1759.

Werke eines bestimmten Künstlers sammelt, ist die Urheberchaft dieses Meisters und damit auch die Namhaftmachung des Urhebers für einen besonderen, den vertragsmäßig vorausgesetzten Gebrauch maßgebend. Aus diesem seltenen Sonderfall dürfte das RG. hinsichtlich der allgemeinen Merkmale des Fehlers nach § 459 Abs. 1 (und damit auch § 463 Satz 2) gar nichts gegen das RG. folgern! Beim Ankauf durch einen Händler wird solcher Fall besonders selten sein. Hier überall bleibt es bei der Relevanz des gewöhnlichen Gebrauchszwecks, die dem Kunstwerk eigene Schönheit zu genießen, mag nun die vorausgesetzte Urheberchaft des benannten Meisters zutreffen oder nicht. Diese ist für den Käufer gewiß vielfach wichtig, und je wichtiger, je berühmter der vermeintliche Urheber ist, so daß die Franzosen und Engländer darin vielfach einen Substanzirrtum sehen, aber der Gebrauchszweck wird in aller Regel hierdurch nicht berührt, das heißt der gewöhnliche nicht durch einen vertragsmäßig vorausgesetzten Irrtum. Abgesehen davon, daß die Meinungen der Urteile über diesen angeblichen besonderen Gebrauchszweck unter Namhaftmachung des Urhebers veräußert Gemälde übereinstimmend. Das OLG. Köln hatte JW. 1927, 668 unter Billigung des I. Sen. des RG. gemeint, er bestehe darin, daß der Käufer sich in seiner Wohnung der Werke der anerkannten Meister erfreue und in den Kreisen der Kunstfachverständigen als der Besitzer bedeutender und wertvoller, höchst seltener Kunstwerke gelte, während jetzt unser Urteil unter Vermeidung dieser — milde gesagt — etwas dürrigen Tendenzen des dort geschilderten Käufers ihm mehr kunstwissenschaftliche Absicht unterstellt, „sich in die Malweise und sonstige Eigenart dieses Künstlers zu vertiefen und sie sich jederzeit vor Augen zu halten“. Sollen diese kunsttheoretischen Absichten etwa auch für einen Händler oder für einen — Raske gelten? Aber selbst wenn ein solcher Zweck aus der bloßen Namhaftmachung eines bedeutenden Autors gefolgert werden dürfte, so macht die Beeinträchtigung eines so eng vorgestellten Gebrauchszwecks das Kunstwerk nicht fehlerhaft. Ein modernes Landschaftsbild wird dadurch nicht fehlerhaft, daß es Ungebildete einander als von Jakob J. van Ruissdael herührend verkaufen, und erst recht wird der wirkliche Ruissdael nicht fehlerhaft, wenn er als moderne Landschaft oder meinetwegen als Poussin verkauft wird.

So ist in der Tat die Kategorie der zugesicherten Eigenschaft nach § 459 II mangels Arglist des Verkäufers die einzige, die nach unserem Gesetz dem Käufer in solchen Fällen Schutz gewähren kann, denn der Weg, hier einen Irrtum über die Zugehörigkeit zur Gattung anzunehmen, wie es in der französischen und englischen Praxis vielfach geschieht (vgl. Venet: ArchZivPr. N.F. 3, 167 ff.), scheint nicht gangbar und würde zur Irrtumsaufhebung zurückführen. Das RG. zögert aber immer wieder diesen einfachen Weg zu gehen, weil

es — übrigens entgegen dem klaren Willen der Mehrheit der zweiten Kommission, um das Anwendungsbereich des Gesetzespolitisch verunglückten, nicht der römischen Klassik, sondern den Byzantinern entstammenden § 463 BGB. einzuschränken, die Zusicherung nur als Garantievertrag anerkennen will. Dies führt zwar für die strenge Haftung aufs positive Interesse des § 463 BGB. zu befriedigenden auch dem römischen Recht (I. 31 D. 21, 2) entsprechenden Ergebnissen, verärbt aber, da dieser selbe ohne Begriffs der Garantie auch der Zusicherung nach §§ 459 II, 462 BGB. vom RG. zugrunde gelegt wird, den Käufer jeglichen Schutzes, wenn der Verkäufer ihm gutgläubig, aber ohne Garantie eine ernst zu nehmende substantiierte Angabe über Eigenschaften der Kaufsache macht, auf die ihn erst der Käufer sich zum Kauf oder zum Kauf zu diesem Preis entschließt. Darüber aber, daß in diesen Fällen dem Käufer wenigstens der Vertrauensschutz durch Wandlung oder Minderung zu gewähren sei, war auch in der zweiten Kommission keinerlei Meinungsverschiedenheit. Die bestand nur darüber, daß eine überstimmte Minderheit die Rechte aus dem heutigen § 463 nur bei Garantieverträgen gewähren wollte, während die Mehrheit unter Ablehnung jeder Scheidung in einfache und qualifizierte Zusicherung dabei stehen blieb, „der Auffassung des Verkehrs wie den Grundsätzen von Treu und Glauben entspreche es, daß derjenige, der eine Zusicherung erteile, auch uneingeschränkt dafür einstehen müsse“ (Prot. I, 688). Die Wohltat einer demgegenüber auf Garantie eingeschränkten Auslegung des § 463 Satz 1 wird aber dadurch zur Plage, solange das RG. sich nicht entschließt, im Einklang mit dem römischen und gemeinen Recht wie dem klaren Willen der Kommissionen beider Entw. unseres BGB., bei jeder ernsthaften Zusicherung auch ohne Garantievertrag, dem unrichtigen dictum, der Abteil, dem Käufer den Schutz durch Wandlung und Minderung nach §§ 459 II, 462 zu gestatten. In dieser in meiner zit. Abhandlung in der RG.-Zeitschrift eingehend begründeten Lehre liegt also nicht etwa eine „starke Erweiterung des Gebiets der Zusicherung“ (Lehmann bei Caneccerus, § 108 Note 3a), sondern nur die Rückkehr zu der herrschenden gemeinrechtlichen Theorie und Praxis sowie dem nach den Materialien völlig unzweifelhaften Willen des Gesetzes. Nicht bloß Leonhard hat allerdingstens (Schuldrecht II, 51 ff.) diese Unterscheidung zwischen zwei Arten von Zusicherung nach §§ 459 II und 463 in ganz ausgezeichneter Begr. ganz in meinem Sinne dargetan, sondern schon vordem und unabhängig noch von meiner jüngsten Arbeit der vom RG. gar nicht herangezogene Kommentar von Vertmann, der nicht bloß zu § 459 Ziff. 1, 4, 5 den Fehler ganz vom objektiven Standpunkt unter Abjage von unklaren Mischlehren entwickelt und von der Zusicherung abgrenzt, sondern vor allem auch die Bedeutung der Zusicherung als einseitiger Angabe nach

auf solcher Grundlage zustande gekommenen Geschäft festhalte; auch ein scheinbar durch beiderseitige Erfüllung abgewickelter Fall unterliege, wie die Aufw. Nr. zeige, noch der Beurteilung nach § 242 BGB. Indessen ist es verfehlt, hier von einem scheinbar abgewickelten Fall zu reden wie in der Aufw. Nr., wo entweder nach heutiger Anschauung nur eine Teilerfüllung erfolgt oder — bei der Ausgleichspflicht infolge der Hypothekenaufwertung — durch nachträgliche gesetzliche Maßnahmen das Gleichgewichtsverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gestört worden ist. Hier ist das Geschäft durch beiderseitige Leistung vollständig erfüllt und dem Kl. auf Zeit ein ordentlicher gesetzlicher Befehl zur Geltendmachung eines Mangels des Kaufgegenstandes geboten gewesen. Das Gesetz hat ihm diese Geltendmachung durch Klage und mit der Maßgabe des § 478 BGB. auch durch Einrede mit einem bestimmten Zeitablauf entzogen, wenn der Vertragsgegner sich auf diesen beruft. Danach kann es nicht der Wille des Gesetzgebers sein, auf dem Umwege über § 242 BGB. wieder eine Haftung des Verkäufers für den Mangel zu gewähren. Dies Zurückgreifen auf den im allgemeinen Teil des Rechts der Schuldverhältnisse stehenden § 242 BGB., ebenso wie eine Ber. auf die Annahme der Verfertigung des Werkes durch den Künstler Jakob J. van Ruizdael als Geschäftsgrundlage wird durch die im besonderen Teil des Schuldrechts beim Kauf geordnete Gewährhaftung notwendigerweise genau so ausgeschlossen, wie die Irrtumsanfechtung.

Auch die Haftung für ein — nur fahrlässiges — Verschulden im Vertragschluß bei Angaben über Sacheigenschaften wird, wie schon der Vorderrichter erklärt hat, durch die Gewährhaftung ausgezehrt (Urt. des RG. v. 31. Mai 1922, V 576/21; SeuffArch. 75, 15; v. 2. Juli 1929, III 488/28; v. 17. Febr. 1931, III 86/30; v. 16. Juni 1931, II 353/30). Nach RG. 128, 211 (218) ist auch ein Bereicherungsanspruch wegen des gezahlten Kaufpreises nach Eintritt der Verjährung des Wandelungsanspruches ausgeschlossen.

(U. v. 11. März 1932; 307/31 II. — Berlin.) [Ru.]
(= RG. 135, 340.)

33. § 15 R SchG. Die naturgetreue Nachbildung von Blumen als Kunstwerk? Nachbildung i. S. des § 15 R SchG. ist sie jedenfalls nicht. Auch wenn ihr, mangels Eigenart, die Fähigkeit zum Geschmacksmuster fehlt, kann sie doch den Gegenstand für einen Wettbewerbsverstoß bieten (Verwechslungsgefahr und Schutz des Verkehrsbesitzes). †

A. LG. und OLG. prüfen, ob die künstlichen Scheeverien und Sempervivum des Kl. kunstgewerbliche Erzeugnisse § 459 II von der als Garantie nach § 463 Satz 1 zu § 463 Ziff. 1 entwickelt.

Nicht bloß im Interesse einer sauberen Dogmatik ist es zunächst für den Spezialexkurs zu begrüßen, wenn wir das Gebiet des Fehlers und der Zusicherung (nach ihren beiden Arten als Vorstellungsmitteilung nach § 459 II und als Garantiegeld nach § 463 Satz 1) klar abstecken, sondern auch praktisch ist die hier dem RG. gegenüber entwickelte Lehre von der größten praktischen Bedeutung. Denn die Haftung auch des gutgläubigen Verkäufers für ernsthaft dicke mit Wandlung und Minderung ist im Interesse eines lauteren Verkehrs dringend zu wünschen (meine „Anfechtung“ S. 43 zu Note 1; Manigk: JW. 1922, 1219; RGZfestschrift 3, 340 ff. u. Leonhard, Schuldrecht II, S. 53); die künstliche, aller Tradition widersprechende Ausdehnung des Fehlerbegriffs auf die Abwesenheit solcher ernsthaft zugesagten Vorzüge oder wenigstens im Vertrag bekräftigter Annahmen des Käufers ist davon ja nur ein Symptom, und ferner wirkt die der Arbitration entsprechende Einengung des Fehlerbegriffs auf die Abwesenheit von Merkmalen, die nach einem Gesetz der Natur oder der Technik zu erwarten waren, wohlwärtig zurück auf die Anwendung des verfehlten § 463 Satz 2, der statt wie im klajischen Recht den Verkäufer nur mit Vertrauensinteresse haften zu lassen, gemäß dem interpolierten corpus iuris ihn durch Haftung mit dem Erfüllungszinteresse bestraft (RGZfestschrift Bd. 3, 344). In dieser letzteren Hinsicht ist besonders das Urteil des 2. Sen. Entsch. 70, 82 ff. lehrreich.

Zweifellos zutreffend ist, daß das RG. die Gewährhaftung mit ihrer kurzen Verjährung auch auf den Kunsthandel anwendet und daß ein entgegenstehendes angebliches Gewohnheitsrecht nicht mit so allgemeinen Wendungen begründet werden könnte, wie es die Rev. in unserem Fall versucht.

Prof. Dr. Franz S a y m a n n, Rdn.

sein (§ 2 Gef. v. 9. Jan. 1907), und verneinen es. Zu den Werken der (das Kunstgewerbe mit umfassenden) bildenden Künste gehört nach ständiger Gesetzesauslegung jede in nicht organischem Stoffe sichtbar gewordene Gestaltung, in der ein eigenes künstlerisches Schaffen zutage tritt; jede eigenpersönliche geistige Schöpfung, die mit den Darstellungsmitteln der Kunst durch formgebende Tätigkeit hervorgebracht und vorzugsweise für die Anregung des ästhetischen Gefühls durch Anschauen bestimmt ist; und zwar ohne Rücksicht auf den höheren oder geringeren Kunstwert und ohne Rücksicht darauf, ob das Werk neben dem ästhetischen Zwecke noch einem praktischen Gebrauchszwecke dient (RG. 18, 107; 23, 117; 76, 343/4¹); 115, 181²); 117, 234³); 124, 71⁴); RGSt. 6, 343; 23, 134; 43, 330). LG. und OLG. nehmen mit fehlerfreier Begr. an, daß die künstlichen Blumen des Kl., um die es sich hier handelt, jenen Anforderungen, die an Kunstwerke zu stellen sind, nicht genügen.

1. Das LG. bemerkt: Die Muster des Kl. können, wie ihr Anblick erweist, nicht als künstlerische Schöpfung angesprochen werden. Augenscheinlich hat der Kl. nicht beabsichtigt, mit seinen Gebilden eine eigenartige ästhetische Wirkung außerhalb der reinen gewerbsmäßigen Zweckmäßigkeit zu erzielen. Er wollte offenbar nur ein rein gewerbliches Muster schaffen, das er in seinem Fabrikationsbetriebe gewerblich auszunutzen gedachte. Auch fehlte es bei den Mustern des Kl. an der schöpferischen künstlerischen Idee, deren Formgebung durch das R SchG. geschützt wird. Er beschränkt sich darauf, die in der Natur vorhandenen Vorbilder ohne eigenen schöpferischen künstlerischen Gedanken nachzuahmen.

2. Das OLG. fügt beistimmend hinzu:

a) Den Erzeugnissen des Kl. fehle jede Eigentümlichkeit, jede auf dem Gegenstande selbst beruhende eigenartige ästhetische Wirkung. Die vom Kl. bewerkstelligte getreue Nachbildung des Naturerzeugnisses sei keine eigentümliche (eigenartige) Schöpfung. Diese aus dem Augenschein an vorgelegten Mustern gewonnene Beurteilung reicht aus, um das Ergebnis, daß die Kunstwerkseigenschaft fehle, rechtlich zu begründen. Einen offensibaren Irrtum tatsächlicher Art enthält sie nicht. Allerdings dürfen die Ausführungen des OLG. (nebst denen des LG., die es billigt) nicht in dem Sinne verstanden werden, als sei die getreue Nachbildung der Natur grundsätzlich nie unter die Kunstwerke zu rechnen, weil ihr notwendig die Eigentümlichkeit mangle. Naturnachahmungen können nach Gegenstand, Ausführungsmitteln, Gestaltungsweise und Wirkung dermaßen verschieden sein, daß sich eine so weitgehende Regel nicht rechtfertigt. Auch vermag die Vollkommenheit der Form in vielen Fällen auszugleichen, was

¹) JW. 1911, 777. ²) JW. 1927, 776. ³) JW. 1927, 1999.
⁴) JW. 1929, 3076.

Zu 33. Das Urteil gibt zu Bedenken Anlaß.

I. M. R. wird ein Schutz auf Grund des KunstSchG. mangels Vorliegens eines eigenpersönlichen Formgutes abgelehnt. Wem es lediglich darum zu tun ist, Nachahmungen natürlicher Pflanzen möglichst naturgetreu hervorzubringen, der scheidet bewußt jede persönliche Formung dabei aus, der will eben gerade nicht ein Werk der bildenden Kunst schaffen. Nicht geglückt und Gefahr späteren Irrtums in sich bergend, erscheint mir der Satz „Auch mag die Vollkommenheit der Form in vielen Fällen ausgleichen, was durch enge Anlehnung an das natürliche Vorbild dem Gedankeninhalte des Werkes fehlt“. Denn nicht um die Vollkommenheit der Form (in objektiver Würdigung) handelt es sich, sondern um die Vollkommenheit als Objektivierung des schaffenden Subjektes, während der Gedankengehalt des Kunstwerks für dessen urheberrechtliche Bewertung nebensächlich ist, es sei denn, daß man „Gedanke“ und „Werk schöpferische Idee“ (i. S. Kohlers) gleichsetzt.

II. Den geschmacksmusterrechtlichen Ausführungen muß widersprochen werden. Es erscheint irrig, auch beim Geschmacksmuster das Ergebnis eigenpersönlicher Schöpferkraft zu fordern. Denn § 1 GeschmMStG. verlangt neben der Neuheit nur die Eigentümlichkeit, d. h. (Soffmann: GewMStG. 1932, 134 ff.) den unterscheidenden Charakter, nicht aber die eigenpersönliche, auf ein schaffendes Individuum, auf dessen Urheberchaft zurückzuführende Formgebung, deren Vorliegen vielmehr das Muster zum Kunstwerk erheben würde. Es muß einmal der scharfe Unterschied zwischen Kunstwerk und Geschmacksmuster klar herausgearbeitet werden: das Kunstwerk ist persönlich, das Geschmacksmuster sach-

durch enge Anlehnung an das natürliche Vorbild dem Gedankengehalte des Werkes fehlt. Immer bleibt es daher eine Frage tatsächlicher Würdigung, ob sich im einzelnen Falle die Nachbildung noch als Ausdruck eigenpersönlicher Schöpferkraft erweist (RG. 72, 163⁶). Einen Fehler in der Rechtsanwendung läßt die Würdigung des BG. nicht erkennen.

b) Das DLG. ergänzt seine Erwägungen noch in folgender Richtung: In der Rechtslehre finde sich die Auffassung, daß dem, welcher ein Original kopiert, ein eigenes schutzwürdiges Urheberrecht auch dann zustehen, wenn seiner Kopie kein künstlerischer Überschuß innewohne; daß also der Nachbildner einen eignen Unterlassungsanspruch gegen denjenigen habe, der nicht das Original, sondern die Kopie nachbilde. Dieser — von anderen abgelehnten — Ansicht sei nicht beizutreten. Denn das Wesen des Kunstwerkschutzes fordere eine eigentümliche Schöpfung. § 15 Abs. 2 Ges. v. 9. Jan. 1907 könne schon deshalb nicht angewandt werden, weil der Kl. nicht ein anderes Kunstwerk, sondern die Natur nachgebildet habe. Das ist zutreffend. Die „Nachbildung eines bereits vorhandenen Werkes“ (§ 15 Abs. 2) umfaßt nicht die Nachbildung natürlicher Blumen durch Herstellung von künstlichen, die ihnen gleichen. Gegenstand des Kunstwerks und Urbild sind verschiedene Dinge.

c) Weiter erwägt das DLG., ob etwa der besondere Fall vorliege, daß das Original der Nachbildung durch einen Dritten entzogen sei, und verneint es: Natürliche Scheverien und Sempervivum seien auch in den vom Kl. herausgegebenen Formen und Farben im Handel und daher auch für die Bess. erreichbar.

d) Das BU. zieht ferner die Frage nach dem schöpferischen Überschuße der vom Kl. hergestellten künstlichen Blumen besonders in Betracht. Es bemerkt dazu: Eine eigenpersönliche geistige Tätigkeit des Kl. präge sich auch in der Wahl der Originalstücke aus der Gattung nicht aus. Zwar mache der Kl. geltend, daß er weit gereist sei, um besonders schöne Stücke ausfindig zu machen. Seine vorgelegten Muster ließen jedoch in dieser Richtung gegenüber den allgemein im Handel befindlichen natürlichen Pflanzen nichts Schöpferisches erkennen. Dem Kl. möge vielleicht zugerechnet werden, daß er als Erster diese Pflanzen als für die Kranzindustrie besonders geeignet befunden habe. Diese Erkenntnis allein aber genüge nicht, um dem Erzeugnis soviel schöpferische Geistes-tätigkeit zuzubilligen, wie man für ein Kunstwerk fordern müsse. — Auch hier ist nirgends ersichtlich, daß das BG. Rechtsgrundsätze außer acht gelassen, verkannt oder unrichtig angewandt habe.

Die Verneinung der Kunstwerkeigenschaft weist nach allem dem keinen Rechtsirrtum auf.

B. (Geschmacksmusterschutz).

I. (Schutzfähigkeit). Das LG. geht, der herrschenden Gesetzesauslegung gemäß, davon aus, daß ein schutzfähiger Geschmacksmuster-Gegenstand nur vorliegt, wenn durch eigenpersönliche Formgebung ein neues und eigentümliches (eigenartiges) Erzeugnis geschaffen worden ist, ein bisher im Verkehr noch nicht vorhanden gewesenes Muster sich als Ergebnis schöpferischer Geistestätigkeit darstellt.

a) Die Muster des Kl. sind Erzeugnisse der Industriekünstlicher Blumen. Das LG. spricht den allgemeinen Satz aus: Soweit dieser Gewerbszweig sich darauf beschränke, die natürlichen Blumen möglichst naturgetreu nachzubilden, könne man nicht von eigener schöpferischer Kraft der Hersteller sprechen. Denn ihre Tätigkeit bestehe dann nur in Nachahmung der in der Natur vorhandenen Vorbilder. Es fehle an der für ein Geschmacksmuster erforderlichen eigenpersönlichen ästhetischen, neuen und eigenartigen Formgebung. Von

⁶) ZB. 1910, 39.

lich; das Kunstwerk birgt seinen Wert in sich, das Muster erhält ihn von seiner Funktion.

III. Für die wettbewerbsrechtlichen Betrachtungen gilt das zu RG.: ZB. 1932, 1881 Ausgeführte. Eine Darstellung, worin die Imitation des einzelnen oder des Publikums besteht, ist noch nicht erfolgt. Sie kam in der Vorpiegelung fremder Arbeit als eigener vorliegen, nämlich dann, wenn der Wettbewerber selbstschöpferische Leistungen vorstellt, während es sich lediglich um Nachahmungen handelt.

KL. Dr. Willy Hoffmann, Leipzig.

ihr könne erst die Rede sein, wenn das geschaffene Muster in Form oder Farbe (z. B. durch Stilisierung) von der natürlichen Blume abweiche, oder wenn durch besondere schöpferische Zutaten bei sonst naturgetreu nachgeschaffenen Blumen neue und eigenartige ästhetische Wirkungen hervorgerufen würden. Dann erweise sich die Nachbildung natürlicher Blumen als Betätigung eigenpersönlicher Schöpferkraft, und im Falle der Neuheit entstehe so ein geschmacksmusterfähiges Gebilde.

Die Muster des Kl. seien bloß möglichst naturgetreue Nachbildungen von Scheverien und Sempervivum. Zu ihrer Herstellung habe der Kl. keine eigene schöpferische Kraft aufwenden müssen. Das Vorbild sei ihm von der Natur gegeben worden; seine Arbeitsleistung habe sich darauf beschränkt, zu möglichst naturgleicher Nachgestaltung die Werkzeuge zu schaffen und die Stoffe auszuwählen. Bei der Schaffung eines Musters, das in bloßer Naturnachahmung bestehe, mangle die eigne Formgebung, also die Eigentümlichkeit i. S. des Geschmacksmusterrechts.

Das DLG. schließt sich dem an und bekundet die Überzeugung, daß es den Erzeugnissen des Kl. an der für Geschmacksmuster wesentlichen Eigentümlichkeit gebreche. Es läßt dahingehen, ob in dieser Beziehung an ein Geschmacksmuster geringere Anforderungen zu stellen seien als an ein Kunstwerk, spricht aber den Erzeugnissen des Kl. jede Eigentümlichkeit, auch die für Geschmacksmuster nötige, ab. Diese Eigentümlichkeit bestehe darin, daß mit der Gestaltung der Gegenstände, für die der Schutz begehrt wird, eine eigenartige ästhetische Wirkung erzielt werde, die auf dem Gegenstande selbst beruhe. Das aber sei bei den Erzeugnissen des Kl. nicht der Fall. Diese seien bewußte Nachbildungen der Natur; und zwar seien sie ihr so getreu nachgebildet, daß man sie von den natürlichen Blumen kaum noch unterscheiden könne. Der ästhetische Genuß für den Beschauer werde nicht durch die Gestaltung des Nachbildes hervorgerufen, sondern durch die Form, welche die Pflanze in der Natur aufweise. Die schöpferische Tätigkeit des Kl., darin bestehend, daß der Nachbildung die Form des Naturerzeugnisses verliehen werde, möge hohen technischen und gewerblichen Wert besitzen. Aber sie führe nicht dazu, die Nachbildung als eine eigenartige, „eigentümliche“ Schöpfung i. S. des MusterG. v. 11. Jan. 1876 anzusehen. Den Einwurf des Kl., daß viele Beschauer, obwohl sie natürliche Pflanzen der nachgebildeten Art gar nicht kannten, seine Nachbildung doch als eigenartig und schön empfänden, erachtet das DLG. für unstichhaltig. Es bemerkt dazu: Auch bei solchen Beschauern seien die Gedanken der Eigenart und Eigentümlichkeit und der ästhetische Genuß zwingend mit dem Naturerzeugnis verbunden, welches in der künstlichen Nachbildung dargestellt sei; sie würden nur durch die Empfindung hervorgerufen, ein schönes Naturerzeugnis zu sehen. Erkenne der Betrachter, daß eine Nachbildung vorliege, so gelange er von jener Befriedigung seines Schönheitsgefühls je nach Befinden zur Bewunderung und Anerkennung der technischen Leistung, die sich in der Lösung einer solchen Aufgabe, die Natur nachzuahmen, offenbare.

Auch diese Ausführungen des DLG. lassen sich — wie die entsprechenden über die Erfordernisse des Kunstschutzes — nicht verallgemeinern. Ein Rechtsatz, daß Nachbildungen nach der Natur völlig des Musterschutzes unfähig seien, besteht nicht. Aber auch einen Rechtsatz dahin, daß Nachbildungen einfacher Naturgegenstände von diesem Schutze ausgeschlossen seien, gibt es nicht. Beim Geschmacksmusterschutz ist es (entsprechend wie beim Kunstwerkschutz) nur eine Frage tatsächlicher Würdigung, ob sich im einzelnen Falle die Nachbildung noch als eine Betätigung eigenpersönlicher Schöpferkraft erweise (RG. 72, 165⁶). Die Möglichkeit, daß bloße Nachbildungen von Blumen nach der Natur Geschmacksmusterschutz erlangen, kann also nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden. Den im Schrifttum vertretenen Stimmen, welche das befürworten, ist nicht beizupflichten. Auch Modelle künstlicher Blumen können — namentlich durch freischaffende Tätigkeit, die nicht im Bereiche des Mechanischen verharret — ein solches Maß von geistiger Schöpferkraft aufweisen, daß die für ein Geschmacksmuster nötige Eigentümlichkeit erreicht

⁶) ZB. 1910, 39.

wird. Selbst nach der Einschränkung rechtlich bedenklicher Verallgemeinerungen bleibt jedoch im *Bl.* die tatsächliche Würdigung übrig, daß den Erzeugnissen des *Kl.* die Eigentümlichkeit — jedenfalls die für Geschmacksmuster erforderliche — fehle. Daß hierin ein rechtlicher oder ein offener tatfächlicher Irrtum liege, ist nicht ersichtlich. Die Revisionsangriffe gegen diesen Teil der Urteilsgründe dringen nicht durch.

b) Das *OB.* läßt dahingestellt, ob der *Kl.* als erster Schereren nachgebildet hat, um sie als Kranzblumen zu vertreiben; es entscheidet somit nicht über die Frage, ob den Modellen des *Kl.* Neuheit zuzusprechen sei. Das war zulässig, wenn bereits ein anderes wesentliches Erfordernis des Geschmacksmusterschutzes, die Eigentümlichkeit, ohne Rechtsirrtum verneint wurde.

II. a) Das *Bl.* unterstellt als richtig, daß der *Kl.* ein ungewöhnliches Maß von technischer Arbeit, Geistesaktivität und Kosten bei der Gestaltung seiner Nachbildung von Schereren und *Sempervivum* und bei deren Einführung in den Verkehr aufgewendet habe. Ferner nimmt es als wahr an, die *Bekl.* habe wegen der günstigen Aufnahme, die den Erzeugnissen des *Kl.* im Verkehr zuteil geworden ist, auch ihrerseits die Nachbildung solcher Pflanzen und ihren Vertrieb zum Gegenstande des eigenen Geschäfts gemacht. Es unterstellt weiter als zutreffend, die *Bekl.* habe das entsprechende von ihr auf den Markt gebrachte Erzeugnis nicht der Natur, sondern dem Erzeugnisse des *Kl.* nachgeahmt. Aber es erachtet solche Nachahmung nicht für grundsätzlich unstatthaft, weil das künstliche Gebilde des *Kl.* wegen mangelnder Eigentümlichkeit „keinen Formalschutz“, also keinen Geschmacksmusterschutz, genieße. Zwar verkennet es nicht, daß sich die *Bekl.* durch solche Nachbildung fremder *Naturnachbildung* außerordentlich erleichtert habe, ein brauchbares, lohnendes Erzeugnis für ihren Handelsbetrieb zu gewinnen. Jedoch meint es: Nur dann würde möglicherweise im vorl. Falle die Aufnahme der künstlichen Herstellung von Schereren und *Sempervivum* in den Fabrik- und Geschäftsbetrieb der *Bekl.* gegen die guten Sitten verstoßen, wenn die Erzeugnisse der *Bekl.* in allen Einzelheiten so getreu den Erzeugnissen des *Kl.* nachgebildet wären, daß sie von ihnen nicht unterschieden werden könnten, und wenn aus diesem Grunde und den sonstigen Begleiterscheinungen des Inverkehrbringens damit gerechnet werden müßte, daß Verwechslungen der Erzeugnisse der Parteien entstehen könnten, die der *Bekl.* besondere Vorteile brächten.“ Solche Verwechslungsgefahr liege jedoch nicht vor. Wie sich aus den vorgelegten Mustern ergebe, handele es sich beim Erzeugnis der *Bekl.* nicht um eine in den Einzelheiten genaue (sog. slavische) Nachahmung; sondern es zeige sich bei der *Bekl.* eine Herstellungsart, die von der des *Kl.* ganz verschieden sei. Allerdings beständen die Blätter der Kunstblumen bei beiden Parteien aus Papier oder Pappe. Beim *Kl.* aber seien sie mit einer Wachsmasse überzogen; bei der *Bekl.* dagegen sei die Pappmasse mit Erhaltungsmitteln durchtränkt (imprägniert), auf diese Weise widerstandsfähig gemacht und nicht mit einem Wachsüberzug versehen. Dieser Unterschied sei an den von den Parteien vorgelegten Mustern so augenfällig, daß „Verwechslungen der Erzeugnisse der *Bekl.* mit solchen des *Kl.* nicht eintreten können“.

b) Der *Rev.* ist angesichts dieser Feststellungen zwar nicht ohne weiteres zuzugeben, daß die Gefahr der Verwechslung dennoch vorliege. Wohl aber fragt sich, ob die Verneinung solcher Gefahr im *Bl.* auf einer völlig zureichenden Grundlage beruht. Ausführungsformen künstlicher Blumen wie die bei Gericht vorgelegten des *Kl.* und der *Bekl.* mögen sich, unmittelbar nebeneinander zur Schau gestellt, für einen nicht völlig oberflächlichen Betrachter hinreichend unterscheiden. Für den Verkehr aber kommt es darauf an, ob sie nicht, einzeln und getrennt voneinander gesehen, doch verwechselt werden können. Hierfür ist auch von Bedeutung, welche Kreise ausschließlich oder hauptsächlich dergleichen künstliche Blumen, besonders Kranzblumen, beziehen. Sind es allein oder überwiegend Großhändler, so mag ihnen unbedenklich der geübte Blick zugetraut werden, den das *OB.* voraussetzt. Sollten es aber weitere Kreise sein, in denen man nicht durchweg mit solcher Sachkunde im Unterscheiden von

Herstellungsart und Eigenschaften der Ware zu rechnen hat, so wäre doch die Frage, ob die Annahme des *Bl.* haltbar sei, nochmals unter Berücksichtigung der bislang nicht festgestellten Umstände zu prüfen. Dabei kann möglicherweise die neuere Entwicklung der Technik im Herstellen künstlicher Blumen und der Einfluß des *Kl.* auf sie von Bedeutung sein.

c) Selbst wenn bei nochmaliger Untersuchung das Ergebnis dahin lauten sollte, daß für die tatsächlich in Betracht kommenden Abnehmerkreise die streitigen Erzeugnisse, auch einzeln und getrennt voneinander gesehen, keiner Täuschung über den Ursprung und somit keiner Verwechslungsgefahr ausgesetzt seien, so wäre doch zu bedenken, ob nicht sogar ohne sie ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegen könnte.

Das *OB.* nimmt (unterstellend) einstweilen als wahr an: Der *Kl.* habe ein ungewöhnliches Maß von technischer Arbeit, Geistesaktivität und Kosten bei der Gestaltung seiner Nachbildungen und bei ihrer Einführung in den Verkehr aufgewendet; und die *Bekl.* habe wegen der günstigen Aufnahme, die den Erzeugnissen des *Kl.* zuteil geworden sei, auch ihrerseits die Nachbildungen solcher Pflanzen und deren Absatz in ihren Geschäftsbetrieb aufgenommen. Es unterstellt weiter: Die *Bekl.* habe das von ihr auf den Markt gebrachte Erzeugnis nicht der Natur, sondern dem Gebilde des *Kl.* nachgeahmt, allerdings nicht slavisch, sondern mit Abweichungen namentlich in der Anfertigungsweise. Sollte sich das Unterstellte bei der nötigenfalls folgenden Ermittlung als richtig bestätigen, so bliebe doch immerhin übrig: Die *Bekl.* wollte im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes künstliche Blumen verfertigen und vertreiben. Sie hätte als Vorbilder bei der künstlichen Anfertigung ebenso wie der *Kl.* natürliche Blumen benutzen können: solche wären ihr zugänglich gewesen. Sie hat aber diesen ihr offenstehenden Weg, nach der Natur zu gestalten, nicht gewählt, sondern zum eignen Vorteil die vom *Kl.* geschaffenen künstlichen Blumen nachgebildet. Das war für sie bedeutend leichter; auch die damit verbundene Ersparnis unterliegt keinem Zweifel. Dadurch verschaffte sich die *Bekl.* im Verhältnis zum *Kl.*, dessen mühevoll und kostspielig hergestellte Muster sie benutzte, große geschäftliche Vorteile.

Grundsätzlich steht dem Gewerbetreibenden allerdings frei, fremde Arbeit und deren Ergebnisse, die mit Mühen, Zeit- und Kostenaufwand errungen worden sind, auszunutzen. Denn Gewerbesleiß, Handel und Verkehr der Gegenwart beruhen auf dem Erbe der Vergangenheit. Neue Arbeiten brauchen vernünftigerweise den bisher errungenen Stand der Dinge nicht unbeachtet zu lassen; um unfruchtbare Wiederholungen zu vermeiden, müssen sie an das Erreichte anknüpfen und auf ihm weiterbauen. Erkenntnisse und Fertigkeiten, die bereits gewonnen sind, dürfen, soweit nicht besondere Schutzgesetze entgegenstehen, benutzt werden. Unter gewissen Umständen aber verstößt, auch wenn kein gesetzliches eigens anerkanntes Ausschließungsrecht (Urheber-, Erfinder- oder Musterrecht) verletzt wird, die Ausbeutung fremder Arbeit gegen die guten Sitten. So namentlich (1.) wenn sie täuschend wirkt und die Gefahr von Verwechslungen oder anderen irreführenden Vorstellungen erzeugt; (2.) wenn eine ungerechtfertigte Bereicherung beabsichtigt wird; (3.) wenn die Ausnutzung erschlichen ist (vgl. *Callmann*, *UnWZ.*, 1929, S. 116 *Ann.* 48 zu § 1). Hier wird, wenn nicht etwa doch nach weiteren Aufklärungen Verwechslungsgefahr als gegeben anzusehen ist, von neuem zu prüfen sein, ob die Maßnahmen der *Bekl.* ein Ergebnis bezwecken, das in ungerechtfertigter Bereicherung auf Kosten des *Kl.* besteht, und ob die angewandten Mittel sich mit den Lebensbedingungen eines redlichen Geschäftsverkehrs vertragen. Jeder Geschäftsinhaber wird — und das nimmt der *Kl.* für sich in Anspruch — vermöge seines Persönlichkeitsrechtes am Bereiche seiner Gewerbetätigkeit von der Rechtsordnung in dem Verkehrsbesitzstande geschützt, den er mit redlichen Mitteln erworben hat (*Röhler*, *Der unlautere Wettbewerb* [1914], S. 17, 22 ff., 95 ff.; *Vaubach*, *Wettbewerbsrecht*, 1. Aufl. [1929], S. 514, 2. Aufl. [1931], S. 401/3; *Callmann* a. a. O. S. 123 *Ann.* 57 zu § 1; *Rosenthal*, *UnWZ.* [8. Aufl. 1930] S. 5, 183 ff. *Ann.* 53, 53a, 56, 59, 59a zu § 1). Die

Kampfmittel eines Wettbewerbers aber, die jenen Besitzstand angreifen, entsprechen den guten Sitten in der Regel nicht, wenn ihre allgemeine Anwendung mit dem geordneten Gange des redlichen Verkehrs unvereinbar wäre (RG. 73, 296/97; 88, 185/86; 117, 21⁷⁾; 119, 415⁸⁾; 120, 97⁹⁾; 154, 351). Das könnte im vorl. Falle z. B. zutreffen, wenn die Besl. bei der Nachahmung von Mustern des Kl. oder bei der engen Anlehnung an sie darauf ausgegangen wäre, mit den eigenen Nachbildungen den Kl. im Preise zu unterbieten. Hier wie sonst wird zu prüfen sein, ob ein in den beteiligten Geschäftskreisen etwa verbreiteter Gebrauch als maßgeblich zu behandeln oder als Mißbrauch abzulehnen sei.

(U. v. 19. März 1932; 345/31 I. — Dresden.) [Ka.]

7. Unlauteres Wettbewerbsgesetz.

34. §§ 1, 3 UnlWG. Eine für verschiedenartige Fabrikationszweige nicht zu entbehrende Beschaffenheitsangabe kann nicht Schlagwortcharakter für eine einzelne Firma gewinnen.

Beide Parteien sind Schlittschuhfabrikanten; sie stehen seit längerer Zeit in scharfem Wettbewerb. Für die Kl. ist das Bildzeichen eines vorwärtstürmenden Schlittschuhläufers eingetragen.

Seit dem Jahre 1927 stellt die Kl. auch solche Schlittschuhe her, die aus einem Stück gearbeitet sind. Sie macht unter dem Schlagwort „Ganz aus einem Stück“ in bedeutendem Maße Propaganda für sie und behauptet, daß sich dieses Schlagwort als Kennzeichen für diese Art ihrer Ware in beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt habe.

Die Besl. benutzt seit 1928 auf der Verpackung ihrer Schlittschuhe für Kunstschlittschuhlauf die nicht eingetragene Abbildung eines jungen, ebenfalls Schlittschuh laufenden Mannes. Weiter kündigt die Besl. seit einiger Zeit ihre nicht aus einem Stück hergestellten, sondern geschweißten, genieteten oder gelöteten Schlittschuhe unter den seit gedruckten Worten: „Glatt wie aus einem Stück“ an, ohne die Schweißung, Nietung oder Lötung zu erwähnen.

Die Kl. fordert mit der vorliegenden Klage von der Besl.: Unterlassung der Verwendung der beanstandeten Abbildung und des Schlagworts, ferner Feststellung ihrer Schadensersatzpflicht, Auskunfterteilung und Beseitigung.

Die Vorinstanzen haben unter Abweisung des auf Verletzung des Zeichenrechts gestützten Klageanspruchs auf Unterlassung der Verwendung der beanstandeten Abbildung usw. die Besl. wegen unlauterer Nachahmung des Schlagworts „Glatt wie aus einem Stück“ insoweit zur Unterlassung und Auskunfterteilung verurteilt und die Schadensersatzpflicht der Besl. festgestellt.

Das RG. hat die Klage ganz abgewiesen. Es führt aus:

Das BG. erblickt in der in starkem Druck gehaltenen Ankündigung der Besl. mit Bezug auf ihre Schlittschuhe „Glatt wie aus einem Stück“ einen Verstoß gegen §§ 1, 3 UnlWG., § 826 BGB. Es geht davon aus, daß die Kl. starke Propaganda für ihren beschreibenden Spruch für die Beschaffenheit ihrer Schlittschuhe: „Ganz aus einem Stück“ gemacht hat und daß wegen dieses zum Schlagwort gewordenen Satzes viele Leser die Worte: „Glatt wie“ überschauen werden, zumal sie sich unter ihnen nichts vorstellen können, auf Grund der Propaganda der Kl. „Ganz aus einem Stück“ aber entnehmen, daß die Herstellung der Schlittschuhe aus einem Stück ein Vorzug sei.

Aus dieser Sachlage zieht das BG. den doppelten Schluß: 1. daß die Besl. unrichtige Angaben mache, die den Anschein eines nach der Auffassung der beteiligten Verkehrskreise besonders günstigen Angebots mache, da ihre Schlittschuhe eben nicht aus einem Stück hergestellt sind; 2. daß die Besl. in der Absicht handelt, durch die Verwendung der mit der schlagwortartigen Beschaffenheitsangabe der Kl. verwechselbaren beschreibenden Bezeichnung dem Käufer von ihm angennommene Vorteile vorzutäuschen, und daß die Besl. hierdurch gegen die guten Sitten verstoße.

Die Rev. wendet sich gegen diese Konstruktion des BG. mit Recht. Sie beruht auf der Voraussetzung, daß die Kl.

ihre Angabe „Ganz aus einem Stück“ derart bekanntgemacht hat, daß zum mindesten ein nicht unerheblicher Teil der beteiligten Verkehrskreise, der die Worte der Besl. „Glatt wie aus einem Stück“ liest, ohne weiteres von der irrigen Vorstellung befangen ist, es handle sich um die Worte der Kl. „Ganz aus einem Stück“. Zunächst gibt schon das BG. seine Begründung für seine Annahme, daß die Worte der Kl. Schlagwortcharakter erlangt haben sollen. Sie sollen ihrer eigenen Angabe nach erst seit 1927 von ihr verwendet sein; außerdem tragen die von ihr selbst überreichten Prospekte und sonstiges Reklamematerial für ihre Schlittschuhe nur in ganz vereinzelt Fällen die fraglichen Worte. Vor allem aber handelt es sich, wie das BG. jedoch ganz übersehen hat, um eine Beschaffenheitsangabe, deren Monopolisierung für die Kl. das Herausziehen dieser Worte — das BG. geht sogar noch viel weiter, indem es auch eine angeblich „verwechselbare“ Wortzusammenstellung ebenso behandelt — aus dem Verkehr, d. h. für jeden anderen bedeuten würde. Nun sind aber diese Worte „Ganz aus einem Stück“ für die verschiedensten Fabrikationszweige bekanntlich ganz unentbehrlich. Eine Monopolisierung dieser Wortverbindung ausschließlich für die Kl. würde also ganz außerordentlich starker Unterlagen bedürfen, sofern man sie nach dem Charakter der Worte überhaupt zulassen dürfte. An solchen Voraussetzungen aber fehlt es nach dem von der Kl. selbst beigebachten Material. Dann fällt aber die vom BG. angenommene Verwechselungsgefahr von selbst fort, und die von der Besl. verwendeten Worte „Glatt wie aus einem Stück“ sind ihrer Wortbedeutung nach zu behandeln. Und da sie das Wort „wie“ (aus einem Stück) enthalten, so sagen sie auch nichts Unrichtiges über die Beschaffenheit der Schlittschuhe der Besl., und zwar weder etwas Unrichtiges im abstrakten Sinne noch nach dem für § 3 UnlWG. maßgebenden Maßstab der Auffassung der Kreise, an die sie sich richten.

(U. v. 5. Juni 1931; 418/30 II. — Berlin.) [Ku.]

35. § 1 UnlWG. Eine Konsumgenossenschaft handelt i. S. des UnlWG. sittenwidrig, wenn sie in einem Flugblatt das breite Publikum unter Hinweis darauf, daß die Konsumgenossenschaften besonders mit einer erhöhten Umsatzsteuer belegt worden sind, zum Beitritt auffordert, obwohl ihr bekannt ist, daß die Umsatzsteuer nicht besonders für Konsumgenossenschaften, sondern für alle solche Betriebe eingeführt ist, deren Jahresumsatz einen gewissen Betrag übersteigt. Dies gilt auch dann, wenn das UmStG. sich am Sitz der Konsumgenossenschaft dahin auswirkt, daß sie allein im wesentlichen von der erhöhten Umsatzsteuer betroffen wird. †)

Soweit das Flugblatt sich dagegen wendet, daß die Konsumgenossenschaften überhaupt von einer Sonderumsatzsteuer betroffen werden, und es als ungerecht bezeichnet, daß die übrigen Einzelhandelsbetriebe, wenigstens zum Teil, davon verschont sind, und soweit damit gegen politische Parteien, die für die Sondersteuer eingetreten sind, und die hinter den Anhängern des Gesetzes stehenden Wirtschaftskreise angelämpft wird, handelt es sich um einen wirtschaftspolitischen Kampf. Gegen diesen Teil des Flugblattes wendet sich der klagende Verein nicht. Er wäre auch an sich nicht zu

Zu 35. Das Urteil ist voll zu billigen. Die durch § 3 UnlWG. verpönten Irreführungen werden nicht dadurch erlaubt, daß sie außerhalb einer Reklame stattfinden. Wer „über geschäftliche Verhältnisse unrichtige Angaben macht, die geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen“, der handelt wettbewerbsfremd, sittenwidrig, auch wo er solche Angaben außerhalb einer Ankündigung macht (Baumbach, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., S. 208). Er handelt regelmäßig zu Wettbewerbszwecken, denn er will entweder den eigenen Wettbewerb oder den eines andern fördern. Er verletzt somit immer § 1 UnlWG.

Nun hat sicherlich jedermann das Recht, die Vorzüge irgendeines Wirtschaftssystems, oder was er für einen solchen Vorzug hält, in Wort und Schrift heranzustellen. Gedanken sind frei und jedermann darf für seine Gedanken werben, wo diese Gedanken keine ungesetzlichen Ziele verfolgen. So hat noch RG. 135, 45 = JW. 1932, 1012 mit vollem Recht die Herausstreichung des Barverkaufssystems

⁷⁾ JW. 1927, 1636. ⁸⁾ JW. 1928, 795. ⁹⁾ JW. 1928, 1216.

beanstanden, denn es besteht, wie der Senat bereits früher entschieden hat (vgl. *RG.*: *MW.* 1932, 14 und das zum Abdruck bestimmte *Urt.* v. 15. Jan. 1932, II 226/31¹⁾), keine Möglichkeit, den Anhängern verschiedener Wirtschaftssysteme (hier der gemeinwirtschaftlichen Betätigung in Konsumgenossenschaften und des privaten Einzelhandels) das Recht der freien Meinungsäußerung zu nehmen. Sachliche Meinungsäußerungen dieser Art sind, soweit sie der Aufklärung dienen sollen und ihr Inhalt und ihre Fassung diesem Zweck entspricht, wirtschaftspolitische Kundgebungen ohne Wettbewerbscharakter. Auch der Umstand, daß die Richtigkeit solcher Meinungsäußerungen nicht strikt bewiesen werden kann, würde sie nicht unlauter machen, sofern der Erklärende nur nicht bewußt oder grob fahrlässig unwahre Angaben macht, sondern seiner Überzeugung Ausdruck gibt. Nun handelt es sich aber bei dem von den *Bekl.* mitunterzeichneten Flugblatt als Ganzes gesehen keineswegs um eine rein wirtschaftspolitische Kampfschrift. Vielmehr dient es neben der Aufklärung der Verbraucher über Bestehen und Zweck der Sonderumsatzsteuer und deren Wirkung auch einer Betätigung wettbewerbslicher Art. Denn das Flugblatt fordert zum Beitritt zu der KonsumGen. „B.“ und damit zum Einkauf in deren Verkaufsstellen auf, gibt auch die Wege zum Beitritt zur Gen. an. Die insofern zulässige Wettbewerbshandlung kann aber zu einer unlauteren werden, wenn durch unwahre Behauptungen tatsächlicher Art der Geschäftsbetrieb eines Wettbewerbers gefördert werden soll. Namentlich verstößt es gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs, wenn wissentlich oder grob fahrlässig unwahre Behauptungen tatsächlicher Art aufgestellt werden, die geeignet sind, die Verbraucher zu veranlassen, sich von einer Gruppe der Verkäufer abzuwenden und sich einer anderen zuzuwenden, um diese in einem nach der Darstellung des Flugblattes notwendigen Abwehrkampf zu unterstützen. Daß die Behauptung des Flugblattes, daß die KonsumGen. von der Sondersteuer getroffen werden, die Privatgeschäfte aber nicht, geeignet wäre, die Verbraucher zu beeinflussen, zeigt schon die Tatsache der Herausgabe des Flugblattes mit dieser Behauptung. Auch der Hinweis auf die Tätigkeit einer bestimmten politischen Partei und die hinter ihr stehenden, in Konkurrenz zu den KonsumGen. stehenden Wirtschaftskreise könnte bei den politisch anders eingestellten Verbraucherkreisen dem Wettbewerbe zugunsten der KonsumGen. dienen. Soweit es sich um die Entstehungsgeschichte des Gesetzes handelt, liegen freilich unwahre oder gar bewußt unwahre Behauptungen tatsächlicher Art nicht vor. Denn ein Gesetz, das die Großbetriebe mit einer Sondersteuer belastet, und die kleineren Betriebe steuerlich schont, ist, wie auch von dem vorliegenden nicht zu bezweifeln ist, auf Anregung aus den Kreisen der kleineren Betriebe, also des Mittelstandes zurückzuführen und parlamentarisch von den Parteien gefördert worden, die die Interessen des Mittelstandes vertreten. Dagegen enthält das Flugblatt eine offensichtliche Unwahrheit, wenn es behauptet, das Gesetz führe „für KonsumGen. eine Sonderumsatzsteuer von 1/2%“ ein und hinzusetzt, „für jede Million Mark Umsatz müssen die Mitglieder der KonsumGen. 5000 *M* Sondersteuer aufbringen, während der Einzelhandel verschont bleibt“. Denn es wird damit der Inhalt des Gesetzes so dargestellt, als ob es eine Sonderumsatzsteuer einführe, die nur die KonsumGen. treffe, und als ob die Steuer alle KonsumGen. ohne Ausnahme

¹⁾ *ZZ.* 1932, 1012.

im Vergleich zum Abzahlungs- oder Kreditssystem erlaubt; das Gericht würde genau so das Umgekehrte gebilligt haben. Aber die Angaben müssen wahr sein i. S. der subjektiven Wahrheit, sie müssen nicht irreführen wollen. Wer solche Angaben im Bewußtsein ihrer Unrichtigkeit oder auch nur mit dem Eventualvorbehalt der Unrichtigkeit, ja fahrlässig, macht, der handelt sittenwidrig, der greift während in einen fremden Geschäftsbetrieb ein ohne gesetzliche Grundlage. Wenn im Streitfall die *Bekl.* es so hinstellten, als handle es sich um eine Sonderbesteuerung, um nicht zu sagen Haßbesteuerung, der „B.“, so war das unwahr und bewußt irreführend. Das *RG.* tut gut daran, solche „Entgleisungen“ nicht zu dulden. Gerade in einer Zeit schwersten Wirtschaftskampfes müssen die Gerichte die Zügel straff halten, damit nicht das Geschäftsleben völlig verlottert. Es ist leicht, etwas niederzureißen und schwer, es wieder aufzubauen. *SenPräs.* a. D. Dr. *V a u m b a c h*, Berlin.

treffe. Tatsächlich trifft die erhöhte Umsatzsteuer alle Großbetriebe, deren Jahresumsatz eine Million *M* übersteigt, also einmal nicht alle KonsumGen., sondern nur diejenigen mit dem bezeichneten großen Umsatz, und sodann nicht nur Warenhäuser, sondern auch alle anderen Unternehmungen mit dem gleich hohen Umsatz. Das Flugblatt enthält somit die unwahre Behauptung, es liege eine Ausnahmebesteuerung vor, die nur zum Nachteil der KonsumGen. wirke. Daß eine derartige unwahre Behauptung aufreizend wirken mußte, und gegen die Grundsätze des lautereren Wettbewerbs verstößt, liegt auf der Hand. Das *RG.* stellt auch ausdrücklich fest, daß die *Bekl.* die beanstandeten Angaben in Kenntnis ihrer Unrichtigkeit gemacht haben. Es handelt sich dabei um Behauptungen von weittragender Bedeutung, die nicht, wie es seitens des *RG.* geschieht, mit dem Bemerken abgetan werden können, es handle sich nur um „allerdings bedauerliche Entgleisungen“. Vielmehr liegt in den bewußt unwahren Behauptungen der *Bekl.* ein Verstoß gegen die guten Sitten. Daran ändert auch nichts die Erwägung des *RG.*, daß die Auswirkung des Gesetzes für die *H.* Verhältnisse, die allein heranzuziehen seien, den *Bekl.* im großen und ganzen recht gebe, weil die „B.“ praktisch in *H.* allein als Konsumgenossenschaft in Betracht komme und die Steuer zahlen müsse, während der Einzelhandel, der Privathandel, unter dem der unbefangene Leser des Flugblattes den offenen Laden verstehe, von wenigen Ausnahmen abgesehen, verschont bleibe. Geht man auch davon aus, daß das Flugblatt nur für das Gebiet bestimmt war, in dem die „B.“ Verkaufsstellen hat, so richtete es sich doch an die Gesamtheit der Verbraucher, nicht bloß an die wirtschaftlich und besonders wirtschaftspolitisch geschulten, die vielleicht wenigstens zum Teil die Unwahrheit der Angaben als solche erkannt hätten. Es enthält, abgesehen von der Werbung für die „B.“ keinerlei Hinweis darauf, daß das Gesetz nur für *H.*er Verhältnisse ungerecht wirke und kann auch mangels jedes Anhalts dafür von den Lesern nicht in diesem einschränkenden Sinne verstanden werden. Es will vielmehr gerade durch die Verallgemeinerung und durch die nach der Feststellung des *RG.* bewußt unwahre Behauptung, es handle sich um ein Ausnahmegesetz gegen KonsumGen. überhaupt, zugunsten einer bestimmten KonsumGen. werben. Durch die Anwendung dieses Mittels verstößt es gegen die guten Sitten.

(U. v. 19. Febr. 1932; 271/31 II. — Hamburg.) [Ru.]

36. 1. Die Markenwaren*VO.* über Preisbindungen von Markenwaren v. 16. Jan. 1931 ist rechtsgültig und ihre Beachtung ist in der *Rev.-Just.* von Amts wegen zu prüfen.

2. Preisbindungen der unter die *VO.* fallenden Markenwaren sind nur wirksam, wenn der festgesetzte Preis gegenüber dem Stand vom 1. Juli 1930 um 10% und gegenüber dem Stand v. 30. Juni 1931 um weitere 10% gesenkt ist.

3. Keine Rüdenlosigkeit des Preisbindungssystems, wenn einigen Kunden erst nach dem Zustandekommen des Kaufvertrages durch Zugang der Ware die Verpflichtung zur Einhaltung der festgesetzten Mindestpreise mitgeteilt worden ist.

4. Verschafft sich ein Außenseiter die Markenware auf Schlechwegen, um sie zu Schleuderpreisen zu verkaufen, so kann er auf Unterlassung nicht in Anspruch genommen werden, wenn die Preisbindung nichtig ist.¹⁾

Die *M.* stellt eine Pflanzenmargarine her und vertreibt sie als Markenartikel an Händler, von denen sie beim Weiter-

Zu **36 u. 37.** 1. Die *Urt.* nehmen zu der Frage Stellung, ob auf Preisbindungen der nächsten Wirtschaftsstufe die *Vorschr.* der *Markt-VO.* Anwendung finden. Wäre die Frage zu bejahen, so würde insbesondere das Schriftformerfordernis nach § 1, das Kündigungsrecht nach § 8 und die Sperrgenehmigung nach § 9 *MarktVO.* auf derartige Preisbindungen anzuwenden sein.

Zur Zeit des *Erl.* der *MarktVO.* v. 1923 wurden die Preisbindungen der nächsten Stufe nach vertrags- und wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten behandelt. Erst später wurde die rechtliche Behandlung dieser Gebilde durch Analogien aus dem Kartellrecht beeinflusst. So

verkauf an die Verbraucher die von ihr festgesetzten Kleinverkaufspreise eingehalten wissen will.

Der Bekl. hat die von der Kl. vorgeschriebenen Kleinverkaufspreise nicht beachtet; sie hat ihm die Lieferung des halb gesperret. Trotzdem setzte er den Verkauf von Margarine fort, die er von anderer Seite bezog, zu herabgesetzten Preisen fort.

Die Kl., welche eine lückenlose Durchführung ihres Preisbindungssystems behauptet, erblickt in dem Verhalten des Bekl. — der sich ihre Ware auf Schleichwegen und unter geheimer Ausnützung des Vertragsbruchs seiner der Kl. gegenüber gebundenen Lieferanten verschaffte — einen Verstoß gegen die guten Sitten und §§ 823 ff. BGB.; sie macht weiter geltend, daß Bekl. mit diesem seinem Geschäftsgebahren fortfahre, obwohl er von ihr des öfteren hierwegen verwarnet worden sei. Demgemäß hat Kl. auf Unterlassung des Verkaufs zu einem niedrigeren als dem von ihr festgesetzten Preise geklagt.

VG. hat abgewiesen, DVG. hat verurteilt. RG. hob auf.

1. Das angej. Ur. ist am 18. Febr. 1931 ergangen.

Damals waren die sog. KartellNotVd. v. 26. Juli 1930 — Vd. des RPräs. zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände, 5. Abschn., §§ 1 ff. (RGBl. I, 311, 328), ebenso auch die AusjVd. über Aufhebung und Unterlassung von Preisbindungen v. 30. Aug. 1930 — RAnz. Nr. 205 v. 3. Sept. 1930 — sowie die Vd. über Preisbindungen von Markenwaren (MarkenwarenVd.) v. 16. Jan. 1931 — RGBl. I, 12 — schon in Kraft getreten, und zwar die letztere Vd. für die in § 1 Ziff. 1 das. genannten Waren seit 1. Febr. 1931 (§ 6 Abs. 1 MarkenwarenVd. vgl. mit § 1 Ziff. 1 das.).

Soweit § 1 Abs. 3 KartVd. v. 26. Juli 1930 i. Verb. m. §§ 1 ff. KartVd. in Betracht kommt, hat der erst. Sen. in RG. 133, 330 ff. der Auffassung nicht beizutreten vermocht, daß § 1 Abs. 3 KartVd. den „Kartellbegriff“ des § 1 KartVd. erweitere und damit den Anwendungsbereich der KartVd. selbst auf die sog. autonomen Preisbindungen der zweiten Hand ausdehne, sowie daß Abmachungen dieser Art un und für sich schon unter § 1 KartVd. fallen. Dabei muß auch gegenüber der im Schrifttum insbes. von Tschierschky: KartRdsch. 1931, 441 ff., 556 ff. vertretenen gegenteiligen Meinung festgehalten werden.

Die Anwendbarkeit der AusjVd. über Aufhebung und Unterlassung von Preisbindungen v. 30. Aug. 1930 scheidet sodann, ihre Rechtsgültigkeit unterstellt, von vornherein um deswillen aus, weil die Preisbindungen der Kl. nur deren eigenes Erzeugnis zum Gegenstand haben. Anders steht es allerdings mit der Vd. über Preisbindung für Markenwaren v. 16. Jan. 1931 (RGBl. I, 12). Wird einmal von der Rechtsgültigkeit dieser Vd. ausgegangen, so lägen die Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit hier zweifellos vor. Denn die Margarine der Kl. ist Markenware i. S. des § 1 Abs. 1 dieser Vd. und gehört weiter zu den in § 1 Abs. 1 Ziff. 1 das. genannten Lebensmittel. Durch das Preisbindungssystem der Kl. sollen ferner die Abnehmer ihres Margarineerzeugnisses vertraglich verpflichtet werden, bei der Weiterveräußerung im

stellte sich der RW. bei seiner kartellüberwachenden Tätigkeit auf den Standpunkt, daß auch Bindungen der nächsten Wirtschaftsstufe den Kartellen zuzurechnen seien. Der gleichen Standpunkt vertreten allerdings vereinzelt — Breslauer-Tschierschky: System-KartRdsch. V, 1926, Beilage 61, 62. Durch die KartNotVd. v. 1930 machte sich auch der Gesetzgeber diesen Gedanken zu eigen, indem in § 1 Abs. 3 die Preisbindungen der nächsten Stufe den Kartellen gleichgestellt wurden. Auch die auf Grund der KartNotVd. vorgenommenen Eingriffe der Reichsregierung richteten sich überwiegend gegen derartige Preisbindungen der zweiten Stufe, so die AusjVd. v. 30. Aug. 1930 und die MarkenwarenVd. v. 16. Jan. 1931. Den letzten Schritt in dieser Richtung bedeutete die PreislenkungsVd. (Stap. I und II Teil 1 der 4. NotVd. v. 8. Dez. 1931), die wiederum die Preisbindungen der nächsten Stufe ausdrücklich den Kartellen gleichstellte (vgl. insbes. §§ 1, 2 Kap. I).

Bei der Entsch. der Frage, ob Preisbindungen der nächsten Stufe auch als Kartelle i. S. der alten KartVd. v. 1923 zu behandeln sind, ist das RG. aber in Übereinstimmung mit dem überwiegenden Schrifttum dieser Entwicklung nicht gefolgt. Der 2. ZivSen. hatte schon in RG. 133, 51¹⁾ abgelehnt, die Preisbindungen in der Reisefabrikation

Inland an die Verbraucher den von der Kl. festgesetzten Preis zu fordern. Dieses auf „Geschäftsbedingungen“ der Kl. beruhende Vertragssystem erfüllt in Absicht auf die Preisbindung der zweiten Hand die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 u. 2 MarkenwarenVd. Dann wäre aber schon am 18. Febr. 1931 die Rechtslage die gewesen, daß, wenn die Kl. den von ihr für die Abgabe an die Verbraucher festgesetzten Kleinverkaufspreis gegenüber dem Stand v. 1. Juli 1930 nicht um mindestens 10% gesenkt hätte, die Verpflichtung ihrer Abnehmer zur Einhaltung der fraglichen Preisbindungen nichtig und weiterhin ihr die Anwendung der diese Bindung enthaltenden Geschäftsbedingungen für die Zukunft unterlagt wäre. Entfielen aber so Preisbindungen und Preischutz für die vorher vertraglich gebundenen Abnehmer der Kl., dann wäre das naturgemäß auch rechtserheblich für das Verhältnis der Kl. zu dem Bekl. als angeblich schleudernden Außenleiter. Denn auch ihm gegenüber wäre dem Unterlassungsanspruch der Rechtsboden in dem Augenblick entzogen, in welchem das Preisbindungssystem der Kl. selbst gem. § 2 Abs. 1 u. 2 MarkenwarenVd. rechtlich unbeachtlich geworden wäre. Kl. könnte ferner naturgemäß von dem Bekl. als Außenleiter, wenn sie je ihre Preise gesenkt hätte, nur Einhaltung der gesenkten Preise verlangen. Nun hat aber die Kl. an der Behauptung festgehalten, daß die von ihr festgesetzten Kleinverkaufspreise 85 Pf. für das Pfund abzüglich eines Rabatts bis zu 5% betragen, und demgemäß auch schon in der im Jan. 1930 anhängig gewordenen Klage ihren Unterlassungsanspruch gestellt. Es muß deshalb jedenfalls für die RevInst. davon ausgegangen werden, daß Kl. ihre Kleinverkaufspreise eben nicht rechtzeitig entsprechend der MarkenwarenVd. ermäßigt hat und die Preisbindungen ihrer Kunden hinfällig geworden sind, wenn die Vd. rechtsgültig ist. Letzteres ist aber zu bejahen. Die Vd. v. 16. Jan. 1931 ist von der Reichsregierung auf Grund des § 1 des V. Abschn. der Vd. des RPräs. zur Behebung finanzieller, wirtschaftlicher und sozialer Notstände v. 26. Juli 1930 erlassen worden. Die Rechtsgültigkeit dieser letzteren, auf Art. 48 Abs. 2 RVerf. gestützten Vd. selbst ist für den hier in Betracht kommenden Teil schon in RG. 133, 330 ff.¹⁾ bejaht worden. Die in § 1 KartNotVd. v. 26. Juli 1930 der Reichsregierung von dem RPräs. eingeräumte Ermächtigung selbst stellt sich sodann rechtlich als eine gem. Art. 48 Abs. 2 getroffene Maßnahme dar. Gewiß sind die nach Art. 48 Abs. 2 RVerf. dem RPräs. eingeräumten Befugnisse als solche nicht übertragbar. Wohl aber ist es, wie schon in RGSt. 56, 165 dargelegt, statthaft, daß der RPräs. selbst seine Maßnahmen gegenständig und inhaltlich nur ihrer allgemeinen Richtung nach trifft und im übrigen das weitere nachgeordneten Stellen überträgt. In diesem weiteren Rahmen können von ihm auch RechtsVd. erlassen werden mit der Maßgabe, daß deren nähere Ausführung wiederum im Wege der RechtsVd. durch die Reichsregierung erfolgen soll. So ist hier verfahren worden. In §§ 1 ff. KartNotVd. ist der Reichsregierung zum Zweck der Verhütung unwirtschaftlicher Preisbindungen hinsichtlich gewisser Verträge, Beschlüsse, Geschäftsbedingungen,

¹⁾ RW. 1931, 3662.

als Kartelle i. S. des § 1 KartVd. zu behandeln; offenbar, wie der Hinweis auf RG. 114, 262 erkennen läßt, weil das RG. die gesellschaftliche Natur des Reversverhältnisses verneint (vgl. hiergegen Tschierschky: KartRdsch. 1931, 441 ff., 556 ff.). RG. 133, 51 erging auf Grund des Rechtszustandes vor Erlaß der KartNotVd. Die vorl. Entsch., welche die Frage wiederum verneint, behandeln den Rechtszustand nach Erlaß der KartNotVd. Sie wenden sich gegen die von mir in KartNotVd. 26 und GewRdsch. 1931, 840 vertretene Auffassung, daß die KartNotVd. die Preisbindungen der nächsten Stufe den Kartellen i. S. des § 1 KartVd. in jeder Beziehung gleichstellt. (Gleicher Auffassung waren Geiler: KartRdsch. 1930, 853; Utescher: MuW. 1930, 507 und Goldbaum: Die neue KartVd. 11, während Blum: Autonome Preisbindungen der zweiten Hand und KartVd.; KartRdsch. 1931, 245 ff., ferner Herzfeld: KartR. 1931, 11 ff.; Hüffener: Der Preischutz für Markenartikel 61; Frieße: MuW. 1931, 63; Eger, Das Recht der deutschen Kartelle, S. 121, den jetzt vom RG. gebilligten Standpunkt einnehmen.)

Trotzdem ist zu hoffen, daß das letzte Wort in dieser Frage noch nicht gesprochen ist. Das RG. wird sich auf die Dauer nicht einer

¹⁾ Vgl. Entsch. unten S. 1874.

Handlungen, die Befugnis gegeben worden, bestimmte genau umschriebene Maßregeln treffen zu können. Die Ermächtigung in § 1 KartellV. lautet im übrigen ganz allgemein. Ihr Wortlaut bietet keinen Anhaltspunkt dafür, daß die Machtbefugnisse der Reichsregierung sich nur in die Möglichkeit des Eingreifens in konkrete Einzelverträge, Beschlüsse, Geschäftsbedingungen, also jeweils in Richtung auf einen Einzelfall beschränken sollten; gemeint ist vielmehr, wofür auch der Zweck der V. spricht, daß die Reichsregierung bezüglich der bezeichneten Vertragskategorien usw. allgemein im Rahmen der V. die erforderlichen Maßnahmen treffen könne, in a. W. in diesen Grenzen auch zum Erlaß von RechtsV. ermächtigt sein sollte (a. M. z. B. Wolff, MarkenwarenV. S. 36). Ist dem aber so, dann sind gegen die Rechtsgültigkeit der V. v. 16. Jan. 1931 weder formell noch sachlich durchgreifende rechtliche Bedenken zu erheben.

Nach Zweck und Sinn dieser Notmaßnahmen muß im übrigen ihre Beachtung auch in der RevInst. von Amts wegen geprüft werden. Da es insoweit jedenfalls an den genügenden tatsächlichen Feststellungen fehlt, muß deshalb aufgehoben werden. Darauf hinzuweisen ist nur noch, daß inzwischen nach Kap. 1 § 2 vierte V. des RPräs. v. 8. Dez. 1931 erster Teil, Kap. I (Preislenkung) §§ 1 ff. — RW. I, 699 ff. — Kl. ihre Preise für die Marken-Margarine gegenüber dem Stand vom 30. Juni 1931 bis zum 1. Jan. 1932 mindestens um weitere 10% hätte senken müssen, wenn ihr Preisbindungssystem ab 1. Jan. 1932 nicht der Wichtigkeit anheimfallen sollte.

2. Anders als der erste Richter und die Urt. im Vorprozeß ist der BerR. zu dem Ergebnis gelangt, daß es der Kl. nunmehr gelingen sei, ihr Preisbindungssystem — „praktisch gesprochen“ — lückenlos durchzuführen.

Die Kl. hat das von ihr früher zum Zweck der Bindung ihrer Abnehmer benutzte sog. „Reverssystem“ unbeschränktermaßen schon seit Jahren aufgegeben. Sie sucht nunmehr ihre Kunden auf den von ihr für den Weiterverkauf an die Verbraucher festgesetzten Kleinverkaufspreis in der Weise zu verpflichten, daß sie den Rechnungen über die Waren rote oder gelbe Zettel mit Preisbindungsklausel beifügt; sie hat nun auch Vorkehrungen getroffen, daß allen Rechnungen an Kleinhändler solche Zettel beigelegt werden. Nach den Ausführungen des BerR. werden die Rechnungen im Regelfall auch zusammen mit der Ware den Kleinhändlern übersandt. Nur bei Detaillisten mit mehreren Filialen sowie bei Vereinen werde die Ware zunächst allein abgesandt und erst nachher Rechnung erteilt. Inwiefern hierdurch die genaue Durchführung des Zettelsystems in Frage gestellt werde, sei nicht ersichtlich. Mit Recht wendet sich dagegen die Rev. Geht man davon aus, daß der Geschäftsverkehr der Kl. mit ihren gewerblichen Abnehmern sich durchweg in der Weise abgewickelt hat, daß die Annahme der Bestellungen durch schlüssige Handlungen, nämlich die Übersendung der Ware sowie der Rechnung mit dem Preisbindungszettel erfolgte, so mag dem BerR. darin beizutreten sein, daß, wenn Ware und Rechnung mit Preisbindungszettel dem Besteller gleichzeitig oder gar Rechnung mit Zettel vor der Ware zugeht,

und zugeht, der gewerbliche Abnehmer die Bindungsklausel nicht unbeachtet lassen und beiseiteschieben konnte. Denn alsdann stellten die Rechnung mit Preiszettel sich rechtlich als Gegenofferte dar, die der Empfänger durch Stillschweigen und Behalten der Ware seinerseits annahm und genehmigte. Ganz anders verhielte es sich aber dann, wenn er zunächst die Ware von der Kl. ohne Rechnung mit Preiszettel zugesandt bekam. Dann war durch Zufendung der Ware sein Angebot von der Kl. vorbehaltlos angenommen. Wenn dann hinterher erst der Besteller die Rechnung mit der Preisbindungsklausel erhielt, die eine ungewöhnliche und für den Weiterabnehmer besonders lästige Bindung bedeutete, so brauchte sich derselbe daran allerdings nicht mehr zu kehren. Diese Klausel wurde insbes. durch Stillschweigen des Käufers nicht mehr Vertragsinhalt. Daran änderte sich auch dann nichts, wenn bei späteren Lieferungen von der Kl. in gleicher Weise verfahren wurde. So wenig wie bei der ersten Lieferung die Preisbindungsklausel bei solchem Hergang Vertragsinhalt wurde, ebenso wenig wurde sie dies dadurch, daß später der gleiche untaugliche Weg zur vertraglichen Bindung an die Preiskette erneut eingeschlagen worden ist. Mit der in der Lieferung der Ware liegenden stillschweigenden Annahme der Bestellung waren vielmehr bei gleichem Verkauf auch die späteren Käufe ohne die Preisbindung abgeschlossen.

Nach den Feststellungen des Vorderrichters ist aber so von der Kl. ständig verfahren worden bei Detaillisten mit mehreren Filialen und bei Vereinen, also bei einer Abnehmerschaft, die in einer Großstadt wie S. unter den heutigen Verhältnissen aller Erfahrung nach zahlenmäßig eine nicht unerhebliche Rolle spielt und andererseits gerade als Abnehmer jeweils größerer Mengen in Betracht kommt. Daraus folgt aber, daß das Preisbindungssystem der Kl. theoretisch und praktisch immer noch nicht lückenlos ist. Der Fall liegt insofern grundsätzlich nicht anders als der in RW. 133, 330 ff. erörterte. Schon dort ist darauf hingewiesen, daß, wenn nicht der Weg des besonderen Reversvertrags zur Herbeiführung der Abnehmerbindung an die Preiskette gewählt wird, die Preisbindung ebenso wie jede andere Geschäftsbedingung zum Bestandteil des einzelnen Kaufgeschäfts gemacht werden muß, und daß dies nur auf dem hierfür auch sonst vom Recht zur Verfügung gestellten Weg geschehen kann. Dabei darf nicht außer acht gelassen werden, daß die Absatz- und Preisbindungsklausel für den Abnehmer eine lästige und u. U. gefährliche Bedingung bedeutet, die um so weniger nachträglich noch in einen abgeschlossenen Vertrag einseitig eingeschmuggelt werden kann. Die Kl. kann ihre Ansprüche gegen den Best. nicht auf Vertrag stützen. Will sie gegen ihn als Außenleiter so, wie geschehen, vorgehen, so muß sie ihr Preisbindungssystem so aufbauen und handhaben, daß es — von vereinzelt unvernünftigen Fehlschlägen abgesehen — ihre Abnehmer wirklich theoretisch und praktisch insgesamt erfasst. Daß die Durchführung einer solchen Preisbindung, wenn es sich um einen Massenartikel des täglichen Bedarfs handelt, gewisse Schwierigkeiten bietet, ist zuzugeben. Daraus folgt aber keineswegs, daß deshalb die rechtlichen Voraussetzungen für die vertragliche Erfassung der beteiligten Abnehmer andere

Entwicklung verschließen können, die unaufhaltbar dahin drängt, die durch die KartV. gewährten Rechtsbehelfe auch auf Preisbindungen der zweiten Stufe auszudehnen. Eine besondere Beleuchtung erfährt die Streitfrage durch § 3 Abs. 1 Ziff. 3 S. 1 der neuen PreislenkungsV., der den monopolistischen Kohlen Großhändlern die Verbindung von Sperrern wegen Unterschreitung von Kleinverkaufspreisen verbietet. Diese Best. hat überhaupt nur einen Sinn, wenn man dem Gesetzgeber die Auffassung unterstellt, daß die Sperrvorkehr. des § 9 KartV. sich auch auf autonome Preisbindungen der zweiten Hand bezieht (vgl. K. Wolff: PreislenkungsV. § 3 Anm. 3 S. 58). Der Gesetzgeber hat sich also hier (nach Erl. des Urt.) offensichtlich auf einen dem obigen Urt. entgegengesetzten Standpunkt gestellt. Auch das KartV. hat jetzt in seiner viel beachteten Entsch. betreffend den süddeutschen Köhlerhändlerverband (K 434/30, Entsch. Samml. des Reichsverbandes, 9. Jahrg., Heft 4 Nr. 177) sich auf einen vom RW. abweichenden Standpunkt gestellt, indem es die von einem Preiskartell den Händlern der nächsten Stufe auferlegten gleichlautenden Reversbedingungen als Kartellverträge i. S. des § 1 KartV. erklärt hat. Abweichend vom RW. bejaht das KartV. die gesellschaftsähnliche Natur des Reverssystems. Es ist bedauerlich, daß das RW. zu den sich an die Ausführungen Tschierschky's a. a. D.

anlehenden Argumenten des KartellVer. in seiner letzten Entsch. nicht Stellung genommen hat.

2. Die Entsch. behandeln weiter die Frage, wieweit die AusfV. v. 30. Aug. 1930, die MarkenwarenV. v. 16. Jan. 1931 und die PreislenkungsV. v. 8. Dez. 1931 auf Tatbestände des Preisflehrens mit Markenwaren einwirken. Die Entsch. v. 6. Okt. 1931 verneint zunächst mit überzeugender Begr. die Anwendbarkeit der Best. der AusfV. auf Tatbestände der vorl. Art. Dagegen wird in der zweiten Entsch. v. 5. April 1932 die Anwendbarkeit der MarkenwarenV. bejaht mit dem Ergebnis, daß die unter das Anwendungsbereich der V. fallenden Preisbindungen für nichtig und damit auch die Unterbietungsverbote gegen den Außenleiter (Preisflehler) für unzulässig erklärt werden (vgl. über den Einfluß des Kartellnotrechts auf die Frage des Preisflehrens mit Markenwaren: K. Wolff: GewRsch. 1931, 839 ff.; MarkenwarenV. 55; PreislenkungsV. 53; JW. 1931, 3620; RW. 1931, 3620; GewRsch. 1931, 880 ff. u. 792; DW. Seite v. 7. Dez. 1930, 3 II U 185/30). Selbstverständlich werden durch diese grundsätzliche Entsch. nur solche Preisbindungen berührt, bei denen die vorgeschriebenen Preislenkungen nicht durchgeführt sind. Alle anderen Preisbindungen bleiben bestehen und unterliegen auch jetzt noch den Grundsätzen, die das RW. in bezug auf die Un-

würden, denn die Kl. kann weder für sich, noch für ihr Preisbindungssystem insoweit eine Sonderbehandlung beanspruchen.

Schon nach dem bisher Ausgeführten ergibt sich, daß das Preisbindungssystem der Kl. eben nicht „lückenlos“ war. Der VerK. hält aber die Beurteilung des Bekl. auch noch aus einem anderen Gesichtspunkt für gerechtfertigt.

Unstreitig wurde der Bekl. von der Kl. nicht bzw. nicht mehr beliefert, weil er sich an die von ihr festgesetzten Kleinverkaufspreise nicht gehalten hatte. Es war ihm also von der Kl., wie er wußte, der Warenbezug gesperrt. Das BG. sieht nun als erwiesen an, daß M., der um die von der Kl. gegenüber dem Bekl. verhängte Liefersperre wußte, im Auftrag des Bekl. sich für diesen von der Kl. durch bewußt unwahre Angaben solche Ware mit dem beigefügten Preisbindungszettel verschafft habe, um sie alsdann, wie von vorne herein beabsichtigt, sofort dem Bekl. zum Schleuderabfah zu überbringen. Das BG. stellt damit fest, daß der Bekl. sich so die Margarine auf unlauteren, sittenwidrigen Schleichwegen beschafft habe.

Die Rev. rügt nun weiter Übergehung des Vorbringens des Bekl., daß er den Bezug von Margarine von M. eingestellt habe, nachdem er von der Art und Weise, wie M. sich die Ware bei der Kl. verschafft habe, erfahren habe, auch über M. gar keine Margarine mehr bekommen könne, da Kl. diesen nicht mehr beliefere. Es ist richtig, daß der Vordrucker dieses Vorbringens nicht ausdrücklich erörtert hat. Soweit sich aber Bekl. darauf beruft, daß er seinerseits die Verbindung mit M. abgebrochen habe, würde hierdurch angesichts des von dem VerK. festgestellten, gemeinsam verübten unlauteren Verhaltens beider die Wiederholungsgefahr nicht ausgeschlossen. Anders aber verhält es sich hinsichtlich der weiteren Tatsache, daß die Kl. auch M. nicht mehr beliefert und damit diese Bezugsquelle dem Bekl. in der Tat versperrt ist. Daß Bekl. aber sonstwie auf ähnlichen Schleichwegen wie mit M. Ware der Kl. verschafft hätte und verschaffen wolle, ist bislang jedenfalls nicht festgestellt. Da das Preisbindungssystem der Kl. doch kein lückenloses ist, bleibt auch die Möglichkeit offen, daß B. und P. als weiter in Betracht kommende Bezugsquellen die Ware in der Tat ohne Preisbindung erwarben. Die bisherigen Feststellungen reichen deshalb keineswegs zu einer Beurteilung des Bekl. aus. Dazu kommt, daß eine solche auch aus dem soeben erörterten rechtlichen Gesichtspunkt — Verschaffung der Ware auf Schleichwegen — doch wiederum nur dann zugänglich wäre, wenn Kl. ihre Preise entsprechend den Vorschriften der MarkenwarenvD. gesenkt und auch ihren Unterlassungsanspruch dementsprechend umgestellt hätte.

(U. v. 5. April 1932; 192/31 II. — Hamburg.) [Ru.]
 <— RW. 136, 66.)

****37.** § 1 UnlWG.; § 826 BGB.; § 1 KartWD.; § 1 WD. v. 16. Jan. 1931; § 1 WD. v. 26. Juli 1930. Schleudern beim Verkauf einer Markenspirituose.

1. Die Geltendmachung eines Preisunterbietungsverbots bei einer eigenen Spirituosenmarke wird weder durch die KartWD. v. 16. Jan.

zulässigkeit des Preis Schleuderns mit Markenwaren entwickelt hat. — Die Gültigkeit der MarkenwarenvD. wird trotz der von mir MarkenwarenvD. S. 36 (38) geäußerten Bedenken bejaht.

3. In beiden hier zur Entsch. stehenden Fällen war das Reverssystem nach Ansicht des RG. kein lückenloses, weil einigen Kunden erst nach dem Zustandekommen des Kaufvertrages bei Zugang der Ware die Verpflichtung zur Einhaltung der festgesetzten Mindestpreise mitgeteilt worden ist. Wichtig ist dabei, daß das RG. es für rechtlich belanglos hält, daß die Hersteller bei sich bietender Gelegenheit ihre Abnehmer auf die Preisbindung hingewiesen haben. Das RG. betont den schuldrechtlichen Charakter der Preisbindung und verlangt, daß sie zum Bestandteil des einzelnen Kaufgeschäfts gemacht wird. Die rein schuldrechtliche Auffassung der Preisbindungsverträge ist nicht unbedenklich (vgl. R. Wolff: MarkenwarenvD. S. 8, 11 u. T. hier s. h. n. KartWdsch. 1931, 556 ff.).

4. Das Ur. v. 5. April 1932 nimmt zu der Frage Stellung, insoweit die Grundsätze über die Unfittlichkeit des Preis Schleuderns mit Markenwaren auch auf Tatbestände Anwendung finden, wo sich der Preis Schleuderer die Ware auf Schleichwegen beschafft hat. Das RG. nimmt in Übereinstimmung mit dem BG. an, daß der Bekl. sich die Ware auf unlauteren sittenwidrigen Schleichwegen beschafft hat

1931 noch durch die AusfWD. v. 30. Aug. 1930 noch durch sonstige KartWD. verhindert. Autonome Preis- und sonstige Bindungen der zweiten Hand dieser Art fallen auch nicht unter § 1 KartWD., diese ist insofern auch nicht durch § 1 Abs. 3 WD. v. 26. Juli 1930 abgeändert worden.

2. Nicht das Preisunterbieten an sich ist sittenwidrig, auch nicht die Ausnutzung jedes Vertragsbruchs, sondern die Ausnutzung eines Systems, das durch die lückenlose Bindung aller sonstigen Abnehmer den Unterbietenden einen Vorsprung verschafft. Die Lückenlosigkeit muß im Zeitpunkt des Erwerbs der Ware bestehen.

3. Zur Bindung der zweiten Hand können verschiedene Systeme nebeneinander verwandt werden (Reverse, Geschäftsbedingungen auf Bestätigungsschreiben und Rechnungen), wenn sie nur insgesamt die Abnehmer lückenlos ergreifen. Nachträglicher Hinweis auf die Preisbindung ersetzt diese ebensowenig wie Bekanntheit der Händler mit den Bestrebungen des Markenerzeugers. f)

(U. v. 6. Okt. 1931; 76/31 II. — Hamburg.) [Ru.]

Abgedr. JW. 1931, 3662^{4a}.

38. § 1 UnlWG.; §§ 3 Ziff. 1, 4 Ziff. 2 LebMittG. Lebensmittelverfälschung durch den Hersteller v. Lebensmitteln berechtigt die Klage auf Unterlassung und Schadensersatz wegen unlauteren Wettbewerbes nur, wenn der Hersteller damit gegen die guten Sitten verstößt. Dies ist der Fall, wenn die Ware gesundheitschädlich und wenn sie verschlechtert ist oder gegenüber ihren wirklichen Eigenschaften verbessert erscheint.

Das BG. erachtet in dem Betriebe mit einem Salizylzusatz versehenen Dosenröucherlachs durch die Bekl. eine ihnen zur Last fallende sittenwidrige Wettbewerbsbehandlung (§ 1 UnlWG.) weder an sich, noch bei fehlender Deklaration des Zusatzes als gegeben, insofern ein solcher Zusatz bei seinem im Streitfall in Frage kommenden geringen Umfange von 0,06% nicht als gesundheitschädlich anzusprechen sei und auch keine Verfälschung der Ware bedinge, mithin ein Tatbestand i. S. von §§ 3 Ziff. 1 a b, 4 Ziff. 1, 2 LebMittG. nicht vorliege. Da keine Pflicht zur Erklärung des Zusatzes bestehe, entfalle auch der Klagegrund aus § 3 UnlWG. Demgemäß sei auch ein Anspruch aus §§ 823, 826, 1004 BGB. zu verneinen. Die Angriffe gegen diese Erwägungen sind nicht begründet.

Zutreffend geht das angef. Ur. davon aus, daß für die Frage eines sittenwidrigen Verhaltens der Bekl. die Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen das LebMittG. in erster Linie entscheidend sei. Bedingt die Zuwiderhandlung gegen ein gesetzliches Verbot damit auch nicht schon an sich einen Verstoß gegen die guten Sitten (§§ 134, 138 BGB.; RG. 89, 199¹⁾), so kann ein solcher zweifellos gegeben sein, wenn im geschäftlichen Verkehr mit Lebensmitteln ein Wettbewerber sich dadurch Absatzvorteile vor seinen Mitbewerbern bei der Kund-

¹⁾ JW. 1917, 354.

und deshalb auch dann gem. § 1 UnlWG. mit der Unterlassungsklage zu belangen sei, wenn das Preisbindungssystem ein lückenloses ist. Die Entsch. dieser Frage ist jedenfalls in ihrer Verallgemeinerung bedenklich. Die Reversverträge enthalten häufig Klauseln, durch die bestimmte Abnehmerkategorien (z. B. Straßenhändler, Genossenschaften, Groß-Detaillisten) vom Bezug der preisgebundenen Ware gänzlich ausgeschlossen sind oder auf Verlangen des Reversberechtigten ausgeschlossen werden können. Solche Ausschließungsklauseln sind gemeinhin nicht unfittlich, sondern grundsätzlich rechtlich zulässige Waffen im Wettbewerbskampf. Andererseits scheint es mir aber im Gegensatz zu der vom RG. schon im sog. Dudenfall (RG.: JW. 1929, 249) vertretenen Auffassung nicht richtig, von dem in Abwehrstellung gegen solche Bezugs Sperren befindlichen Händler zu verlangen, daß er eine Preisbindung respektiert, deren Spitze sich gegen ihn selbst kehrt. Es muß deshalb jeweils geprüft werden, ob dem Außenleiter zuzumuten war, die Preisbindung zu respektieren (vgl. R. Wolff, MarkenwarenvD. S. 24 ff.).

Rd. Dr. Reinhold Wolff, Berlin.

schaft zu verschaffen sucht, daß er zum Schutze der Verbraucher gegen Gesundheitsgefährdung oder Übervorteilung erlassenen gesetzlichen Best. zuwiderhandelt. Klaggrund bleibt freilich auch in diesem Falle stets nur das Verhalten des Gegners i. S. von § 1 UnlWG., nicht die Verletzung des LebMittG. als solche, so daß für die Frage der Sittenwidrigkeit des Wettbewerbs die sittliche Auffassung des in Frage kommenden Verkehrskreises vor allem in Betracht zu ziehen ist (RG. 120, 51²⁾).

Für die Zuwiderhandlung gegen das LebMittG. sind zwei Gesichtspunkte wesentlich, der der Gesundheitsgefährlichkeit des Salizylzusatzes und der der durch ihn angeblich bedingten Verfälschung der Ware (§§ 3 Ziff. 1, 4 Ziff. 1, 2 LebMittG.). Diese würden auch die maßgebenden sein, soweit für die Beurteilung des Falles etwa das früher in Geltung gewesene NahrMittG. (§§ 10, 12 Ziff. 1) mit in Betracht zu ziehen sein sollte. Was zunächst die Frage anlangt, ob der Genuß des von den Bekl. in Verkehr gebrachten Räucherlases die menschliche Gesundheit zu schädigen geeignet sei, so wird diese an sich keine tatsächliche, unter Würdigung des Prozeßgutachten und des umfangreichen von den Parteien beigebrachten Materials getroffene Feststellung von der Rev. vergeblich bekämpft. Daß in Deutschland gesunde Best. über den Zusatz von Salizylsäure zu Fischwaren nicht bestehen, ist der Grund für die über die Zulässigkeit eines derartigen Zusatzes in den Fachkreisen bestehende weitgehende Meinungsverschiedenheit. Die Frage kann daher nur von Fall zu Fall entschieden werden, und die Gesichtspunkte, aus denen heraus das BG. seine Entsch. trifft, sind rechtlich in keiner Weise zu beanstanden. Völlig zutreffend geht es dabei bezüglich des Genußes des in Betracht kommenden Nahrungsmittels von den Lebensverhältnissen der gefunden, normalen, erwachsenen Menschen aus; denn, soweit sich ein Lebensmittel nicht gerade an den Bedarf eines bestimmten Personenkreises wendet, kann seine Gesundheitsgefährlichkeit nur auf Grund der körperlichen Konstitution der Durchschnittsmenschen beurteilt werden (§ 3 Anm. 5, 6 z. LebMittG. bei Stenglein, Strafr. NebGes.; RGSt. 31, 299). Kindern oder Kranken können auch gesundheitlich einwandfreie Lebensmittel zum Schaden gereichen, wie auch der übertriebene Genuß irgendeines harmlosen Lebensmittels selbst beim gesunden Menschen leicht zu Gesundheitsstörungen führen kann. Es ist daher kein Rechtsverstoß des BG., wenn es bei Betrachtung des Falles diese besonderen Verhältnisse, auf die die Ware der Bekl. nicht berechnet ist, unberücksichtigt gelassen hat.

Ebenjowenig durchschlagend sind die Gründe, aus denen die Rev. die Feststellung des BG., daß auch eine Verfälschung der Ware nicht anzunehmen sei, angreift. Daß, wie die Rev. meint, der Zusatz von Salizylsäure schon um seiner Fremdartigkeit willen verfälschend wirke, trifft nicht zu, und wird auch im angef. Ur. nicht gefagt. Entscheidend für den Tatbestand der Lebensmittelverfälschung ist vielmehr, ob die mit der Ware vorgenommene Veränderung sie verschlechtert oder mindestens gegenüber ihrer wirklichen Beschaffenheit als besser erscheinen läßt (Stenglein a. a. D. § 4 Anm. 4; RGSt. 6, 53; 12, 98). Die Frage, ob ein Zusatz danach verfälschend sei, kann, wie es die Vorinst. richtig tut, nur einerseits aus den Verkehrsanschauungen der beteiligten Hersteller- und Handelskreise, sofern diese nicht mißbräuchlich sind, andererseits aus der, sei es auch rein gefühlsmäßigen, Auffassung der Verbrauchererschaft entnommen werden (RGSt. 63, 60; JW. 1903, 140; 1908, 600). Ob § 4 Ziff. 2 LebMittG. den Zweck der Täuschung in Handel und Verkehr voraussetzt, ist dabei gleichgültig. Die Rücksichtnahme auf die Anschauungen des Verkehrs läßt sich bei der Beurteilung der Verfälschungsfrage um so weniger beiseite setzen, als das für die Klage bestehende Erfordernis der Sittenwidrigkeit des beanstandeten Wettbewerbs gerade auch auf die sittlichen Auffassungen der beteiligten Verkehrskreise abstellt.

(U. v. 13. Nov. 1931; 99/31 II. — Köln.)

[Ru.]

39. § 1 UnlWG.; §§ 138, 305, 328, 826 BGB.; §§ 1, 9 KartWD.; §§ 259, 890 ZPO. Autonomer Preisschutz und Kartellrecht. Preisschutz und Sittenwidrigkeit. Zulässigkeit der auf Vertrag

gestützten Unterlassungsklage als Geltendmachung des Erfüllungsanspruches. Zulässigkeit der Preisschutzbindung mit der Wirkung aus § 328 BGB.†)

Die Bekl. handelt mit Kraftwagenzubehör. Sie hat in ihrem Geschäftsbetrieb von der C. C. C., GmbH. in H. (CCC), käuflich deren „Continental“-Kraftwagen-Aufstreifen geliefert erhalten. Die CCC. hat im Dezember 1929 mit einer großen Anzahl anderer Fabriken, die sich mit der Herstellung von Kraftwagenreifen befassen, vertragliche Vereinbarungen zur „Regelung des Kraftwagengeschäftes für 1930“ getroffen, und zwar, wie es unter § 1 des „Reifenvertrages“ heißt, mit dem Zweck, „den Handel mit Kraftwagenreifen in wirtschaftlich gefunden Bahnen zu erhalten“. Die Vereinbarungen sollten vom 1. Jan. 1930 bis 31. Dez. 1930 gelten. Sie traten an die Stelle des sog. „Kraftwagenreifenvertrages von 1929“, der bis 31. Dez. 1929 galt und zwischen den „Vertragsfabriken“ einerseits, dem Kl. und der Vereinigung Deutscher Gummireifen-Händler und Reparateure e. V. in B. andererseits abgeschlossen worden war. Die Abmachungen für 1930, an denen mehr als zwanzig Reifenfabriken beteiligt waren, bestimmen u. a., daß als Wiederverkäufer ab 1. Jan. 1930 nur solche Personen und Firmen anzusehen seien, die auf Grund einer Prüfung bereits in die Wiederverkäuferliste aufgenommen seien oder noch auf Grund eines sog. „Anerkennungsverfahrens“ aufgenommen würden, daß jener Kraftwagenreifen zu Wiederverkaufspreisen und Wiederverkaufsbedingungen — wie sie in den Anlagen II und III des Vertrages als „einheitliche und bindende“ niedergelegt sind — nur an Personen und Firmen geliefert werden dürften, die zu den im Vertrag genannten gehören; es folgen Vorschriften über das Verbot von Sondervergünstigungen, über Zahlungsbedingungen für Wiederverkäufer und sog. Großverbraucher, über die Erledigung von Erfüllungsansprüchen, über sog. Sonderverkäufe, über „einheitliche Wiederverkaufsbestimmungen“; bezüglich der letzteren heißt es, daß sich die „Vertragsfabriken“ verpflichten, einheitliche Wiederverkaufsbestimmungen, wie sie die einen Bestandteil des Vertrages bildende Anlage II enthalte, für die Wiederverkäufer ihrer Kraftwagenreifen festzulegen. Aus den Bedingungen für Wiederverkäufer ist zunächst hervorgehoben, daß jede Vertragsfabrik in der Festsetzung der Preise ihrer Verkaufspreislisen (sog. Bruttolistenpreise) frei sei; festgelegt sind aber wieder die Rabattsätze der Wiederverkäufer, deren Jahresumsatzprämie und der Kassakonto; die Umsatzprämie ist nach der Höhe des Umsatzes gestaffelt (0—12½%), der Wiederverkäuferabatt auf 20% festgesetzt. Die „Verbraucher“-belieferung ist den Wiederverkäufern vorbehalten mit Ausnahme der sog. Großverbraucher, die von den Fabriken selbst unmitttelbar, und zwar mit Rabatten zwischen 5 und 30% beliefert werden dürfen. Im Gegensatz zu dem Kraftwagenreifenvertrag von 1929 enthält der Vertrag von 1930 über einen Preisschutz ausdrücklich nichts. Nach der die Regelung des Kraftwagenreifen-Geschäfts für 1930 betreffenden Nr. 8 der „Schriftenreihe“ des Kl. wäre dies absichtlich geschehen und sollte es jeder einzelnen Verbandsfabrik freistehen, ob

Zu 39. Das interessante Urteil, dem in allen Dingen zuzustimmen ist, hat grundsätzliche Bedeutung. Die Klage richtet sich gegen einen reversgebundenen Abnehmer wegen vertragswidriger Preisunterbietung und geht auf Unterlassung und Zahlung einer Vertragsstrafe. Die reversberechtigte Firma (CCC.) ist ihrerseits Mitglied eines Fabrikantenkartells. Dabei ist aber zweierlei wichtig. Einmal enthält dieses Fabrikantenkartell keine Bindung bezüglich der eigentlichen Verkaufspreise. Vielmehr beschränkt sich die Kartellbindung hinsichtlich des Abzuges darauf, daß einmal nur an anerkannte Wiederverkäufer zu den festgesetzten einheitlichen Wiederverkaufspreisen und Wiederverkaufsbedingungen verkauft werden darf. Dabei sind aber nicht die Verkaufspreise an die Wiederverkäufer selbst festgelegt, sondern nur die Höhe der Rabattsätze, der Jahresumsatzprämien und der Kassakonten, die den Wiederverkäufern gewährt werden dürfen. Auch für den Absatz an die sog. Großverbraucher sind die Rabattsätze festgelegt. In der Best. der Verkaufspreise selbst, auch den Wiederverkäufern und Großverbrauchern gegenüber, ist aber jede Vertragsfabrik frei. Es handelt sich also hier nicht um ein Kartell mit voller Preisbindung,

²⁾ JW. 1928, 1218.

sie Preisunterbietungen mit ihren Fabrikaten dulden wolle oder nicht und welche Maßnahmen von ihr gegebenenfalls gegen Preisunterbietungen ergriffen werden sollten.

Dem Reifenvertrag für 1930 sind als Anlagen und Bestandteil angehängt „Die Wiederverkaufsbestimmungen“ (Anl. II) und „Einheitliche und bindende Lieferungs- und Zahlungsbedingungen sowie Mängelhaftung“ (Anl. III). Die CCC. hat nun für ihre Reifen den „Preisschutz“ eingeführt. Sie hat Preislisten mit den fraglichen Preisbestimmungen, Verkaufspreisen und Lieferungsbedingungen Ende Dezember 1929 an ihre Abnehmer, darunter auch die Bekl., versandt; diese hat die Preislisten entgegengenommen und daraufhin Reifen von der CCC. bezogen. Sie hat weiter den Verpflichtungsschein der CCC. (Revers) über deren Preisschutz am 31. Jan. 1930 unterschrieben und der CCC. übersandt. Der Schein enthält die Verpflichtung, beim Verkauf der Reifen der CCC. die von dieser festgesetzten Verkaufspreise streng einzuhalten, sie weder direkt noch indirekt zu unterbreiten, bei Veräußerung an Wiederverkäufer den letzteren dieselbe Pflicht aufzuerlegen und als Wiederverkäufer nur solche Personen und Vereinigungen zu behandeln, deren Eigenschaft als „Branchenhändler“ der CCC. mit Sicherheit bekannt sei. Im Falle eines Verstoßes gegen den Preisschutz sollte die CCC. berechtigt sein, die weitere Belieferung mit Reifen zu verweigern und von getätigten Abhängen zurückzutreten. Sodann folgende nachstehende weitere Klauseln: „Bei einem Verstoß . . . verfallen wir ferner in eine Vertragsstrafe von 50% des für die vertragswidrig gelieferte Ware vorgeschriebenen Verkaufspreises, mindestens in Höhe von 500 RM, deren Angemessenheit anerkannt und auf deren richterliche Herabsetzung verzichtet wird. Alle über diesen Anspruch auf Vertragsstrafe hinausgehenden Ansprüche Ihrerseits, insbesondere auf Unterlassung bleiben durch die Zahlung der Vertragsstrafe unberührt. . . Der Inhalt dieser Urkunde wird mit unmittelbarer Rechtswirkung gemäß § 328 BGB. zugunsten des . . . Verbandes . . . B. übernommen.“

In der Folge hat die Bekl. unter dem 13. Febr. 1930 an Kunden folgende Rundschreiben versandt: „Vertrauliche Preise! Auch in diesem Jahr möchten wir Ihnen im Vertrauen auf Ihre Verschwiegenheit ein Vorzugsangebot in Autobereifung unterbreiten . . . Autobereifung in- und ausländischer Fabrikate, nur fabrikkrische Ware erster Wahl . . . zu den Originalfabrikpreisen abzüglich 20% Rabatt und 2% Kassastonko.“ Nach der Behauptung des Kl. hat die Bekl. ferner im Februar 1930 und im März 1930 Preisschutzware der CCC. unter dem Listenpreis verkauft. Gestützt hierauf und auf den Verpflichtungsschein sowie den Preislistenvermerk und den Inhalt des Preisschutz-Rundschreibens der CCC. v. 31. Dez. 1929 hat der Kl. beantragt, die Bekl. zu verurteilen, 1. es bei Strafvermeidung zu unterlassen, die Kraftwagenreifen der CCC. unter den von ihr festgesetzten Kleinverkaufspreisen (Bruttolistenpreisen) zu verkaufen, anzubieten und feilzuhalten; 2. an ihn . . . RM (Vertragsstrafe) nebst 10% Zinsen hieraus seit 1. Mai 1930 zu bezahlen. Die Bekl. hat Klageabweisung beantragt und Widerklage dahin erhoben: festzustellen, daß dem Kl. auf Grund der von den Parteien des Kraftwagenreifenvertrags für 1930

den Abnehmern auferlegten Lieferungs-, Zahlungs- und Preisschutzbestimmungen und aus der Unterzeichnung des Reverses v. 31. Jan. 1930 durch die Bekl. keinerlei Rechte irgendwelcher Art gegen sie zustehen. Sie bestreitet insbes. die Sachberechtigung des Kl., hält Preisschutz-, Zahlungs- und Lieferungsbedingungen wegen sittenwidriger Knebelung, wucherischer Ausbeutung unter mißbräuchlicher Ausnützung der wirtschaftlichen Machtstellung der Reifenfabriken für nichtig, macht geltend, daß dem Unterlassungsanspruch überhaupt die Grundlage fehle, daß endlich von ihr gegen die Preisschutzklauseln nicht verstoßen sei.

Das RG. hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben, das RG. ungekehrt unter Abweisung der Widerklage dem Klageantrag gemäß erkannt. Die Rev. ist zurückgewiesen worden.

1. Das RG. hat vorab geprüft, ob die Ansprüche des Kl. mit Erfolg aus Vertrag hergeleitet werden können, eine Rechtsgrundlage, die für den Vertragsstrafanspruch auch allein nur in Betracht kommen kann. Es gelangt zur Bejahung dieser Frage, indem es einmal den Verpflichtungsschein v. 31. Jan. 1930, sodann die widerprückslose Entgegennahme sowohl des Rundschreibens der CCC. v. 31. Dez. 1929, wie deren Preisliste Nr. 15 v. 2. Jan. 1930, und zwar die beiden letzteren Tatumstände je im Zusammenhalt mit nachfolgendem Warenbezug bei der CCC. als selbständige vertragliche Verpflichtungsgründe gelten lassen will.

Es ist anerkanntes Rechts, daß, wenn ein Kaufmann einem anderen seine Geschäftsbedingungen unter dem Hinweis darauf mitteilt, daß sie für künftige Geschäfte maßgeblich sein sollten, und alsdann der andere Teil, ohne Widerspruch dagegen zu erheben, mit ihm solche Abschlüsse tätigt, die mitgeteilten Geschäftsverbindungen stillschweigend mangels anderweiter Vereinbarung Bestandteil der einzelnen Verträge geworden sind. Im übrigen kommt es hier darauf gar nicht an. Denn auf alle Fälle wäre die Bekl. durch den Verpflichtungsschein v. 31. Jan. 1930 vertraglich auf die Preisschutzbestimmungen verpflichtet, falls diese Bindung nicht etwa aus anderen Rechtsgründen entfiel. Gewiß würde eine einseitige Verpflichtungserklärung der Bekl. zur Herbeiführung einer solchen Bindung nicht ausreichen. Es bedarf hierzu vielmehr in aller Regel, weil es sich um die Begründung schuldrechtlicher Verpflichtungen handelt, der Vertragsform. Sie ist aber gewahrt. Es liegt ein sog. Reversvertrag vor, wie er gerade bei preisgebundenen Waren vielfach üblich ist (s. hierüber auch R. Jay: KartAbsch. 1927, 102 ff.; Blum ebenda S. 383 ff.). Die CCC. hat unbestrittenmaßen die Übernahme der „Reversverpflichtungen“ durch Unterschrift des entsprechenden Formulars von der Bekl. gefordert, und letztere ist diesem Verlangen durch Übersendung des von ihr unterschrieben vollzogenen Scheins nachgekommen. Durch Antrag und Annahme ist so der „Revers“vertrag abgeschlossen worden. Etwas anderes will auch das RG. damit nicht sagen, wenn es ausführt, als für die Bekl. bindende Vereinbarung sei vorab der von ihr unterschriebene Verpflichtungsschein zu bezeichnen. Daß die CCC. die Übersendung des unterzeichneten Verpflichtungsscheins als rechtsgeschäftlich bindende Verpflichtung der Bekl. auf Einhaltung

rechtlicher Bindung beruht, sondern der autonom von dem Kl. nach seinem Belieben geschaffenen ist.

Das RG. prüft nun mit Recht zuerst die Frage, ob ein rechtsgültiger Reversvertrag mit der Bekl. zu bezeichnen ist. Dabei nimmt das RG. zunächst mit Recht an, daß jedenfalls die Vertragsbasis i. S. von Antrag und Annahme gegeben ist. Es kam dann aber weiter in Betracht, ob dieser Reversvertrag nicht selbst als Kartell anzusehen ist, und daher den Best. der KartV. unterlag. Die Bekl. hatte in dieser Beziehung Verletzung des § 3 KartV. geltend gemacht, und daraus die Nichtigkeit der Reversabrede herleiten wollen. Das RG. verneint mit Recht den Kartellcharakter derartiger autonomer Preisschutzsysteme, allerdings mit Beschränkung auf den Rechtszustand, wie er zur Zeit der Erlassung des angegriffenen Urts. vorlag. Damit sollte offenbar gesagt sein, daß für die Beurteilung des konkreten Falles die KartV. noch nicht in Betracht kam. Es ist nun zunächst durchaus richtig, daß jedenfalls nach der KartV. derartige autonome Revers- und Preisschutzsysteme nicht ihrerseits als Kartelle anzusehen sind, und zwar deswegen, weil sie nicht selbst geschäfts-

sondern um ein Konditionenkartell, bei dem auch die den Wiederverkäufern und Großverbrauchern zu gewährenden Rabatte und sonstigen Vergünstigungen einheitlich festgesetzt sind. Ferner ist wesentlich, daß der maßgebende Vertrag von 1930 nichts über einen Preisschutz enthält, weder in dem Sinne, daß ein Kartellmitglied verpflichtet ist, für seinen Absatz einen Preisschutz durchzuführen, noch in dem Sinne, daß die anderen Kartellmitglieder sich ihrerseits zu Schutzmaßnahmen verpflichten, wenn ein Abnehmer eines Kartellmitgliedes die mit ihm vereinbarten Preisbindungen nicht einhält. Es steht vielmehr im Belieben der Kartellmitglieder, ob sie für ihren Absatz einen Preisschutz einrichten wollen. Soweit ferner ein solcher Preisschutz von einem Kartellmitglied geschaffen wird, hat ein Verstoß gegen einen solchen Preisschutz auch keinen Ausschluß des verstoßenden Abnehmers vom Verbandsverkehr zur Folge. Es hatte auch nur ein Teil der Mitglieder für seinen Absatz einen solchen Preisschutz eingeführt. Zu diesen gehört auch die CCC. Daraus ergibt sich zunächst, daß es sich bei dem Reverssystem der CCC. um einen sog. autonomen Preisschutz handelt, also um einen Preisschutz, der nicht auf kartell-

der Preisbeschützbestimmungen gefordert und entgegengenommen hatte, kann füglich nicht in Zweifel gezogen werden. — Wieso es alsdann noch an dem Erfordernis vertraglicher Einigung fehlen sollte, ist nicht ersichtlich.

2. Soweit die Rev. unter Bezugnahme auf § 9 KartW.D. ausführt, daß Sperren und ähnliche Maßnahmen auf Grund von Verträgen oder Beschlüssen der in § 1 KartW.D. bezeichneten Art nur mit vorheriger Genehmigung des Vorsitzenden des KartGer. zulässig werden dürften, ist dem entgegenzuhalten, daß es sich hier nur um den Anspruch auf Unterlassung der Preisunterbietung und den Vertragsstrafenanspruch handelt; weder für den einen noch den anderen dieser Ansprüche treffen die Voraussetzungen des § 9 KartW.D. zu; dies gilt insbes. auch für den Vertragsstrafenanspruch (siehe hinsichtlich des letzteren auch RG. 122, 260 ff.: JW. 1929, 1243).

Verfehlt ist ferner, wenn die Rev. hinsichtlich der Preisbeschützbestimmungen des Reverses, auf den die Kl. sich in erster Linie stützt, Verletzung des § 3 KartW.D. rügt und daraus etwa die Nichtigkeit der Reversabrede herleiten will.

Gewiß stellt der sog. Kraftwagenreisenvertrag für 1930 einen Kartellvertrag i. S. des § 1 KartW.D. dar, weil er Verpflichtungen über die Handhabung des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen usw. enthält. Das hat der Kl. auch gar nicht bestritten. Wohl aber hat er sich dagegen gewendet, daß der Preisbeschütz Gegenstand solcher Bindungen sei und habe sein sollen. Das RG. hat diese Frage geprüft und sie verneint, insbes. auch in der Richtung verneint, daß insoweit etwa eine stillschweigende Verpflichtung der Beteiligten vorliege. Es hat das Nichtbestehen kartellmäßiger Abreden insoweit insbes. aus der un widersprochen gebliebenen Behauptung des Kl. gefolgert, daß von den sechszwanzig am Kartellvertrag beteiligten Unternehmern nicht weniger als acht Unternehmer einen Preisbeschütz überhaupt nicht eingeführt hätten. Diese Erwägung liegt auf rein tatsächlichem Gebiet. Sehr wohl konnte aus diesem Verhalten eines erheblichen Teils der Kartellmitglieder geschlossen werden, daß die Nichteinbeziehung des Preisbeschützes in den schriftlichen Kartellvertrag allen Ernstes eben deshalb und nur deshalb erfolgt ist, weil insoweit dem einzelnen Kartellteilnehmer völlig freie Hand gelassen wurde, der Preisbeschütz also in der Tat von den Kartellbindungen nicht ergriffen werden sollte. Dazu kommt, daß in dem Kraftwagenreisenvertrag ganz unzweideutig und ausdrücklich bestimmt ist, daß in der Festsetzung der Preise der Verkaufspreislisten jede Vertragsfabrik frei sein sollte. Was die Rev. dagegen vorbringt, liegt auf rein tatsächlichem Gebiet. Mit der Frage der Anwendbarkeit des § 3 KartW.D. nicht zu verwechseln ist die weitere Frage, ob etwa solche Reversbindungen, wie sie die CCC. von ihren Abnehmern verlangt, an und für sich schon unter § 1 KartW.D. fallen, sei es, daß etwa der Vertrag

zwischen der CCC. als Unternehmerin und dem einzelnen Abnehmer über die Preisbindung und den Preisbeschütz oder etwa die Gesamtheit der von ihr mit ihren Abnehmern geschlossenen Verträge als Kartellverträge oder kartellähnliche Abreden i. S. des § 1 KartW.D. anzusehen sind. Beides ist indessen jedenfalls für den Rechtszustand, wie er zur Zeit der Erlassung des angegriffenen Urteils vorlag, zu verneinen (s. a. Fran-Tschierschky, Anm. 8 zu § 1 KartW.D.; derselbe: KartRdsch. 1927 D. 106; Blum ebenda S. 387 und KartRdsch. 1931, 245 ff. (249) sowie über den Kartellbegriff i. S. des § 1 KartW.D. RG. 114, 262 = JW. 1926, 2912; siehe jetzt: § 1 Abs. 3 der W.D. des Präsr. zur Behebung finanzieller Notstände vom 26. Juli 1930 (RGBl. 328) und hierzu u. a. Wolff, KartNotW.D. S. 25ff. einerseits, Blum: KartRdsch. 1931, 249 ff. andererseits).

3. Die Rev. rügt sodann, daß der Vorderrichter zu Unrecht die Sittenwidrigkeit der Vertragsabrede verneint habe. — Auch diesem Revisionsangriff war im Ergebnis der Erfolg zu versagen.

Das RG. hat aus dem Umstand, daß die am Abschluß des Kraftwagenreisenvertrages beteiligten Fabriken zu einem nicht unwesentlichen Teil den Preisbeschütz nicht eingeführt, wohl aber die sonstigen dort für den Geschäftsverkehr mit den Abnehmern festgelegten Bestimmungen übernommen haben, gefolgert, daß die Preisbeschützbestimmungen selbst trotz des „wirtschaftlichen“ Zusammenhangs mit den übrigen Geschäftsbedingungen keineswegs eine „rechtliche Einheit“ mit diesen bilden, vielmehr an und für sich auch dann, wenn die sonstigen Geschäftsbedingungen aus irgendwelchen Gründen als sittenwidrig zu erachten wären, für sich allein Rechtsbestand haben könnten und hier Rechtsbestand hätten, demnach den Klageansprüchen, die sich vorab nur auf die Preisbeschützabrede stützten, durch eine etwaige Nichtigkeit der übrigen Geschäftsbedingungen der Rechtsboden noch nicht entzogen wäre. Dagegen wendet sich die Rev. in erster Linie. Sie ist vorab der Meinung, daß Preisbeschütz und Revers nicht als selbständige Verträge, sondern in rechtlicher Hinsicht nur in Verbindung mit dem Kartellvertrag gewürdigt werden könnten, weil sie einzig und allein in diesem ihre wirtschaftliche und rechtliche Grundlage besäßen. Dies folge allein schon, wie die Rev. meint, aus dem viertletzten Absatz der übereinstimmenden Lieferungsbedingungen, worin es heiße: „Wir haben ferner das Recht, eine Weiterbelieferung mit Kraftwagenreisen von der Unterzeichnung eines Reverses abhängig zu machen, der den Wiederverkäufer durch diese ihm ohnehin obliegende Verpflichtung erneut festlegt.“ Durch diese „authentische“ Erklärung der Vertragsfabriken sei der Zusammenhang des Preisbeschützes mit dem Kartellvertrag ausdrücklich zugegeben; ein wesentlicher Bestandteil des letzteren seien aber die in Anlage II dem Kartellvertrag beigelegten und in seinem § 9 ausdrücklich in Bezug genommenen Wiederverkaufs-

mäßige, geschweige denn verbandsmäßige Organisationen darstellen. Sowohl das KartG. wie das RWG. neigen allerdings dazu, auch solche Reverssysteme bereits als Kartelle i. S. der KartW.D. anzusehen, verkennen aber dabei den Kartellbegriff, wie er der KartW.D. zugrunde liegt (vgl. hierzu auch meine Ausführungen über den Begriff des Kartells und der Kartellbindung in der KartW.D. und in der KartNotW.D. in dem soeben erscheinenden Bd. II von Düringer-Sachenburg, Allg. Einl. Num. 378 ff.). Um so wichtiger ist es, daß nun auch das RG. den Kartellcharakter solcher autonomen Preisbeschützsysteme jedenfalls für den Rechtszustand vor Inkrafttreten der KartNotW.D. verneint, nachdem auch schon das RG. (31. Sen.) in seiner Entsch. v. 25. Juni 1931 (KartRdsch. 1931, 506 ff.) sich auf den gleichen Standpunkt gestellt hat. Da für den vorliegenden Fall lediglich der Rechtszustand vor Inkrafttreten der KartNotW.D. in Betracht kam, brauchte nicht erörtert zu werden, ob etwa nach Inkrafttreten der KartNotW.D. derartige autonome Preisbeschützsysteme als Kartelle anzusehen sind. Dies hängt von der Frage ab, ob die KartNotW.D. eine Erweiterung des Kartellbegriffs auch i. S. der KartW.D. gebracht hat. In Betracht kommt in dieser Beziehung die Vorschr. des § 1 Abs. 3 KartNotW.D., wonach als Verträge i. S. des § 1 KartW.D. auch solche Verträge gelten sollen, durch die sich mehrere selbständige Unternehmen, die der gleichen Wirtschaftsstufe angehören, einzeln gegenüber anderen in bezug auf die Art der Preisfestsetzung oder der Forderung von Preisen zu einem bestimmten Verhalten verpflichten. Mit dieser Vorschr. ist zunächst zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht, daß jedenfalls für das

Anwendungsgebiet der KartNotW.D. der Kartellbegriff dahin erweitert ist, daß sich die Best. der KartNotW.D. auch auf die Preisbindungen der weiteren Wirtschaftsstufe, also auf die sog. Preisbindungen der zweiten Hand beziehen, mag nun das Preisystem von einer Kartellorganisation als Reversberechtigten oder doch Durchführungsberechtigten ausgehen (kartellmäßiger Preisbeschütz) oder von Einzelunternehmungen oder Konzernen unter Verankerung in einer Kartellorganisation (autonomer Preisbeschütz). In beiden Fällen sind jetzt nach Inkrafttreten der KartNotW.D. jedenfalls die Eingriffsmöglichkeiten der KartNotW.D. gegeben. Damit ist aber nicht gesagt, daß solche Preisbindungen der zweiten Hand nun auch als Kartelle der KartW.D. anzusehen sind. Schon das RG. hat in seiner oben zitierten Entsch. v. 25. Juni 1931 (KartRdsch. 1931, 506 mit Anmerkung von Höffener und Blum) diese Frage verneint, indem es aus der Eingliederung des Abs. 3 des § 1 eben als dritten Absatz dieses Paragraphen schließt, daß diese Begriffsweiterung nur für den Geltungsbereich der ersten beiden Absätze des Paragraphen gelten soll, daß aber damit nicht darüber hinaus der Begriff des Kartellvertrages auch für den Geltungsbereich der KartW.D. erweitert werden sollte. Dieser Auffassung hat sich neuerdings auch das RG. in seinem Urte. v. 6. Dez. 1931, II 76/31, angeschlossen. Danach ist, auch was den heutigen Rechtszustand anbelangt, davon auszugehen, daß Preisbindungen zweiter Hand zwar dem Eingriff auf Grund der KartNotW.D. unterliegen, dagegen nicht Kartellverträge i. S. der KartW.D. sind. Die Frage ist einmal wichtig wegen der für Kartellverträge der KartW.D. gem. § 1 erforderlichen Schriftform.

Bestimmungen; seien letztere ungültig, so gelte gleiches auch für die Bestimmungen über den Preischutz, weil diese wiederum ein wesentlicher Teil der vertraglich vereinbarten Wiederverkaufsbestimmungen seien; dieselbe Rechtsfolge ergebe sich ohne weiteres sinngemäß aus § 139 BGB, wonach die Nichtigkeit des Teils eines Rechtsgeschäfts die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts nach sich ziehe; nach Lage der Sache könne nicht angenommen werden, daß die vertragsschließenden Teile die Preischutzvereinbarungen ohne die Wiederverkaufsbestimmungen bzw. den Kartellvertrag getroffen haben würden.

Gegenüber diesen Ausführungen der Rev. ist zunächst darauf hinzuweisen, daß die von ihr vorstehend mitgeteilte Klausel weder in dem Kraftwagenreifenvertrag selbst noch in dessen Anlagen steht, vielmehr enthalten beide von einem Preischutz und einer Reversverpflichtung darauf gerade nichts. Insofern ist auf die unter Ziff. 2 gemachten Ausführungen zu verweisen. Die Klausel, welche die Rev. im Auge hat, findet sich vielmehr in dem Rundschreiben der CCC. v. 31. Dez. 1929, das sich aber eben nur mit dem Preischutz befaßt und in den Preischutzbestimmungen der CCC. selbst (s. die Preisliste Nr. 15 vom v. 2. Jan. 1930); dort sind aber gerade die „autonomen“ Preischutzbestimmungen unter der Überschrift „Preischutz für Continentale Kraftwagenreifen“ den vorangehend mitgeteilten „Einheitlichen und bindenden Lieferungs- und Zahlungsbedingungen, sowie Mangelhaftung für Kraftwagenluftreifen 1930“ gegenübergestellt. Damit kommt klar und deutlich zum Ausdruck, daß es sich bei der Reversklausel hinsichtlich des Preischutzes und diesem selbst eben nicht um eine auf Grund und in Erfüllung der Kartellbindungen übernommene, sondern um von der CCC. in eigener freier Entschliessung aufgestellte Einzelbedingungen, d. h. eben um einen sog. autonomen Preischutz handelt. Grundsätzliche Bedenken gegen die Zulässigkeit vertraglicher Preisbindungen der zweiten und weiteren Hand bestehen nicht, soweit sich diese Bindungen nur im Rahmen des allgemeinen Rechts halten. Wie ebenfalls schon ausgeführt, handelt es sich bei dem Revers, auf den Kl. seine Ansprüche vorab stützt, um einen schuldrechtlichen Vertrag, nach welchem sich die Bekl. der CCC. gegenüber verpflichtet hat, hinsichtlich des Weiterverkaufs von deren Kraftwagenreifen — der Preischutz bezieht sich nur auf Waren der CCC. — bestimmte Bedingungen einzuhalten, bestimmte Handlungen zu unterlassen, im Falle der Zuwiderhandlung auch eine Vertragsstrafe zu zahlen. Dieser „Revers“vertrag hat gegenüber dem Kartellvertrag, wie auch den zum Bestandteil der einzelnen Kaufverträge gewordenen sonstigen Geschäftsbedingungen rechtlich selbständigen Charakter. Er wird insbes. nicht ohne weiteres hinjällig, wenn jene anderen Bedingungen, sei es überhaupt, sei es in einzelnen Teilen wegen Verstößes gegen zwingendes Recht, insbes. besondere § 138 BGB. für nichtig zu erachten wären. —

Würden autonome Preischutzsysteme als solche unter die Kartell-Bestimmungen fallen, so wäre für sie die praktisch kaum durchführbare Schriftform erforderlich. Im vorliegenden Falle hat es sich nicht um die Frage der Schriftform gehandelt, sondern um die Verletzung des § 3 Kartell-BD., die das RG. aus den angegebenen Gründen verneint. Auch einen weiteren kartellrechtlichen Einwand der Bekl. hat das RG. mit Recht abgelehnt. Die Bekl. hatte nämlich geltend gemacht, daß das Vorgehen der Kl. eine genehmigungspflichtige Sperre i. S. des § 9 Kartell-BD. sei und daher der vorherigen Genehmigung des Vorsitzenden des Kartell-BD. bedürftig hätte. Demgegenüber führt das RG. zutreffend aus, daß jedenfalls die geltend gemachten Klageansprüche, nämlich der Unterlassungsanspruch und der Vertragsstrafenanspruch nicht überzweckmäßig als Sperre oder sperrenähnliche Maßnahmen i. S. des § 9 Kartell-BD. angesehen werden können. Damit ist natürlich nicht gesagt, daß nicht doch in der Durchführung eines kartellmäßig verankerten Preischutzes unter Umständen eine genehmigungspflichtige Sperre liegen kann. Das kann dann aber nur für andere Maßnahmen gelten als sie hier zum Gegenstand der Klage gemacht sind, mit der, wie das RG. mit Recht ausführt, letzten Endes nur die Erfüllung des Reversvertrages verlangt wird. Das RG. prüft dann weiter die Frage der Sittenwidrigkeit der Reversbindung, wobei es mit Recht den Reversvertrag, eben infolge seines autonomen, von dem Kartellvertrage losgelösten Charakters, als selbständiges Vertragsverhältnis behandelt, das in seiner Gültigkeit auch nicht durch eine etwaige Nichtigkeit des Kartellvertrages und der sonstigen Geschäftsbedingungen berührt würde. Die Sittenwidrigkeit der Revers-

Das verkennt die Rev. Die Nichtigkeit des Kartellvertrages zöge überhaupt an und für sich noch nicht die Nichtigkeit der von den einzelnen Kartellmitgliedern mit ihren Kunden geschlossenen Kauf- und sonstigen Verträge nach sich. Nichtigkeit auch dieser Abmachungen würde vielmehr erfordern, daß gerade die Umstände, welche dem Kartellvertrag als solchem den Stempel der Sittenwidrigkeit aufdrücken, auch die Verträge mit den Kunden beherrschen und sie, sei es für sich allein, sei es im Zusammenhalt mit weiteren Umständen ebenfalls als sittenwidrig erscheinen lassen.

Der Preischutz selbst war aus dem Rahmen der Kartellbindungen herausgenommen, seine Einführung ins freie Ermessen jedes der Kartellbeteiligten, die in der Festsetzung ihrer Bruttolistenpreise kartellmäßig überhaupt freie Hand hatten, gestellt. Daß die CCC. besonderen Wert gerade auf ihn legte, ergibt sich aus der Einführung desselben für ihre Ware. Die Rechtslage der Bekl., die selbst vorträgt, daß sie die Ware der CCC. im Interesse der gedeihlichen Entwicklung ihres Betriebes führen müsse, würde sodann trotz des Preischutzes durch eine etwaige Nichtigkeit der ihr nach den übrigen Geschäftsbedingungen der CCC. auferlegten Verpflichtungen nur verbessert, nicht aber verschlechtert werden. — Bei dieser Sachlage kann es als rechtsirrtümlich nicht angesehen werden, wenn das BG. ersichtlich auf Grund der gleichen Erwägungen zu dem Ergebnis gelangt ist, daß hier die etwaige Nichtigkeit des Kartellvertrages und der sonstigen Geschäftsbedingungen für die auf den Reversvertrag gestützten Klageansprüche ohne Belang wäre. Im übrigen hat das BG. die Frage, ob der Reversvertrag selbst etwa wegen Verstößes gegen § 138 BGB. als nichtig anzusehen sei, eingehend erörtert. Es hat dabei insbes. geprüft, ob der Preischutz etwa eine unsittliche Knebelung der Bekl. enthält, diese Frage aber verneint. Es führt aus, daß ein erheblicher Teil der kartellbeteiligten Kraftwagenreifenfabriken überhaupt keinen Preischutz eingeführt habe, die Bekl. also zur Deckung ihres Reifenbedarfs nicht auf die den Preischutz pflegenden Reifenfabriken angewiesen sei. In diesem Zusammenhang wäre noch anzuführen, daß Verstöße gegen den Preischutz der einen oder anderen Verbandsfabriken die Bekl. keineswegs vom Verbandsverkehr überhaupt ausschließen. Aus den von der Bekl. vorgelegten Schreiben anderer Verbandsfabriken ergibt sich vielmehr nur, daß dieselben Einhaltung der eigenen Bruttolistenpreise und eine entsprechende Verpflichtung der Bekl. auf diese verlangen. Das RG. stellt weiter fest, daß die Bekl. dazuhin auch noch von den Kartellaußenstern, worunter große bekannte und namhafte Unternehmungen sich befänden, beziehen könne. Es erwägt ferner, daß die von der CCC. der Bekl. befallene Verdienstpanne eine sehr erhebliche sei; das RG. weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß die Bekl. in ihrem Rundschreiben vom

bindung selbst aber wird verneint, und zwar sowohl im Hinblick auf die der Bekl. gelassene Verdienstpanne, wie vor allen Dingen auch deswegen, weil die Bekl. gar nicht von dem Geschäftsverkehr mit den übrigen kartellierten Firmen ausgeschlossen ist. Es war dann weiter der Einwand geltend gemacht, daß der Preischutz nicht durchgeführt wurde. Diese Frage einer lückenlosen Durchführung des Preischutzes wird regelmäßig unter dem Gesichtspunkt erörtert, ob sich der Preisverkleinerer eines unlauteren Wettbewerbes schuldig gemacht hat. Im vorliegenden Falle handelt es sich um die Frage der Vertragsverletzung durch den Reversberechtigten. Mit Recht stellt sich hier das RG. auf den Standpunkt, daß der Reversvertrag auf Seiten des Reversberechtigten die Verpflichtung begründet, das Preischutzsystem ernstlich gegen Verstöße zu verteidigen und hierbei nicht willkürlich vorzugehen. Nur wenn der Reversberechtigte auch seinerseits das Erforderliche tut, um die durch den Preischutz bezweckte Gleichmäßigkeit der Kleinverkaufspreise wirklich durchzusetzen, kann er billigerweise den Reverskunden an der Reversverpflichtung festhalten. Nun ergab sich aber aus den Feststellungen des RG., daß der Reversberechtigte im vorliegenden Falle ernstlich und mit Erfolg bemüht war, den Preischutz gleichmäßig den Händlern gegenüber durchzuführen. Dann war er auch berechtigt, von dem Reverskunden die Einhaltung der Reversverpflichtung zu verlangen. Es wird dann fernerhin vom RG. noch mit Recht bejaht, daß die Reversverpflichtung gerade auch die Unterlassungspflicht in sich schloß, die von der Kl. festgesetzten Bruttolistenpreise weder direkt noch indirekt zu unterbieten. Damit war, wie das RG. mit Recht annimmt, eine selbst-

13. Febr. 1930 einen Rabatt von nicht weniger als 22% anbiete und sich dabei, da nicht anzunehmen sei, daß sie „schleudere, um sich zu ruinieren“, immer noch gut stelle; sei aber die von dem Hersteller dem Händler gelassene Verdienstspanne so groß, daß die „Preisschleuderer“ unter ihnen 22% Rabatt gewähren könnten und der Erteilung solcher Aufträge sogar noch, wie es in dem Rundschreiben der Bekl. v. 13. Febr. 1930 heiße, gerne entgegensehen, so könne in dem Zwang zur Einhaltung der Listenpreise eine unlautere Vereinträchtigung der Händler nicht gefunden werden. — Diese Erwägungen liegen auf rein tatsächlichen Gebiet. Sie besagen, daß die Bekl. einerseits anscheinend auch von Herstellungsfirmen ohne Preisschutz beziehen könne, daß ihr andererseits aber im Fall des Reifenbezugs von der Kl. der Weiterabgab zu den gebundenen Listenpreisen eine sehr beträchtliche Verdienstspanne lasse. Schon damit ist aber der Annahme einer sittenwidrigen Knebelung der Bekl. durch die Preisschutzklausel des Reverses der Boden entzogen.

Unlangend die Höhe der festgesetzten Vertragsstrafe, so geben auch insoweit die Ausführungen des RG. zu rechtlichen Bedenken keinen Anlaß. Die Rev. hebt sodann noch im besonderen darauf ab, daß der Preisschutz um deswillen unsittlich sei, weil durch ihn die Händler genötigt würden, ihren Abnehmern verschiedene Preise festzusetzen, die CCC. überdies das Recht habe, zahlreiche Verbrauchergruppen unter üblicher Ausschaltung des Handels unmittelbar zu beliefern. — Wieso aber in der Befugnis der CCC., gewisse Großverbraucher unmittelbar zu beliefern, eine Sittenwidrigkeit enthalten sein soll, ist nicht ersichtlich. Gewiß ist sodann richtig, daß nach den Preisschutzbedingungen der Wiederverkaufspreis kein einheitlicher ist, daß vielmehr gewissen Abnehmern bzw. Kategorien von Abnehmern auf die Bruttolistenpreise Rabatte von verschiedener Höhe, je nach der Zugehörigkeit des Käufers zur einen oder anderen Gruppe, gewährt werden können. Aber deshalb könnte ein auf solcher Grundlage aufgebauter vertragsmäßiger Preisschutz noch lange nicht als sittenwidrig angesehen werden. Zutreffend weist das RG. darauf hin, daß die Möglichkeit solcher Rabattfänge rechtlich bzw. vertraglich jedem Händler gleichmäßig offen steht und nur davon abhängt, daß sich unter seinen Abnehmern solche befinden, die zu der einen oder anderen Rabattgruppe gehören. Insofern sind Klein- und sog. Großhändler durchaus gleichgestellt. Die Einräumung von Rabatten an Großabnehmer ist im übrigen wirtschaftlich etwas Alltägliches, und Preisschutzklauseln, die insoweit dem Händler einen gewissen Spielraum hinsichtlich der sonst gebundenen Preise lassen, sind, wie das RG. mit Recht ausführt, entfernt noch nicht sittenwidrig. — Was die Rev. dagegen vorbringt, ist nicht stichhaltig. Ob durch diese Großabnehmer Rabatte die Lückenlosigkeit des Preissystems beeinträchtigt wird mit der Folge, daß die Möglichkeit eines Vorgehens aus § 1 UWG. oder § 826 gegen die sog. „Schleuderer“ entfielen, kann auf sich beruhen, da es sich hier nur um die vertragliche Verpflichtung der Bekl. zur Einhaltung der geschützten Preise handelt.

Nach alledem ist aber von dem RG. die Richtigkeit der Reversverpflichtungen v. 31. Jan. 1930 wegen Sittenwidrigkeit mit Recht verneint worden.

4. Die Rev. macht nun weiter geltend, daß der Preisschutz weder von den Fabriken noch den Händlern beachtet werde; es sei allgemein bekannt, daß Reifen und Schläuche der Vertragsfabriken in vielen Wirtschaftsverbänden und Klubs von Kraftfahrern mit unzulässigen Rabatten öffentlich angeboten und so auch an die Mitglieder verkauft würden. Nun ist zuzugeben, daß der Reversvertrag, mag dies auch

in dem Verpflichtungsschein und den Preisschutzbedingungen nicht ausdrücklich gesagt sein, auf Seiten des Reversberechtigten die Verpflichtung begründet, das Preisschutzsystem ernstlich gegen Verstöße zu verteidigen und hierbei nicht willkürlich vorzugehen. Denn billigerweise kann er den Reversverpflichteten an der Reversverpflichtung nur festhalten, wenn er, der Reversberechtigte, auch seinerseits das Erforderliche tut, um die durch den Preisschutz bezweckte Gleichmäßigkeit der Kleinverkaufspreise wirklich durchzusetzen. Das hat aber das RG. keineswegs verkannt. Es ist im Gegenteil auf diesen Einwand der Bekl. sachlich eingegangen und ist auf Grund des von dem Kl. vorgelegten Urkundenmaterials zu dem Ergebnis gelangt, es könne keine Rede davon sein, daß gerade die CCC. nicht ernstlich und mit Erfolg bemüht sei, ihren Preisschutz gleichmäßig den Händlern gegenüber durchzuführen. — Wenn das RG. dabei auf den Beweisanspruch, der dahin lautet, daß die Fabriken nicht und noch viel weniger der Kl. in der Lage seien, ihrerseits die Einhaltung des Preisschutzes zu gewährleisten, nicht näher einging und ihn für unerheblich erachtet hat, so kann darin ein Prozeßverstoß nicht gefunden werden. Einmal kommt es hier nur darauf an, wie sich die CCC. gegenüber Verletzungen ihres Preisschutzes durch Wiederverkäufer verhält, sodann hat die Bekl., was die Rev. nicht beachtet, selbst getragen, daß die von ihr benannten Firmen keineswegs bekunden sollten, daß sie tatsächlich schleudern; vielmehr wolle durch ihr Zeugnis nur unter Beweis gestellt werden, daß sie die Preisschutzbedingungen nur unterschrieben hätten, um nicht ihre Existenz zu verlieren und daß sie, wenn sie diese Bedingungen beachten, während Großverbraucher von den Reifenfabriken selbst große Rabatte erhielten, ihr Gewerbe auf die Dauer nicht aufrechterhalten könnten. Dieses Beweissthema hat aber mit der hier zur Entsch. stehenden Frage, ob die CCC. auf Grund ihres Preisschutzes gegen Schleuderer vorgehe, nichts zu tun.

5. Die Rev. sucht ferner unter Bezugnahme auf RG. 72, 393 ff. darzulegen, daß auch im Falle der Gültigkeit der Verpflichtung der Bekl. auf Einhaltung der Preisschutzbestimmungen der CCC. der Unterlassungsanspruch auf alle Fälle unbegründet wäre. Sie meint, nach dem „Revers“ bestehe die Vertragspflicht der Bekl. in einem dreifachen Tun, nämlich darin: a) den Wiederverkäufern die vorgeschriebenen Bruttolistenpreise in Rechnung zu setzen; b) ihnen die gleichen sonstigen Vertragsbedingungen aufzuerlegen, wie sie den Reversverpflichteten selbst trägen; c) als Wiederverkäufer nur „anerkannte Branchenhändler“ zu behandeln.

Die Rev. irrt aber schon rein tatsächlich im Ausgangspunkt. Die Reversverpflichtung zur Einhaltung der Bruttolistenpreise bezieht sich zunächst keineswegs nur auf Verkäufe an Wiederverkäufer; sondern gilt für Veräußerungen an Abnehmer jeder Art; die vertragsmäßige Verpflichtung geht hier sodann nicht nur auf ein Tun, sondern ausdrücklich auch auf ein Unterlassen. Dem unter Ziff. 1 der Reversbedingungen heißt es u. a.: „wir anerkennen, verpflichtet zu sein, die festgesetzten Bruttolistenpreise weder direkt noch indirekt in der dort näher bezeichneten Art und Weise zu unterbieten.“ — Die Verpflichtung, nicht zu unterbieten, ist aber nichts anderes als eine echte Unterlassungsverpflichtung, die hier kraft unzweideutigen besondern Versprechens übernommen ist. Nach § 241 Satz 2 BGB. kann die Leistung des Schuldners auch in einem Unterlassen bestehen. Ein rechtliches Hindernis gegen die Übernahme einer schuldrechtlichen Verpflichtung, Waren nicht unter einem bestimmten Preis abzugeben, besteht im Rahmen der allgemeinen Vertragsfreiheit, wie schon ausgeführt, nicht.

ständige Vertragspflicht zur Unterlassung gegeben, deren Erfüllung im Klagewege verlangt werden konnte. Der eingeklagte Unterlassungsanspruch war daher hier in der Tat nichts anderes als der vertragliche Erfüllungsanspruch im Gewande der Klage aus § 259 ZPO. Zutreffend setzt sich dann das RG. auch noch mit dem weiteren Einwand der Bekl. auseinander, die Reversberechtigten (die CCC.) sei ihrerseits vom Vertrage zurückgetreten und könne daher auch keine Ansprüche mehr aus dem Vertrage erheben. Das RG. hatte diesen Einwand nicht ausdrücklich erörtert. So erklärt es sich, daß tatsächlich eigentlich nicht genau festgestellt ist, von welchem Vertrage die

Reversberechtigte (die CCC.) eigentlich zurückgetreten sein soll. Gleichwohl hielt es das RG. wohl mit Recht nicht für notwendig, deswegen die Sache noch einmal an das RG. zurückzuverweisen. Das RG. konnte gegenüber dem Einwand der Bekl. darauf hinweisen, daß die Bekl. selbst nur behauptet habe, daß die CCC. sie hinsichtlich weiterer Lieferungen gespart habe. Ein etwaiger Rücktritt könne daher auch nur diese weiteren Lieferungen betreffen. Die Reversverpflichtung bestehe daher jedenfalls noch für die von der CCC. bereits bezogenen Reifen. Zu Hinblick darauf erklärt das RG. mit Recht den Unterlassungsanspruch noch für gerechtfertigt und

Gewiß schließt die Verpflichtung zu einem positiven Tun grundsätzlich auch schon die Pflicht in sich, alles zu unterlassen, was die Erfüllbarkeit der geschuldeten Leistung vereiteln würde. Es mag auch sein, daß bei negativen Verpflichtungen, die sich nur als bloße Folgeerscheinung einer positiven Verpflichtung darstellen, häufig die selbständige Klagebarkeit der Unterlassung zu verneinen ist. Das schließt aber keineswegs aus, daß im Rahmen der das Schuldrecht grundsätzlich beherrschenden Vertragsfreiheit durch rechtsgeschäftliche Abrede die Unterlassungspflicht zur selbständigen Vertragspflicht erhoben wird, mit der bewußten und gewollten Folge, daß der Berechtigte sie gegebenenfalls mit den hierzu von dem Gesetz zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfen, insbes. also im Weg der Klage verfolgen und gemäß § 890 ZPO. auch durch Vollstreckung eines obliegenden Urts erzwingen kann. Etwas anderes besagt auch RG. 72, 393 ff. nicht. Im Gegenteil ist dort ausgeführt, daß durch die Verneinung der Frage, ob kraft Gesetzes bei den auf ein positives Tun gerichteten Verpflichtungen ein klagbarer Anspruch auf die darin eingeschlossene selbstverständliche Verpflichtung im Widerspruch stehe, gegeben sei, der Entsch. tatsächlich anders gelagerter Fälle nicht vorgegriffen werde, in denen auf Grund ausdrücklicher oder aus den Umständen zu entnehmender stillschweigender Vereinbarung ein selbständiger Unterlassungsanspruch abfließe. — Letzteres trifft aber kraft ausdrücklicher Vertragsabrede hinsichtlich des hier streitigen Unterlassungsanspruchs zu.

6. Die Rev. macht weiter geltend, für einen Unterlassungsanspruch wäre ferner um deswillen kein Raum mehr, weil der Gläubiger im Falle nicht vertragmäßigen Verhaltens berechtigt sei, die Lieferung zu verweigern, von lauffenden Abschüssen sofort zurückzutreten und für jeden Verstoß eine Vertragsstrafe zu verlangen; wäre schon aus allgemeinem Vertragsrecht ein Unterlassungsanspruch unter Androhung von Strafen gegeben, so hätte es, wie die Rev. meint, keinen Sinn, für den Fall der Zuwiderhandlung noch eine Vertragsstrafe festzulegen; daraus, daß dies geschehen sei, ergebe sich, daß nicht auch noch eine vorbeugende Unterlassungsklage auf Grund allgemeiner Erwägungen bestehen könne. — Auch dieser Angriff geht fehl. Die Rev. verkennt hierbei wiederum, daß es sich hier, soweit der Unterlassungsanspruch auf Vertrag gestützt wird, um nichts anderes als den vertraglichen Erfüllungsanspruch im Gewand der Klage auf § 259 ZPO. handelt. Es hatte ferner einen guten Sinn, einen solchen vertraglichen Anspruch durch ein Strafgebende noch besonders zu sichern. Rechtlich war es weiter durchaus möglich, daß eine etwa verwirkte Strafe neben der Erfüllung sollte verlangt werden können. Gewiß kann bei Unterlassungspflichten der Fall so liegen, daß das Strafgebende dem Verpflichteten das Recht geben soll, sich durch einmalige Erledigung der Strafe von dem Verbot überhaupt freizumachen. Hier ergibt sich aber das Gegenteil klar schon aus der weiteren Reversklausel, daß durch den Vertragsstrafanspruch alle sonstigen Ansprüche, insbes. der auf Unterlassung gerichtete Erfüllungsanspruch unberührt bleiben sollten; die Mindesthöhe der Vertragsstrafe (500 RM) ist ferner keineswegs so bemessen, daß damit das Interesse der CCC. an Nichtunterbietung der festgesetzten Mindestpreise ein für allemal sollte abgegolten sein können. Die Strafe sollte vielmehr ersichtlich abgestellt sein auf die jedesmalige Zuwiderhandlung selbst, wie sich dies vollends klar daraus ergibt, daß sie — von dem Mindestbetrag von 500 RM abgesehen — nach einem bestimmten Hundertsatz des vertragswidrig nicht eingehaltenen Festpreises der jeweils veräußerten Ware bemessen ist (s. a. RG. 112, 366).

bejaht auch das nach § 259 ZPO. erforderliche Rechtschutzhinteresse. Dabei weist das RG. noch darauf hin, daß die Reversverpflichtung sich auch auf CCC-Reisen bezog, welche die Bekl. gar nicht unmittelbar von der CCC. geliefert erhalten habe. Auch solche von dritter Seite bereits bezogenen CCC-Reisen kommen sicherlich für den Unterlassungsanspruch auch im Falle eines etwaigen Rücktritts der CCC. noch in Betracht. Dagegen will es mir zweifelhaft erscheinen, ob, wenn wirklich ein Rücktritt der CCC. vorläge, die Reversverpflichtung der Bekl. auch für künftige, von dritter Seite bezogene CCC-Reisen noch gelten würde. Dabei müßte allerdings noch festgestellt

Weiter erhebt die Rev. in diesem Zusammenhang eine prozeß- und sachlich-rechtliche Rüge um deswillen, weil das RG. über die Behauptung der Bekl. weggegangen sei, daß die CCC. ihrerseits gar nicht beim „Vertrag“ stehengeblieben sei, sondern im Gegenteil der Bekl. alle weiteren Lieferungen gespart habe und entsprechend ihrer Lieferungsbedingungen vom Vertrag zurückgetreten sei.

Zutreffend ist, daß das BG. diesen Einwand nicht ausdrücklich erörtert hat. Allein derselbe ist rechtlich unerheblich. Einmal steht fest, daß die Bekl. von der CCC. Reisen bezogen hat. Soweit es sich um durch Lieferung und Zahlung schon erfüllte Kaufverträge handelt, kommt ein Rücktritt überhaupt nicht in Frage. Die Bekl. behauptet selbst auch nur, daß die CCC. sie hinsichtlich weiterer Lieferungen gespart habe; wenn die Bekl. in diesem Zusammenhange vorbringt, die CCC. sei vom „Vertrag“ zurückgetreten, so kann dies nur heißen, daß die CCC. hinsichtlich ihrerseits noch nicht erfüllter Lieferungsverträge von ihrem vertragsmäßigen Rücktrittsrecht Gebrauch gemacht habe. Dadurch wurde aber naturgemäß der Anspruch auf Einhaltung der Listenpreise bei bereits gelieferter Ware nicht berührt. — Die Rev. übersieht sodann, daß die Reversverpflichtung sich auch auf CCC-Reisen bezog, welche die Bekl. gar nicht unmittelbar von der CCC. geliefert erhalten hatte. Daraus ergibt sich ohne weiteres der Fortbestand des Unterlassungsanspruchs, wie auch des nach § 259 ZPO. erforderlichen Rechtsschutzhinteresses an klageweiser Geltendmachung gegen die Bekl., die diesen Anspruch aus Gründen der verschiedensten Art bekämpft und Freiheit von jeder Preisbindung behauptete.

7. Zu Unrecht wendet sich die Rev., indem sie Verletzung der §§ 305, 328 BGB. rügt, weiter gegen die Bejahung der Sachberechtigung des Kl. hinsichtlich der Geltendmachung des Unterlassungsanspruchs. Sie führt aus, daß ein Vertrag i. S. des § 328 BGB. eine ausdrückliche zweiseitige Willensübereinstimmung, ein vertraglich angenommenes Versprechen, eine vertraglich gewollte Leistung voraussetze. Der Inhalt des Reverses lasse aber den erforderlichen Ausdruck des Vertragswillens der CCC. vermissen, wonach die von der Bekl. übernommenen einseitigen Verpflichtungen auch nach dem Willen der CCC. mit unmittelbarer Wirkung als zugunsten des Kl. vereinbart sein sollten; der vorliegende Revers sei überhaupt kein Vertrag, sondern eine einseitige Verpflichtungserklärung. Der Revisionsangriff geht fehl. Wie schon unter Ziff. 1 dargelegt, handelt es sich hier keineswegs um eine einseitige Verpflichtungserklärung der Bekl., sondern um den Abschluß eines schuldrechtlichen Reversvertrages. Unbedenklich konnte ferner die Verpflichtung zum Nichtunterbieten der Bruttopreisliste, wie auch zur Zahlung einer Vertragsstrafe im Falle der Zuwiderhandlung gegenüber der CCC. mit der Maßgabe übernommen werden, daß Kl. insoweit unmittelbar berechtigt sein sollte, die „Leistung“ zu fordern, die auch i. S. des § 328 BGB. sehr wohl in einem solchen Unterlassen bestehen kann. Daß hier eine derartige unmittelbare Anspruchsberechtigung des Kl. als Dritten geschaffen werden sollte und geschaffen worden ist, folgert das BG. rechtlich durchaus einwandfrei aus dem Inhalt der Verpflichtungserklärung.

8. Hinsichtlich des Vertragsstrafanspruchs rügt die Rev. weiter Verletzung des § 286 ZPO. Zu dem Rundschreiben der Bekl. v. 13. Febr. 1930 sei nicht festgestellt, daß die Bekl. darin überhaupt Erzeugnisse der CCC. anbieten wolle oder angeboten habe; von solchen sei darin nicht die Rede und Bekl. habe ein derartiges Angebot bestritten. — Der Revisionsangriff ist nicht begründet. Die Gründe des RG. in ihrem Zusammenhang lassen darüber keinen Zweifel, daß es in freier richterlicher Beweiswürdigung zu der Über-

werden, von welchem Vertrage eigentlich die CCC. zurückgetreten sein soll. In der Erklärung, daß sie die Bekl. infolge ihrer Vertragswidrigkeit nicht mehr weiter beliefern, liegt jedenfalls noch nicht ohne weiteres ein Rücktritt vom Reversvertrag. Mit Recht bejaht dann noch das RG. das Vorliegen eines Vertrages zugunsten des Kl. und damit die Sachberechtigung des Kl. Auch der Vertragsstrafanspruch hält es nach der Feststellungen des RG. mit Recht für gegeben.

zeugung gelangt ist, daß das Rundschreiben der Bekl. v. 13. Febr. 1930 sich gerade auch auf CCC-Reifen bezogen hat. Das liegt auf dem der Rev. verschlossenen rein tatsächlichen Gebiet.

Ist dem aber so, dann reicht schon dieser Verstoß gegen die Reversverpflichtungen aus, um den Vertragsstrafanspruch zur Entstehung zu bringen.

Da das angefochtene Urte., soweit es die Klageansprüche auf der Grundlage des Reversvertrages bejaht, auch sonst zu durchgreifenden rechtlichen Bedenken keinen Anlaß gibt, kann unerörtert bleiben, ob der Unterlassungsanspruch von dem Kl. mit Erfolg auch auf § 1 UrW.G. oder § 826 BGB. gestützt werden könnte.

(RG., 2. ZivSen., U. v. 22. Mai 1931; II 402/30.)

(= RG. 133, 51.)

40. § 1 UrW.G.; § 826 BGB. Nach Ablauf eines Patent- oder Gebrauchsmusterschutzes kann der geschützte Gegenstand — in Ermangelung eines besonderen Konkurrenzverbots auch von einem während der Schutzfrist mit dem Bau des geschützten Gegenstandes betrauten Dritten — nachgebildet werden. Die Nachbildung ist jedoch unzulässig, wenn sie in der Absicht geschieht, das Publikum in den Irrtum zu versetzen, daß der nachgebildete Gegenstand aus dem Betriebe des früheren Schutzberechtigten stammt. †)

Beizutreten ist dem RG. darin, daß nach Erlöschen des Formalschutzes die Maschine der Kl. im ganzen sowohl, wie hinsichtlich der durch Gebrauchsmuster geschützt gewesenen Teile gemeinfrei geworden ist, und selbst „sklavischer Nachbau“, soweit er sich auf die technisch-funktionelle Seite als solche bezieht, schlechthin zulässig ist und weder gegen § 826 BGB. noch § 1 UrW.G. verstößt. Deshalb kann die Kl. der Bekl. die Verwendung der ursprünglich geschützten gewölbten Glasplatten mit Belichtungszubehör allerdings nicht schlechthin verbieten.

Es kann ferner ohne weiteres zugegeben werden, daß die Bekl., weil sie viele Jahre hindurch für die Kl. die fraglichen Maschinen gebaut haben mag und die Konstruktionszeichnungen und die Modelle im Besitz hatte, vor dritten Wettbewerbern der Kl. einen besonderen Vorsprung hat. Das hätte vielleicht der Kl. bei Aufnahme oder Fortsetzung der Geschäftsverbindung mit der Bekl. Anlaß zur ausdrücklichen Ausbedingung eines Konkurrenzverbots geben können. Allein dies ist nicht geschehen; auch für eine stillschweigende Abrede fehlt insoweit jeder Anhalt. Ebensowenig kann der Rev. zugegeben werden, daß es an und für sich schon schlechthin gegen die guten Sitten verstößt, wenn Bekl. Zeichnungen und Modelle und ihre Kenntnisse hiervon nach Ablauf des Formalschutzes für eigene Zwecke ausnutzte.

Aber die Ausführungen des RG. erweisen sich aus anderem Grund als richtig. Gewiß verstößt selbst eine genaue Nachbildung des Originals eines gemeinfreien Gegen-

Zu 40. Die Entsch. liegt in der Linie einer nunmehr schon ständig gewordenen Rpr. des 2. ZivSen. zur Frage des sklavischen Nachbaus. Der Grundsatz der Rpr. läßt sich dahin zusammenfassen: Zu einer Erweiterung des Schutzes technischer Werte ist das Wettbewerbsrecht nicht berufen; es vermag auf diesem Gebiet nur die in der Sphäre der Werbung, in der Zurechnung durch den Verkehr liegenden Werte zu schützen.

Während es zweifelhaft ist, daß das Wb.G. der Ergänzung und Erweiterung durch das WettbewerbsG. bedarf, war es problematisch, ob für die anderen Sondergesetze auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes (Patent-, Gebrauchsmuster-, Kunstschutz- und GeschmacksmusterGesetz) ein gleiches angenommen werden kann. Die Anwendung des § 1 UrW.G. bringt hier die Gefahr mit sich, daß die Grundgedanken der Sondergesetze, den Schutz nur unter bestimmten Voraussetzungen und für eine begrenzte Zeit zu gewähren, im übrigen aber der Benutzung der geschaffenen Werte durch die Allgemeinheit freien Raum zu lassen, ausgehöhlt wird. So hat der 2. ZivSen. unter Verwertung der kritischen Äußerungen in der Literatur (S. Fay u. a.) und unter Sichtung der bisherigen Rpr. in RG. 120, 94 ff. = JW. 1928, 1216 eine Unterscheidung zwischen dem Schutz technischer und ästhetischer Werte versucht und — worin die Bedeutung für das hier aufgeworfene Problem liegt — im Gebiete des Patent- und Gebrauchsmusterrechts, also des technischen

Standes an und für sich noch nicht gegen § 1 UrW.G. und § 826 BGB. Anders aber verhält es sich dann, wenn zu der so geschaffenen objektiven Verwechslungsgefahr die Absicht der Täuschung des Publikums durch bewußte Irreführung über die Herkunft des Gegenstands, also die gewollte und gebilligte Herbeiführung der Verwechslbarkeit mit Waren des Konkurrenten hinzutritt (s. das von dem RG. selbst angeführte Elektrolux-Urte. des erf. Sen., ferner Urte. v. 31. März 1931, II 432/30 = JW. 1931, 378 bzw. JW. 1931, 1904²⁴). In dem Elektrolux-Urte. ist gerade im besonderen unter Hinweis auf weitere Urte. des erf. Sen. noch hervorgehoben, daß der bewußten Herbeiführung der Verwechslungsgefahr es rechtlich gleichstehe, wenn der Nachbauer es unterlasse, seiner Rechtspflicht gemäß alles zu tun, um die ihm bekannte Verwechslungsgefahr zu beseitigen, obgleich das z. B. durch eine unterscheidende Warenbezeichnung möglich wäre. Nach dem für die Rev.Just. zu unterstellenden Tatbestand wäre nun der Sachverhalt folgender. Die Bekl. hat bestimmte Maschinen, die zeitweise für Dritte formal geschützt waren und deren Konstruktionsdaten sie von der lizenzberechtigten Kl. erfahren hatte, zwölf Jahre lang ausschließlich für diese hergestellt und an sie geliefert. Kl. allein hat diese Maschinen unter einer von ihr frei gewählten Bezeichnung ausschließlich und allein in Verkehr gebracht; unter dieser Bezeichnung sind die Maschinen in den beteiligten Kreisen bekannt. Nun baut die Bekl. diese Maschinen in allen Einzelheiten „weiter“, so zwar, daß dieselben sogar die gleichen Unregelmäßigkeiten im Guß aufweisen, wie die von der Kl. in Verkehr gebrachten; sie setzt ferner diese ihre Maschinen unter der von der Kl. frei erfundenen und über ein Jahrzehnt allein benützten Bezeichnung in den Verkehr. — Ist dem aber so, dann kann, zumal in Berücksichtigung sofort weiter zu erörternder Umstände, daran kein Zweifel sein, daß die solchergehalt bestehende objektive Verwechslungsgefahr der beiderseitigen Erzeugnisse von der mit den einschlägigen Verhältnissen genau vertrauten Bekl. bewußt und gewollt herbeigeführt worden ist, um den guten Ruf der von der Kl. vertriebenen Ware durch Täuschung und Irreführung für sich auszunützen, ein Verhalten, das eben schlechthin mit den guten Sitten und den Erfordernissen des lauterer Wettbewerbs unvereinbar wäre. In dieser Richtung kommt hier im besonderen noch in Betracht, daß es sich bei den fraglichen Maschinen, wie bis auf weiteres anzunehmen ist, nicht etwa um massenhaft hergestellte Dugendware, die der Eigenart und Kennzeichnungskraft überhaupt ermangelt, handelt, sondern um eine verhältnismäßig teure, konstruktiv besonders ausgestaltete Spezialmaschine, die als solche schon gegenüber anderen Erzeugnissen auf diesem Gebiet durch besondere Eigentümlichkeiten herausgehoben ist. Bezüglich einer solchen Maschine kann sich aber sehr wohl in den beteiligten Verkehrskreisen die Ansicht durchgesetzt haben, daß sie aus dem Betrieb der Kl., mindestens stets aus einem und demselben Betrieb stamme. In dieser Richtung kommt weiter in Betracht, daß nach dem zu unterstellenden Sachverhalt Kl. ohnehin

Schutzes, eine Erweiterung durch das Wettbewerbsrecht abgelehnt. In diesem Grundsatz ist seither festgehalten worden. Vergleiche die Fälle „Elektrolux“ (JW. 1931, 459), „Standardlampe“ (JW. 1931, 1904) u. a.

So konnte nach Ablauf des Patent- und Gebrauchsmusterschutzes die Nachbildung der „Rekordlichtpausmaschine“ als solche nicht verboten werden. Aber es mußte, soweit möglich, vermieden werden, daß beim Absatz Verwechslungen mit der einen guten Ruf genießenden Ware der Kl. vorkamen. Der in der Sphäre der Werbung liegende, durch das Wettbewerbsrecht geschützte Besitzstand der Kl. mußte geschützt werden. Mit Grund hat das RG. eine solche Schonung verweigert: die Bekl. hat im Gegenteil, indem sie die Maschine unter der für die klägerische Ware kennzeichnungskräftigen Bezeichnung „Rekordlichtpausmaschine“ vertrieb, die an sich bestehende Verwechslungsgefahr erhöht. So wäre jedenfalls auf Grund des vom RG. zu unterstellenden Tatbestands die wettbewerbsrechtliche Verurteilung der Bekl. geboten.

Die Entsch. ist ein Erfolg guter Präjudizienarbeit; man möchte wünschen, daß in der entsprechenden Frage des Schutzes ästhetischer Werte durch das Wettbewerbsrecht es bald zur Herausarbeitung entsprechend klarer Entscheidungsgrundsätze kommt (vgl. den Parallelfall „Dekor 2937“ unten S. 1881).

Prof. Dr. E. Ullmer, Heidelberg.

lange Jahre für Deutschland das ausschließliche Herstellungs- und Vertriebsrecht von der ursprünglichen Patentinhaberin der Firma S. & Co. in M. eingeräumt erhalten hatte, daß ferner hinsichtlich der besonderen Ausgestaltung der Maschine durch die gewölbten Glasplatten bis zum Jahre 1919 für einen ihrer Vertangestellten Gebrauchsmusterschutz eingetragen war, und daß sie, wie zu unterstellen ist, die Maschine mit dieser besonderen funktionellen Ausgestaltung bis 1924 wiederum allein in Verkehr gebracht hatte.

(U. v. 1. Dez. 1931; 32/31 II. — Berlin.) [Ru.]

41. § 1 UrhG.; § 826 BGB. Auch wenn ein Gegenstand urheberrechtlich nicht geschützt ist, kann seine Nachahmung und Verwertung u. U. den Tatbestand eines Verstoßes wider die guten Sitten begründen.†)

Im Juni 1928 bestellte die Firma Eduard H. in W. bei der Bfkl. Buntmuster zu Abziehbildern für Porzellan-, Ober- und Untertassen. Diesem Auftrage lag eine Besprechung mit dem Direktor der Bfkl., D., und ihrem Reisenden, B., zugrunde, die die Firma H. in W. besuchten und Muster vorlegten. Bestellt wurde aber nicht nach einem Muster der Bfkl., sondern nach einer Tasse, welche die für H. verhandelnden Personen den Vertretern der Bfkl. übergaben. Im Verlaufe des nachfolgenden Briefwechsels, der den mündlichen Auftrag bestätigte, sandte die Firma H. der Bfkl. einen Druckbogen, dessen Muster dem jener Tasse entsprach. Diesen Bogen hatte die Kl. als ihr „Dekor 2937“ für die Firma H., mit der sie bis dahin in Geschäftsverbindung gestanden, auf Bestellung angefertigt und ihr zugesandt.

Die Bfkl. lieferte im September/Oktober 1928 an die Firma H. das im Juni bestellte Abziehbilder-Muster nach Tasse und Druckbogen.

Die Kl. sieht in dem Verhalten der Bfkl. eine Verletzung künstlerischen Urheberrechts und unlauteren Wettbewerbs, auch zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung. Sie behauptet, ihr „Dekor 2937“, — ein Zierat, dessen Kante sich durch bläulichen Hintergrund mit gelber Einfassung nebst einem Blumen-Kantenwerk von Rosen und Bergknechtchenzeichnet — sei von dem Kunstgewerbler Paul Hacker in Dresden für sie entworfen worden; der Entwurf sei ein Werk bildender Kunst. Die Klage geht auf Unterlassung, Auskunft, Herausgabe von Blatten und Druckbogen (zur Vernichtung), endlich auch auf Schadensersatz.

BG. und OLG. haben abgewiesen, das OLG. hob auf.

Das OLG. prüft in erster Reihe, ob der Kl. Kunstwerklichkeit (§§ 1, 2, 15, 25, 31, 37, 38, 42 KunstSchG. v. 9. Jan. 1907) gebühre. Das verneint es: (Wird eingehend ausgeführt).

Diese Ausführungen des BG. enthalten keinen Verstoß gegen Rechtsgrundsätze. Sie beruhen auf der in ständiger Gesetzesauslegung festgehaltenen Erwägung, daß zu den Werken bildender Kunst nur eigenpersönliche Schöpfungen gehören, die, in nichtorganischem Stoffe gestaltet, auf den Schönheits-sinn durch Anschauen wirken sollen (RG. 18, 107; 76, 343¹⁾; 124, 71/72²⁾; RGSt. 43, 330/31). Ob das von der Kl. dem Kunstgewerbler H. übersandte „Original“ (Kantenmuster) eine eigenpersönliche Kunstschöpfung gewesen sei, bleibt ungewiß, weil nach der Würdigung im BU. die Entstehung unauferkelt ist. Die Kl. behauptet, H. habe alles entworfen, auch die Kante. Das BG. vermisst jedoch den Beweis dafür. Daß es hierbei den Grundsatz der freien Beweiswürdigung verletzt

¹⁾ ZB. 1911, 777. ²⁾ ZB. 1929, 3076.

oder offensichtlich geirrt habe, erhellt aus dem Ur. und dem darin verwerteten Aktienhalte nicht.

Hiernach bewendet es dabei, daß die notwendigen Voraussetzungen des Kunstwerkschutzes nicht dargetan sind.

In zweiter Reihe prüft das OLG., ob sich die Bfkl. der Kl. gegenüber des unlauteren Wettbewerbs (§ 1 UrhG. v. 7. Juni 1909) oder einer unerlaubten Handlung (§ 826 BGB.) schuldig gemacht habe. Das verneint es ebenfalls. Mit Recht aber bemängelt die Rev. die Gründe dieser Verneinung.

Das BU. stellt fest, daß die Bfkl. „unzweifelhaft für die Firma H. Abziehbilder gedruckt hat, die bis dahin die Kl. hergestellt hatte“.

Nach den Umständen, unter denen die Bfkl. den H. den Auftrag übernahm und ausführte, geschah dies im geschäftlichen Verkehr. Denn es war eine Tätigkeit zur Förderung geschäftlicher Zwecke (RG. 108, 274³⁾). Keinem Zweifel unterliegt auch, daß die Bfkl. dabei Kunden gewinnen, ihren Absatz vergrößern wollte, also zu Zwecken des Wettbewerbs handelte (RG. 60, 190; Rosenthal, Wettbewerbsgesetz, 8. Aufl., S. 132 Note 6 und 7 zu § 1).

Das BG. sieht jedoch im Verhalten der Bfkl. keinen Verstoß gegen die guten Sitten.

Es prüft den Hergang der Vertragsverhandlungen, den Inhalt des Schriftwechsels zwischen der Bfkl. und H. und erwägt: „Nach den ganzen Umständen hatte sich die Bfkl. doch vielleicht sagen können, der Firma H. gehöre das Dekor nicht. Seltsam war es, daß ihre Vertreter bei H. nur die fertigen Tassen vorgelegt bekamen. Hätte H. selbst das Urheberrecht gehabt, dann hätte er doch wahrscheinlich nicht nur die Tassen, sondern Ursprungszeichnungen vorgelegt. Das hätte der Bfkl. die Arbeit erleichtert. Allerdings hat er später einen Druckbogen der Kl. an die Bfkl. übersandt, und diese hat daraus gesehen, daß die Kl. ihn gedruckt hatte. Sie will gerade daraus entnommen haben, die Firma H. habe das Verfügungsrecht darüber, weil die Lithographie schon hergestellt gewesen sei. Die Bfkl. mußte doch aber von neuem von sich aus die Lithographie herstellen, das ergibt der Klageantrag; und sie hat mit H. erst noch darüber verhandeln müssen, wie im einzelnen das Muster herzustellen sei.“ Aus allem dem folgert das OLG.: Es liege der Verdacht nicht fern, die Bfkl., die als alte Firma über die übungen und Gebräuche in ihrem Fache genau unterrichtet ist, habe bei den Auftragsverhandlungen schon angenommen, nicht die Firma H. habe über das Dekor zu verfügen, sondern eine andere Firma, die Kl. — Bei diesen Ausführungen richtet das BU. sein Augenmerk hauptsächlich auf die Verhandlung in W., auf Grund deren die Bfkl. mit H. abschloß. Aber die „Handlungen“ der Bfkl. (§ 1 UrhG.), von denen die Kl. behauptet, sie kennzeichneten sich als „unerlaubt“ (§ 826 BGB.), beschränken sich nicht auf jene Vertragsverhandlung; sie umfassen auch die Anfertigung des Musters und die Lieferung der hergestellten Bogen an H. Der Herstellung und Lieferung war, wie das BG. in den vorhin mitgeteilten Sätzen deutlich feststellte, der Empfang des von H. übersandten Druckbogens vorausgegangen, aus dem die Bfkl. sah, daß ihn die Kl. gedruckt hatte. Damit ergibt sich aus den Feststellungen des BG. unmittelbar: Die Bfkl. hat wissentlich das Muster der Kl. (Dekor 2937) nachgemacht.

Dennoch verneint das BU., daß ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege. Davon, so bemerkt es, könnte man nur sprechen, wenn die Bfkl. als Nachahmerin die Arbeit und die Kosten, die die Kl. für die Herstellung des Erzeugnisses aufgewandt hatte, für sich ausgebeutet und sich so

³⁾ ZB. 1924, 1369.

dieser Umstände erscheint jedoch nicht richtig, weil die dort angegebenen Tatbestände nicht gleichwertig sind. Überdies sind sie nur Anwendungsmöglichkeiten des vom Ur. nicht erwähnten Grundgesetzes: Mit Kirchberger (GewRsch. 1927, 82 ff. vgl. Kohler [S. 24]) ist, sofern es sich nicht um feindselige Geschäftshemmungen handelt, als einzige Voraussetzung die Zurechnung des einzelnen oder des Publikums zu fordern. Liegt diese Zurechnung vor, so kann auch nicht mehr von einem mit rechtlichen Mitteln erworbenen Besitzstand gesprochen werden.

Mit Recht wird vom Ur. die Möglichkeit der Zurechnung

Zu 41. A. Dem Urteil ist zuzustimmen.
1. Die urheberrechtlichen Ausführungen sind bedenkenfrei. Es ist nicht ersichtlich, worin die eigenpersönliche Schöpfung zu erblicken sein soll, wenn eine Dekorkante nach einem Vorbild abgezeichnet wird.
2. Die wettbewerbsrechtlichen Ausführungen kommen zu einem richtigen Ergebnis. Die Begründung ist aber nicht bedenkenfrei.
Mit Recht wird grundsätzlich die Ausnutzung fremder Arbeitsleistungen als nicht unzulässig erklärt, somit zur Annahme einer sittenwidrigen Handlung das Hinzutreten weiterer Umstände gefordert. Die aus Callmann S. 123 entnommene Klassifikation

in den Stand gesetzt hätte, der Kl. den Rang abzulaufen und deren Erzeugnisse billiger herzustellen und in den Handel zu bringen. Derartige Ausbeutung sei nicht erwiesen. Für die zwei Ovale und die zwei runden Mittelstücke, die H. bestimmt gezeichnet, habe die Kl. ihm insgesamt ganze 19,50 M bezahlt. Daß H. auch die Kante gezeichnet habe, sei nicht erwiesen. Wollte man es aber als bewiesen annehmen, so könne er dafür höchstens 4,50 M erhalten haben. Der ganze Aufwand der Kl. betrage somit nicht mehr als 24 M. Bei so geringfügigen Aufwendungen könne keine Rede davon sein, daß die Besl. Arbeitsleistung und Kostenaufwand der Kl. ausgebeutet und sich so in den Stand gesetzt habe, ihr den Rang abzulaufen. Die Besl. habe ja nicht die von der Kl. hergestellten Platten einfach übernommen und damit die Druckbogen in ihren Maschinen gefertigt. Sondern sie habe nach Tasse und Druckbogen (beides von H. empfangen) die Lithographie auf ihren eigenen Platten herstellen, also die Hauptarbeit selbst leisten müssen. Für ausschlaggebend hält das BG.: „Die 24 M., die die Kl. höchstens für das Zeichnen des Modells ausgegeben hatte, spielen bei der Preiskalkulation so gut wie keine Rolle, wo es sich bei den Bestellungen um Tausende von Druckbogen handelt. Die Hauptsache bleibt immer die eigene Arbeit, das Herstellen der Lithographie und das Drucken. Diese Arbeit hat aber die Besl. genau so gehabt wie die Kl. Sie hat auch die Aufwendungen für Papier gehabt.“ In der Verhandlung gefragt, worin denn ihre besonderen von der Besl. ausgebeuteten Aufwendungen bestanden hätten, habe die Kl. nur darauf hingewiesen, daß früher doch sie das Muster gedruckt habe, jetzt die Besl. es anfertige. Das BG. meint: Darin allein liege noch kein Verstoß gegen die guten Sitten, der den Wettbewerb unlauter mache. Bedeutungslos sei es auch, daß gelegentlich ein Muster fehlschlage, weil es von der Kundschaft nicht aufgenommen werde. Die allgemeinen Unkosten möchten sich dadurch erhöhen, auf die Beurteilung im ganzen bleibe das jedoch ohne Einfluß.

Der Bemerkung des Bll. über fehlschlagende Muster ist beizustimmen. Die zur Anfertigung des Detors 2937 aufgewendeten Kosten haben mit den Herstellungskosten anderer Muster nichts zu schaffen. Findet ein Muster bei der Kundschaft keinen Anklang, so erhöhen sich dadurch zwar die allgemeinen Geschäftsunkosten; eine unmittelbare Einwirkung auf die besonderen Kosten anderer Muster entsteht damit nicht. Im übrigen aber unterliegt die vom BG. angewandte Beurteilung rechtlichen Bedenken.

Dem Gewerbetreibenden und Geschäftsmann ist grundsätzlich nicht verwehrt, fremde Arbeit und deren Ergebnisse,

die mit Mühen und Kostenaufwand errungen sind, überhaupt auszunutzen. Solche Ausnutzung ist sogar in mannigfaltigster Gestalt erlaubt, ja notwendig, weil Gewerbefleiß, Handel und Verkehr der Gegenwart auf dem Erbe der Vergangenheit beruhen (Baumbach, Komm. zum Wettbewerbsrecht [1929] S. 514 ff., Bem. LV 3 D, 2. Aufl. [1931], S. 400 ff. Kap. 95; Callmann, Der unlautere Wettbewerb, Komm. [1929] S. 116 Anm. 48 zum § 1; Rosenthal, Wettbewerbsgesetz [8. Aufl., 1930] S. 175 Note 49 zum § 1). Unter gewissen besonderen Umständen aber verstößt die Ausbeutung fremder Arbeit gegen die guten Sitten. So namentlich (1.) wenn sie täuschend wirkt und die Gefahr von Verwechslungen oder anderen irreführenden Vorstellungen erzeugt; (2.) wenn eine ungerechtfertigte Vereicherung beabsichtigt wird; (3.) wenn bewußt rechtswidrig ein gesetzlich anerkanntes Ausschließungsrecht — im Erfinder-, Muster- oder Urheberrechte — verletzt wird; (4.) wenn die Ausnutzung erschlichen ist (Callmann a. a. D. S. 116 Anm. 48). Jeder Geschäftsinhaber hat vermöge des Persönlichkeitsrechts am Bereiche seiner Gewerbetätigkeit und des anerkannten Grundsatzes der Rechtsordnung, einen mit redlichen Mitteln erworbenen Besitzstand zu schützen, Anspruch darauf, daß nicht andere unter seiner Flagge fahren (vgl. Baumbach a. a. D. 1. Aufl. S. 514, 2. Aufl. S. 401/3; Callmann a. a. D. S. 123 Anm. 57 zu § 1; Rosenthal a. a. D. S. 5 und Anm. 53, 53a, 56, 59, 59a zu § 1 Unl. BG.; Kohler, Der unlautere Wettbewerb [1914] S. 17, 22 ff., 95 ff.).

Die Gefahr der Täuschung, der Verwechslung zwischen Waren verschiedener Unternehmer und die Möglichkeit sonstiger irriger Vorstellungen wird heraufbeschworen, wenn ein Unternehmer so, wie es die Besl. im Verhältnis zur Kl. getan hat, das Porzellanmuster eines anderen wissentlich nachmacht. Solche Handlungen greifen auf eine Weise in den fremden Geschäftskreis ein, die den Anforderungen des gesicherten redlichen Verkehrs widerstrebt und sich deshalb mit dem Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden nicht verträgt (RG. 73, 294/98 [296/97]; 88, 183/87 [185/86]; 120, 94/101 [96, 99/100]). In der bloßen Nachahmung, ohne das Hinzutreten besonderer Umstände, ist allerdings nicht schlechthin ein Verstoß gegen die guten Sitten zu finden (RG. 73, 297). Ein besonderer erschwerender Umstand liegt aber hier in der — festgestelltemaßen bewußten — völlig unveränderten Übernahme der Warenverzierungen; sie muß grundsätzlich ebenso behandelt werden, wie etwa der slavisch genaue Nachbau von Maschinen und Geräten (Baumbach a. a. D. 2. Aufl. S. 401 Bem. B; Callmann a. a. D.

überall dort abgelehnt, wo es sich um Massenware handelt, weil solcher Produktion nicht die Herkunft aus einer bestimmten Herstellungsstätte anhaftet.

Dagegen erscheint die unter Berufung auf Callmann aufgestellte Forderung, daß ein beträchtlicher Wert für die Kl. auf dem Spiele stehen muß, unrichtig zu sein. Denn da der Verstoß gegen die guten Sitten in der Irreführung zu erblicken ist, ist es, wenn eine solche vorliegt, gleichgültig, ob der, zu dessen Nachteil die Irreführung geschah, hierbei in einem wesentlichen Geschäftswert betroffen wird. Nicht weil ein wertvolles Gut betroffen wird, ist der Angriff unsittlich, sondern weil eine Täuschungshandlung vorliegt. Waren z. B. die in Frage stehenden Porzellantassen Massenware, so wäre, auch wenn es sich um einen angesichts des daraus erzielten Gewinnes wertvollen Besitz handelt, doch der Anspruch nicht gegeben, weil dann die Irreführung nicht vorliegen würde.

RM. Dr. Willy Hoffmann, Leipzig.

B. Das vorliegende Ur. des 1. ZivSen. berührt sich nahe mit der oben (S. 1880) wiedergegebenen Entsch. des 2. ZivSen. (Rekordlichtpausmaschine). Es handelt sich beide Male um die Frage wettbewerbsrechtlicher Schutzes bei slavischer Nachbildung. Aber während es im Falle der Rekordlichtpausmaschine um den Schutz technischer Werte, die Abgrenzung des Wettbewerbsrechts gegenüber dem Patent- und Gebrauchsmusterrecht geht, handelt es sich in dem hier vorliegenden Tatbestand um den Schutz ästhetischer Werte, die Konkurrenz von Wettbewerbsrecht und Kunstschutrecht.

Durch die Feststellungen des BG. gezwungen, kann auch das RG. mangels eigenümlicher Schöpfung der Kl. den Kunstwerkschutz auf Grund des Gef. v. 9. Jan. 1907 nicht zubilligen. Es mußte prüfen, ob die Kl. wenigstens durch das Wettbewerbsgesetz geschützt werden kann.

Damit wird ein in der Rspr. noch nicht vollständig geklärtes

*) ZB. 1928, 301.

Gebiet beschritten. In der Konkurrenz zwischen Wettbewerbsrecht einerseits, Patent- und Gebrauchsmusterrecht andererseits ist seit RG. 120, 94 ff. = ZB. 1928, 1216 in ständiger Rspr. der Satz verankert, daß das Wettbewerbsrecht niemals die technischen, sondern stets nur die in der Sphäre der Werbung, in der Zurechnung durch den Verkehr liegenden Werte schützen kann. Fraglich ist, ob für die ästhetischen Werte, in der Konkurrenz mit Kunstschut- und Geschmacksmusterrecht, ein gleiches zu gelten hat. Wird der Gewerbetreibende auch hier durch das Wettbewerbsrecht nur gegen die Herbeiführung von Verwechslungen seitens des Konkurrenten geschützt, der in seinem wettbewerbsrechtlichen Besitzstand eindringt? Oder schützt hier das Wettbewerbsrecht in Ergänzung der Spezialgesetze auch das mit Kosten und Mühe geschaffene Arbeitsergebnis, den ästhetischen Wert selbst? Diese Frage ist in der bisherigen Rspr. offen geblieben. Die Unterscheidung, die RG. 120, 94 ff. = ZB. 1928, 1216 macht, je nachdem das Wettbewerbsrecht mit Patent- und Gebrauchsmusterrecht oder mit dem Geschmacksmusterrecht kollidiert, scheint darauf hinzuweisen, daß der ästhetische Wert als solcher wettbewerbsrechtlicher Schutz erfahren kann. Aber die Entscheidung selbst belehrt uns eines anderen, indem auch bei der Kollision mit dem Geschmacksmusterrecht auf die Verkehrsregelung und die Verwechslungsgefahr abgestellt wird. Andere Entscheidungen sind weniger weit gegangen und betrachten die Frage nach sittenwidriger Ausnutzung fremden Arbeitsergebnisses als entscheidend. Diese Gegenfähigkeit (siehe darüber neuerdings Furler, Besitz, Verkehrsregelung, Verwirkung im Wettbewerbsrecht S. 60 f.) ist in der Manschettenknöpfe-Entscheidung des 2. ZivSen. (GewRsch. 1931, 294 ff.) aufgezeigt worden, ohne daß dort ein Grund vorgelegen hätte, die Frage zu entscheiden.

Der vorliegende Fall hätte Anlaß sein können, das Problem zu

Ann 53/56 zu § 1; Rosenthal Note 55 zu § 1). Anerkannter Grundsatz ist zwar, daß massenhaft hergestellte gewöhnliche Dugendware nicht unter dem Gesichtspunkte sittenwidriger Ausnutzung eines fremden Arbeitsergebnisses gegen Nachbildung geschützt werden kann (RG. 120, 99⁵). Um solche Massenware handelt es sich hier jedoch nicht. Denn nach den — insoweit nicht rechtsirrigen — Feststellungen des BG. besteht die Wahrscheinlichkeit, daß im Anschluß an das Schubert'sche Gutachten die Urform, nach der die Abziehbilder hergestellt werden, unter die kunstgewerblichen Erzeugnisse zu rechnen sei. Das BG. würdigt die erhobenen Beweise freilich dahin, daß zweifelhaft bleibe, ob der Kl. ein künstlerisches Urheberrecht zukomme. Dies ist indes nur für den Rechtsgrund des Urheberschutzes wesentlich. Soweit die Klage sich gegen unlauteren Wettbewerb und unerlaubte Handlung wendet, ist es ohne Belang. Insoweit genügt es, wenn die Kl. sich im Verkehr unangefochten (wie sie angibt, seit einer Reihe von Jahren) eines Modells (eben des Dekors 2937) bedient, das nicht zu den Dugendwaren ohne besonderes Gepräge gehört. Wenn sie, wie bisher unbestritten, dies seit Jahren tut, kann sie sich zum Schutze gegen unlauteren Wettbewerb auf einen redlichen Verkehrsbesitzstand berufen. Sache der Bekl. wäre gewesen, diesen zu bestreiten und etwa Beweise dafür anzutreten, daß das Modell, bevor sie es für S. anfertigte, sich schon in mehr oder weniger verbreitetem Gebrauch anderer Firmen befunden, oder daß die Kl. es anderswoher entlehnt habe. Fehlt es an einem Vorbringen in dieser Richtung, so gewährt die von der Kl. genügend dargelegte Geltung des Modells im Verkehr eine ausreichende Anspruchsgrundlage.

Der Anspruch setzt jedoch voraus, daß ein beträchtlicher Wert für die Kl. auf dem Spiele stehe (vgl. Callmann a. a. O. S. 124 Ann. 58 zu § 1). Das BG. geht mit Recht davon aus, daß dieses Erfordernis nicht fehlen dürfe. Doch faßt es die damit aufgeworfene Frage zu eng, wenn es sie nur auf die von der Kl. für die Herstellung des Dekors 2937, und zwar des Entwurfs dazu, ausgegebenen Beträge richtet. Und es geht nicht an, diese Aufwendung schon darum für unbeträchtlich zu erklären, weil die Bekl., um die Druckbogen anzufertigen, ebenfalls Arbeit und Kosten — für eigene Platten, Lithographie und Druck — habe aufwenden müssen. Der Schwerpunkt für das Verhältnis unter den Parteien lag darin, daß die Bekl. zum Nachteil der Kl. bewußt eine Täuschungs- und Verwechslungsgefahr hervorrief, aus welcher dann Abbruch am Kundenkreise und überhaupt erheblicher Schaden erwachsen kann und nach der Behauptung der Kl. schon erwachsen ist, auch künftig noch droht. In dieser Hinsicht sind aber bisher keine Feststellungen getroffen. Solange sie fehlen, gericht es auch an der nötigen Grundlage für die Entsch., ob die Handlungen der Bekl. gegen die guten Sitten verstößen. Das RevG. ist nicht in der Lage, auf Grund einer erfahrungsmäßigen Wahrscheinlichkeit, die für jenen Schaden bestehen mag, die Lücke auszufüllen; auch aus der Glaubhaftmachung der Revisionssumme kann das Fehlende nicht ergänzt werden. Bisher ergibt sich nur, daß der Verstoß gegen die guten Sitten und somit die Anwendung des § 1 UrtW.G. mit der vom OVG. gebotenen Begründung nicht verneint werden kann.

Gleiches gilt, soweit der Klageanspruch auf den § 826

⁵) JW. 1928, 301.

klären. Das ist nicht gesehen. Im Gegenteil: Die beiden Gesichtspunkte gehen durcheinander und es wird nicht klar, worauf das Ur. sich stützt. Als Wettbewerbsverstoß wird zunächst die „bewußt völlig unveränderte Übernahme der Warenverzierungen“ betrachtet; „sie muß grundsätzlich ebenso behandelt werden, wie etwa der sklavisch genaue Nachbau von Maschinen und Geräten“. Es wäre hier zu erwidern, daß auch der sklavisch genaue Nachbau von Maschinen usw. nach der Abspr. des 2. ZivSen. zur Annahme des Wettbewerbsverstoßes nicht genügt. — Später geht dann im Ur. davon die Rede, daß die Kl. „sich zum Schutze gegen unlauteren Wettbewerb auf ihren redlichen Verkehrsbesitzstand berufen“ kann. Es wird nicht völlig klar, was damit gemeint ist. Es müßte, wenn die Sätze über den wettbewerbsrechtlichen Besitzstand, über die Verkehrsgeltung zur Anwendung gebracht werden sollen, auf die Verwechslung abgestellt werden. Sind Verwechslungen bei Abnehmern (es käme hier nicht der nächste, sondern nur die entferntere Abnehmer in Frage) zu

BGB. gestützt wird. Es fehlt bislang an Feststellungen über die Zufügung von Schaden; daß ihr solcher, und zwar in erheblichem Umfang, entstanden sei und weiterhin drohe, hat die Kl. behauptet. Was den Vorsatz der Bekl. angeht, so findet er sich im Ur. nicht als erwiesen festgestellt; das OVG. spricht von Verdacht, unterstellt aber dann, die Bekl. habe gewußt, daß der Firma S. kein Urheberrecht zustehe. Es bedarf in dieser Hinsicht noch einer ausdrücklichen Feststellung.

(U. v. 9. Dez. 1931; 192/31 I. — Jena.)

[Ra.]

42. §§ 1, 14 UrtW.G.; §§ 823, 826 BGB.

1. Trotz der Behauptung eines die §§ 1, 14 UrtW.G. verletzenden Tatbestandes ist die Begründung der Klage auf §§ 823 ff., bes. § 826 BGB. zulässig.

2. Soweit das BG. sich eine Ansicht ohne Beweiserhebung auf Grund eigener Lebenserfahrung gebildet hat, was an sich zulässig ist, darf das RG. diese Ansicht in der RevInst. nachprüfen.

3. Inhaltlich richtige Mitteilungen über die Beschaffenheit und die Waren des Wettbewerbers sind grundsätzlich zulässig, auch wenn sie dessen Existenz berühren. Nur dann sind sie als sittenwidrig zu beanstanden, wenn sie den Absatz der Waren des Wettbewerbers ohne eigenen Gewinn unmöglich machen wollen.

4. Irrig ist die Rechtsauffassung, daß der Zweck einer Wettbewerbsbehandlung stets unbeachtlich sei, daß auch die Existenzvernichtung nie als Merkmal des Sittenverstößes angesehen werden dürfe.

Die Kl. ist eine dem Zement Syndikat nicht angehörige Firma, während der Bekl. die sog. Westgruppe dieses Syndikats, d. h. die Verkaufsorganisation der im rheinisch-westfälischen Gebiet befindlichen, dem Syndikat angehörigen Portland-Zementfabriken darstellt. Neben den Verkaufsorganisationen, deren Spitzenorganisation der Deutsche Zementbund in Berlin ist, besteht seit langen Jahren der Verein Deutscher Portland-Zementfabrikanten in Berlin, der als wissenschaftliche Aufgabe Regeln für die Herstellung und für die Beurteilung der Güte der als „Portland-Zement“ in den Handel kommenden Ware hinsichtlich Raumbeständigkeit, Festigkeit und anderer Merkmale, die sog. „Deutschen Normen“ geschaffen hat, die auch für die Mitglieder des Syndikats verbindlich und behördlich als Grundlage für die Beurteilung von Portland-Zement anerkannt sind.

Die „Deutschen Normen“ enthalten i. d. Fassung von 1927 über Raumbeständigkeit folgende Vorschrift:

„Portland-Zement soll raumbeständig sein. Als entscheidende Probe soll gelten, daß ein auf einer Glasplatte hergestellter und vor Austrocknung geschützter Kuchen aus reinem Portland-Zement, nach 24 Stunden unter Wasser gelegt, auch nach längerer Beobachtungszeit durchaus keine Verkrümmungen oder Rantenrisse zeigen darf.“

Die Kl. hat im September 1927 mehrfach in der Rhein-Westf. Ztg. „Syndikatsfreien Portland-Zement, den deutscher Normen entsprechend“, angekündigt. Ferner hat ihr damaliger Vertreter, die Firma L., im November 1927 den Zement der Kl. durch gedruckte Dfferten als „ringfreien

befürchten? Wird die Bekl. den Ruf der Kl. für sich vermerken, indem ihr (der Bekl.) Erzeugnis vom Verkehr der Kl. zugerechnet wird?

Es wäre zu wünschen, daß das RG. bald Gelegenheit hat, erient zu der Frage Stellung zu nehmen. Meinerseits möchte ich annehmen, daß ein genügender Anlaß den technischen und den ästhetischen Schutz zu unterscheiden nicht besteht und daß der Weg über RG. 120, 94 ff. = JW. 1928, 1216 ein Umweg war. Es wird nur kleine Gebiete geben, in denen dem Wettbewerbsrecht die Aufgabe zufällt, das mit Mühe und Kosten errungene Arbeitsergebnis als solches zu schützen (Abreißbuchfächer u. ä.) und wo es Schrittmacher für die Entwicklung eines Sonderrechtsschutzes ist (wie es dies in RG. 73, 294 ff. für die Grammophonplatten war); im ganzen wird die Lösung der Fälle der sklavischen Nachbildung einheitlich darin liegen müssen, daß dem Wettbewerbsrecht nur der Schutz der Verkehrsgeltung, die Sorge für die Vermeidung von Verwechslungen aufgegeben ist. Freilich dürfen die Gerichte dann den Geltungsbereich der Sonderrechte nicht zu eng abstecken.

Prof. Dr. E. Ulmer, Heidelberg.

hochwertigen Portland-Zement“ unter Syndikatspreisen angeboten. Etwa um dieselbe Zeit versandte die Kl. in größerem Umfang eine Drucksache „Resultate der physikalisch-mechanischen Prüfung der Portland-Zementmarke „K. . .“; darin ist gesagt, daß die Produkte der Kl. aus September und Oktober 1927 durchschnittlich eine Druckfestigkeit von 519 kg/cm² gezeigt hätten, während die „Deutschen Normen“ für hochwertigen Zement nur eine Mindestfestigkeit von 500 kg/cm² vorschreiben.

Die Bekl. hat alsdann im März 1928 in großem Umfang ein Flugblatt unter der Überschrift „Treibender Zement vom Werk K. . .“ verbreitet, in dem zunächst Abbildungen aus dem Prüfungszeugnis des von der Bekl. angerufenen Staatl. Materialprüfungsamts in Berlin-Dahlem v. 27. Febr. 1928 über eine — nach Behauptung der Bekl. von der Kl. stammende — Zementprobe wiedergegeben sind; anschließend wird bemerkt, daß nach diesem Zeugnis die nach den „Deutschen Normen“ vorgezeichneten Proben gekrümmt, taugen- und nekräftig gewesen seien, das Amt schreibe ausdrücklich: „Danach ist der Zement nicht raumbeständig.“

Die Kl. erblickt in der Verbreitung dieses Flugblattes eine ihre Existenz bedrohende sittenwidrige Handlung und hat mit der Klage beantragt, der Bekl. die Aufstellung der Behauptung, ihr Zement „treibe“ und sei „nicht raumbeständig“, sowie die weitere Verbreitung des Flugblattes zu verbieten. Die Klage ist nur auf §§ 823 ff., bes. § 826 BGB. gestützt.

Das OLG. verbot der Bekl. die Verbreitung des Flugblattes. Die Rev. führte zur Aufhebung des Urteils und zur Zurückverweisung.

1. Das OLG. hat mit Recht das von der Kl. beanstandete Verhalten der Bekl., d. h. die Verbreitung des Flugblattes vom März 1928, nur aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung i. S. der §§ 823 ff. BGB. geprüft, entsprechend der ausdrücklichen Erklärung der Kl. aber eine Prüfung dahin, ob diese Vorschriften des UnlWBG., insbes. §§ 1, 14 daf. verletzt habe, völlig ausgeschaltet. Diese rechtliche Behandlung ist deshalb zutreffend, weil das von der Kl. angerufene LG. nach § 24 UnlWBG. nicht zuständig gewesen wäre, wenn die Kl. sich auf unlauteren Wettbewerb der Bekl. hätte berufen wollen. Trotz der Behauptung eines derartigen Tatbestandes ist aber die Begründung der Klage auf §§ 823 ff., bes. § 826 BGB. nach ständiger Rspr. durchaus zulässig. Insofern hat auch die Rev. keinerlei Bedenken geäußert.

2. Beanstandet wird jedoch die rechtliche Beurteilung des BG., das in dem Verhalten der Bekl. einen Verstoß gegen die guten Sitten erblickt und die Voraussetzungen des § 826 BGB. auch sonst für gegeben erachtet. Diese Rüge ist begründet.

Das OLG. hat im Gegensatz zum LG. nicht geprüft, ob die von der Bekl. in ihrem Flugblatt aufgestellten Behauptungen über den Zement der Kl. wahr sind, weil das Flugblatt geeignet sei, die wirtschaftliche Existenz der Kl. zu vernichten, weil auch der der Kl. zugefügte Schaden in keinem erträglichen Verhältnis zu den von der Bekl. für sich und ihre Mitglieder erstrebten Vorteilen stehe. Deshalb liege ein Verstoß gegen die guten Sitten nach § 826 BGB. auch dann vor, wenn die Behauptungen der Bekl. wahr sein sollten. Mit Recht rügt die Rev., daß das OLG. den Begriff der Sittenwidrigkeit überspannt und deshalb das tatsächliche Vorbringen der Parteien, bes. der Bekl. nicht ausreichend gewürdigt hat.

Das OLG. entnimmt seine Feststellungen, aus denen es die Rechtsfolge des Vorhandenseins eines Sittenverstößes der Bekl. ableitet, ausschließlich seiner eigenen Lebenserfahrung. Es trifft also keine tatsächlichen Feststellungen, zu denen es mangels Beweiserhebung auch gar nicht in der Lage gewesen wäre, sondern stellt auf eigener Erfahrung eine Wirkung des Flugblattes der Bekl. fest, die zwar von der Kl. behauptet, von der Bekl. aber bestritten ist. Daß das BG. in solchem Falle von jeder Beweisaufnahme absehen, sich auf seine eigene Lebenserfahrung berufen durfte, ist nicht zweifelhaft. Das RG. hat aber in ständiger Rspr. daran festgehalten, diese Ansichten in der Rev.Zsft. nachzuprüfen (RG. 128, 267 und die angeführten Urteile). Gerade in Fällen der vor-

liegenden Art ist diese Nachprüfung um so mehr erforderlich, als diese Frage eines Verstoßes gegen die guten Sitten ohne sorgfältige Prüfung aller in Betracht kommenden Umstände des Einzelfalles überhaupt nicht sachgemäß beschieden werden kann.

Das OLG. stellt ausschließlich auf den Erfolg des Flugblattes ab und erblickt darin allein die Sittenwidrigkeit der Verbreitung des Flugblattes der Bekl. Es unterstellt dabei, daß die Angaben des Flugblattes richtig seien, kann also deren Unrichtigkeit auch nicht zur Begründung des Sittenverstößes verwerten. Damit steht in offenem Widerspruch, daß das OLG. Wert auf die Feststellung legt, die von der Kl. verbreiteten Prüfungsergebnisse seien unüberlegt richtig. Dabei hatte die Bekl. behauptet, die Kl. habe sich aus den zahlreichen eigenen Untersuchungen diejenigen herausgesucht, die ihr günstig seien, die ungünstigen Ergebnisse weggelassen. Wäre auch das nur richtig, so würde das Verhalten der Bekl. vielleicht schon deshalb vom OLG. anders beurteilt worden sein. Mit Recht rügt daher die Rev. ganz allgemein, daß das BG. die Behauptungen der Bekl. über das Vorliegen einer Abwehrmaßnahme nicht ausreichend gewürdigt habe.

Grundsätzlich ist bei der Beurteilung von Kampfmaßnahmen im wirtschaftlichen Wettbewerb davon auszugehen, daß der Vorwurf des Verstoßes gegen die guten Sitten nur dann gerechtfertigt erscheint, wenn die verwendeten Kampfmittel über das zur Erreichung der eigenen Zwecke erforderliche Maß hinausgehen, die wirtschaftliche Vernichtung des Gegners herbeizuführen bestimmt und geeignet sind oder ihm so schweren Schaden zufügen, daß dieser zu den erstrebten Vorteilen in keinem erträglichen Verhältnis steht. Nicht wegen dieses Erfolges, sondern wegen dessen Voraussehbarkeit und Unangemessenheit werden die angewendeten Kampfmittel beanstandet, weil sie normalerweise einen entbehrlichen und weit über das Ziel hinausreichenden Erfolg haben. Dabei läßt sich aber nicht sagen, daß ein bestimmtes Kampfmittel unter allen Umständen erlaubt sei, vielmehr kommt es immer auf den einzelnen Fall an, woraus sich die Rspr. über Liefer-sperre und Bohrtott erklärt. Nicht unbeachtet darf dabei bleiben, ob das Kampfmittel ganz allgemein üblich und nach der herrschenden Auffassung des deutschen Volkes, insbes. der am Wettbewerb beteiligten Kreise nicht zu beanstanden ist. Dabei muß beachtet werden, daß Mitteilungen über die Beschaffenheit der Ware des Wettbewerbers grundsätzlich nicht weniger zulässig sind als Mitteilungen über die Qualität der eigenen Ware. Selbstverständlich müssen diese Angaben richtig sein; wer solche Mitteilungen macht, handelt auf eigene Gefahr, muß nach §§ 3, 14 UnlWBG. den Beweis der inhaltlichen Richtigkeit führen und verstößt gegen die guten Sitten i. S. des § 826 BGB., wenn der Inhalt der Mitteilung sich als unrichtig herausstellt. Dabei müssen die Mitteilungen, die sich auf Prüfung anderer stützen, in der Regel der auf eigene Verantwortung aufgestellten Behauptung gleichgestellt werden, besonders wenn, wie im vorliegenden Falle, die Prüfung von dritter Seite nur als Beweis für die Richtigkeit der eigenen Behauptung verwertet werden. Aber inhaltlich richtige Mitteilungen über die Beschaffenheit und die Eigenschaften der Waren des Wettbewerbers sind grundsätzlich zulässig, auch wenn sie dessen Existenz berühren. Nur dann sind sie als sittenwidrig zu beanstanden, wenn sie nicht mehr dem eigentlichen Wettbewerbszweck dienen, nämlich der eigenen Kundenwerbung, sondern — ausschließlich oder fast ausschließlich — den Abzug der Waren des Wettbewerbers ohne eigenen Gewinn unmöglich machen wollen. Die neuere Rspr. hat diese Auffassung immer schärfer betont und befindet sich dabei im wesentlichen in Übereinstimmung mit den neuerdings vielbeachteten Ausführungen von Ripperhey: KartRdsch. 1930, 127 ff. Allerdings kann der von Baumbach, Wettbewerbsrecht S. 172, 173 vertretenen Auffassung nicht zugestimmt werden, daß der Zweck einer Wettbewerbsbehandlung stets unbeachtlich sei, daher auch die Existenzvernichtung nie als Merkmal des Sittenverstößes angesehen werden dürfe, weil die Vernichtung des Gegners stets das letzte Ziel des Wettbewerbes sei. Das mag vielleicht für den sog. Leistungswettbewerb zutreffen, für den sog. Behinderungswettbewerb kann es aber nicht anerkannt werden, würde

eine vollständige, offenbar verhängnisvolle Abkehr von der bisherigen Praxis des RG. bedeuten.

Ist also daran festzuhalten, daß Mitteilungen über die Beschaffenheit der Ware des Wettbewerbers — vorausgesetzt, daß sie wahr sind — regelmäßig nicht beanstandet werden können, so muß ebenso hervorgehoben werden, daß bei Feststellung einer Ausnahme von der Regel alle begleitenden Umstände des Einzelfalles zu beachten sind. Das RG. hat früher betont (RG. 48, 127), daß ein gehässiges Vorgehen mit dem Ziel der Vernichtung des Gegners den Tatbestand der Sittenwidrigkeit erfüllt. Daran scheint das OLG. zu denken, wenn es hervorhebt, solch „grobes Geschütz“, wie die Befl. es angewendet habe, sei nicht erforderlich gewesen, die Befl. hätte gerichtlich gegen die Kl. wegen deren angeblich irreführenden Veröffentlichungen vorgehen können. Diese Ausführungen sind rechtsirrig; niemals kann die Sittenwidrigkeit einer Veröffentlichung darin gefunden werden, daß von der Möglichkeit einer Unterlassungsklage nicht Gebrauch gemacht wird. Die Selbsthilfe ist in solchem Falle durch Verwendung der vom Gegner selbst angewendeten Mittel durchaus nicht zu beanstanden. Allerdings werden dabei Grenzen zu beachten sein. Aber es kommt in Fällen langjähriger, tiefgehender Interessengegensätze nicht stets so sehr auf den Abwehrcharakter einer Handlung an, so daß zu untersuchen wäre, ob die Befl. oder die Kl. sich in Verteidigungsstellung befunden hat. Vielmehr wird man hier als entscheidend ansehen dürfen, daß der Befl. nicht verwehrt werden darf, sich an einen weiten Abnehmerkreis zu wenden, nachdem die Kl. das getan hat.

Dann ist zu fragen, ob die Befl. mit einer Existenzvernichtung der Kl. rechnen mußte und konnte. Selbstverständlich ist das keineswegs, wie das OLG. annimmt. Es liegt durchaus im Rahmen einer verständigen Betrachtung der wirtschaftlichen Entwicklung, daß die Kl. nach Beanstandung ihrer Ware die bisherigen Fabrikationsmethoden verbesserte, dafür zwar sekundäre Opfer bringen mußte, aber unter sonst normalen Verhältnissen in ihrer Existenz nicht bedroht wurde. Man kann auch nicht sagen, daß der Schaden der Kl. außer jedem erträglichen Verhältnis zu dem erstrebten Vorteil der Befl. oder ihrer Mitglieder steht. Mit Recht hat die Befl. wiederholt darauf hingewiesen, daß ein etwaiger Kundenverlust im wesentlichen ihr zugute kommen müsse.

Damit fällt die einzige Stütze, auf der das angef. Urteil aufgebaut ist, in sich zusammen. Es darf aber nicht unerwähnt bleiben, daß nach Lage des Falles wahre Mitteilungen an die Kundschaft auch trotz voraussehbarer Vernichtung des betroffenen Wettbewerbers zulässig sind, wenn die Empfänger oder die Allgemeinheit ein berechtigtes und erhebliches Interesse daran hat, die Mitteilungen zu erhalten. Die Umstände sprechen dafür, daß dieses Interesse im vorliegenden Fall, die Richtigkeit des Inhalts des Flugblatts unterstellt, gegeben ist.

Das BG. verkennet das offenbar nicht, hält aber den Beweisansatz der Befl. für so unzureichend, daß es darauf gar nicht eingeht. Dazu ist zunächst zu sagen, daß das Interesse des Publikums an dem Inhalt des Flugblattes keines Beweises bedarf. Ist der Zement der Kl. wirklich nicht raumbeständig, so bildet sein Vertrieb eine Gefahr für weiteste Kreise, insbes. auch für das Käuferpublikum, das solchen Zement verarbeitet oder weiterverträgt.

Es kommt daher im wesentlichen darauf an, ob der Befl. der Beweis gelingt, daß der von der Kl. zu jener Zeit vertriebene Zement nicht raumbeständig war. Mit Recht rügt die Rev., daß das OLG. an die Substanziierung des Beweisansatzes Anforderungen stellt, die weit über ein erträgliches Maß hinausgehen, und daß es damit § 286 ZPO. verletzt hat. Die im Tatbestand wiedergegebenen schließlichen Beweisansätze durften nicht abgelehnt werden. Die Rev. betont zutreffend, daß hier und im Schriftsatz v. 22. März 1930 die Behauptung ordnungsmäßiger Beschaffung und Behandlung der Proben aufgestellt war. Die angetretenen Beweise müssen daher erhoben werden. Zu diesem Zweck muß die Sache unter Aufhebung des angef. Urteils an das BG. zurückverwiesen werden.

Sollte sich dabei herausstellen, daß der Beweis mangelnder Raumbeständigkeit des Zements der Kl. nicht derart

geführt werden kann, daß eine allgemein gehaltene Aufstellung dieser Behauptung gerechtfertigt war, — denn so ist die Mitteilung doch offenbar zu verstehen, — so kann sie der Befl. doch nur dann als Sittenverstoß angerechnet werden, wenn sie vorsätzlich oder leichtfertig verallgemeinert hat. Ob das hier vorliegt, muß der Tatrichter auf Grund des Beweisergebnisses prüfen. Nicht zu beanstanden ist die Verwendung des Zeugnisses des Berliner Materialprüfungsamtes, auch nicht deshalb, weil nur eine Probe geprüft wurde und das Amt vor Verallgemeinerung grundsätzlich (gedruckter Vermerk) warnte. Denn es lagen nach der Behauptung der Befl. weitere sorgsam erzielte Prüfungsergebnisse vor. Auch daß eine gewisse Zeit seit der Verbreitung der Reklamendruckschriften der Kl. vergangen war, nimmt dem Vorgehen der Befl. nicht ohne weiteres die Berechtigung. Mit Recht betont die Rev., daß die Wirkung bei großer Verbreitung von Reklamematerial nicht ohne weiteres binnen kurzer Zeit hinwiegend wird, sondern monatelang fortbesteht, selbst wenn, worüber allerdings nichts festgestellt ist, die Kl. i. J. 1928 nicht mehr öffentlich behauptet haben sollte, daß ihr Zement den „Deutschen Normen“ entspreche.

Unanwendbar ist § 823 Abs. 1 BGB. Ein widerrechtlicher Eingriff in den Bestand des Gewerbebetriebes der Kl. kommt hier nicht in Frage, weil es sich nach den eigenen Behauptungen der Kl. nur um eine mittelbare Gefährdung ihres Unternehmens handelt, so daß der Gewerbebetrieb als „sonstiges Recht“ im Sinne dieser Vorschrift hier nicht widerrechtlich verletzt ist (vgl. RG. 102, 225; 119, 438¹). Deshalb kann nur eine unerlaubte Handlung i. S. des § 826 BGB. vorliegen.

(U. v. 20. Mai 1931; 189/30 IX. — Hamm.) [5.]

43. §§ 1, 3, 7 UnlWG. Die Ankündigung eines Ausverkaufs wegen Umbaues ist nicht nur dann zulässig, wenn er unmittelbar bevorsteht, es genügt, wenn zur Zeit der Ankündigung die wirkliche Absicht besteht, den Umbau demnächst vorzunehmen. In diesem Falle stellt auch die „verfrühte“ Anzeige weder eine unrichtige Angabe über geschäftliche Verhältnisse, noch eine Täuschung des Publikums (Verstoß gegen die guten Sitten) dar.†)

Die Befl. hat als Grund für die Veranstaltung des Ausverkaufs in der Ausverkaufsankündigung „den Neu- und Umbau ihrer Geschäftshäuser“ angegeben, und die Kl. verlangt das Verbot der Ankündigung, weil der angegebene Grund unwahr sei.

Nach § 7 Abs. 1 UnlWG. muß der Grund des Ausverkaufs in der Ankündigung angegeben werden; er darf kein bloßer Vorwand sein, sondern muß ernstlich gemeint, sachlich zutreffend, wirtschaftlich berechtigt und erlaubt sein (RG.: MuW. XII, 513; Rosenthal § 7 N. 11; Callmann §§ 7—10 Erl. N. 13). „Der Grund setzt ein Ereignis voraus, das den Anlaß bietet, die Räumung eines bestimmten der Verfügung des Verkäufers unterliegenden Warenlagers ganz oder teilweise im Wege eines beschleunigten Verkaufs herbeizuführen, das also den Entschluß in ihm hervorgerufen hat, statt des gewöhnlichen Verkaufs eine beschleunigte Räumung des Lagers im Wege des Ausverkaufs zu bewerkstelligen“ (RGSt. 45, 371). Nun hat das BG. ausgeführt, daß

¹) ZB. 1928, 1725.

Zu 43. Die Entsch. ist in allen Punkten lehrreich, aber in einigen nicht unbedenklich.

I. 1. Allgemein beachtlich sind die Ausführungen über die Wiederholungsgefahr. Darauf, ob die Nachprüfung des Vorliegens der Wiederholungsgefahr auch in der RevZust. zulässig ist, geht das RG. gar nicht ein; wohl mit Recht, denn die Frage darf in dem von Rosenthal (WettbewerbsG., 7. Aufl., S. 58) auf Grund der Rspr. zutreffend unrisiken Sinne als gelöst betrachtet werden. Zu vermerken ist immerhin, daß das RG. sich in der vorl. Entsch. hinsichtlich dieser Frage ziemlich weit ins Tatfahengebiet hineinbegibt. — Sachlich erscheint die Verneinung der Wiederholungsgefahr hier durchaus gerechtfertigt.

2. Die Schlüssätze der Entsch. sind besonderer Beherzigung wert: viel zu oft wird — beinahe automatisch — mit dem Gesuch um einstweilige Verfügung zugleich die Klage ein-

der in der Bekanntmachung angegebene Grund des Ausverkaufs nicht nur im allgemeinen stichhaltig, sondern auch im Einzelfalle gegenwärtig zutreffend sein müsse, da sonst in der Bekanntmachung eine falsche Angabe über geschäftliche Verhältnisse i. S. des § 3 UmlWG. zu erblicken sei; der beabsichtigte Umbau könne daher die Veranstaltung des Ausverkaufs nur dann rechtfertigen, wenn er als „gegenwärtiges Ereignis unmittelbar bevorstehe“; das aber müsse verneint werden; denn die Bekl. habe wohl an einen Umbau gedacht, zur Zeit der Ankündigung des Ausverkaufs aber noch keinen festen Entschluß gefaßt, sich vielmehr die endgültige Entscheidung noch vorbehalten.

Alein mit Recht wendet die Rev. ein, daß der übrigens leicht mißverständliche Ausdruck, daß der Umbau als gegenwärtiges Ereignis unmittelbar bevorstanden haben müsse, im Gesetz keine ausreichende Stütze findet. Bei einem beabsichtigten Umbau als Grund für den Ausverkauf handelt es sich um ein Ereignis, das erst nach der Ankündigung des Ausverkaufs eintreten soll, und nach der Feststellung des VerN. war dies Ereignis bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung v. 18. Dez. 1930 noch nicht eingetreten. Gleichwohl braucht die Angabe dieses Grundes nicht ohne weiteres als unwahr angesehen zu werden. Vielmehr ist bei Ereignissen, die erst nach der Ankündigung eintreten sollen, zu prüfen, ob die Grundangabe zur Zeit der Ankündigung rechtmäßig war; das ist aber der Fall, wenn der Veranstalter den ernsthaften Willen gehabt hat, das angekündigte Ereignis herbeizuführen und diesen Willen durch alle erreichbaren und billigerweise zu verlangenden Mittel betätigt hat. Nun stellt aber der VerN. ausdrücklich fest, daß die Bekl. sich ernsthaft mit dem Gedanken trägt, demnächst ihre gesamten Geschäftsräume umzubauen und daß sie zu diesem Zweck bereits i. F. 1929 habe Pläne aufstellen und Ende Juni 1929 die behördliche Baugenehmigung für ein ausgedehntes Projekt erwirken lassen, die Durchführung des Neubaus damals aber mit Rücksicht auf die Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse eingestellt und die Architekten für ihre Arbeiten endgültig entlohnt und daß auch das Vorstandsmitglied A. noch Ende Oktober 1930 erklärt hat, er denke zur Zeit nicht an einen Umbau. Andererseits aber stellt der VerN. auch fest, daß die Bekl. um die gleiche Zeit durch Vermittlung des Architekten F. bei der Polizei die Genehmigung zur Erhaltung eines Bauzweckes zu erreichen gesucht, daß das Vorstandsmitglied der Bekl. R. am 20. Nov. 1930 dem Zeugen F. erklärt hat, der Umbau der Geschäftsräume solle jetzt, wenn auch in beschränkterem Umfang als ursprünglich vorgesehen, sofort in Angriff genommen werden, F. möge alle Vorbereitungen treffen, daß der Umbau im Februar oder März 1931 beginnen könne. Dabei sieht der VerN. die Darlegungen R.s für die Gründe, die für den Bauentschluß maßgebend gewesen seien, für „mehr oder minder“ zutreffend an. Wenn gleichwohl das BG. zu dem Ergebnis gelangt ist, daß die Bekl. zur Zeit der Ankündigung des Ausverkaufs wohl an einen Umbau gedacht, aber noch keinen festen Entschluß gefaßt,

gereicht, ohne daß der Antragsteller sich die Frage vorlegt, wie es mit Rechtsschutzbedürfnis und Begründetheit seiner Anträge wohl stehen werde, wenn diese einmal zur Entscheidung kommen. Im vorl. Falle hat die Kl. auch im übrigen sich mit ihren Anträgen recht weit aus dem Gebiet des überhaupt Erreichbaren hinausgewagt; aus dem nicht abgedruckten Teil der Entsch. ergibt sich, daß sie der Bekl. unter anderem verbieten lassen wollte, in ihren Geschäftsräumen einen Ausverkauf zu veranstalten, und in öffentlichen Bekanntmachungen den Verkauf von Waren unter der Bezeichnung eines Ausverkaufs anzukündigen. Daß dies — wie denn auch das RG. mit aller Deutlichkeit ausführt — weit über das Ziel hinauschießt, liegt auf der Hand. Ein solches Zwielf wäre weniger schädlich im Verfahren über eine Geldforderung, in dem eine Teilabweisung möglich ist; wo aber nur „alles oder nichts“ zugesprochen werden kann, ist äußerste Vorsicht, ja Bescheidenheit in der Fassung der Anträge erforderlich.

II. Unter dem besonderen Gesichtspunkt des Wettbewerbsrechts ist folgendes zu bemerken:

1. Mit Recht erblickt das RG. in dem Verhalten der Bekl. keine Verletzung des § 3 UmlWG., weil die Angaben der Bekl. nichts mit den Gesichtspunkten zu tun haben, unter denen die Käuferchaft die Vorteilhaftigkeit eines Angebotes prüft. Anders würde nur dann zu entscheiden gewesen sein, wenn das Publikum

sich vielmehr die endgültige Entscheidung noch vorbehalten habe und daß es ihr somit in erster Linie auf den Ausverkauf angekommen sei, so ist für das Gericht ausschlaggebend gewesen, daß die Einzelheiten des Bauvorhabens der Bekl. in keiner Weise geregelt gewesen seien; während es den Gepflogenheiten eines sorgfältigen Kaufmanns entspreche, zunächst Zeichnungen zu fertigen, die Kosten des Umbaus im einzelnen zu berechnen und durch Einfordern von Offerten festzustellen, ob sich der Bau mit der zur Verfügung stehenden Summe von 300 000—400 000 M herstellen lasse, wolle Bekl. den entgegengesetzten Weg eingeschlagen und zunächst den Bauentschluß gefaßt haben.

Abgesehen hiervon aber sei der Ausverkauf früher, als der wirtschaftliche Zweck solches erfordert habe, angezeigt worden.

Aus diesen Gründen nimmt das BG. an, daß die Ankündigung des Ausverkaufs durch die Bekl. gegen §§ 1 und 3 UmlWG. verstoße und der Unterlassungsanspruch begründet sei.

Mit Recht beanstandet die Rev., daß die Vorschrift des § 3 hierdurch verletzt sei. Wenn die Angabe des Umbaus als Ausverkaufsgrund der Wahrheit nicht entsprach, wurde durch diese „unrichtige Angabe über die geschäftlichen Verhältnisse der Bekl.“ in keiner Weise der Anschein eines besonders günstigen Angebotes hervorgerufen und überhaupt das Angebot der Waren für die Käufer nicht beeinflusst. Aber auch § 1 UmlWG. ist durch solche Handlungsweise nicht verletzt. Eine Täuschungshandlung gegenüber dem Publikum scheidet ohne weiteres aus, eine die Abnehmer täuschende Ausverkaufsanzeige, wie sie z. B. bei der Ankündigung eines Ausverkaufs, ohne daß ein solcher stattfindet, gegeben wäre, liegt nicht vor. In Frage kommen könnte nur eine Unlauterkeit gegenüber den Mitbewerbern, die durch einen auf bewußt unrichtiger Angabe des Ausverkaufsgrundes beruhenden Ausverkauf der Bekl. geschädigt würden. Allein die „bewußt unwahre Angabe“ des Umbaus als Ausverkaufsgrund ist vom VerN. nicht festgestellt worden; im Gegenteil stellt er fest, daß die Bekl. bei ihrer Angabe in der Ankündigung sehr wohl an einen Umbau gedacht, aber noch keinen festen Entschluß gefaßt, sich vielmehr die endgültige Entscheidung noch vorbehalten habe.

Daß ferner die angeblich „verfrühte“ Ankündigung nicht die Annahme der Verletzung der §§ 1 und 3 UmlWG. zu rechtfertigen vermag, bedarf keiner näheren Begründung, zumal der vom VerN. angenommenen Möglichkeit, daß die Bekl. noch sechs Wochen länger während des Abbruchs des Hinterhauses und der Ausschachtungsarbeiten den Geschäftsbetrieb habe aufrechterhalten können, der Umstand entgegensteht, daß nach der Angabe des Zeugen die Zerlegung des Baues in zwei Bauabschnitte die Kosten des Baues bedeutend erhöht und die Dauer des Baues erheblich verlängert haben würde.

Hiernach könnte es sich nur noch darum handeln, ob der Unterlassungsanspruch etwa aus dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen § 7 Abs. 2 gem. § 13 Abs. 1 Satz 2 UmlWG. gegeben wäre. Allein auch das trifft nicht zu. Die Annahme

Anlaß gehabt hätte, aus den Angaben über den Grund des Ausverkaufs Schlüsse auf die — im einzelnen ja nicht veröffentlichte — Höhe des Rabatts zu ziehen.

2. Bedenklich ist dagegen die Stellungnahme des RG. zur Frage der Anwendbarkeit der §§ 1, 7 UmlWG. Die Begriffsbestimmung des Grundes eines Ausverkaufs, die das RG. aus der Entsch. RGSt. 45, 371 übernimmt, ist nicht zureichend, denn sie bringt nicht zum Ausdruck, daß der Ausverkauf, der im Hinblick auf ein bevorstehendes Ereignis erfolgt, nur das Mittel sein darf, die Räumung des Lagers vor dem Eintritt dieses Ereignisses herbeizuführen; er wird deshalb erst in dem Augenblicke zulässig, in dem er für die Erreichung dieses Zweckes nicht nur an sich erforderlich, sondern auch unaufschiebbar wird. Es darf also nicht zulässig sein, daß der Veranstalter, wenn die Notwendigkeit des Ausverkaufs einmal feststeht, sich dafür den ihm sympathischsten Zeitpunkt aussucht; denn andernfalls ist nicht das bevorstehende Ereignis alleiniger Grund des Ausverkaufs, sondern zugleich die Besonderheit des Augenblicks, in dem dieser stattfindet. Betrachtet man die Umstände unter diesem Gesichtspunkt, so kann auch die „verfrühte“ Vornahme des Ausverkaufs eine unrichtige Angabe des Grundes i. S. des § 7 und darüber hinaus — wegen der Unwahrscheinlichkeit, die darin liegt — zugleich einen Verstoß gegen die guten Sitten i. S. des § 1 UmlWG. darstellen. Das RG.

des VerN., die Bekl. habe bei Anündigung des Ausverkaufs wohl an einen Umbau gedacht, aber noch keinen festen Entschluß gefaßt, sondern die endgültige Entschließung sich noch vorbehalten, ist schlechterdings unvereinbar mit den vorausgehenden tatsächlichen Feststellungen, „daß die Bekl. sich ernsthaft mit dem Gedanken trägt, demnächst ihre gesamten Geschäftsräume umzubauen, daß sie die behördliche Bauerlaubnis für ein ausgebehtes Projekt erwirkt, die Durchführung des Neubaus aber damals zurückgestellt hat, dann aber den Architekten F. unter gleichzeitiger Mitteilung, der Umbau der Geschäftsräume solle jetzt, wenn auch in beschränkterem Umfange, sofort in Angriff genommen werden, angewiesen hat, alle Vorbereitungen zu treffen, um mit dem Umbau im Februar oder März beginnen zu können“.

Diese Feststellungen, aus denen das Bestehen einer ernstlichen Absicht der Bekl., den längst geplanten Umbau baldigst, d. h. nach der Beendigung der Frostperiode durchzuführen, hervorgeht, lassen sich nicht durch die Erwägung beseitigen, daß ein sorgfältiger Kaufmann, der einen Umbau seines Geschäfts vornehmen will, nicht zunächst den Ausverkauf betreibt und dann erst die Einzelheiten des Bauvorhabens regelt. Dabei übersieht das BG. außerdem, daß ja fertige Baupläne und Kostenschläge aus dem Jahre 1929 vorlagen, die jetzt nur mit Rücksicht auf die Einschränkung des Bauvorhabens entsprechend eingeschränkt werden mußten.

An der Ernstlichkeit des Bauvorhabens der Bekl. läßt sich um so weniger zweifeln, als es durchaus glaublich erscheint, daß es zum Totalausverkauf einer Warenmenge, die einen Wert von über einer Million Mark repräsentiert, einer geräumigen Zeit bedurfte, die von der Bekl. selbst auf drei bis vier Monate veranschlagt worden ist. Wie lange Zeit die Bekl. zum Räumen ihres Warenlagers durch Totalausverkauf bedurfte, ebenso in welcher Weise sie ihn durchführen wollte, das blieb im wesentlichen ihrem Ermessen überlassen, wobei hauptsächlich die wirtschaftlichen Belange der Bekl. zu berücksichtigen waren. Sache der Kl. wäre es deshalb auch gewesen, den Beweis zu führen, daß das Bauvorhaben der Bekl. nicht ernstlich gemeint gewesen sei, insbes. auch, daß der Ausverkauf in viel kürzerer Frist hätte durchgeführt werden können. Nichts dergleichen ist aber von der Kl. vorgebracht. Was speziell den Zeitpunkt des Beginns des Ausverkaufs und der Anündigung desselben betrifft, so wird die Ernstlichkeit des Bauvorhabens nicht deshalb in Frage gestellt, weil die Bekl. durch den mit dem 1. Dez. beginnenden Totalausverkauf einen Teil des Weihnachtsgeschäftes an sich riß. Das war ein Übelstand, mit dem die Konkurrenz sich abfinden mußte, sofern nur dieser Beginn durch den Zeitpunkt des Baubeginns gerechtfertigt war. Letzteres aber ist zu bejahen, wenn der Bau schon im Februar oder März begonnen werden sollte. Es läßt sich auch nicht einwenden, daß die Witterungsverhältnisse möglicherweise einen Umbau zu so früher Jahreszeit noch nicht zuließen; denn die Bekl. dürfte mit den denkbar günstigsten Witterungsverhältnissen rechnen, damit sie nicht unnötig den Ausverkauf abzubrechen oder zu beschleunigen brauchte. Denn eine Verlängerung der Ausverkaufszeit brauchte sie nicht zu befürchten, da sie damit ihr Ziel nur um so vollkommener erreichte. Gerade auch der Umstand, daß bis zum Beginn des Umbaus noch mehrere Monate verstreichen würden, läßt es erklärlich erscheinen, daß am 18. Dez. 1930 noch diejenigen Maßnahmen nicht getroffen waren, aus deren Fehlen der

VerN. den damals noch fehlenden Bauentschluß gefolgert hat. Allein mit Unrecht. Von einem solchen fehlenden Bauentschluß würde man noch nicht im Sinne eines Verstoßes gegen § 7 Abs. 2 UrtW.G. reden können, wenn der Umfang des Umbaus noch von dem wirtschaftlichen Ergebnis des Ausverkaufs abhängig war, ja der ganze Umbau infolge eines unerwarteten Mißerfolges desselben noch in Frage gestellt werden konnte.

Aber selbst wenn der Ausverkauf und sein Beginn am 1. Dez. 1930 verfrüht gewesen wäre und darauf ein Unterlassungsanspruch hätte gestützt werden können, so hätte doch dieser Unterlassungsanspruch von vornherein zeitlich begrenzt werden müssen, und dieses Bedenken ist sämtlichen Anträgen der Kl. gegenüber zu erheben. Auch die den Klageanträgen entsprechende Beurteilung der beiden Vorinstanzen beschränkt sich nicht auf ein das konkrete Verhalten der Bekl. betreffendes Verbot, sondern verbietet entsprechend der uneingeschränkten Fassung der Klageanträge jeden künftigen Ausverkauf der Bekl. ganz allgemein und zeitlich unbegrenzt, ebenso allgemein die Anündigung eines Verkaufs von Waren unter der Bezeichnung eines Ausverkaufs, schließlich die Anündigung eines Totalausverkaufs mit einem Preisnachlaß von durchweg 50%.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß ein so weitgehender Unterlassungsanspruch keinesfalls gegeben ist. Es kann der Bekl. nicht für alle Zeiten verwehrt werden, einen Ausverkauf vorzunehmen oder anzukündigen oder einen Totalausverkauf mit Preisnachlaß „von durchweg 50%“ oder „bis zu 50%“ anzukündigen. Auf ein solches Verbot, das wegen seiner Unbegrenztheit für die Bekl. die schwersten wirtschaftlichen Nachteile zur Folge haben würde und im Gesetz keine Stütze findet, hat der klagende Verein keinen Anspruch. Das zu verbietende oder verbotene Verhalten der Bekl. etwa dadurch zu konkretisieren, daß von dem Verbot der Veranstaltung nur ein solcher Ausverkauf betroffen wird, der ohne rechtzeitige Anmeldung und Einreichung eines Verzeichnisses und ohne Vorliegen eines wirklichen ernsthaften Ausverkaufs geschieht, und das Verbot der Anündigung eines Ausverkaufs nur für einen Ausverkauf unter der unwahren Bezeichnung desselben als Totalausverkauf, wenn die nicht geräumten Waren später regulär weiter verkauft werden sollen, und unter irreführender Art der Höhe der Preisherabsetzung gelten soll, ist ebenfalls nicht gängig. Denn einmal würden diese Formeln doch nur die abstrakten Gesetzesvorschriften wiedergeben, während sich die richterliche Unterfagung inhaltlich gegen die konkrete Verletzung des Gesetzes wenden muß und eine solche Formulierung im vorliegenden Falle ausgeschlossen ist. Außerdem besteht gar kein Anhalt dafür, daß die Bekl. einen etwaigen künftigen Ausverkauf wieder zu spät anmelden oder daß sie dabei von Totalausverkauf oder von Preisherabsetzung auf die Hälfte reden wird, wenn sie es nicht tatsächlich so meint; vielmehr ist der Natur der Sache nach die Gefahr der Wiederholung der konkreten, im November 1930 begangenen Gesetzesverletzung nicht wohl denkbar. Denn nur deshalb, weil die Bekl. am 21. Nov. 1930 bzw. am 18. Dez. 1930 noch nicht zum Umbau fest entschlossen gewesen sein soll, ebenso weil sie damals nicht rechtzeitig das Warenverzeichnis eingereicht hatte, durfte sie damals mit dem Ausverkauf nicht bereits am 1. Dez. beginnen und den Umbau ihrer Geschäftsräume nicht als Grund für den Ausverkauf angeben.

wünschenswert gewesen, daß das BG. die Gelegenheit benützt hätte, den Begriff der sachlichen Richtigkeit des Ausverkaufsgrundes in diesem Sinne zu klären; tatsächlich aber hat es das Gegenteil bewirkt, indem es erklärt, der „verfrühte“ Ausverkauf (das BG. spricht von verfrühter Anündigung, meint aber die Anündigung eines verfrühten Ausverkaufs) könne keine Verletzung des § 1 UrtW.G. bewirken.

3. Für richtig halte ich es, daß das BG. den Ausverkauf auch dann als zulässig ansieht, wenn das Ereignis, wegen dessen er veranstaltet wird, nur im Falle des Erfolgs des Ausverkaufs eintritt. Eine andere Auffassung würde dazu führen, daß der Unternehmer genötigt wäre, hypothetische Berechnungen unter Außerachtlassung wichtiger Tatsachen (eben des Ausverkaufs und alles dessen, was damit zusammenhängt) anzustellen; das aber wäre ein sinnloser und unwirtschaftlicher Formalismus.

4. Der Fall hätte, wie sich aus dem nicht abgedruckten Teil der Entsch. ergibt, auch Gelegenheit gegeben, auf die — von der

kommt für den vorl. Fall zum umgekehrten Ergebnis, vermeidet dabei aber eine grundsätzliche Stellungnahme, indem es feststellt, die Kl. habe nichts darüber vorgebracht, daß der Ausverkauf auch „in viel (?) kürzerer Frist“ hätte durchgeführt werden können. Das erscheint eigenartig, denn aus dem gesamten Vorbringen der Kl. geht, soweit die Entsch. dies erkennen läßt, m. E. klar hervor, daß diese der Bekl. zum Vorwurf macht, sie habe den Ausverkauf zu Unrecht in die Zeit des Weihnachtsgeschäfts verlegt, so daß der Sachverhalt nicht genügend aufgeklärt war, wenn nicht auch diese Frage zur Erörterung gekommen war. Jedenfalls aber muß hervorgehoben werden, daß man nicht zunächst feststellen darf, der Ausverkaufsgrund sei „sachlich zutreffend“ gewesen, um dann hinzuzufügen, daß es auf die Frage der Vorgeitigkeit nicht mehr ankomme, weil die Rechtzeitigkeit nicht auch zum Erfordernis des Ausverkaufs gemacht sei; letztere fällt vielmehr mit unter den Begriff der sachlichen Richtigkeit, der sich eben nur bei Berücksichtigung der Gesamtheit der Umstände gewinnen läßt. Es wäre

Es würde auch unzulässig sein, es bei der allgemeinen Fassung der Urträge zu belassen und die Frage, ob ein Verstoß gegen das Urteil vorliegt, dem Zwangsvollstreckungsstadium (§ 890 ZPO.) zuzuweisen und es der Befl. zu überlassen, in diesem Stadium den Nachweis zu führen, daß der nunmehr angekündigte angeblich unter das Urteilsverbot fallende Ausverkauf mit Recht von ihr als Totalausverkauf bezeichnet werde, da sie nunmehr zum Umbau fest entschlossen sei, daß ihre jetzige Angabe des Preisnachlasses bis zu 50% der Wahrheit entspreche usw.

Bedarf die Wiederholungsgefahr regelmäßig zwar keines Beweises, so ist doch beim Fehlen der Wiederholungsgefahr eine Verurteilung zur Unterlassung ausgeschlossen, da es insoweit an einem Rechtsschutzinteresse fehlt, und hieran vermag auch die Erwähnung des Unterlassungsanspruchs in § 13 Abs. 1 i. Verb. nr. §§ 10, 7 UntWG. nichts zu ändern. Der Unterlassungsanspruch ist im Hinblick auf die fehlende Wiederholungsgefahr schon deshalb teilweise unbegründet, weil er größtenteils bereits dadurch sich erledigt hat, indem der Umbau, wenn auch in wesentlich beschränkterer Ausführung, inzwischen zur Ausführung gelangt ist. Hätte die Kl. insoweit den Antrag gestellt, die Sache nunmehr für erledigt zu erklären, so hätte vielleicht die Frage geprüft werden müssen, ob die Sache an die Vorinstanz zurückzuverweisen ist, damit vom BG. untersucht werde, ob vielleicht einem zeitlich beschränkten Unterlassungsanspruch am 20. Dez. 1930 hätte stattgegeben werden sollen, obwohl auch das äußerst zweifelhaft ist, wie weit die zeitliche Grenze zu setzen gewesen wäre. Denn sehr bald nach Weihnachten beginnen die Inventurausverkäufe und einen solchen anzukündigen wird man der Befl. sicherlich nicht verwehren können. Auch haben sich überhaupt seit Erlass des Ur. die gesamten Verhältnisse dergestalt verändert, daß ein Unterlassungsanspruch gar nicht mehr rekonstruiert werden könnte. Auf dies alles aber kommt es nicht an, da seitens der Kl. der Antrag, die Sache für erledigt zu erklären, nicht gestellt ist. Es bleibt also dabei, daß die gestellten Klageanträge viel zu weit gehen und auch eine eingeschränkte Verurteilung mangels der Gefahr der Wiederholung des kann wiederkehrenden, vielmehr ganz singulären Vorkommnisses nicht möglich ist. In einem solchen Falle wie dem vorliegenden, ist nicht die Unterlassungsklage der richtige Rechtsbehelf, sondern das Gesuch um EinstwVerf. gem. § 940 ZPO. Diesen Weg hat die Kl. auch nebenher eingeschlagen und durch das, was sie hierdurch erzielt hat, ist ihrem Rechtsschutzinteresse und demjenigen der zu ihrem Verbands gehörigen Gewerbetreibenden voll Genüge geschehen.

(U. v. 17. Nov. 1931; 60/31 II. — Düsseldorf.) [Ru.]

Kl. angeschnittene — Frage einzugehen, ob ein Ausverkauf wegen Umbaus als „Totalausverkauf“ bezeichnet werden darf, oder ob diese Bezeichnung für den Fall völliger Geschäftsaufgabe vorbehalten ist. Hierfür dürfte auf die Frage abzustellen sein, ob sämtliche vorhandenen Waren ausverkauft und jedenfalls nicht nachträglich noch zum Verkauf gestellt werden sollen. Ist dies der Fall, so kann m. E. von Totalausverkauf gesprochen werden, im Gegensatz etwa zum Saisonverkauf, bei dem nur bestimmte Waren-gattungen geräumt werden sollen.

5. Die Entsch. (und mit ihr der vorstehende Teil dieser Ann.) stehen noch auf dem Boden des alten Rechts. An dem Grund-sätzlichen hat sich allerdings auch inzwischen nichts geändert; doch kommt ein Ausverkauf wegen Umbaus gem. § 7 Abs. 1 und 3 UntWG. i. d. Fass. des 2. Teils Art. I der NotW. v. 9. März 1932 seit dem 1. April 1932 nur noch in Ausnahmefällen in Betracht. Aber der neue § 7a wird ihn — als Sonderverkauf unter anderem Namen — dennoch wieder erstehen lassen, so daß die behandelten Fragen an Bedeutung nichts eingebüßt haben.

Dr. Ernst Nebenahl, Frankfurt a. M.

Zu 44. Das Urteil wird manchen, der mit Geist und Stil der Rpr. des zweiten RvSen. vertraut ist, überraschen.

Die Befl. hatte in den von ihr verteilten Flugblättern behauptet: „Kaffee mit Coffein ist, wie die Wissenschaft nachweist, ein harmloses Getränk für Jung und Alt, vollkommen unschädlich für Herz und Nerven, er verursacht keine Störungen der Gesundheit, keine Schlaflosigkeit und keinen Blutandrang und kann keine gesundheitlichen Schäden hervorrufen. Naturreiner Bohnenkaffee ist gesund und verlängert das Leben.“ — Wir sind nun gerne geneigt, der höchstgerichtlichen Auffassung darin zu folgen, daß der zuletzt zitierte Satz eine jedem Leser erkennbare Übertreibung sei und daher

44. §§ 1, 3 UntWG. Keine „persönliche Reklame“ bei Hervorhebung der Vorzüge der einen Warenart gegenüber einer anderen. Ein „besonders günstiges Angebot“ i. S. des § 3 UntWG. liegt nicht vor bei der Angabe von Vorzügen einer ganzen Warenart, die neben dem Anpreisenden jeder Händler der gleichen Branche ebenfalls führt.)

Der von den Vorinstanzen vertretene Standpunkt, die Befl. verstoße gegen § 1 UntWG., weil ihre Reklame den Hinweis auf die besonderen Vorzüge der eigenen Ware gegenüber der der Kl. enthalte, trifft nicht zu. Es handelt sich hier nicht um den unter der Bezeichnung „persönliche Reklame“ verstandenen Fall, wo der Wettbewerber die Vorzüge der eigenen Ware oder gewerblichen Leistung anpreist durch planmäßige Herabsetzung der Ware des Mitbewerbers, wodurch sich dessen geringere Leistungsfähigkeit ergebe. Die Befl. behauptet nicht, im Vergleich zu dem Mitbewerber bei gleicher oder gar geringerer Preisstellung bessere Ware zu führen als dieser. Es handelt sich überhaupt nicht um eine Hervorhebung der eigenen Ware oder gewerblichen Leistung durch eine Herabsetzung der Ware oder Leistung des Mitbewerbers. Hier werden vielmehr ganz unabhängig von der Person der am Vertriebe Beteiligten zwei Warenarten in ihren Wirkungen auf den menschlichen Organismus einander gegenübergestellt, allerdings zu Wettbewerbszwecken, von denen die eine Warenart der naturreine Kaffee ist, den die Befl. führt, die andere der koffeinfreie Kaffee der Kl. ist. Die vom BG. gegebene Begründung für die Verlesung der Vorschrift des § 1 UntWG. ist daher richtig. Die Anwendbarkeit derselben auf den vorliegenden Fall wäre nur dann gegeben, wenn nach dem einheitlichen Urteil der Wissenschaft die Schädlichkeit des naturreinen Bohnenkaffees für den Organismus jedes, d. h. auch des gesunden Menschen feststände, dieses übereinstimmende Urteil aber im Publikum nicht allgemein bekannt wäre und der Inhaber der beklagten Firma nunmehr in Kenntnis dieses ihm als Fachmann geläufigen einheitlichen Urteils der Wissenschaft unter Ausnutzung des Umstandes, daß es in weiten Kreisen des Publikums nicht bekannt wäre, die beanstandeten Reklamebehauptungen über die Unschädlichkeit des naturreinen Bohnenkaffees aufgestellt und verbreitet hätte. Aber so liegen die tatsächlichen Verhältnisse keineswegs. Von einer einheitlichen Auffassung der Wissenschaft dahin, daß der naturreine Bohnenkaffee für den Organismus jedes Menschen schädlich sei, kann keine Rede sein.

Weiter irrt das BG. durch Anwendung des § 14 Unt-

für wettbewerbsrechtliche Beurteilung auszuscheiden habe. Um so mehr aber beanspruchen die ins einzelne gehenden Ausführungen, die vor ihm stehen, ernst genommen zu werden, zumal die Befl. auf die Übereinstimmung ihrer Auffassung mit dem Urteil der Wissenschaft Gewicht legt. Nun hatte das BG. festgestellt, daß diese Angaben — jedenfalls in der Allgemeinheit, wie sie behauptet sind — nicht richtig sind. An dieser Feststellung der Unrichtigkeit hält im Grunde auch das RG. fest. Denn, wenn es auch in Anbetracht an die Äußerungen von Straub und Cherey ausführt, von einer einheitlichen Auffassung der Wissenschaft dahin, daß der naturreine Bohnenkaffee für den Organismus jedes Menschen schädlich sei, könne keine Rede sein — so ist doch von dieser bescheidenen Negation zu der positiven Behauptung der Befl. von der vollkommenen Unschädlichkeit für jung und alt ein weiter Schritt. So räumt das RG. ein, daß die beanstandeten Angaben „wegen Unterlassung ihrer Einschränkung auf gesunde Menschen in der vorliegenden Fassung nicht richtig sein mögen“. — Es liegt also eine Unwahrheit der Reklame, jedenfalls im Sinne einer nicht inbedeutlichen Übertreibung vor, und das Gericht stand — im ganzen gesehen — vor der Frage, ob diese Übertreibung gebuldet oder im Sinne einer strengeren Auffassung hintangehalten werden solle. Im ganzen sind wir an die strengere Einstellung der juristischen Praxis gewohnt, während in der Literatur die Auffassungen auseinandergehen, der starken Betonung der Lauterkeit etwa durch Rosenthal, der Gedanken der „Überspannung des Wettbewerbsgedankens“ entgegengesetzt wird. Das Ziel derjenigen, die mit Baumbach (Wohnn. S. 159, 172 ff. u. ö.) das „Arbeiten der deutschen Praxis mit dem Merkmal der Sittenwidrigkeit versehen“ finden, die es als untraglich für den rechtlichen Geschäftsmann bezeichnen, „vor der Öffentlichkeit als unsittlich gebraucht zu werden, wie es täglich geschieht,“ ist zwar zunächst nicht eine Änderung der Richtung, in der die Entsch. fallen sollen, sondern nur eine

W. Von einer Herabsetzung der Ware der Kl. durch Anpreisung der eigenen Ware seitens der Bekl., wie das BG. meint, kann bei den allein den Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits bildenden beanstandeten vier Äußerungen der Bekl. schon deshalb keine Rede sein, weil in diesen nicht eine einzige Tatsache über das Geschäft der Kl., über ihre Ware oder ihre gewerbliche Leistung behauptet wird. Zu prüfen ist nur noch, ob ein Verstoß gegen § 3 UrtW. in den beanstandeten Reklamejäten zu erblicken ist. Nicht richtig ist allerdings die Ansicht der Rev., § 3 sei schon deshalb nicht anwendbar, weil es sich nicht um eine Mitteilung über die Beschaffenheit der Ware, sondern über ihre hygienische Wirkung handle, gleichgültig, ob diese richtig oder unrichtig angegeben sei. Demgegenüber ist zu bemerken, daß auch die Angaben der hygienischen Wirkung unter die Angaben über die Beschaffenheit fallen. Denn die hygienische Wirkung ist,

Änderung der Begründung, indem an die Stelle der durch § 826 BGB., § 1 UrtW. bedingten Feststellung der Sittenwidrigkeit die der Rechtswidrigkeit treten solle. Aber es klingt doch der Gedanke mit, daß allenthalben — trotz der Formeln in § 826 BGB. und § 1 UrtW. — der Abstand zwischen Ethik und Recht fühlbar bleiben müsse (s. besonders auch Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht S. 349 f.). Im ganzen gewiß mit Recht. Aber man darf nicht übersehen, daß dieser Satz nicht in allen Rechtsgebieten das gleiche Maß von Richtigkeit beanspruchen kann. Man mag den Unterschied etwa in familiären Beziehungen mit aller Schärfe betonen; im Wettbewerbsrecht ist größere Vorsicht am Platz. Man darf sich nicht verhehlen, daß in einer Zeit, da vielfach Rechtskundige den Kaufmann schon im voraus beraten, wie weit er in der Reklame gehen kann, die Reklame eben genau so weit getrieben wird, wie es rechtlich erlaubt erscheint. Die Fühlung zwischen Recht und Leben ist im Wettbewerbsrecht eine besonders enge. Die Praxis der Gerichte hat dazu helfen müssen, das Geschäftsleben von Unritten, die gang und gäbe geworden waren (man denke nur an den Mißbrauch von Herkunftsbezeichnungen), wieder zu besseren Sitten zurückzuführen. Sie wird, sobald sie die Zügel lockerer läßt, auch wieder einen Rückschlag erleben. Ich habe, um Subjektivität möglichst zu vermeiden, das vorliegende Urteil mit erfahrenen Geschäftsleuten besprochen. Sie waren, mehr als ich es erwartet hätte, über die Entsch. verwundert und haben mir gesagt, sie seien bisher der Auffassung gewesen, man müsse bei einer Reklame, die eine Spitze gegen einen Konkurrenten enthalte, jedes Wort auf die Waagschale legen.

So würde ich glauben, daß die verurteilenden Erkenntnisse des BG. und des BG. den Vorzug verdienen. Freilich: stärkere Bedenken als gegen die Entsch. an sich, sind m. E. noch gegen das juristische Gewand geltend zu machen, in das sie gekleidet ist. — Die für die Beurteilung unwahrer Reklame maßgebenden Vorschriften sind die §§ 1 u. 3 UrtW., deren Anwendbarkeit das BG. im einzelnen untersucht.

1. Es liegt kein Fall der „persönlichen Reklame“ vor, formuliert das BG. Denn es werden „ganz unabhängig von der Person der am Betriebe Beteiligten zwei Warenarten einander gegenübergestellt“. Wir geben zu, daß ein Unterschied darin liegt, ob ein Wettbewerber behauptet, sein Konkurrent liefere die gleiche Ware minderwertig, oder ob er vorträgt, sein System, die von ihm geführte Warenart habe den Vorzug vor der des Konkurrenten. Aber es ist nicht ungefährlich, diesen Unterschied so stark zu betonen, wie das BG. es tut. Das beiden Fällen Gemeinsame ist das Vergleichen der eigenen Ware mit der Ware des Konkurrenten. In der wettbewerbsrechtlichen Literatur (s. bes. Callmann zu § 1 UrtW. 70) und Abspr., wird nun mit Grund betont, daß stets zu prüfen ist, ob und inwieweit nach Lage der Sache ein Vergleichen überhaupt geboten ist. Das Heranziehen des Gegners in die Reklame soll, soweit möglich, vermieden werden. Wenn der Konkurrent minderwertige Ware führt, so ist zumeist das Publikum selbst in der Lage, den Unterschied herauszufinden. Der Vergleich kann aber notwendig werden. Dies zumal dann, wenn verschiedene Warenarten vorliegen und das Publikum auf den Unterschied aufmerksam gemacht werden soll. So mögen die Vorzüge von koffeinfreiem Kaffee gepriesen werden, und auch dem Gegner muß es nun naturgemäß erlaubt sein, auf die besonderen Werte des ihrigen, „des unverfälschten reinen Naturkaffees mit Koffein“ hinzuweisen. Von einer Unzulässigkeit des Vergleichs an sich kann also keine Rede sein. Offen aber bleibt die Frage, ob nicht im Inhalt des Vergleichs ein Verstoß gegen die Wettbewerbsgrundsätze zu finden ist. — Wir haben betont, der Gegensatz zwischen dem Vergleich derselben Ware und verschiedener Warenarten sei zwar juristisch beachtlich, dürfe aber nicht übertrieben werden. Wir meinen damit: Stets muß, wenn überhaupt ein Vergleichen stattfindet, und auch wenn es an sich zulässig ist, ein besonders strenger Maßstab angewendet werden, weil es sich um das immer mißliche Richter in eigener Sache handelt. Ein gutes Beispiel von einem unzulässigen Fall des Vergleichs ist der RG. 116, 277 = JW. 1927, 1574 zugrunde liegende

wie regelmäßig, so auch im vorliegenden Falle, nur eine Folge der Beschaffenheit der Ware, hier des Koffeingehalts des Kaffees in seiner Einwirkung auf den menschlichen Organismus. Es ist deshalb auch nicht richtig, wenn die Rev. meint, das ganze UrtW. gebe keine Handhabe, einem Gewerbetreibenden Äußerungen über die gesundheitliche Nützlichkeit oder Schädlichkeit der von ihm selbst vertriebenen Ware zu verbieten, selbst wenn die Richtigkeit seiner Äußerungen wissenschaftlich nicht unzweifelhaft feststände, es sei denn, daß unrichtige Angaben über die Beschaffenheit, den Ursprung, die Herstellungsart usw. der Ware mit untergelaufen wären.

Das BG. nimmt, ohne in eine rechtliche Prüfung der Erfordernisse des § 3 UrtW. einzutreten, ohne weiteres an, daß die beanstandeten Erklärungen gegen diese Gesetzesvorschrift verstoßen, auf Grund der Feststellung, daß die An-

tatbestand: Ein Konsumverein hat Proben von ihm feilgehaltener Nahrungsmittel ausgesetzt und ihnen Proben von gleichartigen Waren gegenübergestellt, die in anderen Lebensmittelgeschäften eingekauft waren. Das RG. ging hier so weit, von der Frage, ob eine Täuschung des Publikums herbeigeführt wurde, ganz abzusehen. Denn „auch wenn dies nicht als erwiesen gelten kann, so muß doch angenommen werden, daß das Verhalten des Bekl. mit den Anschauungen eines rechtlichen und aufrichtigen Geschäftsverkehrs nicht im Einklang steht. Denn es gab beim Publikum zu Mißverständnissen Veranlassung, und außerdem ist eine sog. persönliche Reklame, das Hinweisen auf besondere Vorzüge der eigenen Leistung gegenüber denjenigen bestimmter Konkurrenten im allgemeinen zu vermeiden und nur in besonderen Fällen zulässig“. Eine viel zitierte und sicherlich gute Entsch. Und wir meinen nun: wenn eine Firma es sich einfallen ließe, eine Ausstellung, wie der zuvor genannte Konsumverein, in photographischen Apparaten oder auch in Personenkraftswagen zu veranstalten und durch willkürliche Gegenüberstellung mit verschiedenen anderen „Systemen“ ihr eigenes Fabrikat anzupreisen, so wäre der Fall nicht anders zu entscheiden, als der in RG. 116, 277 = JW. 1927, 1574 behandelte, den man als Musterbeispiel für die „persönliche Reklame“ anzuführen pflegt. Wenn möglich, möchten wir es verüben wissen, daß aus der Einzelentsch. dieser offenbar bewußt allgemein geprägte Satz, daß beim Vergleich verschiedener Warenarten keine persönliche Reklame vorliege, in den Formelsatz der Abspr. übergeht und so bei anders gelagerten Tatbeständen die Gefahr unrichtiger Entsch. mit sich bringt.

2. Der Vergleich an sich ist also im vorliegenden Fall sicher zu gestatten. Aber es bleibt nun zu prüfen, ob nicht der Vergleich inhaltlich eine unwahre Reklame i. S. des § 3 UrtW. darstellt? Das RG. lehnt die Anwendung des § 3 UrtW. ab. Es gibt zwar zu, daß „in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt waren, über die Beschaffenheit von Waren unrichtige Angaben“ gemacht wurden, es bestreitet aber, daß diese unrichtigen Angaben „geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen“. Daß das RG. auf diesen Teil des § 3 so starken Nachdruck legt, wird den, der die bisherige Abspr. verfolge, verwundern. Der Satz hat die Funktion, die Fälle übertriebener Reklame, die niemand ernst nimmt, auszuscheiden, er konnte mit vollem Recht herangezogen werden, wo es darum ging, den Satz „naturreiner Bohnenkaffee ist gesund und verlängert das Leben“ zu beurteilen; aber m. E. nicht, wo es sich um die vorausgehenden differenzierten und unter Berufung auf die Meinung der Wissenschaft gemachten Angaben handelte. Bei der Beurteilung des Merkmals „Anschein eines besonders günstigen Angebots“ kämpft der zweite ZivSen. zumeist in anderer Front. So hat er wiederholt eingeschärft, daß nichts darauf ankommt, ob die angebotene Leistung an sich und zu dem geforderten Preise günstig ist, daß m. a. W. das dem Betrug wesentliche Merkmal der Vermögensbejähigung etwaiger Käufer ausscheidet. Der Sinn des § 3 UrtW. ist, daß „die Kauflust auch für eine günstige wettbewerbliche Leistung nicht durch Vortäuschung der Ware nicht zukommender Eigenschaften angeregt werden soll“, so formuliert RG. 96, 243, und ähnlich kommt derselbe Gedanke wiederholt in Entsch. des zweiten ZivSen. zum Ausdruck (RG. 92, 380 ff.; RG.: JW. 1930, 1689 u. ö.). In concreto soll nun das Erwecken des Anscheins eines besonders günstigen Angebots ausgeschlossen sein, weil es sich nicht darum handelt, der eigenen Ware den Vorzug vor der gleichen Ware des Wettbewerbers zu sichern, sondern weil die Vorzüge für eine ganze, auch von anderen vertriebene Warenart in Anspruch genommen wird. Wir haben oben zugegeben, daß dieser Unterscheidung bei der vergleichenden Reklame eine gewisse Bedeutung zukommt. Wir glauben aber nicht, daß sie auch im Rahmen des § 3 UrtW. verwertet werden kann. Die Reklame für eine bestimmte Warenart wird gemacht, um der selbst hergestellten oder geführten Warenart vor der des Konkurrenten Vorzüge zuzusprechen. Es wäre merkwürdig, wenn hier ein Freibrief für die Verbreitung unwahrer Angaben gegeben würde. Geseht: es gelingt der Schuhfabrik X., Schuhe zu konstruieren, bei denen einwandfrei feststeht,

gaben der Bekl. über die Eigenschaften, die sie für den naturreinen, d. h. koffeinhaltigen Kaffee in Anspruch nimmt, jedenfalls in der Allgemeinheit, wie sie behauptet sind, nicht richtig sind. Diese Begründung des BG. ist rechtsirrig. Die beanstandeten Angaben erfüllen den Tatbestand des § 3 UnlWG. nicht, wenn sie auch wegen Unterlassung ihrer Einschränkung auf gesunde Menschen in der vorliegenden Fassung nicht richtig sein mögen. Es fehlt an dem Erfordernis des § 3, daß sie geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken. Das „besonders günstige Angebot“ soll den Gegensatz zu den sonst üblichen und allgemeinen Angeboten zum Ausdruck bringen (RGSt. 40, 128; Urt. des erf. Sen.: MuW. X, 217 und XIII, 17; ferner Callmann Anm. 25 zu § 3 UnlWG.).

Erwägt man weiter, daß Sinn und Zweck der Vorschrift des § 3 dahin geht, einerseits das Publikum vor Übervorteilungen zu sichern, vor allem aber den redlichen Mitbewerber vor Nachteilen zu schützen, die ihm durch unrichtige Reklame zugefügt werden können, so ergibt sich als Erfordernis des § 3 a. a. O., daß es sich um die trügerische

daß sie für Menschen mit Blattsüßanlagen zuträglich seien als die gewöhnlichen. Da die Blattsüßanlage sehr verbreitet ist, gehe durch die Reklame der Firma A. der Abg. aller anderen Firmen der Schuhbranche zurück, u. a. auch der Firma U. Soll diese nur in Rundschreiben behaupten dürfen, nach dem Urteil der Wissenschaft stehe es fest, daß die normalen, nicht künstlich für Blattsüße bearbeiteten Schuhe für alle Füße und Fußanlagen (ich ziehe die Linien absichtlich schärfer als in dem Kaffee-Hag-Fall, um die Konsequenzen der reichsgerichtlichen Rpr. aufzuzeigen) unbedingt geeignet und gesund seien, so daß es sich erübrige, R-Schuhe zu kaufen? Und soll die Firma U., wenn sie wegen unlauteren Wettbewerbs verklagt wird, einwenden können, ihre Reklame käme ja allen Firmen zugute, die die normalen Schuhe führen? Das hieße doch, die im Gruppeninteresse vorgebrachten Unwahrheiten besser stellen als die im Einzelinteresse behaupteten. Es würde durch eine solche Reklame das Angebot normaler Schuhe den Charakter eines zu günstigen Angebots (günstiger als es in Wahrheit ist) erhalten: das Angebot normaler Schuhe überhaupt, darunter aber vor allem auch das Angebot der Firma U. Es bedürfte einer merkwürdigen und bisher nicht üblichen Preisung des Wortlauts des § 3, wenn man zwischen diesem „zu günstig“ und dem „besonders günstig“ einen Unterschied machen wollte. Entscheidend aber muß, wo der Wortlaut Zweifel läßt, die wertende Betrachtung sein: Wenn es schon nicht erlaubt ist, einem einzelnen Mitbewerber durch Verbreitung unwahrer Tatsachen einen Vorsprung im Wettbewerb zu sichern, so darf es erst recht nicht erlaubt sein, diesen Vorsprung einer ganzen Gruppe von Mitbewerbern zu ermöglichen. Ich kann daher in dieser Unterabteilung nicht den Grund für das Ergebnis erblicken, zu dem das RG. kommt. Ich glaube vielmehr, daß der Nachdruck z. T. auf dem Abwehrgedanken (darüber unten 4), z. T. aber auch auf der Vorstellung ruht, die mit den Worten umschrieben wird: „Diesen (den naturreinen) Kaffee kennt jeder, und jeder hat seine Ansicht darüber, ob er für seinen Organismus von nachteiliger Wirkung ist oder nicht.“ Es ist also die Meinung, die Auffassung des Publikums läge im ganzen schon so fest, daß sie durch die Reklame der Bekl. nicht erschüttert werden kann. Würde diese Erwägung zutreffen, dann würde sie in der Tat das Urteil tragen. Eine Reklame, die auf niemand mehr Eindruck macht, erweckt nicht den Anschein eines besonders günstigen Angebots. Sie gehört im weiteren Sinne in die Kategorie der marktchreierischen Reklame. Aber diese in dem zitierten Satz angedeutete Annahme einer Wirkungslosigkeit wäre gewonnen im Widerspruch zu den Überlegungen, die die Praxis sonst im Wettbewerbsrecht anzustellen pflegt: der Geschäftsmann weiß besser als der Richter, welche Reklame Wirkung auf das Publikum ausübt; man kann bis auf weiteres davon ausgehen, daß die Bekl., wenn sie sich keine Wirkung von ihrer Reklame versprochen hätte, diese unterlassen hätte und daß sie auch den Erfolg im großen ganzen richtig zu beurteilen vermochte. Schließlich: wenn man den Wert des Streitgegenstands auf 70 000 RM festsetzt, so gibt man auch damit zu erkennen, wie hoch man das Interesse der Parteien daran einschätzt, ob die genannten Behauptungen weiterverbreitet werden können oder nicht.

3. Wenn man nun aber auch mit dem RG. annimmt, daß unwahre Reklame i. S. des § 3 UnlWG. nicht vorliegt, so besteht doch noch immer die Möglichkeit, den § 1 zur Anwendung zu bringen. Der § 1 tritt allenthalben in die Lücken der Spezialbestimmungen. Er kann den § 3 in der Richtung ergänzen, daß mit seiner Hilfe auch unwahre Angaben, die nicht „in öffentlichen Bekanntmachungen“ usw., sondern durch Mitteilung von Person zu Person gemacht werden, erfaßt werden. Dasselbe hätte zu gelten, falls ein zu starkes Gewicht auf das Hervorrufen des Anscheins eines besonders günstigen Angebots zu legen wäre. Aber diese Anwendung des § 1 UnlWG. tut

Reklame für die eigene bestimmte Ware handeln muß, um dieser mittels unwahrer Angaben einen Vorsprung zu verschaffen vor der gleichen der Mitbewerber, die sich der Preisung solcher unrichtiger Vorzüge ihrer Ware nicht bedienen. Ein solches Angebot bezweckt die Anlockung von Kunden im ausschließlichen eigenen Interesse des Anpreisenden, in bezug auf eine bestimmte Ware, die er feil hält oder eine gewerbliche Leistung, die er anbietet; es kann begrifflich nicht in Frage kommen, wenn es sich um die Angabe von Vorzügen für eine ganze Warenart handelt, hier naturreinen Bohnenkaffee, den jeder Händler der gleichen Branche ebenfalls führt. Die Bekl. behauptet nicht etwa, daß sie eine bestimmte Art (Mischung) naturreinen Kaffees vertreibt, der die von ihr gepriesenen Vorzüge im Gegensatz zu dem naturreinen Kaffee anderer Wettbewerber habe. Sie behauptet vielmehr lediglich, daß naturreiner Kaffee überhaupt und daher auch der von ihr vertriebene die von ihr angegebenen für Herz, Nerven und Blut unschädlichen Eigenschaften besitze. Damit bestreitet sie nur die von der Kl. in ihrer — wie gerichtsbekannt — ganz außerordentlich umfangreichen,

das vorliegende Urteil mit einem Satz ab, in dem sich eine merkwürdige Häufung von Anforderungen findet: „Die Anwendbarkeit derselben (der Vorschrift des § 1 UnlWG.) auf den vorliegenden Fall wäre nur dann gegeben, wenn nach dem einheitlichen Urteil der Wissenschaft die Schädlichkeit des naturreinen Bohnenkaffees für den Organismus jedes, d. h. auch des gesunden Menschen feststände, dieses übereinstimmende Urteil aber im Publikum nicht allgemein bekannt wäre und der Inhaber der beklagten Firma nunmehr in Kenntnis dieses ihm als Fachmann geläufigen einheitlichen Urteils der Wissenschaft unter Ausnutzung des Umstandes, daß es in weiten Kreisen des Publikums nicht bekannt wäre, die beanstandeten Reklamebehauptungen über die Unschädlichkeit des naturreinen Bohnenkaffees aufgestellt und verbreitet hätte.“ Der Widerspruch, in dem dieser Satz zu der bisherigen Rechtsprechung steht, ist augenscheinlich. Wieder und wieder wird in Literatur und Rpr. (s. etwa Rosenthal zu § 1 Note 4, Callmann zu § 1 Note 3) betont, daß zur Begründung des Unterlassungsanspruchs aus § 1 UnlWG. objektive Rechtswidrigkeit genügt. Mindestens in dem Sinne, daß der Handelnde von dem Augenblick ab, da er Kenntnis von den Sittenwidrigkeit begründenden Umständen erhält, gegen § 1 UnlWG. verstößt, wenn er sein Verhalten fortsetzt (RG. 109, 277). In dem aus dem vorliegenden Urteil zitierten Satz behauptet das RG., der § 1 UnlWG. wäre, selbst wenn eine in klarem Widerspruch zu dem einheitlichen Urteil der Wissenschaft stehende Behauptung abgegeben würde, nur anwendbar, wenn die Behauptungen bei Kenntnis des einheitlichen Urteils der Wissenschaft und unter Ausnutzung gewisser weiterer Umstände verbreitet worden wäre, ohne den sonst so leicht gefundenen Weg über die Sittenwidrigkeit zukünftiger Behauptung anzudeuten. Ein seltsamer Widerspruch, von dem wir aber glauben möchten, daß er nur als einmalige Abweichung und nicht sowohl als Zeichen einer Wandlung der Rechtsauffassung zu deuten sei.

4. In verschiedenen Stellen des Urteils taucht der Gedanke auf, die Bekl. habe in Abwehr gehandelt gegen „die allgemein bekannte enorme Reklame der Kl. für koffeinfreien Kaffee, d. h. für ihren Kaffee Hag, die in der Betonung der gesundheitschädigenden Wirkung des naturreinen, d. h. koffeinhaltigen Kaffees, auf Herz, Nerven, Blut usw. sehr weit geht und daher zu einem starken Rückgang des Verbrauchs von naturreinem Kaffee geführt hat“. Aber es wird betont, daß es der Heranziehung des Abwehrgedankens, „der in geeigneten Fällen eine mildere Beurteilung rechtfertigen kann“, im vorliegenden Fall nicht mehr bedarf. Immerhin, der Punkt, der unbeachtet bei der Entsch. mitgesprochen haben mag, ist wichtig genug, um kurz erörtert zu werden. Es ist richtig, daß der Abwehrzweck im Wettbewerbsrecht mannigfaltig beachtet werden muß. Wir haben bereits oben hervorgehoben, daß der Abwehrzweck einen unter anderen Umständen unzulässigen Vergleich mit den Leistungen des Konkurrenten rechtfertigen kann. Es kommt ihm insbes. auch bei der Beurteilung von Sperre und Boykott eine sehr wesentliche Bedeutung zu (RG.: JW. 1927, 112 f.). Aber besondere Vorsicht ist für seine Verwertung im Gebiet der unwahren Reklame geboten. Es kommt hier der alte Rechtsgedanke (vgl. Kohler, Unlauterer Wettbewerb S. 25) zum Zug, daß durch den Kampf der Konkurrenten gegen unwahre Reklame indirekt auch das Interesse des Publikums an der Hintanhaltung unrichtiger Angaben geschützt werden soll. Die Mitbewerber sollen sich nicht in ihren Behauptungen überbieten, sondern es soll einer den anderen, wenn nötig durch Schadensersatz- und Unterlassungsklage, auf das richtige Maß der Reklame zurückführen. Das Wettbewerbsrecht — und von diesem Gedanken dürfen wir nicht lassen — hat die wichtige Funktion, für die Hygiene des Reklamewesens zu sorgen. Im Dienste der Erfüllung dieser Aufgabe

uneingeschränkt geübten Reklame, durch die sie den Genuß des naturreinen Bohnenkaffees als äußerst schädlich für Herz und Nerven, verbunden mit Schlaflosigkeit und Blutandrang zum Gehirn bezeichnet, ständig aufgestellten gegenteiligen Behauptungen. Schon aus dem angegebenen Grunde — Fehlen des Erfordernisses eines besonders günstigen Angebots — scheidet die Anwendbarkeit des § 3 UnlWG. auf den vorliegenden Fall aus. Es bedarf daher an sich nicht mehr der Prüfung, ob die fraglichen Angaben geeignet sind, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. Das wäre nur dann möglich, wenn die beteiligten Kreise vor dem Ankauf die von der Bekl. angepriesene Ware noch nicht kennen und sich nunmehr auf Grund der von ihr behaupteten Vorzüge ein bestimmtes Bild von der Güte gerade dieser von der Bekl. geführten Ware machen würden. Diese Möglichkeit fällt hier aber weg. Denn es handelt sich, wie bereits betont, gar nicht um eine besondere Ware der Bekl., eine bestimmte Art (Mischung) von Bohnenkaffee, bezüglich deren sie die beanstandeten Angaben gemacht hat. Vielmehr betreffen die fraglichen vier Reklameangaben naturreinen Kaffee überhaupt. Diesen kennt jeder, und jeder hat seine Ansicht darüber, ob er für seinen Organismus von nachteiliger Wirkung ist oder nicht. Es ist ausgeschlossen, daß ein Leser durch die Angaben zum Kauf gerade bei der Bekl. angelockt würde in der Annahme, daß ihm deren naturreiner Kaffee Vorzüge bieten werde, die er bisher nicht gekannt habe.

Die allgemein bekannte enorme Reklame der Kl. für koffeinfreien Kaffee, d. h. für ihren Kaffee-Tag, die in der Betonung der gesundheitschädigenden Wirkung des naturreinen, d. h. koffeinhaltigen Kaffees auf Herz, Nerven, Blut usw. sehr weit geht und daher zu einem starken Rückgang des Verbrauchs von naturreinem Kaffee geführt hat, ist naturgemäß der Anlaß zu einer Abwehr dieser Angriffe durch die Gegenseite geworden, worauf die Rev. noch besonders hinweist. Aber es bedurfte der Heranziehung dieses Umstandes, der in geeigneten Fällen eine mildere Beurteilung rechtfertigen kann, im vorliegenden Falle nach den obigen Ausführungen nicht mehr. Die Wahl zwischen naturreinem Kaffee und dem sog. Kaffee-Tag ist, wie bereits im Urteil des erf. Sen. v. 23. März 1928, II 428/27: RW. 27/28, 347 gesagt ist, Geschmacks-, Gefühls- und Ansichtssache. Beiden Teilen steht es frei, für ihre Ware Reklame zu machen innerhalb der durch die Vorschriften des UnlWG. gesetzten Grenzen. Eine Überschreitung derselben durch die Bekl. liegt in ihren für den vorliegenden Rechtsstreit allein in Betracht kommenden von der Kl. beanstandeten vier Reklameäußerungen über

nicht die Klage der Mitbewerber und nicht zuletzt das Urteil des — wenn auch im privaten Rechtsstreit erkennenden — Gerichts.

Bei der Lektüre der Entsch. im ganzen kann ich mich des Eindrucks nicht erwehren, als habe der Senat mehr wie bisher unter dem Einfluß der von verschiedener Seite an ihn gerichteten Forderungen, Normen im Wettbewerbsrecht zu bilden, gestanden (vgl. D. J. S. a. H. v. 1928, 71 ff. und Rechtsnormen und Entscheidung; Baumbach, Komm. S. 130 und Zentr. W. R. 1931, 18 f.). Es sei ferne von mir, dieser Forderung, die das letzte Ziel aller am Wettbewerbsrecht Arbeitenden sein muß, entgegenzutreten. Aber es muß m. E. vor den Gefahren, die eine übereilte Normenbildung mit sich bringt, gewarnt werden. Gehen wir vom vorliegenden Urteil aus: das RG. hält sich stärker als sonst an die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale des § 3 UnlWG. Daneben leitet es aus § 1 UnlWG. die gegen die persönliche Reklame gerichtete, sehr eng begrenzte Norm ab und den Satz, daß die Ausübung der Unerfahrenheit des Publikums durch Verbreitung bewußt unwahrer Behauptungen gegen die guten Sitten verstoße. Damit sollen dann die wettbewerbsrechtlichen Möglichkeiten zur Beurteilung des vorliegenden Falles erschöpft sein. Diese Methode isolierter Normenbildung halte ich für unglücklich. Der Abstand zwischen den Fällen des § 1 und denen des § 3 UnlWG. bleibt viel zu groß. Die im Wettbewerbsrecht gestellte Aufgabe ist m. E. die, aus dem allzu kausistisch gefaßten Gesetz zu breiter fundierten Sätzen vorzubringen, durch eine Verbindung von §§ 1 u. 3 UnlWG. eine einheitlichere Vorstellung von dem Wesen der unwahren Reklame und der in den Rechtsfällen zu lösenden Interessenkonflikte zu gewinnen. Die Aufgabe selbst ist eine sehr schwierige. Die Rspr. verdient bei ihrer Erledigung nicht so sehr Vorwürfe als Unterstützung durch die Literatur. Vor allem aber darf man nicht verlangen, daß das RG. bei der Entscheidung jedes Einzelfalles die „Norm“ formuliert. Der Wert der Fortbildung des Rechts durch den Richter — im Gegensatz zu der durch den Gesetzgeber — liegt in dem durch die

die Vorzüge des naturreinen Bohnenkaffees nach den vorstehenden Darlegungen nicht.

(U. v. 30. Juni 1931; 443/30 II. — Berlin.) [Ru.]

45. § 3 UnlWG. Feststellung der Bedeutung einer reklamehaften Anpreisung in der Revisionsinstanz aus eigener Erfahrung des RG.

Beide Parteien befaßen sich mit dem Vertrieb von Textilwaren im Einzelhandel. Die Bekl. brachte in der Nr. 72 der „Berliner Morgenpost“ v. 24. März 1929 eine Anzeige „Osterangebote“, worin sie in zwei Ovalen mit weißem Grund Herren-Sakko-Anzüge, Knaben-Anzüge, Sport-Anzüge, Frühjahrs-Mäntel für Herren und für Damen sowie Wettermäntel zum Kauf anbot unter Angabe mehrerer (aufsteigender) Preise für jede von diesen Warengattungen. Zwischen den genannten beiden Ovalen befand sich ein schwarz gehaltenes Oval, in dem in weißer Schrift die Worte standen: „B. Sohn bietet mehr! Beste Passform, Allererste Qualitäten, Eigene Anfertigung, Rekordleistungen. Das sind die Eigenschaften unserer Erzeugnisse.“ —

Diese Zeitungsanzeige beanstandet die Kl. mit der Begründung, die Wendung „Eigene Anfertigung“ stelle eine unrichtige Angabe i. S. des § 3 UnlWG. dar, weil die Bekl. einen Teil ihrer Waren nicht selbst anfertige, sondern fertig beziehe. Die Anzeige sei daher geeignet, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen. BG. und RG. haben verurteilt, das RG. abgewiesen.

Das BG. ist der Ansicht, die im Mitteloval der Anzeige stehenden Schlagworte, also auch die Wendung „Eigene Anfertigung“, brächten nach ihrer Stellung innerhalb des Warenangebots einen allgemeinen Firmengrundsatz zum Ausdruck. Die Ankündigung „Eigene Anfertigung“ beziehe sich daher auf sämtliche im Geschäft der Bekl. feilgebotenen Waren, nicht bloß auf die in der Anzeige v. 24. März 1929 angepriesenen Kleidungsstücke. Diesen Eindruck müsse der Leser des Inserats ohne weiteres gewinnen. Nach dessen ganzer Anordnung ist nicht zu verkennen, daß den Schlagworten im Mitteloval und damit auch dem Vermerk „Eigene Anfertigung“ eine weitreichende Bedeutung zukommt als die eines bloßen Hinweises auf Eigenschaften gerade der am 24. März 1929 in der „Berliner Morgenpost“ zum Ankauf empfohlenen Waren. Das angefochtene Urteil geht aber zu weit, wenn es meint, der Vermerk „Eigene Anfertigung“ habe für sämtliche im Geschäft der Bekl. geführte Waren zu gelten. Denn jedermann weiß, daß in Geschäften wie dem der Bekl. eine Reihe von Warengattungen geführt werden, die von der betreffenden Firma, mag sie auch im allgemeinen Selbstanfertigerin sein, nicht selbst hergestellt, sondern in fertigem Zustand anderswoher bezogen sind. Deshalb wird der durchschnittliche Leser einer Zeitungs-

Entscheidung von Einzelfällen bedingten allmählichen Werden, das elastisch genug sein muß, um bei neuen Fallagerungen zu weitgehende Formulierungen in früheren Urteilen wieder aufgeben zu können. Beim Auftauchen neuer Probleme wäre nichts gefährlicher als eine sofortige Aufstellung der maßgebenden Norm durch die Rspr., die sich erst langsam an die Probleme herantastet, und in der Regel erst, wenn eine Reihe von Fällen das Problem in seinem gesamten Umfang deutlich gemacht hat, allgemeinere Sätze formulieren darf. Wir haben gerade auch im Wettbewerbsrecht Beispiele einer zu frühzeitigen Festlegung der Rspr. Ich rechne hierzu die Entsch. über die Namensgleichheit mit ihrer starren Verweisung auf die firmenrechtlichen Vorschriften. Julius v. Gierke (Handelsrecht, 3. Aufl., S. 89) betont ganz mit Recht: „Das RG. ist durch die früheren unrichtigen Entsch. bei den Handelsgesellschaften in eine Sackgasse geraten und sucht ihr für den Fall des Einzelkaufmanns zu entfliehen.“ Es wäre besser gewesen, das RG. hätte die Norm erst formuliert, nachdem auch die Konkurrenzfälle zwischen Einzelkaufleuten in seinen Gesichtskreis getreten wären. Auch den in RG. 120, 94 ff. = RW. 1928, 1216 gemachten Versuch der Abgrenzung zwischen dem Wettbewerbsrecht und dem „Sonderrecht der gewerblichen Schützrechte“ halte ich für verfrüht. Von den Normen, die im vorl. Ur. gefunden werden könnten: „Keine persönliche Reklame bei Hervorhebung der Vorzüge der einen Warenart gegenüber einer anderen“ und „kein besonders günstiges Angebot bei der Angabe von Vorzügen einer ganzen Warenart, die auch von anderen Händlern der gleichen Branche geführt wird“, ist die erste gefährlich, die zweite meiner festen Überzeugung nach falsch. Es wäre zu hoffen, daß sich bald Gelegenheit zu nochmaliger Überprüfung der hier formulierten Sätze gibt.

Prof. Dr. Ulmer, Heidelberg.

anzeige wie der hier in Rede stehenden die „Eigene Anfertigung“ nur als Erklärung dahin auffassen, daß die inserierende Firma die von ihr feilgehaltenen Waren zu einem jedenfalls nicht unerheblichen Teil selbst anfertigt. Das geschieht aber auch bei der Bekl. Die Kl. bestreitet nicht, daß die Bekl. in erheblichem Umfang ihre feilgehaltenen Kleidungsstücke selbst anfertigt, und behauptet nur, sie beziehe gewisse Gattungen von Waren — namentlich blaue sog. Verfußanzüge, Regen- und Wettermäntel — in fertigem Zustand von anderer Seite. Mag dies auch richtig sein und mag auch die von der Bekl. fertig bezogene Menge von Waren um einiges mehr als die von ihr zugegebenen etwa 10% ihres Gesamtbestands ausmachen, so bleibt doch bestehen, daß zum mindesten ein ganz beträchtlicher Bruchteil der von ihr jeweils feilgebotenen Waren aus ihrer eigenen Anfertigung stammt. Dann läßt sich aber bei billiger, der Erfahrung des täglichen Lebens angepaßter Auslegung des Vermerks „Eigene Anfertigung“ (wie sie oben wiedergegeben ist) nicht sagen, daß die Bekl. eine den Anschein eines besonders günstigen Angebotes hervorzurufen geeignete unrichtige Angabe in der Anzeige v. 24. März 1929 gemacht habe.

(U. v. 13. Jan. 1931; 174/30 II. — Berlin.) [Ru.]

46. § 3 UnlWG. Auch Erfahrungstatsachen können dem großen Publikum unbekannt sein, so daß Angaben tatsächlicher Art über geschäftliche Verhältnisse auch entgegen der Erfahrung verstanden werden können.†)

Das BG. führt aus, die Ankündigung „H.-Schuhe . . . sie verlieren nicht ihre Form“, bei der es sich um eine nachprüfbar angegebene tatsächlicher Art in bezug auf geschäftliche Verhältnisse handele, sei unrichtig. Es sei eine allgemeine Erfahrungstatsache, daß jeder Schuh, also auch ein H.-Schuh, bei gewöhnlichem Gebrauch und der damit verbundenen Abnutzung früher oder später einmal seine Form verliere. Die Bekl. wolle ihre Ankündigung dementsprechend auch nicht wörtlich, sondern nur dahin verstanden wissen, daß H.-Schuhe länger als ein Durchschnittschuh ihre Form behalten könnten. Für die rechtliche Beurteilung komme es indes nicht auf die Auffassung der Bekl., sondern auf diejenige des Publikums an. Das Durchschnittspublikum denke jedoch nicht daran, die Ankündigung anders als wörtlich auszulegen, es entnehme daraus, daß H.-Schuhe ihre Form nicht verlieren, mögen sie auch noch so lange getragen werden, und erblicke darin einen besonderen Vorzug dieser vor anderen Schuhfabrikaten.

Ein Widerspruch ist in den Feststellungen des angef. Urts. nicht enthalten. Eine Erfahrungstatsache braucht durchaus nicht Allgemeingut aller oder auch nur eines großen Teils

Zu 46. Ich kann mich mit dem Urteil nicht recht befreunden. Gewiß ist es haltbar, aber es scheint mir reichlich weit zu gehen.

Was heißt denn „H.-Schuhe . . . sie verlieren nicht ihre Form“? Es wird wohl keinen Hinterwäbler geben, der so idiotenhaft wäre, zu glauben, daß H.-Schuhe auf gar keine Weise ihre Form verlieren. Und gäbe es einen solchen Menschen, so bliebe seine Auffassung außer Betracht, weil sie ganz außerhalb dessen läge, was der Durchschnittsverbraucher einer solchen Ankündigung entnimmt. Selbst ungebildete, unbegabte Menschen — und solche sind gewiß Abnehmer von Schuhen, also auch maßgebend für die Verkehrsauffassung — können bestenfalls nur annehmen, daß der H.-Schuh verliere seine Form im normalen Gebrauch nicht. Also ist die Ankündigung schon aus der Lebenserfahrung zu ergänzen. Nun trägt jedermann Schuhe; jedermann weiß also, daß es Schuhe von unbegrenzter Haltbarkeit, auch in bezug auf die Form, nicht gibt, daß man nur von guten und schlechten Schuhen reden kann. Die Ankündigung ist also eine Marktschreierei. Ich bin der letzte, der eine milde Behandlung dieser wenig schönen Reklameart befürwortet (vgl. Baumbach, Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., S. 159). Aber leider ist die Marktschreierei das landläufigste Reklamemittel und wird eber darum vom Verkehr auch nicht mehr ernst genommen. Jeder zieht von der Anpreisung ein gut Stück ab, und das tut auch der Einfache, der Unerfahrene, weil er soviel Erfahrung eben doch noch hat. Ich bezweifle daher, daß eine irgendwie nennenswerte Zahl von Personen die Ankündigung anders auffaßt als dahin, daß der H.-Schuh ein sehr haltbarer, seine Form besonders gut wahrender Schuh sei. Das RG. meint diese Erwägung damit auszuschalten, daß es auf die Erfolge der Technik und das gläubige Vertrauen des Publikums zur Technik verweist. Ich weiß nicht, ob dieses Vertrauen so groß ist; die Technik hat uns, wie jeder immerzu an sich erfährt, was

des Publikums zu sein: es gibt zahlreiche Erfahrungstatsachen, die nur einem kleinen Kreise sachkundiger Personen, der eben auf diesem Gebiete Erfahrungen gesammelt hat, vertraut sind; das große Publikum kennt sie nicht und zieht sie deshalb nicht in Rücksicht, wenn es veranlaßt wird, sich ein Ur. zu bilden. Dazu kommt, daß Erfahrungstatsachen zeitbedingt sind, sie halten fest, was die Erfahrung bis zu diesem Augenblicke lehrt. Neue Erfindungen und Beobachtungen, Fortschritte der Technik und der wissenschaftlichen Methoden bringen neue Erfahrungen und erweisen das, was soeben noch als Erfahrungstatsache galt, als falsch und überholt. So besteht theoretisch auch die Möglichkeit, daß eine fortschreitende Technik auch die Formveränderung des gebrauchten Schuhwerks verhindert. Das Publikum rechnet mit derartigen Erfolgen der Technik und ist deshalb leicht geneigt, Erfahrungstatsachen, auch wenn sie wohl bekannt sind, außer acht zu lassen, wenn etwas Neues, Fortgeschrittenes angepriesen wird (vgl. auch RG.: WuW. 1929, 172).

Daß der Sinn, in dem nach der Feststellung des Vorderrichters das Publikum die von der Bekl. verwendete Ankündigung auffaßt, im Gegensatz zu den bisher gemachten Erfahrungen steht, besagt sonach nichts gegen die Richtigkeit dieser Feststellung. Im übrigen bewegt sich diese auf tatsächlichen Gebiet. Sie entspricht auch der Erfahrung des Lebens und trägt die angefochtene Entscheidung.

Daß für die Beurteilung der Ankündigung die Auffassung der Verbraucherkreise, an die sich die Ankündigung richtet, maßgebend ist, nimmt der Vorderrichter in Übereinstimmung mit feststehender Rspr. an. Weiter ist dann aber auch die Folgerung unbedenklich zu treffen, daß die Ankündigung der Bekl. so, wie sie von der Allgemeinheit verstanden wird, über die Beschaffenheit der H.-Schuhe eine unrichtige Angabe enthält, die geeignet ist, den Anschein eines besonders günstigen Angebotes hervorzurufen.

(U. v. 15. März 1932; 236/31 II. — Berlin.) [Ru.]

47. § 3 UnlWG. Unl. Wettbewerb durch Hervorrufung des Eindrucks, daß eine Ware ausländischer Herkunft sei.†)

(U. v. 13. Nov. 1931; 88/31 II. — Hamburg.) [Ru.]

Abgedr. JW. 1932, 594¹¹.

48. §§ 16, 24 UnlWG.; §§ 32, 512a, 528 Satz 2, 549 Abs. 2, 565 Abs. 2 ZPO.

1. Der Ausspruch einer Rechtsauffassung seitens des RevG. ist nur bindend, wenn die Aufhebung des Urteils auf ihm beruht.

Dauerhaftigkeit betrifft, für die täglichen Gebrauchsgegenstände schwierig Fortschritte besichert, im Gegenteil, sie hat durch Erlass der guten Stoffe durch Surrogate gerade in dieser Beziehung Rückschritte gebracht. Man hätte darum das tun sollen, was ich immer für richtig gehalten habe und was so gut wie nie geschieht, nämlich durch Beweiserhebung die Auffassung des Verkehrs feststellen. Ein Verurteilen ist das für das Gericht nicht; aber schließlich führt man ja keinen Prozeß, um dem Gericht das Leben zu erleichtern.

SenPräf. a. D. Dr. Baumbach, Berlin.

Zu 47. Die Entsch., der die ausnahmslose Beachtung im Geschäftsleben zu wünschen ist, ruht auf sicherer Grundlage. Bei der besonderen Wertschätzung, deren sich ausländische und speziell amerikanische Wringmaschinen in Deutschland erfreuen, erweckt die englische Aufschrift auf den deutschen Maschinen den Anschein eines besonders günstigen Angebotes (§ 3 UnlWG.). Ob die Hervorrufung dieses Anscheins beabsichtigt ist, darauf kommt es nicht an. Zur Anwendung des § 3 UnlWG. genügt die objektive Irreführung, die durch die Aufschrift verursacht wird. Daß die Irreführung durch den Zusatz „Made in Germany“ nicht ausgeschlossen wird, wird mit Grund aus der Käufersicht geschlossen, insofern deren ein erheblicher Teil die Bedeutung dieser Ursprungsbezeichnung verkennen dürfte. Es liegt also ein Fall der Irreführung über die Herkunft vor, die ja ebensowohl eine Irreführung über Herkunftsland wie über Herkunftsort sein kann. Das Verbot konnte um so sicherer ausgesprochen werden, als ja sogar der Hinweis auf ausländische Herkunft bei in Deutschland bestehenden Tochterunternehmungen ausländischer Firmen untersagt ist (vgl. den „Steenwyk“ und die „Holländische Schokolade“ in JW. 1925, 2457 und 1929, 1214).

Prof. Dr. Ulmer, Heidelberg.

2. Das RevG. ist nicht in der Lage, die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, mag auch ein anderes Gericht ausschließlich zuständig sein, in vermögensrechtlichen Streitigkeiten zu verneinen, falls das angerufene Gericht mit Unrecht seine örtliche Zuständigkeit angenommen hat.

3. Die Frage, ob die Verbindung einer wenn auch unbegründeten Klage aus unerlaubter Handlung mit einer Klage aus § 16 UrtW.G. die Zuständigkeitsbestimmung des § 24 UrtW.G. ausschalten geeignet ist und den Gerichtsstand des § 32 begründe, wird offengelassen.

4. Bei § 16 UrtW.G. kommt es darauf an, welches Gesamtbild in der Erinnerung des flüchtigen Beschauers haften bleibt. †)

Das BG. verneint im Gegensatz zu seinem früheren Urte. nunmehr die Anwendbarkeit des § 826 BGB., stützt aber jetzt die Verurteilung der Bekl. auf § 16 UrtW.G.

1. Zwar hatte das erste RevUrt. die frühere Auffassung des BG. und beider Parteien als zutreffend bestätigt, daß das UrtW.G. auszuschneiden habe, weil die Klage nicht in dem ausschließlichen Gerichtsstande des § 24 UrtW.G. erhoben sei. Aber an diesen übrigens beiläufigen Ausspruch war der BerR. nicht gem. § 565 Abs. 2 ZPO. gebunden. Denn auf diesem Ausspruch beruhte die Aufhebung des ersten Ur. nicht (RG. 94, 14). Daß das RevG. nicht in der Lage ist, die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, mag auch ein anderes Gericht ausschließlich zuständig sein, in vermögensrechtlichen Streitigkeiten zu verneinen, falls das angerufene Gericht mit Unrecht seine örtliche Zuständigkeit angenommen hat, folgt aus § 549 Abs. 2 ZPO. (RG. 93, 351; 110, 59¹). Es mag aber bemerkt werden, daß das BG. zutreffend seine Zuständigkeit aus §§ 512a, 528 Satz 2 ZPO. entnommen hat. Ob das gleiche auch von der weiteren Erwägung zu gelten hätte, daß die Verbindung einer wenn auch unbegründeten Klage aus unerlaubter Handlung mit einer Klage aus § 16 UrtW.G. die Zuständigkeitsbestimmung des § 24 UrtW.G. auszuschalten geeignet sei und den Gerichtsstand des § 32 ZPO. begründe (vgl. RGUrt. v. 6. Okt. 1931, II 495/30; Rosenthal, UrtW.G., 8. Aufl., S. 87—92, andererseits Baumbach, Das gesamte Wettbewerbsrecht S. 123/26), kann auf sich beruhen.

2. Das angef. Urteil stellt fest, daß das Odoglas nach allg. Verkehrsauffassung das Kennzeichen des Erwerbsgeschäfts der Kl. für ihre Reklame ist, daß die Kl. sich dieses Geschäftszeichens bedient hat, bevor die Bekl. dazu übergegangen ist, ihre Chlorodontmundspülgläser aus durchsichtigem Glas in den Verkehr zu bringen, und daß vor der Einführung des Odoglas Mundspülgläser ähnlicher Art sich nicht im Verkehr befunden haben. Die Rev. meint, der BerR. habe die Frage der Verwechselbarkeit der Mundspülgläser der Parteien von einem unrichtigen Standpunkt aus geprüft, indem er auf den flüchtigen Gesamteindruck abgestellt habe, den die Gläser auf den Beschauer ausübten; denn die Bedeutung des Gesamteindrucks möge bei anderen Arten der Reklame ausschlaggebend sein, bei der Reklame für Gegenstände des täglichen Gebrauchs sei sie es gerade nicht. Dieser Anschauung ist nicht beizutreten. Bereits in dem ersten RevUrt. ist ausgeführt, es komme darauf an, welches Gesamtbild in der Er-

innerung des flüchtigen Beschauers der Gläser haften bleibe. An diesem grundsätzlichen Standpunkt ist festzuhalten.

(U. v. 14. Jan. 1932; 385/31 VI. — Berlin.) [G.]

****49.** Erörterung der Grundsätze, die einen auf Ausschaltung der Mitbewerber gerichteten Wettbewerbskampf als eine sittenwidrige Handlungsweise erscheinen lassen. Hierfür ist in letzter Linie der Zweck des Wettbewerbs ausschlaggebend. — Wechsel der Anschauungen über die Sittenwidrigkeit. †)

Das BG. sieht das Kampfmittel der Bekl., nämlich ihr planmäßiges fortgesetztes Unterbieten der Preise des Kl., deshalb als sittenwidrig an, weil es in Anbetracht der überragenden Selbstdienlichkeit der einen Truft auf dem Benzinmarkt bildenden Bekl., denen der Kl. als einzelner kleiner Unternehmer wehrlos gegenüberstehe, den Willen und die Macht zur Vernichtung des Kl. als selbständiger Tankstellenbesitzer in sich trage. Nun ist aber für die Rev. in tatsächlicher Beziehung zugunsten der Bekl. zu unterstellen, daß sie die Existenz des Kl. dann nicht weiter antasten wollen, wenn er nur seine Verkaufspreise in gleicher Höhe festsetzt, wie sie die übrigen, und zwar nicht durch Herabsetzung der feinen, sondern durch Heraufsetzung. Daß er, wenn er dies tun würde, vor dem wirtschaftlichen Ruin stände oder ihm unabweisbar verfallen würde, ist nicht festgestellt. Die Bekl. behaupten unwiderlegt, daß er alsdann immer noch vermöge der überaus günstigen örtlichen Lage seiner Tankstelle ihnen gegenüber einen nicht unwesentlichen Vorsprung im Wettbewerb habe. Dazu kommt, daß er entsprechend seiner eigenen Aufgabe mit erheblich geringeren Geschäftskosten als die Bekl. zu rechnen hat. Er würde somit bei Anpassung seiner Preise an die der Bekl. auch in dem Vorteil des höheren Verkaufsnutzens einen gewissen Ausgleich für den Wegfall seiner bisherigen Freiheit in der Preisfestsetzung haben. Es läßt sich also von diesem Standpunkt aus betrachtet nicht sagen, daß die Bekl. den Willen der absoluten Vernichtung des Kl., d. h. seiner gewerblichen Existenz schlechthin haben. Sie bestreiten eine solche Absicht aus naheliegenden Gründen ja auch mit aller Entschiedenheit. Der Fall liegt rechtlich ähnlich dem, wo ein Kartell mit Sperrern und dgl. gegen einen lästigen Außenseiter vorgeht. In Fällen solcher Art wird von dem KartellGer. stets auch berücksichtigt, ob dem Außenseiter der Beitritt zu annehmbaren Bedingungen offengelassen ist (vgl. z. B. Entsch. des KartGer.: KartRdsch. 1929, 99 u. 220). Nun ist aber die Bindung eines Kaufmanns an bestimmte Preise, die ihm einen guten Gewinn ermöglichen, nicht nur keine Vernichtung seiner wirtschaftlichen Existenz überhaupt, sondern sie ist auch keine Vernichtung seiner Stellung als selbständiger Kaufmann. Preisbindungen sind Zustände, die in der jetzigen Zeit der Verbände, TarVertr. und dgl. im deutschen Wirtschaftsleben im weitesten Umfange herrschen. Diese Verhältnisse haben naturgemäß eine Wandlung in den Anschauungen der Geschäftswelt auf dem hier in Betracht kommenden Gebiet mit sich gebracht. Mögen die davon betroffenen Kreise in dieser Gebundenheit verschiedener Art zunächst, als diese Dinge noch neu waren, eine Beschränkung ihrer kaufmännischen Selbständigkeit gesehen haben. Heute, wo diese Zustände jedem am Geschäftsleben als Unternehmer, An-

Beauftragung sich nicht gegen das richtet, was technisch funktionell sein könnte — die Durchsichtigkeit der Mundspülgläser —, sondern nur gegen das, was an diesen Gläsern typische Ausstattung ist: blaues Etikett und weiße Aufschrift. In diesem Sinne ist allerdings der Gesamteindruck maßgebend, und wenn die Rev. geltend macht, daß es ausnahmsweise auf diese bei Gegenständen des täglichen Gebrauchs nicht ankommen könne — wofür eine Rechtfertigung nicht gut zu erkennen ist, wenn nicht die Flüchtigkeit der Betrachtung damit getroffen werden soll —, so liegt das auf rein tatsächlichem Gebiete.

RA. Prof. Dr. W. Fischer, Hamburg.

Zu 49. Vgl. auch Baumbach, Die Grenzen erlaubten Wettbewerbs, namentlich die Preisunterbietung: MuW. 1930, 2; Elster, Existenzvernichtung durch Preisunterbietung: DAllgZ. v. 14. April 1931, Weil. Wirtschaft u. Recht; Elster, Preisunterbietung als unlauterer Wettbewerb: KartRdsch. 1932, 79 ff.; Fay: GewRsch. 1929, 1368 ff.; Ripperdeh: KartRdsch. 1930, 127 ff.

D. G.

¹) ZW. 1925, 762.

Zu 48. 1. Der Tatbestand spricht nur davon, daß die Kl. schon im ersten Rechtszuge die Klage auch auf § 16 UrtW.G. gestützt habe. Ob das BG. in diesem Punkte seine Zuständigkeit bejaht hatte, läßt sich nicht erkennen. Es wird aber unterstellt werden müssen; denn das vorl. Ur. beruft sich darauf, daß das BG. seine Zuständigkeit mit Recht aus dem § 512a herleite. Allerdings war die Entsch. in diesem Punkte auch auf § 528 ZPO. gestützt worden, weil die Bekl. der neuen Rechtsbegründung nach Ablehnung des § 826 BGB. in zweiter Instanz die Einrede der örtlichen Anzuständigkeit entgegen gesetzt hatte. Ob hierfür noch Raum war, kann nicht geprüft werden, weil man über den Verlauf der ersten Instanz nichts weiß. Die wichtigste Frage der Ausschaltung oder der überragenden Geltung des Gerichtsstandes des § 24 UrtW.G. bleibt leider offen.

2. Die Frage, ob Ausstattungsgegenstände mit Rücksicht auf technisch funktionelle Zwecke verpatentiert werden müssen (vgl. meinen Vortrag: GewRsch. 1932, 97), kommt auch nicht zur Entscheidung, weil die

gestellter oder Arbeiter Beteiligten und weiten anderen Kreisen durchaus geläufig sind, kommt niemand mehr auf den Gedanken, anzunehmen, daß die selbständige Existenz eines Kaufmanns vernichtet sei, weil er in der Festsetzung der Preise für seine Waren durch Bestimmungen des Syndikats, dem er angehört, oder in der Gestaltung der Löhne für seine Angestellten und Arbeiter nicht mehr frei, sondern durch Tar-Vertr. gebunden ist.

Diese vom BG. für die Sittenwidrigkeit des Kampfmittels der Bfll. gegebene Begründung läßt sich somit nicht aufrechterhalten.

Das gleiche gilt von der weiteren Ansicht des BG., daß auch das von den Bfll. erstrebte Ziel, nämlich die Schaffung einer Monopolstellung mit uneingeschränkter Preisdiktatur auf dem Benzinmarkt, wider die guten Sitten verstoße. Die Begründung des BG. in dieser Beziehung erscheint nicht ganz klar. Anscheinend sieht es dieses Ziel deshalb als sittenwidrig an, weil die Bfll. es unter Preiskampf behufs Ausschaltung der Mitbewerber zu erreichen suchen und hierdurch die berechtigten Interessen der Allgemeinheit verletzen, an der für die Gewährleistung einer gesunden Preispolitik erforderlichen Erhaltung unabhängiger und daher selbständiger Mitbewerber an Stelle der auf ihrer Finanzkraft beruhenden Alleinherrschaft der Bfll., die dann dieses Wirtschaftsgebiet unbeschränkt ausbeuten würden.

Demgegenüber ist zu bemerken, daß durch diese Begründung des BG. der Rechtsbestand jeder Preisconvention mit dem fast immer beabsichtigten Ziel, eine Monopolstellung durch Preiskampf gegen die Außenleiter zu erringen, in Frage gestellt würde, obgleich dem deutschen Recht die Anschauung fremd ist, daß eine Preisconvention mit dem Ziel der Begründung einer Monopolstellung durch Preiskampf sittenwidrig sei.

Im übrigen kommt es für die Frage der Sittenwidrigkeit nicht darauf an, welche Endziele (Monopolstellung, Preisdiktatur) die Bfll. haben.

Aus dieser Stellungnahme zu der Begründung des BG. folgt aber nicht, daß das Verhalten der Bfll. als zulässig anzusehen wäre. Es kann sich nur um die Frage handeln, ob es zulässig ist, daß ein Unternehmer, der auf gesunder kaufmännischer Grundlage zufolge seiner viel geringeren Gestehungskosten billiger verkaufen kann, von seinem finanziell übermächtigen Wettbewerber durch das Kampfmittel des rücksichtslosen Preisunterbietens gezwungen wird, seine niedrigeren Verkaufspreise den höheren des Wettbewerbers anzupassen oder — falls er sich hierzu nicht bereit findet — sich wirtschaftlich zugrunde richten zu lassen.

Ein solches Verhalten kann nach den Grundsätzen der Lauterkeit und Billigkeit im Geschäftsverkehr nicht mehr als mit den sittlichen Anforderungen übereinstimmend angesehen werden.

Bei Prüfung der Frage der Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbsbehandlung ist mit dem BG. schon grundsätzlich davon auszugehen, daß es rechtlich verfehlt wäre, hierbei den Zweck der Handlung auszuschalten. In dem Zweck eines Tuns geht das Gesetz auch sonst nicht achtlos vorüber. Das zeigt § 226 BGB., ferner § 138 Abs. 1 BGB., für dessen Anwendung nach feststehender Rspr. entscheidet, ob sich das betr. Rechtsgeschäft nach seinem Inhalt aus der Zusammenfassung von Inhalt, Zweck und Beweggrund ergebenden Gesamtcharakter als ein sittenwidriges darstellt. Es ist schlechterdings nicht einzusehen, weshalb gerade für „die guten Sitten“ im gewerblichen Wettbewerb der Handlungszweck überhaupt beiseite gelassen werden soll. Es handelt sich um „unlauteren“, nicht etwa nur um unzulässigen Wettbewerb. Deshalb ist auch OIster: LZ. 1927, 1076 durchaus zuzustimmen, daß der rechtsethische Gehalt des Wettbewerbsrechts nicht unberücksichtigt bleiben darf. Es trifft auch keineswegs zu, als Sinn, Ziel und Zweck jedes gewerblichen Wettbewerbs die Vernichtung der Mitbewerber anzusehen, wie es von Gegnern der hier vertretenen Ansicht behauptet wird, um daraus dann herzuleiten, daß die Frage der Unlauterkeit des Verhaltens sich deshalb nur auf die zur Erreichung dieses Vernichtungszwecks denkbaren zahlreichen Mittel beziehen könne. Allerdings hat jeder Wettbewerb den Zweck, das eigene Unternehmen auf Kosten von Mitbewerbern mittels Steigerung

des eigenen Umsatzes nicht nur durch Erhaltung der bisherigen, sondern auch durch Gewinnung neuer Kundschaft zu fördern. Das ist aber noch lange nicht gleichbedeutend mit dem Handeln zum Zwecke der Vernichtung der Mitbewerber. Wirkt sich der in seinen Mitteln an sich nicht unlautere Wettbewerb des einen zu einem Erliegen der wirtschaftlichen Existenz des anderen Mitbewerbers aus, z. B. weil diesem als Inhaber eines Kleinbetriebs die günstigen Einkaufsmöglichkeiten nicht zur Verfügung stehen wie jenem Großbetrieb, und ist er deshalb gezwungen, zu höheren Preisen zu verkaufen als jener, so kann selbstverständlich nicht die Rede sein von sittenwidrigen Wettbewerbsbehandlungen des ersteren, auch wenn er mit dem Erliegen des anderen gerechnet oder es sogar beabsichtigt haben sollte. Denn die erwähnte Maßnahme des Unterbietens, deren er sich — in diesem Beispielfall — im Wettbewerbskampf bediente, ist an sich erlaubt, und sie ist auch nicht durch den Zutritt besonderer Umstände unlauter geworden. Das wäre z. B. dann der Fall, wenn die niedrigeren Verkaufspreise wegen der eigenen hohen Geschäftskosten allmählich zu Verlustpreisen wurden, aber zwecks Niederringung des Wettbewerbers aufrechterhalten wurden, „kostete es, was es wollte“. Mit Unrecht meinen die Rev., der hier zur Entsch. stehende Fall liege rechtlich nicht anders wie der in dem obigen Beispiel, wobei aber zugunsten der Bfll. noch zu berücksichtigen sei, daß die Existenz des Kl. nicht zum Erliegen gekommen sei, auch nach ihrer Absicht nicht erliegen sollte.

Außer dem oben angegebenen Zweck der Förderung des eigenen Unternehmens auf Kosten der Mitbewerber wird eine Wettbewerbsbehandlung häufig noch mehrere andere Zwecke verfolgen, die nicht immer offen zutage zu liegen brauchen. Weshalb diese oder einer von diesen — unabhängig von dem angewendeten Kampfmittel — nicht unlauter sein sollten und deshalb die Wettbewerbsbehandlung selbst nicht sollten unlauter machen können, ist nicht einzusehen. Auch das RG. hat in zahlreichen Entsch. ausgesprochen, daß für die Frage der Sittenwidrigkeit von Wettbewerbsbehandlungen außer dem angewendeten Kampfmittel auch der mit der Wettbewerbsbehandlung verfolgte Zweck maßgebend ist (z. B. RG. 60, 94 ff. [104, 105]; 64, 155 ff. [158]; 92, 132 ff. [139]; 93, 302 [303, 304] 1); 104, 327 ff. [330]; 117, 21 = JW. 1927, 1636; 118, 84 ff. [89] = JW. 1927, 3302; RG.: JW. 1913, 134 11; 1927, 112; 1928, 1209, 2910). Es handelt sich um Entsch. des 1., 2., 4. und 6. Zivilsen. des RG. Mögen sich auch mehrere auf Tatbestände des sozialpolitischen Kampfes beziehen, so trifft das doch bei zahlreichen anderen, welche Fälle des gewerblichen Wettbewerbskampfes zum Gegenstande haben, nicht zu. Der Umstand, daß diesen zum großen Teil Tatbestände zugrunde liegen, welche Maßnahmen von Kartellen oder ähnlichen Unternehmervereinigungen betreffen, rechtfertigt nicht eine andere Betrachtungsweise, wie Callmann S. 36 Abs. 2 Einl. N. 25 zu § 1 UnlWG. will, dahin, daß der Vernichtungszweck dann beachtlich sei, wenn der einzelne im Wirtschaftskampf einer „Kollektivmacht“, wie es ein Kartell, Trust, Verband oder dgl. sei, gegenüberstehe. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Vernichtungszweck, der nach Ansicht der Gegner der Rspr. des RG. gerade deshalb, weil er stets das Ziel des kaufmännischen Wettbewerbs sei, bei der Prüfung der Frage der Sittenwidrigkeit einer Wettbewerbsbehandlung außer Betracht zu bleiben hat, dann berücksichtigt werden soll, wenn die Maßnahmen von Kartellen usw. ausgehen. Vernichtungszweck auf Seiten eines einzelnen, Vernichtungszweck auf Seiten eines Kartells: die Zielssetzung, die dem Handeln den Stempel des Sittenwidrigen aufdrückt, ist in beiden Fällen die gleiche; verschieden ist vielfach nur die Intensität des Handelns, auf die es aber hier nicht ankommt. Im übrigen liegt, wie oben bereits hervorgehoben ist, der hier zur Entsch. stehende Fall nicht viel anders, als wenn ein Kartell mit Sperrern oder ähnlichen Maßnahmen gegen einen lästigen Außenleiter vorgeht. Auch nach dem Standpunkte von Callmann u. a. a. O. ist somit der Zweck bei Prüfung der Unlauterkeit der Handlung der Bfll. zu berücksichtigen.

Aber auch Ripperdey a. a. O. lehnt die Heranziehung des Zwecks einer Handlung als Kriterium für ihre Sitten-

widrigkeit keineswegs grundsätzlich ab. Er unterscheidet zwei Gruppen von Wettbewerbsstatbeständen, nämlich 1. solche, die in der Förderung der Absatzfähigkeit des eigenen Geschäftsbetriebes mit den Mitteln der eigenen Leistung bestehen, 2. solche, die nur eine Behinderung des Mitbewerbers herbeiführen, um dadurch erst freie Bahn für den eigenen Absatz zu schaffen.

In der ersten Gruppe von Tatbeständen zeigt sich seiner Ausführung nach die Schadenszufügung nur als Folge des Nebeneinanderbestehens mehrerer auf das gleiche Ziel — die eigene Absatzvergrößerung — hinstrebender Gewerbebetriebe. Dagegen verfolgt der Behinderungswettbewerb ohne die Steigerung der eigenen gewerblichen Leistung nur den Zweck, den Mitbewerber in seiner Handlungsfreiheit zu beeinträchtigen, um sich dadurch freie Bahn für künftige eigene Absatzfähigkeit zu schaffen; hier ist die Schädigung Mittel und Zweck. Für den Leistungswettbewerb soll nach Ripperdey stets das Recht zu freier Betätigung ohne jede Rücksicht auf schädliche oder vernichtende Wirkungen bestehen mit der Folge, daß auch nicht etwa die Absicht der Schädigung oder Existenzvernichtung diese Wettbewerbshandlungen unsittlich machen könne. Für den Behinderungswettbewerb dagegen, der dazu führe, daß die natürliche Folge des Wettbewerbs — das Werben um den freien Kunden unter Einsatz der Vorteile der eigenen Leistung — ausgeschaltet, und daß damit eine der wesentlichen Voraussetzungen des freien Marktes beseitigt werde, könne die übermäßige Behinderung des Gegners ein sittenwidriges Mittel im Wettbewerbskampfe sein. Das gleiche gilt — wie hinzuzufügen ist — von dem hier ausschließlich auf Schädigung, vielfach auf gänzliche Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz des Gegners gerichteten Zweck der Handlung.

Ripperdey gelangt aber trotz der von ihm aufgestellten Grundzüge für den vorl. Fall zu einer Verneinung der Rechtswidrigkeit der Handlungsweise der Bekl., weil er den Fall als Leistungswettbewerb ansehen will. Dieser Standpunkt ist verfehlt. Es handelt sich vielmehr, wenn man sich die Einteilung der Wettbewerbsstatbestände in die von Ripperdey vorgeschlagenen Gruppen zu eigen macht — und das RG. hat das erstmalig schon in RG. 28, 247f. getan, indem es entsprechend der Unterscheidung von Leistungs- und Behinderungswettbewerb ausdrücklich nach der Beeinträchtigung des Mitbewerbers durch Betätigung eines Konkurrenzbetriebes und nach der Beeinträchtigung in anderer Weise als durch Betätigung solchen Konkurrenzbetriebes trennt — hier um einen typischen Fall des sog. Behinderungswettbewerbs. Denn die Bekl. wollten, wie es rechtlich bedenkenfrei feststellt, nicht etwa durch die Billigkeit ihrer Preise mit dem Kl. in einen echten Wettbewerb im eigentlichen Sinne des Wortes eintreten, indem sie dem Publikum ernstgemeinte Vorteile boten und es auf diese Weise durch die Preiswürdigkeit ihrer Leistung als Kunden gewinnen wollten. Hätten sie das gewollt, dann hätten sie ihre Ware überall und nicht nur in dem kleinen Amt B. und, wie auch ihre Anweisung an ihre dortigen Tankstellenverwalter, den Kl. stets zu unterbieten, ergibt, nur zum Zweck der Lahmlegung des Betriebes des Kl., der sich ihnen nicht fügen wollte, zu dem billigen Preise anbieten müssen. Ihr Bestreben ging aber nur dahin, durch ein künstliches und möglichst rasch durchgeführtes Manöver dem zu ihnen in echtem Leistungswettbewerb stehenden Kl. die Beteiligung am Wettbewerbe unter allen Umständen unmöglich zu machen, indem sie das Publikum durch Unterbieten, „koste es, was es wolle“, von ihm abzogen, um hinterher, nach der Beseitigung des Kl., sofort zu der alten oder noch größerer Höhe ihrer Preise zurückzukehren. Danach stellt sich die dem Publikum für billigen Preis gebotene Leistung der Bekl. nur als ein Scheinvorteil heraus, der nach der Beseitigung des bekämpften Gegners alsbald in einen Nachteil umschlagen mußte, weil das Publikum nun nicht mehr zu dem niedrigeren Preise des Kl., sondern nur noch zu dem höheren der Bekl. kaufen konnte. Die Schädigung des Gegners aber war bei diesem Kampfe keineswegs nur dessen Folge, sondern sie war das Kampfmittel der Bekl. und zugleich — dem Kl. gegenüber — der ausschließliche Zweck ihres Handelns. Das fortgesetzte planmäßige Preisunterbieten gegenüber dem Kl. geschah durch die Bekl. nicht im Rahmen eines Leistungs-

wettbewerbes. Es handelte sich also nicht um eine Beeinträchtigung des Kl. als ihres Mitbewerbers durch Betätigung eines Konkurrenzbetriebes seitens der Bekl., sondern um ein Verfahren der letzteren, das dem Zwecke diente, den Gewerbebetrieb des Kl. zu vernichten, weil er sich ihrem Verlangen, seine Preise, die keineswegs Schleuderpreise waren, sondern ihm bei seinen geringeren Geschäftskosten einen guten Gewinn ließen, ihren höheren Preisen anzugleichen, nicht unterwarf. Es handelt sich danach um einen Fall schwersten Behinderungswettbewerbs. Ein solches Verhalten der Bekl., das zunächst jedenfalls ganz offenkundig den Zweck verfolgt, den Gegner zu vernichten, der sich ihrer Forderung auf Anpassung an ihre höheren Preise nicht unterwirft, und das sich bei der enormen wirtschaftlichen Überlegenheit der Bekl. des den Erfolg binnen kurzer Zeit verbürgenden Kampfmittels rücksichtslosen Preisunterbietens, „koste es, was es wolle“, bedient, ist sittenwidrig, und zwar nicht nur wegen des angewandten, die Vernichtung des Gegners mit Sicherheit herbeiführenden Kampfmittels, sondern ganz besonders auch wegen des klar zutage liegenden Vernichtungszwecks.

Es ist nicht ausgeschlossen, daß das Verhalten der Bekl. in weiter zurückliegenden, früheren Zeiten eine mildere Beurteilung gefunden hätte, etwa von dem Standpunkt aus, daß der Kl. die Folgen seines Widerstandes gegen die Annahme der höheren Preise der Bekl., da sie ihm möglicherweise keinen erheblichen Schaden bringen würde, zu tragen habe und das Verhalten der Bekl. daher nicht als sittenwidrig angesehen werden könne. Aber der Rechtsbegriff des Verstoßes gegen die guten Sitten ist kein starrer, unabänderlicher, wie der Sen. wiederholt ausgesprochen hat (RG.: JW. 1929, 249; MuW. XXXI, 154). Mit der Entwicklung des wirtschaftlichen, sittlichen und geistigen Lebens des Volkes hat sich die Auffassung von der Notwendigkeit gesteigerter Anforderungen an die Lauterkeit des Verhaltens aller am Wirtschaftsleben Beteiligten allgemein durchgesetzt. Das Gefühl für das, was Anstand und Sitte im Geschäftsverkehr erfordern, ist feiner geworden. Die Anspr. folgt pflichtgemäß dieser Entwicklung. Letztere ist auch von der Schaffung starker wirtschaftlicher Machtkörper durch Zusammenfassung vieler Einzelunternehmungen zu Kartellen, Syndikaten, Trusts und dgl. — eine solche Vereinigung hat auch auf Seiten der Bekl. bestanden und besteht unter ihnen jedenfalls tatsächlich auch heute noch — und ihrem starken wirtschaftlichen Druck auf den — wirtschaftlich gesehen — fast wehrlosen einzelnen nicht unbeeinflusst geblieben. Von allergößter Bedeutung für die Frage, ob den Bekl. Sittenwidrigkeit zur Last falle, wenn sie nicht oben bereits unabhängig hiervon bejahend beantwortet worden wäre, aber ist die zur Zeit herrschende ungeheure wirtschaftliche Not unseres ganzen Volkes. Schwerste Opfer werden von jedem einzelnen im Interesse des Volksganzen gefordert. Ein Notrecht gilt mit weitreichender Außerkräftsetzung sogar der verfassungsmäßigen Grundrechte, insbes. des Art. 151 Verf. über die Gewährleistung des Eigentums. Schärfste Eingriffe verordnet dies Notrecht in bestehende Verträge, Rechte und Rechtsverhältnisse zum Zwecke der Senkung der allgemeinen Lebenshaltungskosten und der sonstigen privaten und der öffentlichen Ausgabenwirtschaft. Unmöglich könnte — wenn es nicht schon unabhängig hiervon feststände — im Rahmen dieser Verhältnisse es mit den Anschauungen aller billig und gerecht Denkenden vereinbar sein, daß eine auf gesunder wirtschaftlicher Grundlage aufgebaute kaufmännische Existenz von einer kapitalistisch übermächtigen Gruppe vor die Entsch. gestellt wird, entweder vernichtet zu werden oder seine Preise auf den Stand derjenigen der Gruppe zu erhöhen, weil diese sonst ihrer Gesehungskosten wegen nicht konkurrieren kann. Dabei handelt es sich um Treibstoffe für Kraftmaschinen und Fahrzeuge, also einen lebenswichtigen Bedarfsgegenstand. Es wäre ein Unding und ein unerträglicher Widerspruch, wenn die Rechtsordnung in dem Rechte zahlreicher Notleid. schärfste Mittel zum Zwecke der Voderung der starren Preise festsetzt, dieselbe Rechtsordnung aber zugleich und zuläßt, daß mit den Mitteln des schärfsten wirtschaftlichen Drucks Preis erhöhungen durchgesetzt werden.

(U. v. 18. Dez. 1931; 514/30 II. — Düsseldorf.) [Ru.]

<= RG. 134, 342.>

50. Für den wechselnden Begriff der reklamehaften Übertreibung ist die Auffassung des Publikums im Einzelfalle maßgebend. Die nach diesem Grundsatz getroffene Entsch. ist für die Rev.-Inst. bindend. Ausschreitungen werden durch Übllichkeit innerhalb einer gewissen Branche nicht erlaubt.

Im Sept. 1929 hat die Vekl., die sich wie die Kl. u. a. mit der Herstellung von Mundwässern befaßt — die Kl. nennt ihre Erzeugnisse „Chlorodont“, die Vekl. „Ddol“ —, in Zeitungsinseraten folgendermaßen für ihre Artikel geworben: „Ddol ist das stärkste Mundwasser, wenige Tropfen Ddol genügen, während man von anderen Mundwässern einen Eßlöffel voll nehmen kann und dann immer noch kein wirklich desinfizierendes Mundwasser hat.“ Die Kl. bezieht diese Bemerkung auch auf ihr Erzeugnis und bezeichnet sie als unwahr und irreführend. Sie klagt auf Unterlassung. Die Vekl. trägt vor, die Bemerkung sei reklamehaft übertrieben, sie habe damit nicht behaupten wollen, Ddol desinfiziere stärker als Chlorodont, die Worte „von anderen Mundwässern“ wollten nicht gleichbedeutend sein mit „von allen anderen Mundwässern“.

Das BG. bewertet die Bemerkung, Ddol sei das stärkste Mundwasser, man könne von anderen Mundwässern einen Eßlöffel voll nehmen und habe dann immer noch kein wirklich desinfizierendes Mundwasser, nicht nur als marktstreuerische Reklame. Es liege darin für den unbefangenen Leser eine das Erzeugnis Ddol mit den hauptsächlich als Konkurrenzartikel bekannten Mundwässern vergleichende, insbes. das Chlorodont mittreffende tatsächliche Behauptung, die eine unzulässige persönliche Reklame enthalte, da die Vekl. selbst nicht geltend mache, daß Ddol dem Chlorodont an desinfizierender oder antiseptischer Wirkung überlegen sei, und die durch den gegen eine Reklame der Kl. gerichteten angeblichen Abwehrzweck nicht gerechtfertigt werde. Die Ausführungen des BG. liegen insoweit auf tatsächlichem Gebiete und lassen eine Rechtsverletzung nicht erkennen. Angesichts des klaren Wortlautes, der selbst gegenüber Eßlöffeldosen anderer Mundwässer für Ddol die Eigenschaft des stärksten Mundwassers in Anspruch nimmt, also eine positive Angabe über den Stärkegrad des Ddols darstellt, ist der Hinweis auf die Übllichkeit reklamehafter Übertreibungen im Handel mit Mundwässern verfehlt. Der Begriff der reklamehaften Übertreibung ist kein festliegender, sondern durch die Lage des Falles bedingt. Ausschlaggebend ist die Auffassung des für die Kundgebung in Betracht kommenden Publikums, ob es sie als eine nicht ernstlich gemeinte und nicht wörtlich zu nehmende Anpreisung hochtörender Art ohne sachlichen Hintergrund oder i. S. einer positiven, mit dem Anspruch auf Gültigkeit auftretenden Angabe über bestimmte geschäftliche Verhältnisse versteht (MuW. 15, 24). Ob im Handel mit Mundwässern die Grenze des hiernach Zulässigen vielfach überschritten wird, ist unerheblich. Eine tatsächliche Angabe kann nicht dadurch zur bloßen marktstreuerischen Reklame werden, daß sich die Händler gewöhnen, mit falschen Tatsachen beim Publikum Reklame zu treiben; der unlautere Wettbewerb wird durch solche Mißbräuche, auch wenn im Einzelfall gegen sie nicht eingeschritten wird, nicht zum wirtschaftlich erlaubten. Auch beim Publikum, dessen breitere Schichten als Abnehmer der fraglichen Artikel in Betracht kommen, ist, selbst wenn es teilweise Mundwasserreklamen als nicht ernstzunehmende Anpreisungen bewerten sollte, mit einer erheblichen Käuferzahl zu rechnen, die eine mit dem Anschein der Sachlichkeit auftretende Anpreisung wie die vorliegende ihrer Fassung nach als eine auf Tatsachen aufgebaute Vergleichung des Ddols mit anderen Mundwässern in bezug auf den Stärkegrad auffassen wird, die eben durch ihre konkrete Formulierung, namentlich durch die Hereinziehung der Eßlöffelbosierung, den Anschein einer nur großsprecherischen Redewendung vermeiden und den positiver Sachlichkeit erwecken will. Wenn die Vorinstanz diese Vergleichung auf die neben dem Ddol als Konkurrenzartikel hauptsächlich bekannten Marken von Mundwässern, darunter das Chlorodont der Kl., bezieht, so ist auch das aus der Auffassung des Publikums hergeleitet.

(U. v. 18. Sept. 1931; 530/30 VI. — Dresden.) [Ru.]

b) Straffachen.

**51. § 12 UrtW.G.

1. Bestechung eines Angestellten zwecks Erreichung des einwandfreien Zweckes, sich den bisherigen Kundenkreis zu erhalten.

2. Unlauteres Verhalten wird auch dem Angestellten zugemutet, der durch Zuwendungen lediglich veranlaßt werden soll, bei künftiger Verteilung von Lieferungsaufträgen den Geber in dem gleichen Umfange wie bisher zu berücksichtigen. †)

Die Strk. sieht als erwiesen an, daß H. die im Urte. angeordneten Zuwendungen an den damals bei der Firma U. angestellten Angekl. gemacht hat, damit ihm dieser bei den Aufträgen der genannten Firma auf Lieferungen eine Bevorzugung verschaffe, und daß sich der Angekl. bei der Annahme der Zuwendungen dieser Sachlage bewußt gewesen ist. Sie hält gleichwohl den Tatbestand des § 12 UrtW.G. nicht für gegeben, weil H. die von ihm erstrebte Bevorzugung nicht durch ein unlauteres Verhalten des Angekl. habe erreichen wollen. Diese Annahme begründet sie mit der Erwägung, daß H. schon vorher, und zwar ohne jedes Zutun des Angekl., unter die Lieferanten der Firma U. aufgenommen worden sei, mithin durch die Zuwendungen an den Angekl. nur der Gefahr habe vorbeugen wollen, daß ihm der bereits errungene Vorteil entgegen seiner berechtigten Erwartung von einer anderen Firma wieder aus der Hand genommen werde. Das Bestreben, die erlangte Lieferantenstellung zu bewahren, verstoße aber im Gegensatz zu der Bemühung, einen Mitbewerber aus dessen bisheriger Lieferantenstellung erst noch zu verdrängen, nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht denkenden Kaufleute der Papierbranche und könne daher nicht als unlauter angesehen werden.

Diese Ausführungen geben zu rechtlichen Bedenken Anlaß. Allerdings liegt in dem Bestreben eines Kaufmanns, sich seinen bisherigen Kundenkreis zu erhalten, an sich nichts, was gegen Anstand und gute Sitte im geschäftlichen Wettbewerbe verstöße. Das ist übrigens bei dem weitergehenden Bemühen, den bisherigen Kundenkreis zu erweitern, ebenso, wiewohl das letztere in der Regel nicht anders als auf Kosten der Mitbewerber verwirklicht werden kann. Sowohl das eine wie das andere Beginnen bildet auf dem Boden der bestehenden Gewerbefreiheit ein völlig einwandfreies Unterfangen. Demgemäß ist es ohne Zweifel grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn ein Kaufmann den Angestellten einer Firma, die bisher von ihm Waren bezogen hat, dahin zu beeinflussen sucht, daß sie dies auch in Zukunft tue, und wenn der Angestellte einer solchen Einwirkung nachgibt. Aber diese Regel schließt nicht aus, daß die Verfolgung des bezeichneten, an und für sich berechtigten Zieles und die dazu gewährte, als solche ebenfalls nicht tadelnswerte Mitwirkung des betreffenden Angestellten im Einzelfalle dennoch auf Grund besonderer Umstände nach den Anschauungen der gerecht und billig denkenden Mitbewerber gegen die Grundsätze und Anforderungen des redlichen Verkehrs verstöße. Als ein solcher Umstand ist es insbes. anzusehen, wenn der Kaufmann zur Erreichung seines für sich betrachteten einwandfreien Zweckes einen Weg beschreitet, den der ehrbare Geschäftsmann als unzulässig und sittenwidrig von sich weist. Dem ehrbaren Kaufmann widerstrebt aber für den Regelfall allgemein jeder Versuch, bei dem Kampf um die

Zu 51. Die Entsch. entspricht den auf dem Gebiete des Wettbewerbsrechtes scharf betonten Grundsätzen zur Erhaltung der Reinlichkeit des Geschäftslebens und dient der Erhaltung des Rechtsfriedens im Wettbewerbe.

Die Probe auf die Richtigkeit der Entsch. ergibt sich aus der Überlegung, welche Folgen die Bestätigung des Urte. der Strk. haben würde. Würde das BG. durch eine solche Bestätigung den Gewerbetreibenden nach, sich ihren Kundenkreis durch Zuwendungen an Angestellte oder Beauftragte ihrer Kunden zu sichern, so würde sich der Mißstand einbürgern, daß die, aus wirtschaftl. Gründen wünschenswerte Stabilität geschäftlicher Beziehungen in Abhängigkeit von Zuwendungen geriete, die den Angestellten wirtschaftlich nicht gerechtfertigte Vorteile einbrächte und die gewerbl. Leistungen unwirtschaftlich verteuerte, da der Wert der Zuwendungen bei der Preiskalkulation berücksichtigt werden würde. Auch der anständige Mitbewerber könnte sich diesem Mißbrauche, wiewohl er ihn verschmähte, nicht auf die

Aufträge einer Firma seine Mitbewerber anstatt durch die Vorzüge der Ware, durch günstigere Preisgestaltung, durch geschickte Reklame u. dgl. allein durch Bestechung eines Angestellten dieser Firma aus dem Felde zu schlagen.

Dem Angestellten, dem zu einem solchen Zwecke eine Zuwendung angeboten oder gewährt wird, wird damit ein unlauteres Verhalten zugemutet. Denn durch die Annahme der Zuwendung soll und wird er sich dem Geber verpflichtet fühlen und sich innerlich gedrängt sehen, dessen bei der Zuwendung gehegten Erwartungen nicht zu enttäuschen. Dadurch aber und durch den verständlichen Wunsch, den ihm gewährten oder in Aussicht gestellten leichten Gewinn nicht einzubüßen, wird er unvermeidlich der Versuchung anheimfallen, sich bei der Auswahl unter den eingegangenen Angeboten sämtlicher Mitbewerber bewußt oder unbewußt anstatt von sachlichen Erwägungen allein oder doch jedenfalls wesentlich mit von der Rücksicht auf die ihm gewährte Zuwendung leiten zu lassen. Infolge davon werden wieder die übrigen Mitbewerber, sobald sie die Sachlage erfahren oder auch nur argwöhnen, vor die Frage gestellt, ob sie von vornherein auf jede Aussicht, ihre Angebote berücksichtigt zu sehen, verzichten oder aber zu dem gleichen verwerflichen Mittel wie der bisher unter ihnen Begünstigte greifen, vielleicht sogar, um diesen desto sicherer zu überwinden, ihrerseits noch höhere Zuwendungen als bisher jener an den Angestellten machen sollen. Es ist ein unlauteres Verhalten, wenn ein Angestellter die dargelegten Folgen in den Kauf nimmt, nur um für sich selbst einen wirtschaftlich in keiner Weise gerechtfertigten mühevollen Vorteil auf Kosten anderer herauszuschlagen.

Hieran ändert es allein noch nichts, wenn der Angestellte durch die Zuwendungen lediglich veranlaßt werden soll, bei der künftigen Verteilung der Lieferungsaufträge den Geber in dem gleichen, nicht in einem größeren Umfange wie bisher zu berücksichtigen. Etwas Gegenteiliges ist auch in der Entsch. des RG. v. 9. März 1914, 3 D 1310/13 (abgedr. Gew. Rch. 20, 103), auf die sich die Str. beruft, nicht ausgesprochen. In dem damals entschiedenen Falle handelte es sich um Vorteile, die lediglich ein Entgelt für die glatte Erledigung eines einzelnen schon so gut wie abgeschlossenen Geschäfts darstellen sollten, und der durchschlagende Grund für die Freisprechung des damaligen Angekl. war, wie am Schlusse des Ur. ausdrücklich betont wird, der, daß der Geschenkgeber zur Zeit der Zuwendung überhaupt nicht mehr mit einem Kreise von Mitbewerbern zu rechnen brauchte. Eine solche Sachlage ist in dem vorliegenden Falle — jedenfalls nach den bisherigen Feststellungen der Str. — nicht ge-

geben. Zwar geht die Str. davon aus, daß die Firma U. kein anderes Papier als solches der Firma M. haben wollte und daß ihr dies — von ihrer früheren alleinigen Lieferantin, der Firma S., abgesehen — nur H. liefern konnte; hiernach bestand aber immerhin noch zwischen diesem und der Firma S. ein Wettbewerb. Weiter stellt die Str. zwar fest, daß 1924 zwischen der Firma U. und der Firma S. eine Verstimmung entstanden sei und daß die Firma U. infolge hiervon den Wunsch gehabt habe, das bisherige Monopol der Firma S. zu beseitigen und darum neben ihr noch andere Firmen an der Lieferung zu beteiligen; es erhellt jedoch nicht, ob diese Verstimmung und dieser Wunsch auch in den Jahren 1925 und 1926 fortbestanden und ob die Firma U. noch in diesen beiden Jahren entschlossen war, die Firma S. auf einen bestimmten Bruchteil der gesamten Lieferung zu beschränken. Im übrigen wäre der Tatbestand des § 12 UnlWG. schon gegeben, wenn H. seinerseits — obschon irtümlicherweise — mit der Möglichkeit rechnete, daß die Firma U. in Zukunft vielleicht geneigt sein könnte, die gesamte Lieferung wieder wie früher an die Firma S. zu vergeben oder andere, bisher unberücksichtigt geliebene Firmen heranzuziehen, und seine Absicht gerade dahin ging, eine solche Möglichkeit durch die Zuwendungen an den Angekl. auszuschließen und wenn dem Angekl. dies bekannt war.

(2. Sen. v. 19. Nov. 1931; 2 D 409/31.)

[D.]

**52. §§ 7, 21 PreßG.

1. Dem verantwortlichen Redakteur kann nicht durch einen Vertreter die preßgesetzliche Verantwortung abgenommen werden.

2. Verfügt der Schriftleiter einer Zeitung auch über den Abdruck eines von ihm aufgenommenen Aufsatzes in einer zweiten Zeitung, so ist er nicht der Einsender des Aufsatzes an die zweite Zeitung, sondern handelt als Vertreter des Schriftleiters dieser Zeitung.

3. Die Bestrafung nach § 21 PreßG. erfolgt wegen eines dem Preßgewerbe eigentümlichen Fahrlässigkeitsvergehens, nicht wegen der in der Druckschrift enthaltenen strafbaren Handlungen.)

Die Rev. erhebt zu Unrecht Einwendungen gegen die Verurteilung wegen Vergehens gegen § 21 PreßG. Wenn sich der Angekl. in seiner Stellung als verantwortlicher Redakteur von einem Dritten vertreten läßt, so tut er das auf seine eigene Gefahr. Die Verantwortlichkeit des Redak-

als eine Bevorzugung i. S. der angezogenen Best. anzusehen ist. Die Entsch. enthält also eine Erweiterung des Begriffes der Bevorzugung, die im Interesse der Lauterkeit des Geschäftsverkehrs durch den der Entsch. zugrunde liegenden Fall, der bisher weder in der Rpr. noch in der Literatur behandelt ist, notwendig wurde.

Wenn das RG. in der vorl. Entsch., wie es der Rahmen des Ur. erfordert, die Feststellung von der Unvereinbarkeit der Zuwendung zur Erhaltung des Kundenkreises mit dem Anstandsgesühl der Mitbewerber nur für die Papierbranche getroffen hat, so ist doch nicht zu bezweifeln, daß diese Feststellung auch auf andere Wettbewerbsverhältnisse anzuwenden ist, denn Zuwendungen jener Art dürften dem Anstandsgesühl aller Verkehrskreise widersprechen.

Staatsanwalt Dr. Felix Fischer, Leipzig.

Zu 52. Die Entsch. spricht in Übereinstimmung mit früheren Urteilen (z. B. RGSt. 38, 279) mit völliger Unbedingtheit den Satz aus, daß ein verantwortlicher Redakteur die ihm obliegende Aufgabe persönlich zu verrichten hat und sich in seiner Prüfungstätigkeit nicht vertreten lassen kann. Das entspricht zwar grundsätzlich der auch in der Literatur unbestritten herrschenden Meinung, geht aber doch insofern weiter, als man dort, den Verhältnissen des Lebens Rechnung tragend, den Standpunkt vertritt, daß man es dem verantwortlichen Redakteur nicht als Pflichtverletzung anrechnen kann, wenn er bei solchen Veröffentlichungen, deren Unstrafbarkeit er den Umständen nach ohne Fahrlässigkeit voraussetzen durfte (z. B. Regierungsverordnungen, Nachrichten des amtlichen Telegraphenbüros), von der persönlichen Prüfung absteht (vgl. RPreßG., Ritzinger S. 157, Häntzschel S. 60). Indem das RG. eine Vertretung für ausgeschlossen erklärt, bringt es zum Ausdruck, daß es auch diese Einschränkung ablehnt. Dies darf allerdings nicht über die Tatsache hinwegtäuschen, daß es nach den praktischen Verhältnissen des Lebens, wie sie die Natur jedes größeren Zeitungsbetriebes mit sich bringt, auch bei Anwendung größter Sorgfalt für einen ver-

Dauer verschließen, wenn er nicht Gefahr laufen wollte, im Wettbewerbe zurückzubleiben.

Diese mißlichen Folgen werden durch die vorl. Entsch. ausgeschlossen, die daran festhält, daß im Wettbewerbe zur Gewinnung und Erhaltung von Kunden nur Maßnahmen angewendet werden dürfen, die mit der Auffassung des anständigen Mitbewerbers zu vereinbar sind. Die Zuwendung an einen Angestellten zwecks Befestigung eines Kundenverhältnisses mit dem Geschäftsherrn des Angestellten ist keine solche Maßnahme. Sie widerspricht vielmehr den Anschauungen des gerecht und billig denkenden Mitbewerbers, da sie den Angestellten beeinflusst, den Geber bei der Erteilung von Aufträgen aus nicht rein sachlichen Gründen zu berücksichtigen und die Heranziehung anderer Wettbewerber zu Angeboten zu unterlassen, ein Verhalten, durch das die schuldbedürftige Freiheit des Wettbewerbes eingeschränkt wird.

Das Verhalten des Angestellten, auf das der Geber spekuliert, ist unlauter (corruptly), weil es durch eine Belohnung beeinflusst wird, also nicht lediglich auf sachl. Gesichtspunkten, sondern auch auf eigennützigen Erwägungen des Angestellten beruht. Dieses, auf dem Gebiete des Beamtstrafrechtes entwickelte Kriterium wird vom RG. auch auf die Angestelltenbestechung angewendet.

Die vorl. Entsch. ergibt ferner, daß die Zuwendung an einen Angestellten zur Befestigung eines Kundenverhältnisses dazu geeignet sei, dem Geber eine „Bevorzugung“ i. S. des § 12 UnlWG. zu verschaffen. Die Entsch. beseitigt damit den Zweifel, ob die Erhaltung einer Kundenverbindung eine „Bevorzugung“ sei. In der RGSt. 58, 431 abgedr. Entsch. hatte das RG. zum Ausdruck gebracht, daß die bei der aktiven Angestelltenbestechung angestrebte Bevorzugung das Mittel zur Steigerung des eigenen Absatzes sein müsse. In der vorl. Entsch. geht das RG. weiter und erblickt auch in der Erhaltung eines Absatzverhältnisses, die ein Minus gegenüber der Absatzsteigerung ist, eine Bevorzugung i. S. des Gesetzes. Damit entwickelt es den Grundsatz, daß jede Förderung, also nicht nur die Steigerung des Absatzes,

teurs ist in § 7 PreßG. so geregelt, daß eine Vertretung ausgeschlossen ist. Die Fahrlässigkeit liegt hier darin, daß der Angekl. den in Frage kommenden Aufsatz auf die Strafbarkeit seines Inhalts hin nicht selbst geprüft hat. Die Reise nach E. zu einer Versammlung kann ihn nicht entschuldigen, sie ist kein Umstand, der die Anwendung seiner pflichtgemäßen Sorgfalt unmöglich gemacht hätte.

Aber auch Abs. 2 des § 21 PreßG. schlägt nicht ein. Der Angekl. beruft sich darauf, daß er schon im Vorverfahren den Einsender des Aufsatzes in der Person des Schriftleiters der „R. Z.“ nachgewiesen habe. Er gibt aber gleichzeitig an, daß der hier in Betracht kommende Aufsatz im Wege des Maternaustauschs von der „R. Z.“ übernommen worden sei. Nach dieser mit seiner früheren Angabe übereinstimmenden Darstellung kann von einer Benennung des Einsenders keine Rede sein. Es liegt hier vielmehr ein Fall vor, in dem derselbe Aufsatz in mehreren Zeitungen zum Abdruck gelangt ist, so daß jeder Abdruck für sich eine selbständige Straftat darstellt (vgl. RGSt. 14, 342 und RG. v. 5. Juni 1924 [3. Str. Sen.]: MZ. 1924, 534). Durch die Verantwortlichkeit des Redakteurs der einen Zeitung wird die des anderen auch dann nicht berührt, wenn auf Grund von Vereinbarungen zwischen ihnen die Prüfung nur einer vornimmt. Gegenüber den Vorschr. des PreßG. ist das rechtlich unerheblich. Gelangt die Einwendung eines Aufsatzes nur an den Schriftleiter der einen Zeitung und verfügt dieser über den Abdruck auch in der anderen, so handelt er als Vertreter des Schriftleiters dieser anderen Zeitung — ohne ihm die preßgesetzliche Verantwortung abnehmen zu können —, er ist aber nicht der Einsender des Aufsatzes an diese andere Zeitung. Den wirklichen Einsender oder den Verfasser des Aufsatzes hat der Angekl. bisher nach seiner eigenen Behauptung weder genannt noch nachgewiesen, er ist auch sonst dem Gerichte nicht bekannt.

Unrichtig ist es aber, wenn in dem III. gesagt wird, der Sachverhalt rechtfertige die Verurteilung des Angekl., der die preßgesetzliche Verantwortung für die Artikel trug, wegen Beleidigung. § 21 PreßG. hat ein besonderes, dem Preßgewerbe eigentümliches Fahrlässigkeitsvergehen geschaffen. Deswegen, nicht aber wegen der in der Druckschrift enthaltenen strafbaren Handlung wird hier der Redakteur mit einer Strafe bedroht, für die ein selbständiger Strafrahmen aufgestellt worden ist (vgl. RGSt. 13, 319). Daraus folgt aber, daß in diesem Falle für die Veröffentlichungsbefugnis nach § 200 StGB. kein Raum bleibt. Insofern muß die Verurteilung eingeschränkt werden. Dieser veränderte Charakter der Strafvorschrift verhindert nicht, die in § 41 StGB. vorgesehenen Maßnahmen anzuordnen.

(2. Sen. v. 30. Nov. 1931; 2 D 1141/31.) [M.]

antwortlichen Redakteur meist unmöglich ist, dieses nicht vom Gesetz, sondern vom RG. aufgestellte Erfordernis in allen Fällen zu erfüllen. Im vorl. Fall spielen diese Bedenken allerdings keine Rolle, da es sich hier um eine Veröffentlichung handelt, die ein seiner Verpflichtung bewußter verantwortlicher Schriftleiter unbedingt persönlich prüfen mußte. Die zweite Frage, die das Urteil behandelt, ist die, was als Nachweisung des Einsenders i. S. des § 21 PreßG. anzusehen ist. Hier wird man den Ausführungen des Urteils in vollem Umfange zustimmen können. Es handelt sich um eine von einer Zeitung an ein anderes mit ihr eng verbundenes Blatt weitergegebene Mater. Der verantwortliche Redakteur der Zeitung, an die die Mater zum erneuten Abdruck weitergeht, muß nach geltendem Recht ohne Zweifel die strafrechtliche Prüfung selbstständig vornehmen. Er kann sich auf eine Vereinbarung mit dem verantwortlichen Redakteur der ersten Zeitung, von der er die Mater bezogen hat, ebensowenig berufen, wie sich die Hunderte von Zeitungen, die Abonnenten einer Maternzentrale sind, darauf berufen können, daß die Zentrale sich einen verantwortlichen Redakteur halte, der das ausgehende Material strafrechtlich prüfe. Als Einsender der betreffenden Artikel i. S. von § 21 kann nach der Auffassung des Verkehrslebens weder im vorl. Fall der verantwortliche Redakteur des Berliner Zentralblatts, noch im anderen Fall die Maternzentrale gelten, vielmehr wird man als Einsender i. S. des § 21 nur den ansehen können, der außerhalb des Zeitungsbetriebes stehend die betreffende Veröffentlichung mit der Bitte um Aufnahme eingeschickt hat. Der übrige Inhalt des Urteils bietet nichts besonders Bemerkenswertes, da er in allen Teilen mit Abspr. und Literatur übereinstimmt

MinDir. Dr. Kurt Hähnischel, Berlin.

Freiwillige Gerichtsbarkeit.

1. § 37 SGB.; § 6 Abs. 1 Satz 1 PreßG. v. 7. Mai 1874. In der Angabe des Namens des Verlegers auf Druckschriften auf Grund des PreßG. liegt kein Firmengebrauch. †)

Die Beschw. betrifft unter der eingetragenen Firma „Louise W.“ eine Verlagsbuchhandlung mit lithographischer Anstalt und Steindruckerei. Da sie in Preisverzeichnissen, Rundschreiben, Rechnungsformularen, Briefköpfen und in den Titelblättern der von ihr verlegten Bücher die Bezeichnung „L. W.“ gebraucht, gab ihr das Registriergericht im Ordnungsstrafverfahren auf, sich in Zukunft des Gebrauchs der Firma „L. W.“ zu enthalten. Der Einspruch wurde als unbegründet verworfen, die hiergegen erhobene sofortige Beschw. zurückgewiesen. Die sofortige weitere Beschw. hatte zum Teil Erfolg. . . .

Nach den Grundsätzen, die sich in der höchstgerichtlichen Abspr. herausgebildet haben, liegt die Verwendung einer Bezeichnung als Firma in jeder Handlung, die unmittelbar auf den Geschäftsbetrieb Bezug hat und den Willen bekundet, sich dabei der Firma im geschlichen Sinne, d. h. als des kaufmännischen, im Handelsverkehr gebrauchten Namens des Inhabers i. S. des § 17 SGB. zu bedienen (RG. 36, 14; 55, 123; RGZ. 45, 168; DZG. 1, 451; DZG. 1911, 478; Staub, Ann. 20 zu § 37 SGB.; Sternberg-Siehr, Registerrecht S. 122). Daß hiernach die Verwendung einer den Eindruck einer Firma erweckenden Bezeichnung auf Briefbögen, Preisverzeichnissen und ähnlichen Geschäftspapieren sich als Gebrauch einer Firma — nicht etwa einer bloßen Geschäftsbezeichnung — darstellt, entspricht, wie den angeführten Stellen zu entnehmen ist, der Auffassung der Abspr. und des Schrifttums. Soweit die Entsch. des RG. den Gebrauch der Firmenbezeichnung „L. W.“ auf den Geschäftspapieren betrifft, ist sie demnach nicht zu beanstanden.

Anderes liegt es jedoch, soweit die Worte „L. W.“ zur Bezeichnung des Verlages der Beschw. auf den Titelblättern der von ihr verlegten Bücher gebraucht werden. Mit Recht macht die Beschw. geltend, daß es sich dabei nicht um den Gebrauch ihrer Firma handle. Sie weist zutreffend auf den § 6 Abs. 1 Satz 1 PreßG. v. 7. Mai 1874 hin, nach welchem auf jeder Druckschrift, die für den Buchhandel oder sonst zur Verbreitung bestimmt ist und nicht im Selbstvertrieb des Verf. oder Herausgebers erscheint, der Name und Wohnort des Verlegers genannt sein muß. Ob in der Befolgung dieser preßpolizeilichen Vorschr. zugleich eine Handlung liegt, die unmittelbar auf den Geschäftsbetrieb des Verlegers Bezug hat, kann dahingestellt bleiben; denn für die Feststellung des Gebrauchs einer Bezeichnung als Firma ist auch erforderlich, daß dabei der Wille des Kaufmanns zum Ausdruck kommt, sich der Firma als seines kaufmännischen Namens im Handelsverkehr zu bedienen, d. h. im Verkehr mit denjenigen Kreisen, mit denen er in Handelsbeziehungen steht oder treten will. Wenn nun der Verleger eines Buches gemäß der Vorschr. des § 6 PreßG. das Titelblatt des Buches mit seinem Namen versieht, ja selbst wenn er, wozu er nach § 6 Abs. 1 Satz 2 PreßG. berechtigt ist, statt seines Namens seine Firma auf das Titelblatt setzt, so tritt er damit nicht in den Handelsverkehr ein

Zu 1. Die Annahme, daß die Anbringung des Namens oder der Firma eines Verlegers auf dem Titelblatt eines Verlagswerkes nichts weiter bedeute, als die Erfüllung einer preßgesetzlichen Vorschr., ist nicht zutreffend. Diese Maßnahme ist viel älter als das PreßG. und gründet sich auf jahrhundertalten Gebrauch des deutschen Verlagsbuchhandels. Durch die Anbringung des Namens oder der Firma wird auf den Verleger, der das betreffende Verlagswerk verlegt, in deutlicher Weise hingewiesen. An den Verleger wenden sich die Sortimenter zwecks Bezugs von Verlagswerken. Wenn ein Käufer in einer Sortimentsbuchhandlung ein nicht vorrätiges Buch verlangt, so muß der Sortimenter sich über die Verlagsfirma orientieren. Das entspricht dem monopolartigen Charakter eines Verlagsgeschäfts in Ansehung seiner Verlagsverträge.

Daraus folgt, daß die Anbringung der Verlagsfirma in den Verlagswerken von allergrößter Bedeutung für den Handelsverkehr ist und daß damit der Wille des Verlags in deutlicher Weise zum Ausdruck kommt, sich seiner Firma als seines kaufmännischen Namens im Handelsverkehr zu bedienen.

Die Annahme, daß im Verlagsbuchhandel der Verkehr mit den Abnehmern in anderen Händen liege, ist falsch. Abnehmer der Bücher des Verlegers sind in der Hauptsache die Sortimenter. Daneben kommen zahlreiche Fälle besonders in neuerer Zeit vor, in denen der Verleger erlaubterweise mit dem Publikum direkt in Verkehr tritt (vgl. VerkauftsD. für den Verkehr des deutschen Buchhandels mit dem Publikum § 13).

Im übrigen ist der Begriff „Abnehmer“ nicht identisch mit dem Begriff „Verbraucher“.

Ein Bücherertrieb erfolgt nicht nur durch den Sortimenter,

und wendet sich nicht an die Kreise, zu denen er als Kaufmann geschäftliche Beziehungen pflegt oder aufnehmen will, besonders dann nicht, wenn, wie hier, der Vertrieb der Bücher, also der Verkehr mit den Abnehmern, in andern Händen liegt. Er erfüllt damit vielmehr lediglich eine ihm obliegende präventive Pflicht. Ob darin, worauf das LG. Gewicht legt, zugleich eine Werbung für den Verlag liegt, ist unerheblich; denn erstens kann die Möglichkeit, daß die dem PreßG. entsprechende Angabe des Namens oder der Firma des Verlegers zugleich werbende Wirkung hat, nicht ausgeschlossen werden, außerdem aber ist, wie der Senat in seiner neueren Mpr. ständig annimmt, ein Kaufmann, der für ein Geschäft wirbt, nicht gehalten, dabei mit seiner Firma, geschweige denn mit seiner richtigen Firma hervorzutreten (vgl. JW. 1930, 3777).

Liegt hiernach darin, daß die Beschw. die von ihr verlegten Bücher nicht mit ihrer Firma „Louise W.“, sondern mit der Bezeichnung „L. W.“ verieht, kein Gebrauch einer Firma, so kann ihr insoweit die Verwendung dieser Bezeichnung auch nicht auf Grund des § 37 Abs. 1, § 140 HGB. unterjagt werden.

(RG., ZivSen. 1b, Beschl. v. 22. Okt. 1931, 1b X 70/31.)

Mitgeteilt von LWR. Dr. Gehmann, Berlin.

Bayerisches Oberstes Landesgericht. Strafsachen.

Berichtet von JN. Dr. Friedrich Goldschmit II, München.

1. Art. 1, 6, 7, 16 BayHauStG.; § 55 Abs. 1 Nr. 2 und 3 GewD. Über die Hausiersteuer- und Wandergewerbe-einspflicht von Personen, die auf der Straße Lichtbildaufnahmen machen. †)

Der Angekl. Sch. hat im Auftrag des Angekl. Sp. auf einem öffentlichen Weg in G. von Personen, die zufällig des Weges kamen, ohne sie vorher zu befragen, Lichtbildaufnahmen gemacht; nach der Aufnahme ist er an sie herangetreten, hat sie von der schon erfolgten Aufnahme unterrichtet und bei ihnen Bestellungen auf Bilder dieser Aufnahmen aufgesucht. Die Filme hat er an seinen Auftraggeber Sp. nach D. gesandt, wo die Filme ausgearbeitet und den Bestellern zugesandt wurden. Das LG. hat danach angenommen, daß der Angekl. Sch. außerhalb seines Wohnorts D. ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung in eigener Person gewerbliche Leistungen dargeboten habe, ohne mit dem Nachweis über die Festsetzung und Entrichtung der Hausiersteuer versehen zu sein, daß also in Ansehung dieses Angekl. der äußere Tatbestand eines Vergehens nach Art. 1 Nr. 4, Art. 6, 7, 16 BayHauStG. gegeben sei. Dabei hat das LG. auf das Urk. des erk. Sen. v. 17. März 1927 (BayObLGSt. 27, 83) verwiesen und dazu bemerkt, es sei unerheblich, daß der Angekl. Sch. erst nach der Bildaufnahme an die Passanten zur Erlangung von Bestellungen auf die fertigen Bilder herangetreten sei.

sondern auch, und zwar in erster Linie durch den Verleger. Daß der Verkehr des Verlegers mit dem Sortimentler ein Handelsverkehr ist, bedarf keiner besonderen Erläuterung, und daß die Benennung der Firma eine Maßnahme ist, die den Willen des Verlegers, sich zu diesem Zwecke seiner Firma zu bedienen, zum Ausdruck bringt, ist oben dargetan.

Die Bezugnahme auf die ständige Mpr. des RG.: JW. 1930, 3777, daß ein Auftreten im Handel in der Übersendung „ganz allgemein gehaltener Reklamschreiben“ nicht zu erblicken sei, geht jedenfalls fehl, denn es handelt sich nicht um solche Reklamschreiben. Vielmehr bringt jeder Verleger, der seine Verlagswerke mit seiner Firma verieht, den Willen seinen Abnehmern gegenüber zum Ausdruck, „daß er sein Geschäft unter einer bestimmten Firma betreibe, also diese Firma als die ihm zustehende Firma in Anspruch nehme“ (so Kirchberger: Bespr. JW. 1930, 3777).

Die besprochene Entsch. wird den Anschauungen der beteiligten Kreise nicht gerecht. Gewiß kommen Fälle im deutschen Verlagsbuchhandel vor, daß ein Verlag auf den Titelblättern seiner Verlagswerke die Firma nicht in der im Handelsregister eingetragenen Fassung bringt; dann handelt es sich aber regelmäßig um alte Verlagsfirmen und meist um Weglassung der Gesellschaftsform, welche die betr. Firma meist durch Umgründung lange nach dem Bestehen angenommen hat. Das kann man einen Gebrauch nennen. Ob aber angesichts der positiven Best. des § 37 HGB. dieser Firmengebrauch vom Registerrichter gebuldet werden muß, ist eine weitere Frage, die mit Rücksicht auf die Bedeutung der Benennung der Firma des Verlags auf den Verlagswerken nach meiner Überzeugung mit Rücksicht auf die damit zutage tretende Absicht des Verlegers verneint werden muß.

JN. Dr. Hillig, Leipzig.

Dieser Entsch. lag ein anderer Fall zugrunde. Damals hatten die Wanderphotographen Lichtbildaufnahmen von Häusern und Personen erst nach vorheriger Aufforderung an die Hausbewohner, sich allein oder mit ihren Häusern abbilden zu lassen, im Einverständnis mit diesen Personen gemacht zu dem erkennbaren Zweck, später Bestellungen auf Lieferung der fertigen Bilder herbeizuführen. In der Aufforderung der Photographen an die Hausbewohner und Straßenpassanten, sich abbilden zu lassen, in Verbindung mit der Bereitschaft der Photographen, im Einverständnis mit jenen Personen sogleich an Ort und Stelle die Negativplatten aufzunehmen, ist das Anbieten (Darbieten) einer gewerblichen Leistung i. S. des § 55 Abs. 1 Nr. 3 GewD. und des Art. 1 Nr. 4 HauStG., nämlich wenigstens eines Teiles der — aus der Bildaufnahme und der Fertigstellung der Bilder bestehenden — Gesamtleistung, erblickt worden. An dieser Rechtsauffassung hält der Sen. auch heute fest.

Im vorl. Falle dagegen hat der Angekl. Sch. die Aufnahme der Passanten ohne deren Wissen und Zustimmung ausgeführt und ist erst nachher an die Passanten herangetreten, um von ihnen Bestellungen auf die erst später und an anderem Orte (in D.) fertigzustellenden Bilder entgegenzunehmen. Die Leistung, die er in G. bewirkte, die Bildaufnahme, hat er den Passanten nicht angeboten; er hat nicht vor der Ausführung der Aufnahme erkennbar die Passanten zur Entgegennahme dieser Leistung eingeladen, sondern ohne ihr Wissen und Einverständnis aufs Geratewohl die Aufnahme ausgeführt. Die Leistung, die er in Wirklichkeit angeboten hat, die Fertigstellung der Bilder, sollte erst später in D. ausgeführt werden. Der Angekl. Sch. hat also nur Bestellungen auf künftige, an seinem Wohnort auszuführende Leistungen erstrebt und entgegengenommen; diese Tätigkeit ist aber weder der Wandergewerbe-ein- noch der Hausiersteuerpflicht unterworfen (vgl. BayObLGSt. 27, 164, 170 ff.). Die fertigen Bilder können, weil sie keinen allgemeinen Kaufwert haben, ihrer Eignung und Bestimmung nach nicht Gegenstände des allgemeinen Handelsverkehrs sein, nicht als „Waren“ bezeichnet werden, so daß auch das Auffuchen von Warenbestellungen i. S. des § 55 Abs. 1 Nr. 2 GewD. und des Art. 1 Nr. 3 HauStG. im gegebenen Falle nicht vorliegt (vgl. Urk. des erk. Sen. v. 22. Jan. 1931, R II 687/30).

Diese Rechtsauffassung wird auch vom RG.: GewArch. 25, 422 und in dem Urk. v. 24. April 1930, 3 S 172/30; DLG. Hamburg: JW. 1927, 1278⁵ = GewArch. 25, 102; DLG. Dresden: GewArch. 27, 89; DLG. Stuttgart: GewArch. 27, 91; DLG. Raumburg: GewArch. 28, 233 und von Landmann-Rohmer, GewD., 8. Aufl., Anm. 11 zu § 55, geteilt.

(BayObLG., StrSen., Urk. v. 16. März 1931, RevReg. II Nr. 110/31.)

*

2. § 42 Abs. 1 GewD.; Art. 1, 6, 7, 16 BayHauStG. Zum Begriffe des in dem Dienste des Inhabers eines stehenden Gewerbes befindlichen Angestellten.

Die Angekl., die in D. ihren Wohnsitz hat, ist von der Firma „Fabriken von Dr. Th. S. Seifenpulver“ in D. als Werberin

Zu 1. Das Urteil entspricht der herrschenden Lehre, welche trotz der anscheinend weiter reichenden Bedeutung des Wortes „anbieten“ in § 55 Abs. 1 Ziff. 3 GewD. darunter nur ein „Teilbieten“, also eine Bereitschaft zur sofortigen Ausführung der angebotenen Leistung an Ort und Stelle versteht (so außer den in der Entsch. zitierten Urteilen und literarischen Nachweisen auch DLG. Dresden: JW. 1926, 2222³; Stenglein, Strafr. Neb-Ges., 5. Aufl., II, S. 1012, Anm. 20 und Jacob, BayHauStG., 2. Aufl., S. 63, Anm. 15). Das Erfordernis der Leistungsbereitschaft kommt deutlicher im BayHauStG. zum Ausdruck, das in Art. 1 Ziff. 4 von einem „Darbieten“ gewerblicher Leistungen spricht. Das Urteil unterscheidet zutreffend dahin, ob der Photograph die Aufnahme oder die Lieferung von Abzügen anbietet. Ist die Aufnahme an Ort und Stelle Gegenstand des Angebots, so sind die Vorschriften des § 55 Abs. 1 Ziff. 3 GewD. und des Art. 1 Ziff. 4 HauStG. anwendbar. Gleiches muß auch gelten, wenn die angebotenen Abzüge sofort und an Ort und Stelle hergestellt werden sollen. Erfolgt die Entwicklung aber erst am Wohnort des Photographen, so fehlt es an der Leistungsbereitschaft, damit am „Anbieten“. Es liegt lediglich ein Auffuchen von Bestellungen auf gewerbliche Leistungen vor, das weder wandergewerbe-ein- noch hausiersteuerpflichtig ist (vgl. Jacob a. a. D. und Stenglein a. a. D., Anm. 21).

Daß die Entsch. den von der GewD. und dem HauStG. verwendeten Begriff „Ware“ i. S. von „Gegenstand des Handelsverkehrs“ auslegt und dementsprechend hier die Annahme eines „Auffuchens von Warenbestellungen“ ablehnt, ist durchaus zu billigen und entspricht wohl allgemeiner Anschauung (vgl. Stenglein a. a. D., Anm. 15, und Jacob a. a. D., Anm. 7).

RA. Prof. Dr. Heinstrom, München.

gegen Gehalt fest angestellt und beauftragt, „für die Händler mit den Erzeugnissen dieser Firma an deren Wohnorten die Verbraucher (Haushaltungen usw.) zur Belehrung über die vorteilhafteste Verwendung ihrer Fabrikate (Seifenpulver, Bleichmittel und Soda) und zur Vermittlung von Probekäufen zu besuchen“. Demgemäß reißt sie innerhalbes des ihr zugewiesenen Bezirks von Ort zu Ort, besucht die Verbraucher in ihren Wohnungen, preist ihnen die Erzeugnisse der bezeichneten Firma an und bietet ihnen zugleich Seifenpulverpakete, die sie mit sich führt, zum Kauf an. Die Pakete entnimmt sie vor dem Besuch der Verbraucher jeweils bei einem ortsansässigen Händler, der solche Erzeugnisse führt. Bei der Warenentnahme läßt sie die Händlerfirma eine Bescheinigung unterschreiben des Inhalts, daß die Firma „die ihr von den Th.-Werken GmbH., D., zur Verfügung gestellte Propagandistin (folgt der Name der Angekl.) hiermit beauftragt, gelegentlich der Werbung für die Erzeugnisse der Th.-Werke Probekäufe für ihre Rechnung bei den Verbrauchern zu vermitteln“, und daß „die der Werberin zu diesem Zweck übergebene (näher bezeichnete) Ware und der daraus erzielte Erlös Eigentum der unterzeichneten Firma bleiben“. Demgemäß liefert die Angekl. den Erlös der verkauften Waren an den ortsansässigen Händler ab und gibt ihm die nicht verkauften Waren zurück. Eine Vergütung für ihre Tätigkeit erhält sie von dem Händler nicht.

In dieser Weise ist sie auch am 12. Juni 1930 in R. tätig geworden, ohne zuvor Hausiersteuer entrichtet zu haben.

Das AG. hat sie wegen eines Vergehens gegen das Bay-HausStG. verurteilt. Die Strk. hat freigesprochen mit der Begr., daß die Angekl. beim Feilbieten und Verkaufen der Waren als Verkaufsträgerin und Vermittlerin der ortsansässigen Händler für deren Rechnung tätig gewesen sei.

Die Rev. ist begründet.

Der äußere Tatbestand eines Vergehens gem. Art. 1, 6, 7, 16 HausStG. ist gegeben. Die Angekl. hat außerhalb ihres Wohnorts, ohne Begr. einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung, in eigener Person Waren feilgeboten, ohne im Besitz eines Wandergewerbescheins mit dem Nachweis über die Festsetzung und Entrichtung der Hausiersteuer gewesen zu sein.

Ebenso wie das AG. in ähnlich gelagerten Fällen angenommen hat (vgl. RG.: JFG. ErgBd. 10, 287 und GewArch. 28, 535), ist der egl. Sen. der Auffassung, daß die Angekl. beim Feilbieten der mitgeführten Waren als Reisende im Dienste der Th.-Fabriken, nicht als Angestellte der ortsansässigen Händler tätig geworden ist, daß also das Feilbieten der Probepakete sich nicht als Ausfluß des stehenden Gewerbebetriebs der ortsansässigen Händler i. S. des § 42 GewD. darstellt.

Die Angekl. hat in eigener Person die mitgeführten Waren feilgeboten (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 GewD.; Art. 1 Nr. 1 HausStG.). Es handelt sich nicht um eine bloße Boten- oder Vermittlertätigkeit für die ortsansässigen Händler; die Angekl. hat vielmehr zuerst die Ware beschafft, dann nach freiem Entschluß die einzelnen Verbraucher aufgesucht und selbständig die Kaufverträge unmittelbar mit ihnen abgeschlossen (vgl. RG.: JFG. ErgBd. 10, 294).

Der Inhaber eines stehenden Gewerbes darf allerdings nach § 42 Abs. 1 GewD. innerhalb (und im Rahmen des § 44 GewD. auch außerhalb) des Gemeindebezirks seiner gewerblichen Niederlassung durch „in seinem Dienste stehende Reisende“ sein Gewerbe ausüben. Es muß aber ein wirkliches Dienstverhältnis von einer gewissen Dauer vorliegen, ein Angestellten- und Abhängigkeitsverhältnis, kraft dessen der Reisende verpflichtet ist, dem Geschäftsinhaber die versprochenen Dienste zu leisten und seinen Weisungen zu folgen (vgl. Landmann-Rohmer, GewD., 8. Aufl., Anm. 3 zu § 42, Anm. 4 zu § 44; Stenglein, Strafr. Nebengef., 5. Aufl., Anm. 5 zu § 44 GewD.; PrWBG.: RegErtsch. 12, 245). Ein einmaliger und vorübergehender Auftrag zur Ausführung einzelner Kommissionsgeschäfte, wie im gegebenen Falle, begründet für die Werberin, die zufolge des mit dem Hersteller der Erzeugnisse geschlossenen Vertrags von Ort zu Ort zieht und mit den einzelnen ortsansässigen Händlern zum Zweck des Vertriebs von Waren anlässlich ihrer Werbetätigkeit vorübergehend in geschäftliche Verbindung tritt, keineswegs ein solches Dienstverhältnis zu den ortsansässigen Händlern. Die Angekl. war lediglich kraft ihrer Anstellung bei den Th.-Fabriken diesen gegenüber verpflichtet, mit den ortsansässigen Händlern einzelne Geschäfte abzuschließen, bei ihnen gelegentlich Waren zu entnehmen und diese Waren den Verbrauchern zum Kauf anzubieten. Unerheblich ist dabei, daß sie die nicht verkauften Waren den Händlern zurückgab und den Erlös der verkauften Waren ihnen aushändigte, also im Innenverhältnis zu den Händlern von Fall zu Fall auf deren Rechnung die Waren vertrieb. Das ändert nichts an der Tatsache, daß sie mit den Händlern nur einzelne Geschäfte abschloß, aber in einem Dienst- und Abhängigkeitsverhältnis zu ihnen nicht stand.

Die Gewerbmäßigkeit ihres Feilbietens ergibt sich aus dem persönl. Vorteil, den sie aus ihrer fortgesetzten und jeweils mit dem Willen der Wiederholung vorgenommenen Tätigkeit als bezahlte

Angestellte der Th.-Fabriken gewinnen wollte. Für den Willen des Täters, durch wiederholte Ausübung seiner Tätigkeit Gewinn zu erzielen, ist es ohne Bedeutung, ob er am Gewinn der einzelnen von ihm abgeschlossenen Geschäfte beteiligt ist; gewerbmäßig handelt auch, wer durch festes Gehalt für seine Tätigkeit entlohnt wird und diese eben deshalb dauernd betreibt, um sich den Genuß seiner regelmäßigen Bezüge zu erhalten.

Der von der Strk. betonte Umstand, daß es der Angekl. weniger darauf angekommen sei, Waren zum Verkauf anzubieten, sondern in der Hauptsache darauf, eine Propagandatätigkeit für die Erzeugnisse ihrer Firma zu entwickeln, ist rechtlich ohne Bedeutung. Die Angekl. hat sich eben nicht darauf beschränkt, eine reine Reklame- und Werbetätigkeit vorzunehmen, die der Hausiersteuer allerdings nicht unterliegt (Art. des erk. Sen. R. II 304/31; JFG. 1931, 2843; RG.: GewArch. 28, 229, 535). Soweit ihre Tätigkeit den Tatbestand des Feilbietens von Waren verwirklicht hat, begründet sie ohne Rücksicht auf den hiermit verfolgten Zweck die Steuerpflicht nach Art. 1 Nr. 1 HausStG.

Auch der innere Tatbestand eines Hausiersteuervergehens ist dem festgestellten Sachverhalt zu entnehmen. Die Angekl. hat die äußeren Umstände gekannt, aus denen sich ihre Strafbarkeit nach dem HausStG. ergibt. Die etwaige Nichtkenntnis der Steuerpflicht wäre ein unbeachtlicher Strafrechtsirrtum (BayObLGSt. 27, 136, 141 ff.).

(BayObLG., StrSen., Urte. v. 5. Nov. 1931, RevReg. II Nr. 427/31.)

*

3. § 4 UnlWG. Zum Begriffe der für einen größeren Kreis von Personen bestimmten Mitteilung. †)

Der Angekl. hat als Geschäftsführer des Konsum- und Sparvereins F. ein Rundschreiben erlassen, worin er über die Preisbemessung mehrerer vom Konsumverein geführter Waren wissentlich unwahre und zur Irreführung geeignete Angaben machte. Er hat dieses Rundschreiben in den Geschäften des Konsumvereins, der in F. sechs Verkaufsstellen unterhält und dem 4960, darunter allein in F. etwa 1800 Mitglieder angehören, an die Einkausenden verteilen lassen; außerdem hat er das Rundschreiben der Konsumereinszeitung beigelegt, die von einem Teil der Mitglieder bezogen wird. Er hat hierbei in der Absicht gehandelt, den Anschein eines besonders günstigen Angebotes hervorgerufen.

Dieser Sachverhalt enthält den äußeren und inneren Tatbestand eines Vergehens gegen § 4 UnlWG. Dies verkennt die Strk., die ohne Rechtsirrtum die sonstigen Merkmale dieses Vergehens für gegeben erachtet, wenn sie in dem Rundschreiben nach Art und Umfang seiner Bekanntheit keine „für einen größeren Kreis von Personen bestimmte“ Mitteilung erblicken zu dürfen glaubt, da das Rundschreiben nach dem Willen des Angekl. nur für die Mitglieder des Konsumvereins und sonach nur für einen fest begrenzten Kreis bestimmt gewesen sei. Die Anschauung, daß ein rechtlich oder tatsächlich genau abgrenzbarer Personenkreis kein „größerer Kreis von

Zu 3. Dem Urteil wird beigetreten.

Es führt zu unhaltbaren Ergebnissen, wenn man den Tatbestand der §§ 3, 4 UnlWG. dann als nicht erfüllt ansieht, wenn der Personenkreis, an den die Mitteilungen gerichtet werden, ein in sich geschlossener ist. Es darf nur ein von vornherein fest begrenzter enger Personenkreis (RG. 40, 130; Rosenthal, 7. Aufl., § 3 Anm. 8) in Frage kommen, wobei die Betonung auf die Enge des Personenkreises zu legen ist. Ob das der Fall ist, kann nur von Fall zu Fall festgestellt werden. Die Mitgliedschaft zu irgendeinem Verein kann je nach Lage der Dinge eine einschränkende Verbreitung von Mitteilungen nicht nur nicht gewährleisten, sondern im Gegenteil können durch Rundschreiben an die Mitglieder im Einzelfalle Mitteilungen eine Publizität erreichen, die vielleicht bei einem anderen Verfahre auch nicht entfernt erreicht wird.

In diesem Zusammenhange ist hinzuweisen auf die in ganz anderer Frage ergangene Entscheidung des RG., II 392/30 v. 12. Juni 1931 (vgl. Glad, § 18 StGB. zwingt nicht zum Firmengebrauch im Wettbewerbsverkehre [JFG. 1932, 730]), wo das RG. im Hinblick auf die Deutsche Buch-Gemeinschaft den Begriff derartig weit ausgelegt hat, daß es als Mitglied jeden Angehörigen eines irgendwie begrenzten Personenkreises anerkennt, ohne daß sich die einzelnen untereinander zu diesem Kreise verbunden zu haben brauchen.

Im vorl. Falle muß davon ausgegangen werden, daß es sich um einen verhältnismäßig kleinen Ort handelt, und wenn in diesem allein rund 1800 Mitglieder des Konsumvereins wohnen, so ist nicht nur, da diese annehmbar bei weitem den größten Teil der Gesamtbevölkerung ausmachen werden, die Öffentlichkeit in vollstem Maße unterrichtet, sondern es muß weiter beachtet werden, daß jeder einzelne von ihnen die ihm zugegangene Mitteilung weiter zu verbreiten in der Lage ist und annehmbar auch sein soll, so daß auch aus diesem Grunde der Tatbestand der §§ 3, 4 UnlWG. voll erfüllt scheint (vgl. hierzu RG. v. 26. Mai 1914: MuW. XV [1915/16], 93).

M. Dr. Glad, Leipzig.

Personen" sein könne, ist weder sprachlich noch nach dem Sinn und Zweck des § 4 UnlWB. zutreffend. Rein sprachlich betrachtet, ist nicht der Grad Abgrenzbarkeit des Personenkreises, sondern die Zahl seiner Angehörigen entscheidend; sind dies viele, so ist eben ein „größerer Kreis von Personen“ gegeben. Das UnlWB. will in § 4 die anständigen Handels- und Gewerbetreibenden gegen eine aus gewissen unwahren Mitteilungen entspringende Gefährdung schützen, wenn diese Mitteilungen für die Allgemeinheit, für alle nach den Umständen in Betracht kommenden Käufer, oder doch für einen nicht unbeträchtlichen Teil der Allgemeinheit, für eine größere Zahl denkbarer Käufer bestimmt sind. Wenn es sich um Leute handelt, die nicht nur für den Mitteilenden als Käufer in Betracht kommen können, und wenn die Zahl dieser Leute nach den Umständen des Einzelfalles als nicht unbeträchtlich anzusehen ist, dann liegt die Gefährdung vor, gegen die § 4 UnlWB. Schutz gewähren will; ob diese denkbaren Käufer unter sich durch ein festes Band verbunden sind, etwa einem Verein, einer Genossenschaft angehören, oder nicht, ist dann gleichgültig. Anderes gilt nur dann, wenn dieses die Personen zu einem fest umgrenzten Kreis zusammenschließende Band dazu führt, daß die Angehörigen dieses Kreises als Käufer überhaupt nur für den Mitteilenden in Frage kommen können; hier wäre ja die Möglichkeit eines Wettbewerbs von vornherein ausgeschlossen und hiermit auch die Gefährdung, der das UnlWB. entgegenzutreten will. Ein solcher geschlossener Kreis könnte auch nicht als Teil der Allgemeinheit bezeichnet werden.

Zutreffend sieht daher Fulb (Komm. z. UnlWB., Ann. V 3 zu § 3) das Kennzeichen des hier besprochenen Tatbestandsmerkmals in der Publizität oder Quasipublizität der die unwahren Angaben enthaltenden Mitteilungen und hält Quasipublizität auch dann für möglicherweise gegeben, wenn die Mitteilung an die Mitglieder einer Vereinigung, eines gewerblichen oder nicht gewerblichen Vereines, eines Syndikates, einer Erwerbsgesellschaft gerichtet ist.

Im hier gegebenen Falle erging die Mitteilung an Mitglieder eines Konsumvereines. Daß diese die in dem Rundschreiben bezeichneten und auch sonstige vom Konsumverein geführte Waren auch bei anderen einschlägigen Fern-Geschäften kaufen konnten, also trotz ihrer Zugehörigkeit zum Konsumverein einen Teil der Allgemeinheit der denkbaren Käufer bildeten, bedarf keiner Erörterung. Die Zahl der allein in B. wohnenden Mitglieder des Konsumvereines, rund 1800, ergibt ohne weiteres, daß es sich um keinen unbeträchtlichen Teil der Allgemeinheit handelte. Die Mitteilung des Angekl. ist sonach „für einen größeren Kreis von Personen“ i. S. des § 4 UnlWB. bestimmt gewesen.

(BayObLG., StrSen., Ur. v. 24. Sept. 1931, RevReg. II Nr. 421/31.)

Oberlandesgerichte.

Berlin.

a) Zivilsachen.

1. § 1 UnlWB.; § 826 BGB. Aufforderung zum Boykott durch die Presse. †)

Zwischen den Parteien besteht ein Wettbewerbsverhältnis. Der beanstandete Artikel ist in den Pharmazeutischen Nachrichten, für die der Antragsgegner als Hauptschriftleiter zeichnet, erschienen. Die Pharmazeutischen Nachrichten werden unstreitig an fast alle Apotheken Deutschlands versandt. Es handelt sich also um Verbreitung von Behauptungen innerhalb des Geschäftsverkehrs. Ob der Antragsgegner den Artikel selbst verfaßt hat oder nicht, ist für seine Haftung für den hier allein in Frage stehenden Unterlassungsanspruch unerheblich. (Callmann, Note 26 zu § 13 UnlWB.)

Der Artikel enthält eine direkte Aufforderung zum Boykott, denn es heißt in ihm: „Wir empfehlen unseren gleichgesinnten Fachgenossen und bitten sie zugleich ebenso höflich wie dringend, zur Ver-

Zu 1. Die grundsätzlichen Erwägungen des Ur. über die beim Boykott einzuhaltenen Grenzen entsprechen der von der Rspr. längst ausgearbeiteten, heute fast zum Gewohnheitsrecht verdichteten Auffassung: der Boykott kann i. S. des maßgebenden § 826 zu beanstanden sein entweder wegen des nicht einwandfreien Zweckes oder wegen dem zu weitgehenden Mittel. Trifft letzteres zu, so braucht auf die Frage der Moralwidrigkeit des Zweckes nicht weiter eingegangen zu werden; insoweit ist dem Erk. sicher beizustimmen. Aber ob hier das angewendete Mittel moralisch zu beanstanden war, scheint mir nicht zweifellos, ist keinesfalls durch die Erwägungen des RG. voll erwiesen. Gewiß ist die Aufforderung zum Abbruch der geschäftlichen Beziehungen (hier des Abonnements) ein scharfes Mittel. Aber ganz abgesehen davon, daß der Verurteilter sich hier immerhin in der Defensiven befand: es fehlte ihm doch wohl sicherlich die autoritative, die Befolgung des Verurteilten sicher oder auch nur wahrscheinlich machende Stellung gegenüber dessen Adressaten, die den Verurteilten sozial gefährlich macht. Es handelt sich, wenn ich mich so ausdrücken darf, lediglich um eine Rabbetei zwischen zwei tatsächlich doch wohl wesentlich gleich-

kämpfung der Pharmazeutischen Zeitung das gleiche Mittel anzuwenden, das von unseren Gegnern eben dieser Zeitung angedroht wurde, nämlich, keine Anzeige mehr der Pharmazeutischen Zeitung und Abbestellung der Zeitung zum nächsten Zeitpunkt.“

Diese Worte, die hinter dem Worte „nämlich“ dazu noch fett gedruckt sind, enthalten eine Sperrandrohung, die dem Mittel nach sittenwidrig ist und deren Nachteil zu dem eingetretenen Vorteil in keinem erträglichen Verhältnis steht. Jedes dieser beiden Momente für sich allein macht einen an sich zulässigen Boykott sittenwidrig i. S. des § 826 BGB., §§ 1 UnlWB. (vgl. RWarn. 1912 Nr. 306; RGRKomm., Note 5c zu § 826 BGB.; Callmann, RWRG., S. 105/106; Rosenthal, Note 27c zu § 1 UnlWB.; Baumbach, Wettbewerbsrecht 1931, 442 sowie JW. 1924, 1592).

Auf die streitige Frage, ob und wann der Zweck allein den Boykott sittenwidrig mache, braucht hier nicht eingegangen zu werden. Daß der Vorteil, den der Verf. des Artikels erstrebt, in keinem erträglichen Verhältnis zu dem Nachteil steht, der durch die Aufforderung zur Sperrung droht, ergibt sich aus der Tatsache, daß die Zeitschrift des Antragsgegners fast an sämtliche Apothekenbesitzer Deutschlands als Mitglieder des Deutschen Apothekervereines kostenlos übersandt wird, während die Antragstellerin darauf angewiesen ist, daß die Pharmazeutische Zeitung von Apothekenbesitzern gegen Entgelt bezogen wird und daß in ihr gegen Entgelt Inserate erscheinen. Mag die Antragstellerin auch eine sehr bedeutende Verlagsgesellschaft für wissenschaftliche Werke sein, so ist unter den dargelegten Umständen die Aufforderung zur Sperrung dennoch geeignet, die Existenz der Antragstellerin, zum mindesten die Existenz der Pharmazeutischen Zeitung, aufs schwerste zu gefährden.

Der Antragsgegner als Hauptschriftleiter kann sich auch nicht durch die Nachschrift der Schriftleitung freizeichnen, nach der er die teilweise Schärfe des Artikels nicht teilt. Wollte er diesen Willen ernstlich betätigen, so hätte er den Druck dieser zügellosen und durch ihre Sittenwidrigkeit gegen das Gesetz verstoßenden Sätze verhindern müssen. Gerade das war seine Aufgabe als Schriftleiter. Die er aber den Abdruck zu, obwohl ihm die unangebrachte Schärfe der Sperrandrohung nicht entgangen war, so deutet gerade dies auf das Vorhandensein seines eigenen Verschuldens i. S. des § 826 BGB. Es würde zu einem unerträglichen Zustande führen, wenn ein Hauptschriftleiter durch eine angehängte Erklärung sein eigenes Verschulden und seinen eigenen Verstoß gegen die guten Sitten beseitigen könnte, während der Zweck des Artikelschreibens dadurch, daß die Darlegungen des Artikels nur noch einmal gedruckt und verbreitet sind, erreicht sein würde.

Auch als Abwehrhandlung läßt sich das Vorgehen des Antragsgegners nicht rechtfertigen. Der Artikel des Hauptschriftleiters u. in der Pharmazeutischen Zeitung v. 18. Juli 1931, der „Seltsames Zwischenspiel“ betitelt ist, enthält zwar persönliche Spitzen gegen den Antragsgegner, aber keinerlei Aufforderung zum Boykott des Pharmazeutischen Nachrichtenblattes, mag er auch dazu auffordern, eine bei den Apothekern durch den Antragsgegner veranstaltete Umfrage unbeantwortet zu lassen. Wenn es auch anerkanntes Rechtens ist, daß Abwehrhandlungen im weitgehenden Umfang erlaubt sind, so muß doch daran festgehalten werden, daß die Abwehrhandlung das Moment der Gleichartigkeit in sich tragen muß. Dies ist hier, wie bereits dargelegt, nicht der Fall, und da diese Abwehrhandlung, sofern man eine solche überhaupt für vorliegend erachten würde, die Existenz der Pharmazeutischen Zeitung aufs schwerste bedroht, würde sie auch die Grenze des bei einer Abwehr Zulässigen auf jeden Fall überschreiten. Zu einer Verquickung des Streits der sachlichen Meinungen über künftige Neuordnung des Apothekergewerbes mit einem Boykott lag für den Antragsgegner keinerlei Anlaß vor.

(RG., 31. ZivSen., Ur. v. 17. Dez. 1931, 31 U 13261/31.)

Mitgeteilt von RGR. Dr. Morwiz, Berlin.

*

starken Pressorganen, bei denen den Lesern die wesentlich freie Beurteilung verblieb, ob sie sich mehr auf die Seite des einen oder aber des anderen stellen sollten.

Davon abgesehen, ist das Erk. durchaus beifallswert. Vor allem in der Beurteilung der interessanten Frage, ob der Herausgeber eines boykottierenden Pressorgans sich der Verantwortung dadurch entziehen kann, daß er nicht selbst der Verf. des etwa zu beanstandenden Artikels ist und dies sowie seinen nicht voll zustimmenden Standpunkt dabei vermerkt. Sie wird mit Recht verneint. Denn auf alle Fälle hat er den Artikel doch veröffentlicht und dadurch, soweit darin eine nach § 826 unerlaubte Handlung liegt, zu deren Vollenbung entscheidend mitgewirkt; er ist mindestens als Gehilfe i. S. von § 830 Abs. 2 BGB. anzusehen und daher auch mithaftbar. Es wäre sehr bequem für ihn, durch den bloßen Vorbehalt einer nicht reiflichen Zustimmung sich vor der Verantwortung für einen in seinem Organ erschienenen Beitrag zu brüchen — die Folgen könnten für das Pressewesen höchst unerfreulich, ja unerträglich werden.

Gch. R. Prof. Dr. Paul Dertmann, Göttingen.

2. § 1 UrtW.G.; § 18 HGB. Sucht jemand die Verwechslungsfähigkeit seines Namens mit der Firma eines andern auszubuten, so ist die Verurteilung auf § 18 HGB. — wenn überhaupt — nur im allerengsten Rahmen möglich. § 18 HGB. zwingt zwar zu einer bestimmten Firmierung, nicht aber dazu, die Firma im wettbewerblichen Verkehr zu gebrauchen. 1)

Die Kl. ist die Herstellerin der Heineschen Halberstädter Würstchen und Fleischkonerven.

Der Bekl. Oskar Heine betreibt seit etwa April 1929 in Köpenick die Herstellung von Würstchen. Seine nach Erhebung der Klage eingetragene Firma lautet „Oskar Heine Spezial-Würstchen- und Konservenfabrik Berlin-Köpenick“.

Die Dosen seiner Würstchen sind von einem blaugelben Papier umgeben; sie tragen die Bezeichnung „Oskar Heine Delikatesswürstchen Berlin-Köpenick“, und in größerem Druck die Worte „Heine Würstchen“. (Die Buchstaben des Wortes Heine in diesem Aufdruck sind sämtlich mehr als doppelt so hoch wie die großen Anfangsbuchstaben jener Bezeichnung.) Der Bekl. bezeichnet seine Erzeugnisse als „Heines Erzeugnisse“, „Heines Würstchen“, „Heines Bodawürstchen“ usw.

Die Kl. hat beantragt, den Bekl. zu verurteilen, ... nicht mehr die Firma „Heines Spezial-Würstchen- und Konservenfabrik“ oder „Heines Würstchenfabrik“ oder „Oskar-Heine-Spezial-Würstchen- und Konservenfabrik Berlin-Köpenick“ oder sonst eine Firmenbezeichnung zu führen, durch die Verwechslungen mit der Kl. ermöglicht werden, und den Bekl. ferner zu verurteilen, die von ihm vertretene Würstwaren und Konserven nicht mehr in Verbindung mit dem Worte „Heine“ anzubieten und zu verkaufen.

Der Bekl. ... beruft sich auf § 18 HGB. und bestreitet die Verwechslungsfähigkeit.

Das O.G. hat die Klage abgewiesen.

Die Berufung ist im wesentlichen begründet.

Der Name „Heine“ in Zusammenhang mit Halberstädter Würstchen und Fleischkonerven ist „überall bekannt“. Für die Kl. sind auch eine Reihe Warenzeichen eingetragen, in denen nicht die Firma der Kl., sondern nur deren Bestandteil „Heine“ vorkommt, z. B. „La Bratwurst“, „Marke Heine“, „Heines Bodawurst“, „Heines edle Delikatess-Würstchen“, „Heine, Heines, Heinesche“, „Heines Delikatess-Würstchen“.

Ist der Name „Heine“ im Zusammenhang mit Halberstädter Würstchen und Fleischkonerven „überall bekannt“, so ist davon auszugehen, daß der Name „Heine“ Schlagwortcharakter erlangt hat (vgl. Callmann, UrtW.G. § 16 Note 116) und daß in weiten Kreisen die Bezeichnung eines Würste und Fleischkonerven herstellenden Unternehmens und die Bezeichnung der Erzeugnisse dieses Unternehmens mit Unzweifel, die das Wort „Heine“ enthalten, stets dann Verwechslungsgefahr begründen, wenn nicht ganz besonders ausdrucksvolle Unterscheidungsmerkmale verwandt werden.

Der Bekl. beruft sich in erster Linie auf die zwingende Bestimmung des § 18 HGB.

Der Bekl. hat jedoch nicht etwa eine Firma gewählt, die nur denjenigen Grad von Verwechslungsfähigkeit in sich trägt, der durch die Verwendung seines Namens bedingt ist, sondern er hat einen Zusatz beigefügt, der die Verwechslungsfähigkeit — statt sie zu mindern — noch erheblich zu erhöhen geeignet und hierzu offenbar auch bestimmt ist: Er hat nämlich in Anlehnung an die in der Firma der Kl. enthaltenen Worte „Wurst- und Fleisch-Konservenwerke“ in seine Firma die Worte „Spezial-Würstchen- und Konservenfabrik“ aufgenommen. Daß er dann noch die Ortsbezeichnung „Berlin-Köpenick“ hinzugefügt hat, ist ohne erhebliche Bedeutung; denn die Erfahrung lehrt immer wieder, daß das Publikum dazu neigt, entweder über derartige Ortsbezeichnungen „hinwegzulesen“ oder aus ihnen zu entnehmen, daß es sich um eine Filiale der ihm bekannten Firma handelt.

Der Bekl. hat ferner unter noch weiterer Steigerung

der Verwechslungsgefahr an Stelle seiner Firma unter Weglassung seines Vornamens (und noch dazu unter ganz starker druckmäßiger Heraushebung des Namens Heine) Geschäftsbezeichnungen wie „Heines Spezial-Würstchen- und Konservenfabrik“ und „Heines Würstchenfabrik“ verwandt. Für solche von der Firma abweichende Bezeichnungen kommt die Bestimmung des § 18 HGB. überhaupt nicht in Frage.

Noch in anderer Hinsicht ergibt das vom Bekl. selbst überreichte Material die Absicht des Bekl., Verwechslungen herbeizuführen. Insbes. läßt der vom Bekl. für seine Dosen verwandte blauegelbe Streifen ganz stark die Worte „Heine-Würstchen“ herauspringen; alles andere tritt druckmäßig so stark zurück, daß der flüchtige Betrachter nur die obengenannten Worte liest. Ähnlich verhält es sich mit der vom Bekl. überreichten Preisliste. Der Bekl. behauptet zwar, er habe seinen Vertretern ausdrücklich Anweisung gegeben, stets darauf hinzuweisen, daß es sich bei seinen Erzeugnissen keinesfalls um die Erzeugnisse der Kl. handelt. Welche geringe Bedeutung diese angebliche Anweisung hat, ergibt der Umstand, daß der Bekl. auf seiner Preisliste seinen Familiennamen „Heine“ ohne Vornamen ganz stark durch den Druck heraushebt, von „Heines Erzeugnisse“, „Heines Würstchen“, „Heines Bodawürstchen“ usw. spricht und daß er jeden irgendwie geeigneten Hinweis darauf unterläßt, daß es sich nicht um die bekannten Heineschen Erzeugnisse handelt. (Daß die Ortsbezeichnung kein geeigneter Hinweis hierauf ist, ist bereits ausgeführt.)

Berücksichtigt man weiter, daß der Bekl. bereits wenige Monate nach Eröffnung seines Betriebes diesen Betrieb verpachtet hat (und die Verantwortung für alles in der Pachtzeit Geschehene ablehnt), so darf aus einem Zusammenhalt sämtlicher angeführten Umstände geschlossen werden, daß es ihm bei der Gründung des Geschäfts im wesentlichen darauf ankam, die Verwechslungsfähigkeit seines Namens mit der Firma der Kl. wirtschaftlich auszubuten.

Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob eine Verurteilung auf die Bestimmung des § 18 HGB. dann schlechthin unzulässig ist, wenn die Firma aus „zu nichtbilligenden Beweggründen“ gegründet ist und wenn der Inhaber der Firma „die Möglichkeit der Verwechslung beim kaufenden Publikum zu fördern“ sucht (vgl. RG. 116, 211¹). Jedenfalls ist bei einer solchen Sachlage die Verurteilung auf § 18 HGB. nur im allerengsten Rahmen möglich.

§ 18 zwingt zwar den Einzelkaufmann, seinen Familiennamen mit mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen als „Firma“ zu führen. § 18 „zwingt“ aber nicht unbedingt, die Firma „dem Verkehr gegenüber“ als „Geschäftsbezeichnung“ oder gar als „Warenbezeichnung“ zu verwenden. Es ist richtig, daß die Verwendung der Firma bei Vollziehung gewisser Rechtshandlungen ... grundsätzlich geboten ist (vgl. hierzu Düringer-Hachenburg, HGB., 1930, § 17 Anm. 6). Außerhalb des eng begrenzten und für den Wettbewerbsverkehr fast bedeutungslosen Gebiets jener Akte, die unter dem gesetzlichen Formzwang, unter der Pflicht zur Benutzung der Firma stehen, ist auch der Einzelkaufmann nicht unbedingt gezwungen, eine der firmenrechtlichen Bestimmungen des § 18 HGB. entsprechende Bezeichnung zu verwenden. Er ist nicht gehalten, seine Waren, deren Verpackung oder Umhüllung mit seiner Firma zu versehen oder auf „Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen“ seine Firma anzubringen. Dies bedeutet: diejenigen Akte des geschäftlichen Verkehrs, die wettbewerbsmäßig besonders ins Gewicht fallen, sind insoweit „frei“ von der Bestimmung des § 18 HGB., als hier auch der Einzelkaufmann eine von seiner Firma verschiedene, seinen Namen nicht enthaltende Geschäftsbezeichnung ... verwenden kann. Das Wort „Geschäftsbezeichnung“ bedeutet hier jene frei gewählten Ausdrücke, die nicht so sehr den Kaufmann als sein Geschäft bezeichnen sollen (vgl. Roenige, HGB. § 17 Anm. 5), und von Hotels, Gastwirtschaften, Verkehrsanstalten, z. B. Theaterunternehmungen,

1) ZB. 1927, 1591.

Rechts auf Benutzung des Familiennamens führen könnte. Der Gegenstand des Unterlassungsanspruchs bleibt immer der gleiche; es ist völlig belanglos, ob der Bekl. gutgläubig oder bösgläubig gehandelt hat. Die gegenteilige Auffassung würde darauf hinauslaufen, daß der Zivilrichter den Bekl. um seiner bösen Absicht willen bestrafen dürfte. Es gibt keinen subjektiv oder objektiv wie immer gearteten Fall, in welchem dem von seinem Recht Gebrauch machenden Namensträger mehr zugemutet werden kann, als im Rahmen des Möglichen, aber ohne Antastung seines Rechts, die Verwechslungsgefahr zu beseitigen oder wenigstens zu verringern. Der subjektive Tatbestand spielt für den Umfang der auf Unterlassung abzielenden Verurteilung keine Rolle, auch nicht unter dem Gesichtspunkt des § 1 UrtW.G. (vgl. hierzu Kirchberger, Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerb S. 50 ff.); diese Ansicht halte ich auch gegenüber Roentgen: ZentrBl. 1932, 3 aufrecht.

Dr. Prof. Dr. Hans Kirchberger, Leipzig.

1) Vgl. Aufsatz Caro: GewRSch. 1931, 1044 ff.

Zu 2. Den Grundätzen dieses Urts. muß die Gefolgschaft versagt werden. Die Entsch. bedeutet gegenüber der Werbung, die sich in der neueren Rpr. des 2. Zivilsen. des RG. anzubahnen scheint (vgl. namentlich Urt. v. 12. Mai 1931: ZB. 1931, 2965), einen äußerst bedenklichen Rückschritt. Zunächst muß immer wieder darauf hingewiesen werden, daß der Umfang des Rechts auf Benutzung des Familiennamens mit dem Umfang der in § 18 HGB. normierten Pflicht zur Verwendung des Namens nichts zu tun hat (vgl. im einzelnen Kirchberger: „Das Wettbewerbsrecht der Gleichnamigen unter Berücksichtigung ausländischen Rechts“ S. 133 ff.). Hat jemand das natürliche oder gesetzliche Recht auf Verwendung seines Namens zur Firmenbildung, so braucht er sich auf § 18 HGB. nicht zu berufen. Deshalb ist der Ausgangspunkt sowohl der Verteidigung des Bekl. als auch der Urteilsbegründung nicht richtig. Schlechthin aber abzulehnen ist die These, daß die Täuschungsabsicht des Namensträgers zu einer Einschränkung des

aber auch von sonstigen Handelsgeschäften aller Gattungen neben Namen und Firmen benutzt werden und den besonderen Schutz des § 16 UrW.G. genießen. Berücksichtigt man einerseits, welche große Bedeutung derartige Geschäftsbezeichnungen und firmenfreie Warenbezeichnungen im modernen Geschäftsverkehr erlangen haben und wie gering in einem Falle wie dem vorliegenden das lokale wirtschaftliche Bedürfnis des neuen, alsbald verpachteten Unternehmens ist, gerade unter dem „ehelichen Namen“ des Inhabers des Unternehmens im Wettbewerbsverkehr aufzutreten, und beachtet man andererseits, zu welchen schweren Schädigungen die Verwendung gerade der hier in Betracht kommenden verwechslungsfähigen Firmen bei dem Inhaber des wertvollen „Schlagworts“ und beim „Publikum“ führt, so wird sofort deutlich, in welchem Sinne bei Abwägung der einander entgegenstehenden Interessen die Entscheidung fallen muß, daß nämlich auch dem Inhaber eines „ehelichen Namens“ unter gewissen Umständen sehr wohl zugumuten ist, in den gesetzlich zulässigen Grenzen von der Führung dieses Namens abzusehen, damit nicht der „eheliche Name“ zu „unehelichen Zwecken“, d. h. zur Irreführung beteiligter Verkehrskreise verwandt wird.

Ob es sich bei der Verwendung des Namens für geschäftliche Zwecke um die Ausübung eines Persönlichkeitsrechts handelt, ist insoweit unerheblich; denn auch eine solche Ausübung muß sich in den Grenzen des lauterer Geschäftsverkehrs halten.

Hiernach ist es in einem Falle wie dem vorliegenden sehr wohl mit § 18 HGB. vereinbar, die Verwendung einer zwar notwendigen, aber verwechslungsfähigen Firma insoweit schlechthin zu verbieten, als kein gesetzlicher Zwang zur Verwendung der Firma besteht (vgl. hier insbes. auch § 15a Gew.D.). Soweit aber dieser Zwang besteht . . ., ist es mit Rücksicht auf die gesteigerte Aufmerksamkeit, die auf diesen Gebieten im allgemeinen angewandt wird, sehr wohl möglich, durch geeignete Zusätze die Verwechslungsgefahr ganz oder fast ganz auszuschalten, etwa durch den Hinweis darauf, daß die „neue“ Firma mit der „bekannteren“ Firma „in keinem Zusammenhang“ steht. Hierbei ist noch von besonderer Bedeutung, daß gerade bei den wichtigsten Akten des Wettbewerbsverkehrs — insbes. in der Reklame — derartige Zusätze oft als äußerst störend empfunden werden; und es ist deshalb besonders wichtig, daß gerade für diese Gebiete das Gesetz die Möglichkeit eröffnet, durch die Verwendung einer frei gewählten Bezeichnung der Notwendigkeit störender Firmenzusätze auszuweichen. Andererseits sind auf dem engbegrenzten Gebiete des unbedingten Zwangs zur Verwendung der Firma jene Zusätze bei weitem nicht so störend, da dies Gebiet „wettbewerbsmäßig“ von sehr geringer Bedeutung ist. Dies gilt auch für das Gebiet des § 15a Gew.D. Denn hier genügt es, die Firma „in deutlich lesbarer Schrift“ anzubringen; es genügt also eine Anbringung, die dem „flüchtig betrachtenden“ Publikum überhaupt nicht „auffällt“, und es ist dem Firmeninhaber nicht verwehrt, außer der „deutlich lesbar“ angebrachten Firma in höchst auffälliger Weise eine den verwechslungsfähigen Namen nicht enthaltende Geschäftsbezeichnung anzubringen und insbes. nur diese Bezeichnung bei seiner etwaigen Lichtreklame zu verwenden. So ergibt sich, daß auch hier der der Verwechslungsgefahr entgegenwirkende Firmenzusatz nicht so auffällig angebracht zu werden braucht, daß er schon bei flüchtiger Betrachtung bemerkt wird; denn es genügt, wenn dieser Zusatz so angebracht ist, daß er jedem Leser der Firma — aber auch nur diesem — sofort „in die Augen fällt“.

Bei Zugrundelegung dieser Auffassung ergibt sich sofort, daß der Prinzipalanttrag der Klage im wesentlichen gerechtfertigt ist.

a) Die vom Bekl. gewählte Firma ist schon deshalb unzulässig, weil sie durch den nicht notwendigen Zusatz zum Namen die Verwechslungsfähigkeit erhöht.

b) Über die Unzulässigkeit der vom Bekl. benutzten Geschäftsbezeichnungen, die von der Firma abweichen, ist bereits das Erforderliche gesagt.

c) Die Kl. beantragt noch, dem Bekl. ganz allgemein zu verbieten, eine Firmenbezeichnung zu führen, durch die Verwechslungen mit der Kl. ermöglicht werden. Dieser Antrag ist schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil er der nach § 253 Z.P.D. erforderlichen Bestimmtheit entbehrt und die wesentlichste dem Prozeßgericht obliegende Prüfung dem Vollstreckungsverfahren überläßt.

Zu übrigen ist aus den obigen allgemeinen Ausführungen für beide Parteien ersichtlich, wo die Grenzen des Zulässigen liegen.

d) Gerechtfertigt ist nach diesen allgemeinen Ausführungen der weitere Antrag der Kl., dem Bekl. zu verbieten, Wurstwaren und Konserven (gemeint sind Fleischkonserven) in Verbindung mit dem Worte „Heine“ anzubieten oder zu verkaufen. Denn hier handelt es sich um jenes Gebiet, das vom unbedingten Zwang des § 18 HGB. nicht betroffen wird.

Ob auch in solchen Fällen, in denen nicht festgestellt werden kann, daß „zu mißbilligende Beweggründe“ oder bewußte Förderung der Verwechslungsmöglichkeit vorliegen, die obigen Ausführungen über § 18 HGB. verwendbar sind oder ob hier dem Firmeninhaber nicht zugemutet werden kann, von den wirtschaftlich wichtigsten

Formen des Firmengebrauchs Abstand zu nehmen, braucht in diesem Falle nicht entschieden zu werden.

(RG., 31. Zivilsen., Urt. v. 3. Nov. 1930, 31 U 9962/30.)

Mitgeteilt von RGR. Caro, Berlin.

*

3. §§ 1, 3, 13, 15 UrW.G.; §§ 823, 826 BGB. Die Ankündigung der Deutschen Reichs-Post-Reklame GmbH., daß das Branchentelephonbuch das einzige nach amtlichen Unterlagen der Deutschen Reichs-Post bearbeitete Branchen-Fernsprechbuch von Berlin sei, ist nicht eine unrichtige Angabe.

Die Antragstellerin verlegt das seit dem Jahre 1896 jährlich neu erscheinende Berliner Adressbuch. Die Antragsgegnerinnen verlegen gemeinsam ein Branchen-Telephonbuch, das in der Hauptsache eine alphabetische Aufzählung der gewerblichen Fernsprechteilnehmer nach Branchen geordnet enthält. Die Ankündigung dieses Buches enthält den Satz: „das einzige, nach den amtlichen Unterlagen der Deutschen Reichs-Post bearbeitete Branchen-Fernsprechbuch von Berlin“.

Die Deutsche Reichs-Post hat den Antragsgegnerinnen unstreitig, und zwar ihnen allein, die amtlichen Unterlagen zur Bearbeitung des Branchen-Fernsprechbuches zur Verfügung gestellt. Die Antragstellerin erblickt hierin einen Mißbrauch der behördlichen Autorität und der Machtfülle der Reichs-Post, die, wie sie meint, hierdurch ihre Monopolstellung sittenwidrig ausnützt.

Sie hat eine Einstw.Berf. gegen die Antragsgegnerinnen dahin beantragt, daß diesen verboten wird, die Behauptungen aufzustellen: Das B.T.B. (Branchen-Telephonbuch) sei das einzige nach amtlichen Unterlagen der Deutschen Reichs-Post bearbeitete Branchen-Fernsprechbuch von Berlin.

Der Hauptprozeß zwischen den Parteien ist noch anhängig.

Der Antrag ist zurückgewiesen worden. Es braucht im vorliegenden Verfahren nicht geprüft zu werden, ob die Post ein Monopolrecht sittenwidrig ausnützt, indem sie nur den Antragsgegnerinnen und nicht anderen Unternehmungen das amtliche Material für die Herstellung eines Branchen-Fernsprechbuches zur Verfügung stellt. Der Antrag auf Erlass einer Einstw.Berf. kann sich nur auf § 3 UrW.G. oder § 1 UrW.G. i. Verb. m. §§ 13, 15 UrW.G. stützen, nicht aber auf §§ 823, 826 BGB., da hier von der Antragstellerin selbst nicht dargetan wird, daß ihrem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb durch das Verhalten der Antragsgegnerinnen „unmittelbar“ ein Schaden zugefügt würde. Der Tatbestand des § 3 UrW.G. ist nicht gegeben, denn der von der Antragstellerin beanstandete Satz auf den Reklamezetteln ist keine unrichtige Angabe i. S. des § 3 UrW.G. Unstreitig haben bisher die Antragsgegnerinnen allein von der Reichs-Post das amtliche Material erhalten. Auch sind sie nicht verurteilt worden, dieses Material nicht entgegenzunehmen. Der Ausdruck ist also zur Zeit objektiv wahrheitsgemäß. Auch ist er nicht geeignet, unrichtige Vorstellungen in Interessentenkreisen zu erwecken. Es wird klar gesagt, daß das Buch auf amtlichen Unterlagen beruht, es wird also nicht Antiklichkeit vorgepiegelt, sondern nur von einer behördlichen Unterstützung gesprochen, die den Antragsgegnerinnen tatsächlich auch zuteil wird. Daß der Satz nicht zum Ausdruck bringt, daß auch die Antragstellerin einen „Anspruch“ haben könnte, von der Reichs-Post das amtliche Material zu erhalten, macht die in ihrem Sinn und Inhalt klare Angabe nicht unrichtig i. S. des § 3 UrW.G. Ob andere Verleger in der Lage sein oder gehindert sein werden, in Zukunft auch amtliches Material zu benutzen, darüber wird in dem beanstandeten Satz nichts gesagt. Ob andere Verleger in Zukunft amtliches Material werden benutzen können, hängt in Wahrheit von dem Willen der Reichs-Post ab. Denn, gesetzt den Fall, daß die Post im Hauptprozeß rechtskräftig verurteilt würde, zu unterlassen, dem Antragsgegnerinnen unter Ausschluß anderer Unternehmer das amtliche Material zu übergeben, so sieht es ja immer noch im freien Willen der Reichs-Post, keiner Verlagsunternehmung in Zukunft das amtliche Material zur Verfügung zu stellen, und bei einem solchen Entschluß der Reichs-Post würde selbst bei einer Betrachtung nach rückwärts hin der beanstandete Satz nicht unrichtig werden. Außerdem bezieht sich der Reklamezettel ausdrücklich nur auf die Gegenwart, nämlich auf die Ausgabe des B.T.B. für 1932, und das Branchen-Fernsprechbuch gerade für 1932, das die Antragsgegnerinnen herausgeben, ist unstreitig das einzige nach amtlichen Unterlagen bearbeitete Fernsprechbuch von Berlin. Hier muß die Rechtslage gerade auf die gegenwärtige Wirkung der Ankündigung geprüft werden, denn nur die gegenwärtige Wirkung berührt hier das Wettbewerbsverhältnis der Parteien. Es kann deswegen nicht ins Gewicht fallen, daß die Reichs-Post bei Unterliegen im Hauptprozeß in Zukunft vielleicht auch anderen Unternehmungen für spätere Ausgaben eines B.T.B. das amtliche Material zur Verfügung stellen könnte, und die Interessen der Parteien an der gegenwärtigen begehrten Unterlassung können nicht mit Rücksicht auf das zukünftige noch völlig ungewisse Verhalten der Reichs-Post gegeneinander abgewogen werden.

Bei dieser Sachlage verlißt auch das von der Antragstellerin beantragte gegenwärtige Verhalten der Antragsgegnerinnen nicht gegen die guten Sitten i. S. des § 1 UrWG.

(RG., 31. JivSen., Art. v. 24. Sept. 1931, 31 U 11740/31.)

Mitgeteilt von RGR. Dr. Ernst Morwitz, Berlin.

*

4. Es besteht die Gefahr, daß ein Wort wie „Frukant“ als ein Phantasiemotiv aufgefaßt wird, das auf die Firma „Kant“ hinweisen soll. In Grenzfällen kann die Schadenersatzpflicht insbesondere auch unter Berücksichtigung des Standpunkts besonders sachkundiger Instanzen (wie RPatA. und ZR. 16b) verneint werden. †)

Die Kl. und die Bekl. zu 1 sind Schokoladenfabriken, der Bekl. zu 2 ist Inhaber einer Schokoladenwarenhandlung.

Für die Kl. ist das Wort „Kant“ als Warenzeichen für Schokoladen und eine Reihe weiterer Waren geschützt.

Für die Bekl. zu 1 ist auf Grund einer Anmeldung v. 26. Juli 1930 das Zeichen „Frukant“ für Kakao, Schokolade und andere Waren eingetragen worden.

Der Bekl. zu 2 hat Ware vertrieben, die mit der Bezeichnung Frukant versehen war.

Die Kl. macht geltend, ihre Fabrikate würden im Verkehr schlechthin als Kant-Schokolade bezeichnet; die Bezeichnung „Frukant“ sei mit ihren das Wort „Kant“ enthaltenden Zeichen, ihrer aus dem Wort „Kant“ bestehenden Ausstattung und ihrem Firmenbestandteil „Kant“ verwechslungsfähig.

Die Kl. verlangt Beseitigung des Wortzeichens „Frukant“, Unterlassung der Verwendung dieses Wortzeichens in hervortretender Anordnung, Rechnungslegung, Schadenersatz und Beseitigung oder Vernichtung.

Die Bekl. macht geltend, eine Verwechslungsfähigkeit besteshe nicht, zumal für Schokoladenwaren auch sonstige auf „kant“ endende Bezeichnungen in Gebrauch seien, insbes. die Worte Krokant und Dreikant.

Das UG. hat die Klage abgewiesen.

Die Berufung ist teilweise begründet.

Es ist davon auszugehen, daß das Wort „Kant“ für den Betrieb und die Waren der Kl. — wie gerichtsbekannt ist — in weiten Kreisen Kennzeichnungskraft hat. Zu beachten ist ferner die weitverbreitete Gepflogenheit, aus Firmen- und Warenbezeichnungen „Buchstabenworte“ als Abkürzungen längerer Benennungen zusammenzufassen; auf die sehr starke Verbreitung derartiger Bezeichnungen hat beispielsweise die Hofra-Entsch. des RG. (RG. 112, 1631) nachdrücklich hingewiesen. Sieht jemand, dem diese weitverbreitete Gepflogenheit bekannt und das Wort „Kant“ als Kennzeichen der Kl. und ihrer Waren sehr vertraut ist, die neue Be-

1) JW. 1926, 702.

Zu 4. Die Entsch. sucht die Psychologie des flüchtigen Durchschnittsbetrachters zu erforschen, hieraus Leitätze zu gewinnen und sie für die Prüfung der Verwechslungsgefahr zu verwerten. Wenn diese Bemühungen dazu führen würden, eine einigermaßen sichere Grundlage für die richtige Urteilsfindung zu schaffen, dann müßten die Bedenken von Münz (GewRSch. 1931, 1084) zurücktreten. In Wirklichkeit bringen die auf psychologischem Gebiet liegenden Erörterungen des RG. (vgl. auch Art. v. 28. April 1930: GewRSch. 1931, 1083) keinen Fortschritt. Sie bergen ganz im Gegenteil die Gefahr in sich, zu einem Fehlurteil zu gelangen.

Im vorliegenden Fall handelt es sich um die Frage, ob das Zeichen „Kant“ mit dem Zeichen „Frukant“ verwechslungsfähig ist. Der Tatbestand des „unlauteren“ Wettbewerbs wird nicht erörtert. Es ist folgender wichtiger Satz der Urteilsbegründung hervorzuheben: „Überall dort, wo das Wort „Kant“ als Bezeichnung des Unternehmens und der Ware der Kl. gilt, wird verhältnismäßig leicht vom Worte „Frukant“ der Weg zum Unternehmen oder zur Ware der Kl. zurückgelegt werden, und zwar desto leichter, je vertrauter dem Betrachter das Wort „Kant“ als Hinweis auf die Kl. und ihre Ware ist.“ Dieser Satz ist sicher richtig. Die Schlussfolgerung aber, die das RG. hieraus zieht, trifft nicht zu. Das RG. sagt im unmittelbaren Anschluß an den obigen Satz: „Bei dieser Sachlage muß angenommen werden, daß bei einem maßgeblichen großen Teil des in Betracht kommenden Publikums die von der Kl. behauptete Verwechslungsgefahr besteht.“ Hier macht die Urteilsbegründung einen logischen Sprung. Der Umstand, daß das Wort „Frukant“ eine Beziehung zu dem Wort „Kant“ auslöst, sofern das Wort „Kant“ dem flüchtigen Betrachter des Wortes „Frukant“ bekannt ist, beweist nicht das allgeringste dafür, daß irgendeine Verwechslungsgefahr besteht. Beziehung und Verwechslung sind durchaus verschiedenartige Begriffe. Man kann vielleicht sagen, daß eine Verwechslung dort ausgeschlossen wird, wo überhaupt keine Beziehung vorhanden ist. Aber wegen der Mannigfaltigkeit möglicher Beziehungen kann man nicht umgekehrt sagen, daß beim Auftreten von Beziehungen sich Verwechslungen einstellen. Es wird also für die Beantwortung der Frage,

zeichnung „Frukant“ — etwa gar in der Form FRUKANT —, so wird er sehr leicht geneigt sein, anzunehmen, daß es sich hier um eine Ware handelt, bei deren Benennung die Firmenbezeichnung Kant und eine Warenbezeichnung — etwa „Fruktschokolade“ — zu einem „Buchstabenwort“, einem Phantasiemotiv, verbunden sind.

Anders wäre dies dann, wenn die Kl. es gebuldet hätte, daß sich andere auf Kant endende Phantasiemotive im Verkehr für Schokoladenwaren durchsetzen. Hierfür ist jedoch nichts beigebracht. Den Worten Krokant und Dreikant kommt nicht die ihnen von den Bekl. beigegebene Bedeutung zu. Krokant ist unbedenklich eine Beschaffenheitsangabe und nicht eine Phantasiemotivbezeichnung, die als Abkürzung der gekennzeichneten Art aufgefaßt werden kann. Sollte dies doch gelegentlich geschehen, so handelt es sich um ganz vereinzelte Ausnahmefälle, die rechtlich nicht für erheblich erachtet werden können. Ähnlich, wenn auch nicht ganz so, verhält es sich mit dem Worte „Dreikant“. Dieses Wort weist deutlich auf eine bestimmte Form der Ware hin. Der Durchschnittsbetrachter, der dies Wort sieht oder hört, erfaßt sofort das, was gemeint ist. Von den Worten Krokant und Dreikant führt ein einfacher und selbstverständlicher Weg zu dem Sinn, den diese Worte in durchaus adäquater Weise ausdrücken. Die Annahme, daß diese Worte auf einen Zusammenhang mit der Kl. hinweisen könnten, stellt sich nicht ein. Ganz anders verhält es sich mit dem Wort „Frukant“. Hier ist nicht der Begriff einer Sache oder einer Eigenschaft vorhanden, mit dem das fremdartig anmutende Wort ohne weiteres zur Deckung gebracht werden kann. Das Denken muß eine „Leistung“ vollbringen, wenn es dem unbekanntem Wort eine sinnvolle Beziehung verschaffen soll (vgl. 31 U 423/30: GewRSch. 1931, 1083). Die Leistung dessen, der Kant-Schokolade nicht kennt oder nicht an sie denkt, mag darin bestehen, daß er Frukant auf ein Etwas bezieht, das Früchte und Krokant enthält. Gemeinen an dem, was im allgemeinen der flüchtige Durchschnittsbetrachter in der Eile des geschäftlichen Verkehrs an „geistigen Leistungen“ vollbringt, ist dies eine nicht ganz unbeträchtliche Leistung, und es darf als sicher gelten, daß sie wegen des hier erforderlichen Aufwandes an Kombinationsgabe in sehr vielen Fällen nicht vollzogen wird, zumal im allgemeinen auch dort, wo die sprachliche Herkunft des Wortes Krokant nicht bekannt ist, das Schwergewicht dieses Wortes — im Gegensatz zu seiner Betonung — ganz stark in der ersten Silbe liegt, so daß die Weglassung der drei ersten Buchstaben den Weg zu dem Worte Krokant in sehr vielen Fällen vollkommen verbaut wird. Je schwerer es ist, den Weg zu diesem Ziel zu finden, desto eher werden sich Gedanken und Vorstellungen nach einer anderen Richtung hin bewegen. Überall dort, wo das Wort „Kant“ als Bezeichnung des Unternehmens und der Ware der Kl. gilt, wird — wie bereits betont — verhältnismäßig leicht vom Worte „Frukant“ der Weg zum Unternehmen oder zur Ware der Kl. zurück-

ob und wann die Verwechslungsgefahr besteht, durch theoretisch psychologische Erwägungen vorkommender Art gar nichts gewonnen.

Das RG. bejaht die Verwechslungsgefahr. Aus dem Urte. ist nicht ohne weiteres ersichtlich, was für eine Verwechslungsgefahr gemeint ist. Gesetzesparaphrasen werden nicht zitiert. Nur daraus, daß der Tatbestand unlauteren Wettbewerbs nicht erörtert wird, und der Kl. in erster Linie die Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Bezeichnungen behauptet, ist zu erkennen, daß diese Verwechslungsgefahr vom RG. bejaht wird. Eine solche Verwechslungsgefahr ist aber in Wirklichkeit nicht vorhanden. Sie fehlt auch dann, wenn man sich der Art der Begründung des Urte. des RG. anschließt. Denn wenn jemand bei dem Wort „Frukant“ an die ihm bekannte Bezeichnung „Kant“ und weiterhin ohne große geistige Leistung an das Unternehmen oder die Ware der Kl. denkt, so braucht er nicht deshalb auch diese beiden Bezeichnungen miteinander zu verwechseln. Wer das Wort „Kant“ und die damit gekennzeichnete Ware kennt, wird wahrscheinlich bei dem Wort „Frukant“ zu der Ansicht gelangen, daß die so bezeichnete Ware im gleichen Unternehmen hergesteltt wird wie Kant-Schokolade. Er verwechselt also möglicherweise zwei Unternehmen miteinander oder nimmt Beziehungen an, die nicht vorhanden sind. Diese Art Verwechslungsgefahr aber hat mit der Frage der Verwechslungsfähigkeit der Bezeichnungen gar nichts zu tun. Zwar hat das RG. in seiner schon zit. Entsch. v. 28. April 1930 (GewRSch. 1931, 1084) ausgesprochen, die §§ 12, 20 WbzG., § 12 BGB. und § 16 UrWG. sollten auch einer Verwirrung entgegengetreten, die durch einen Irrtum über die Herkunftsfälle entsteht. Dieser Ansicht kann aber nicht beigetreten werden. Allerdings kann sich das RG. auf die „Mitropa“-Entsch. des RG. v. 11. Febr. 1930 (JW. 1930, 1734f.) stützen. Darin wird ausgeführt, daß es für die Verwechslungsgefahr i. S. des § 16 UrWG. genüge, wenn das Publikum geschäftliche Beziehungen zwischen den Parteten vermutet. In der Anmerkung zu diesem Urte. habe ich die Bedenken gegen diese Ansicht geäußert und ausgeführt, daß Gleichheit der Bezeichnungsmittel oder die Verwechslungsgefahr zwischen den nicht völlig übereinstimmenden Bezeichnungen vorhanden sein muß, um eine Verwechslung des § 16 UrWG. annehmen zu können. Das gilt nicht nur

gelegt werden, und zwar desto leichter, je vertrauter dem Betrachter das Wort „Kant“ als Hinweis auf die Kl. und ihre Waren ist. Bei dieser Sachlage muß angenommen werden, daß bei einem „maßgeblichen großen Teil des in Betracht kommenden Publikums“ die von der Kl. behauptete Verwechslungsgefahr besteht. Ob diesem Teile des Publikums bekannt ist, nach welchen Regeln gedanklicher oder vorstellungsmäßiger Assoziation Verwechslungen zustande kommen, und ob und inwieweit es sich bei diesen inneren Abläufen um bewußte oder unbewußte Vorgänge handelt, ist rechtlich unerheblich. Es sei jedoch zwecks Vermeidung von Mißverständnissen darauf hingewiesen, daß die hier angestellten Erwägungen über das Verhalten der — als wichtigste Interessenten in Frage kommenden — flüchtigen „Durchschnittsbetrachter“ klarstellen sollen, welche Wirkungen tatsächlich bei diesen Durchschnittsbetrachtern ausgelöst werden. Daß zum Zwecke einer derartigen Klarstellung häufig auf „psychologische Zusammenhänge“ hingewiesen werden muß, in die in den Kreisen der Interessenten selbst keine Einsicht besteht, ist unvermeidbar und macht die auf der Erfahrung beruhenden Feststellungen nicht — wie Minz (GewRSch. 1931, 1084) anzunehmen scheint — zu „wissenschaftlichen Konstruktionen“, die bei der Urteilsbegründung „ganz auszuschalten“ sind. Es handelt sich hier um ein Gebiet, auf dem unbewußte (oder unterbewußte) Vorgänge eine geradezu entscheidende Rolle spielen. Hiermit und mit einer Reihe anderer Tatsachen hängt es zusammen, daß in den Kreisen der Interessenten vielfach keine Einsicht in die maßgeblichen psychologischen Zusammenhänge besteht. Dieses Fehlen der Einsicht spricht jedoch nicht gegen das tatsächliche Vorhandensein dieser Zusammenhänge. Die Prüfung derartigen Zusammenhänge hat — als ein wichtiger, vielleicht als der wichtigste Auschnitt aus der „Psychologie des flüchtigen Durchschnittsbetrachters“ — dazu geführt, daß sich während der letzten Jahrzehnte die Einsicht in das Wesen der Verwechslungsgefahr wesentlich vertieft hat, und daß in der Rechtslehre und der Rechtsanwendung in zahlreichen Fällen Zeichen für Verwechslungsfähigkeit erklärt worden sind, deren Verwechslungsfähigkeit früher allgemein oder fast allgemein verneint worden wäre und auch gegenwärtig noch vor allen denen verneint wird, denen die „Psychologie des flüchtigen Durchschnittsbetrachters“ unbekannt ist.

Allen diesen wird es eine Selbstverständlichkeit sein, daß auch im vorliegenden Falle von einer Verwechslungsgefahr keine Rede sein kann. Es ist auch anzuerkennen, daß es sich hier um einen Fall handelt, der fast genau auf der Grenze liegt. Aus den oben angegebenen Gründen muß jedoch angenommen werden, daß das VG. und wohl auch das RPat. die psychologischen Zusammenhänge nicht richtig bewertet haben. Es darf als sicher gelten, daß auch die Bekl. auf Grund einer zwar unrichtigen, aber naheliegenden Betrachtungsweise zu der Überzeugung gelangt sind, daß eine Verwechslungsfähigkeit nicht besteht. Ein zum Schadenersatz verpflichtendes Verschulden der Bekl., die sich mit zwei besonders sachkundigen Instanzen in Übereinstimmung befinden, kann bei einer Sachlage wie der hier gegebenen nicht anerkannt werden.

(RG., Ur. v. 12. Okt. 1931, 31 U 7006/31.)

Mitgeteilt von RWR. Dr. Caro, Berlin.

Frankfurt a. M.

5. § 38 VerUG. vom 19. Juni 1901. §§ 346, 812 BGB. Die Tatsache, daß der Verleger es erhebliche Zeit hindurch (fast 1½ Jahre) unterlassen hat, das ihm vom Verfasser übergebene Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten, und dadurch dem Verfasser die Möglichkeit der Verwertung

für § 16 UrWZ., sondern auch für § 12 BGB., §§ 12, 20 WbZG. Das WbZG. setzt in seinen §§ 12, 20 WbZG. die Übereinstimmung oder eine der Übereinstimmung gleichkommende Ähnlichkeit der Zeichen voraus. Daß das eine Unternehmen mit dem anderen verwechselt wird oder zwischen beiden Unternehmungen in Wirklichkeit nicht vorhandene Beziehungen angenommen werden, ist ein Gesichtspunkt, der für den Wettbewerbsstatbestand in Betracht kommt. Er ist, allgemein ausgedrückt, eine der häufigsten Voraussetzungen rechtswidriger Verletzung des Persönlichkeitsrechts auf freie, ungehinderte gewerbliche Tätigkeit (vgl. auch Kirchberger, Unlauterer, sittenwidriger und unerlaubter Wettbewerbs S. 68 f.). Rechtspolitisch tritt das WbZG. auch dieser Verwechslungsgefahr entgegen. Der Kampf gegen verwechslungsfähige Zeichen dient diesem Ziel. Ist die Verwechslungsfähigkeit der Zeichen zu bejahen, dann mag die Schlussfolgerung bezüglich der Verwechslungsgefahr der Betriebe gerechtfertigt sein. Aber aus der Verwechslungsgefahr bezüglich der Betriebe folgt keineswegs auch umgekehrt die Verwechslungsfähigkeit der Bezeichnungen.

Der Kl. hatte ganz richtig das Verhalten der Bekl. als „unlauterer“, besser als unerlaubter Wettbewerbs bezeichnet. Der Klage war m. E. nach §§ 1004, 823 BGB. im wesentlichen stattzugeben. Dagegen war sie weder zeichenrechtlich noch nach § 12 BGB., noch nach § 16 UrWZG., begründet.

RI. Prof. Dr. Hans Kirchberger, Leipzig.

während dieser Zeit entzogen hat, gehört zu den Umständen i. S. des § 38 VerUG., die die teilweise Aufrechterhaltung des Verlagsvertrages rechtfertigen. Der dem Verfasser gewährte Vorschuß kann in diesem Falle nicht zurückverlangt werden. †)

Der Verlag ist seinen Verpflichtungen aus dem mit der Bekl. abgeschlossenen Verlagsvertr. nicht nachgekommen, indem er trotz mehrfacher Aufforderung mit der Drucklegung des von der Bekl. dem Verlag übergebenen Werkes nicht begonnen hat. In den Vorprozessakten ist der Verlag durch Ur. v. 12. März 1929 zur Erfüllung des Verlagsvertr. verurteilt worden. Nachdem der Verlag zusammengebrochen, der Inhaber gestorben und die Kl., seine Witwe, den Offenbarungszeit geleistet hat, hat die Bekl. — nach Fristsetzung v. 18. April 1929 — mit Schreiben v. 25. April 1929 der Kl. gegenüber erklärt, sie trete vom Verlagsvertr. zurück, rechne mit dem durch das Verhalten des Verlags entstandenen Schaden auf und behalte sich weitere Schadenersatzanspr. vor. In diesem Schreiben liegt ein wirksamer Rücktritt der Bekl. gem. §§ 32, 30 VerUG. Einer Fristbest. gem. § 30 bedurfte es nicht, da die Voraussetzung des § 30 Abs. 2 gegeben war. Einer Fristbest. bedarf es hiernach nicht, wenn die Leistung unmöglich ist (vgl. § 275 Abs. 2 BGB.), z. B. wenn der Verleger in Vermögensverfall geraten ist (vgl. Allfeld, Das Verlagsrecht, 2. Aufl., 1929, S. 159).

Wenn die Kl. nach der Rückgabe des Manuskripts an die Bekl. jetzt ihrerseits Rückzahlung des der Bekl. auf Grund des Verlagsvertr. gegebenen Vorschusses begehrt, so kann sie ihren Anspr. nicht aus § 346 BGB. herleiten. Das angef. Ur. ist zu dem gegenteiligen Ergebnis gekommen, weil es die Besonderheiten des Verlagsrechts nicht berücksichtigt hat.

Die Wirkungen des Rücktritts vom Verlagsvertr. werden in §§ 37, 38 VerUG. besonders geregelt. Der Fall des Rücktritts nach Ablieferung des Werkes (§ 38 VerUG.) liegt hier vor. Welche Umstände das Gericht i. S. dieser gesetzlichen Best. für maßgebend erachten will, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen. § 38 erklärt deshalb an erster Stelle die Lage des einzelnen Falles für maßgebend.

Der Verlag ist im vorl. Fall zur Erfüllung des Verlagsvertr. rechtskräftig verurteilt worden. Er hat die Nichterfüllung zu vertreten. Die Bekl. hat auf Grund des Verlagsvertr. v. 2. Jan. 1928 dem Verlag ihr Manuskript übergeben und hat es erst am 12. Juni 1929 zurückgehalten. Ihr war daher auf Grund des Verlagsvertr. fast 1½ Jahre die Frucht ihrer Arbeit entzogen. Es erscheint ohne weiteres glaubhaft, daß eine Verwertung des Werkes jetzt, nach Ablauf so langer Zeit, weniger Erfolg verspricht, wie unmittelbar im Anschluß an den z. B. des Abschlusses des Verlagsvertr. im Stadtblatt der Frankfurter Zeitung erfolgten Abdruck, der als ausichtsreiche Reklame zu werten ist. Es ist weiter vor allem zu beachten, daß der dem Schriftsteller auf Grund des Verlagsvertr. gegebene Vorschuß ihm in der Regel zum Leben dient und dafür bestimmt ist.

Das alles sind vorliegend „Umstände“ i. S. des § 38 VerUG., die nach gesetzlicher Vorschr. die Wirkung haben, daß trotz des aus §§ 30, 32, 32 a. a. O. erfolgten Rücktritts vom Verlagsvertr. dieser im vorl. Fall nicht bestehen bleibt, daß die Rückzahlung des der Bekl. gegebenen Vorschusses nicht zu erfolgen braucht.

Der vorl. Fall ist in der höchstgerichtlichen Spr. noch nicht entschieden. Es wird jedoch im Schrifttum überwiegend derselbe Standpunkt vertreten wie hier (vgl. Allfeld, Verlagsrecht, 2. Aufl.,

Zu 5. 1. Dem Ur. ist zuzustimmen.

Gem. § 38 VerUG. hängt es von den Umständen des Einzelfalles ab, ob ein Rücktritt vom Verlagsrecht als Kündigung wirkt und somit den Verlagsvertr., soweit Parteilistung bereits erfolgt ist, aufrechterhält, oder ob die reinen Rücktrittsfolgen nach § 346 BGB. eintreten. Als solche rechtserhebliche Umstände sieht das Ur. m. E. die Tatsache an, daß der Verlag fast 18 Monate die Handschrift des Verf. in Besitz hatte, ohne das Werk zu vervielfältigen und zu verbreiten, und damit auf die gleiche Zeit dem Verf. die Möglichkeit der Verwertung genommen hat.

Das Ur. hat damit den Sinn des § 38 VerUG. richtig erkannt, insofern es die Äquivalenz der Leistungen aus dem Verlagsvertr. hergestellt, als gleichwertig die vertragliche Überlassung der Handschrift auf 1½ Jahre zu Zwecken der verlagsmäßigen Verwertung und die vertragsmäßig erfolgte Zahlung des Honorars behandelt hat.

2. Diesem Fall eines durch Verschulden einer Verlagspartei nicht realisierten Vorschusses begegnet man in der Praxis selten. Regelmäßig liegt es so, daß der vom Verleger an den Verf. à conto seines Abschonors gezahlte Vorschuß dadurch nicht realisiert wird, daß der Abf. nicht den von beiden Parteien erwarteten Umfang hat, so daß der Verleger nunmehr von seinem Recht der Verrentung (Hoffmann: GewRSch. 1931, 843) Gebrauch macht. Ob in einem solchen Falle der Verf. das zuviel gezahlte Honorar zurückzahlen muß, ist durch die ordentlichen Gerichte noch nicht entschieden. M. E. ist, ohne daß § 38 VerUG. Anwendung finden kann, die Frage zu bejahen (§§ 812 ff. BGB.).

RI. Dr. Willy Hoffmann, Leipzig.

1929, S. 191, Anm. C I 4 zu §§ 37, 38, S. 191 u. 193, II 6 u. 8a; Rohler, Urheber- und Verlagsrecht 1907, S. 332, VI 77; Hoffmann, Verlagsrecht 1925, S. 147; Voigtländer-Fuchs, Die Gesetze betr. das Urheberrecht und das Verlagsrecht, 2. Aufl. zu § 38 VerUG).

(OLG. Frankfurt, 3. ZivSen., Ur. v. 7. März 1932, 3 U 419/31.)
Mitgeteilt von R. Dr. Albrecht Drey, Leipzig.

*

München.

6. §§ 455, 929 BGB. Eigentumsvorbehalt auf der Faktura. †)

(OLG. München, 3. ZivSen., Ur. v. 15. Juni 1931, 461/31 III.)
Abgedr. JW. 1932, 1668^b.

*

7. § 42 VerUG. Zur Rechtsstellung des Herausgebers eines fachwissenschaftlichen Kalenders. †)

Im Verlag der Bekl. erscheint seit über 50 Jahren ein fachwissenschaftlicher Kalender, der aus dem eigentlichen Kalender, dem sog. Teil I und einem fachwissenschaftlichen Teil II besteht. Der Kl. wurde nach dem Ableben des früheren Bearbeiters für den wasserrechtlichen Teil i. Z. 1921 zur Herausgabe dieses Teils von der Bekl. bestellt; er bearbeitete auch die Kalender für die Jahre 1922 bis 1928.

Im April 1928 kündigte die Bekl. dem Kl. seine Stellung für den Jahrgang 1929.

Der Kl. erwiderte, daß seine Stellung erst mit seinem Tode oder seiner Arbeitsunfähigkeit oder seinem Rücktritt vom Berufsleben endige und daher nicht jederzeit kündbar sei.

Das OLG. verurteilte zur Zahlung von 250 M.

1. Es handelt sich um einen Werkvertrag nach §§ 631 ff. BGB, der aber auch urheber- und verlagsrechtliche Elemente, insbes. gem. §§ 41 ff. VerUG, in sich schließt.

Die Aufgabe des Kl. bestand nach dem Vertrag im wesentlichen darin, den wasserrechtlichen Teil des Kalenders zu bearbeiten, und zwar sowohl in den Jahrgängen, in welchen derselbe einen besonderen Bd. II des Kalenders bildete, als auch in den anderen Jahrgängen, in welchen dieser Teil der nur in einem Band erschienenen Kalenderausgabe einberleibt war. Eine Umarbeitung des gesamten wasserrechtlichen Teils sollte der damit verbundenen erneuten Druckkosten wegen möglichst vermieden werden und es sollten daher nur jeweils einzelne erneuerungsbedürftige Abschnitte neu abgefaßt, dagegen im übrigen der alte Satz möglichst belassen werden.

Zu 6. A. Anm. Rühl, ebenda.

B. Den Ausführungen des Ur. kann im allgemeinen beigetreten werden. Für ein wichtiges Handelsgewerbe, nämlich für den deutschen Buchhandel, gilt aber eine besondere Regelung.

Auf Grund der buchhändlerischen Verkehrsordnung v. 7. Mai 1931 und auf Grund der Lieferungsbedingungen des Verlegervereins gelten für den Buchhandel gewisse Sonderbestimmungen. In § 17 VerUG. heißt es unter a): „Werden bestellte Werke unter einem Vorbehalt, d. h. einer einseitigen Willenserklärung, gesandt und ist dies auf der Rechnung auffällig und unzweideutig vermerkt, so gilt die Sendung als angenommen und der Vorbehalt als genehmigt, wenn der Sortimenter nicht unverzüglich nach Empfang der Sendung widerspricht.“ Auf den Fakturen der Verleger wird meistens ein Vorbehalt gemacht, wonach die Lieferung auf Grund der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen des deutschen Verlegervereins erfolgt. Es muß auch als allgemein bekannt angesehen werden, daß die Lieferungen jedes Verlegers auf Grund dieser Bedingungen erfolgt. Diese Bedingungen sind seit Jahren wiederholt in den maßgebenden Blättern veröffentlicht worden. Es ist auch stets dabei darauf besonders hingewiesen worden, daß in Zukunft sämtliche Lieferungen aller Verleger nur nach diesen Bedingungen ausgeführt würden. Wie O. I. Berlin v. 29. Mai 1929, 94 O 529/28, ausführt, kann gesagt werden, daß es Allgemeingut des ganzen deutschen Buchhandels geworden ist, daß ein Verkauf von Büchern nur unter den vorerwähnten Bedingungen erfolgt und daß diese Bedingungen u. a. zum Inhalt haben, daß sich die Verkäufer das Eigentum an den gelieferten Büchern bis zur vollständigen Bezahlung vorbehalten.

Für den deutschen Buchhandel ist die Frage, die hier behandelt wird, also dahin zu beantworten, daß der Sortimenter, wenn er den Vorbehalt nicht genehmigen will, unverzüglich nach Empfang der Sendung widersprechen muß. Nach der VerUG. hat in diesem Falle der Verleger die Sendung zurückzunehmen, und der Verleger trägt die Gefahr und Kosten der Hin- und Rücksendung.

R. Dr. Leibl, Berlin.

Zu 7. Das Urteil ist in seinen Ausführungen zu 3 verfehlt. Die Frage, ob dem Verf. des Beitrages zu einem Sammelwerke

über die Zeitdauer des Vertragsverhältnisses ist bei der Vertragsschließung nichts ausdrücklich festgelegt worden, es ist daher diese Frage nach der Natur der Sache und dem erkennbaren Parteiwillen zu beurteilen. Mit Recht führt der Ertrichter diesbezüglich aus, daß der Vertrag nicht auf Lebenszeit des Kl. wirksam sein sollte, sondern nur auf die für die jeweilige teilweise Umarbeitung des wasserrechtlichen Teils von den Streitparteien in Aussicht genommene Zeit von etwa drei Jahren gelten sollte.

Der Erhebung des angebotenen Beweises dafür, daß dem Vorgänger des Kl. die Kalenderbearbeitung auf Lebensdauer übertragen war, bedarf es nicht, da keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß das Rechtsverhältnis des Vorgängers für das der Streitparteien maßgebend sein sollte.

2. Wenn nach dem Ausgeführten der Vertrag der Streitparteien auf drei Jahre geschlossen war, so war trotzdem die Bekl. nach § 649 BGB. berechtigt, jederzeit zu kündigen. Der Kl. konnte in diesem Fall die vereinbarte Vergütung verlangen; er mußte sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erworben bzw. zu erwerben böswillig unterlassen hatte.

Den Nachweis dafür, daß der Kl. Aufwendungen erspart oder seine Arbeitskraft anderweitig verwertet hat bzw. verwerten konnte, bedarf es nicht, weil bei einem wissenschaftlich und praktisch außerordentlich tätigen Manne, wie es der Kl. ist, mit Sicherheit anzunehmen ist, daß er seine durch die Vertragskündigung freigewordene Zeit und Kraft anderweitig ausnützen konnte und weil der Kl. alle Aufwendungen, soweit er sie nicht schon gemacht hatte, von der Kündigung an erspart hat. Der Kl. hat seinerseits Beweis dafür angetreten, daß er im Zeitpunkt der Kündigung schon Vorarbeiten für die Bearbeitung der nächstfolgenden Jahrgänge, also für 1929 ff., gemacht und dafür Aufwendungen gehabt habe. Das Gericht ist aber auch ohne weiteren Beweis in der Lage zu beurteilen, in welchem Umfange der Kl. zur Zeit der Kündigung schon Aufwendungen gehabt hatte. Es ist nämlich bei der Art der vom Kl. zu leistenden Tätigkeit selbstverständlich, daß er schon längere Zeit vor der Herausgabe des betreffenden Kalenderjahrgangs das zur teilweisen Umarbeitung und zur Ergänzung des wasserrechtlichen Teils erforderliche Material sammeln und auf den neuesten Stand bringen, ferner schriftliche Anfragen an die beteiligten Kreise erlassen und Reisen zur Erlangung von Aufschlüssen machen mußte. Es war also bei der im April 1928 erfolgten Kündigung die Arbeit für den Jahrgang 1929 schon größtenteils erledigt und auch, wenn auch in geringerem Maße, Vorarbeit für 1930 und 1931 entfaltete. Es kommt nicht darauf an, daß den Herren, die den Jahrgang 1929 des Kalenders herausgegeben haben, keine Notizen oder Vorarbeiten des Kl. vorgelegen haben, da für die Festsetzung des dem Kl. zuzurechnenden Betrags nur der Ge-

gem. § 42 VerUG. neben dessen Verleger die anderweite Verfügung über seinen Beitrag verbleibt, hat nichts mit der Frage zu tun, wie lange der Verleger des Sammelwerkes über den Beitrag verfügen darf. Darum sind die an sich zutreffenden, vom Urteil in Bezug genommenen Ausführungen Hilffelds für die Entscheidung der Streitfrage unerheblich. Goldbaum spricht von den Voraussetzungen, unter denen das Urheberrecht des Dienstverpflichteten ausdrücklich oder stillschweigend auf den Dienstherrn übergeht. Das Urteil enthält kein einziges Tatbestandsmerkmal, aus dem eine solche Übertragung geschlossen werden könnte. Grundsätzlich aber verbleibt dem Verf. das Urheberrecht (vgl. Hillig 385 Gutachten Nr. 1 und 4). Nach § 41 VerUG. gelten die Bestimmungen des Gesetzes auch für derartige Beiträge, soweit sich aus den §§ 42—46 nichts anderes ergibt. Es gilt auch § 5 Satz 1, nach welchem der Verleger mangels einer besonderen Abrede nur zu einer Auflage berechtigt ist. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Ansicht Hilligs (a. a. O. Nr. 148), nach welcher der Verf. eines Beitrages sich auf § 5 nicht berufen kann, sofern der Herausgeber mit dem Verleger einen Vertrag über mehrere Auflagen geschlossen hat, in diesem Umfange richtig ist; denn daß dieser Fall vorliegt, ergibt das Urteil nicht. Grundsätzlich wird davon auszugehen sein, daß bei einem jährlich erscheinenden Sammelwerk wie einem Kalender, das regelmäßig neu bearbeitet werden muß, der Verleger über den Beitrag nur so lange verfügen darf, als dessen Verf. sich damit einverstanden erklärt, daß also § 5 anzuwenden ist. Der Standpunkt des Urteils, daß der Verleger über den Beitrag auch dann verfügen könne, wenn der Urheber keinerlei Leistung mehr erhält, daß er also fremdes geistiges Eigentum ohne Vergütung nutzen darf, entspricht weder der herrschenden Auffassung vom Urheberrecht noch dem Gesetze.

Nach der Satz, daß ein wissenschaftlich und praktisch tätiger Mann mit annähernder Sicherheit seine freigewordene Zeit und Kraft anderweitig ausnützen könne, regt bei demjenigen, der die Verhältnisse kennt, stark zum Widerspruch an.

R. Dr. Marwitz, Berlin.

sichtspunkt entscheidend ist, ob und in welcher Höhe der Kl. Aufwendungen gehabt hat bzw. in welchem Umfange ihm solche erspart worden sind.

3. Der Kl. macht zur Begründung seines Anspruchs noch einen weiteren Gesichtspunkt geltend. Er behauptet nämlich, daß ihm Urheberrechte an dem von ihm wiederholt, und zwar zuletzt i. J. 1927 bearbeiteten Teil zuständen und daß die Bekl. nach den Grundrissen des Urheberrechts oder aus dem Rechtsgrunde der unerlaubten Handlung wegen Verletzung des Urheberrechts oder schließlich wegen ungerechtfertigter Bereicherung zur Leistung in der geltend gemachten Höhe verpflichtet sei.

Es ist nun allerdings richtig, daß nach § 42 VerL.G. der Verf. die Verfügung über die anderweitigeervielfältigung und Vorbereitung seines Beitrags hat, sofern nicht aus den Umständen zu entnehmen ist, daß der Verleger das diesbezügliche ausschließliche Recht erhalten soll. Letzterer Ausnahmefall ist aber bei den Beiträgen zu einem Kalender oder Almanach und ebenso bei der Bearbeitung eines solchen anzunehmen (vgl. dazu auch Mifefeld, Verlagsrecht, 2. Aufl., § 42 Anm. 3; Goldbaum, Urheberrecht und Urhebervertragsrecht, 2. Aufl., § 2 Anm. III A. 48/49).

Es kann sonach der Kl. daraus, daß die Bekl. seine Bearbeitung der Jahrgänge 1922—1928 weiterbenutzt hat, keine urheberrechtlichen Ansprüche ableiten. Damit entfallen auch seine diesbezüglichen Ansprüche aus dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung oder der ungerechtfertigten Bereicherung.

(OLG. München, Urt. v. 20. Okt. 1930, VerReg. L. 1333/29, II.)

Mitgeteilt von N. Dr. Oskar Gerstle, München.

Stuttgart.

8. § 1 GebR-MustG. Auch eine durch Vertrauensbruch erfolgte offenkundige Vorbenutzung hat zur Folge, daß das Modell des Kl. nicht als neu gelten kann.

Der Kl. bestreitet die Offenkundigkeit der Benutzung, weil der Bekl. beim Verkauf an D. seiner vertraglichen Verpflichtung zur Verschwiegenheit zuwidergehandelt habe. Auch wenn eine vertragliche Schweigepflicht des Bekl. angenommen wird, steht sie der Annahme der Offenkundigkeit der Benutzung des D. dann nicht entgegen, wenn der Bekl. die Ware unter Bruch seiner Schweigepflicht abgegeben hat. Denn „offenkundig“ erfolgt ist die Benutzung dann, wenn der Bekl. beim Inverkehrbringen des Modells nichts getan hat, um bei dem Benützungssakte seines Abkäufers die Möglichkeit der Verbreitung des Erfindungsgebildens auf einen unbestimmten Kreis von Personen zu verhüten (Damm, Patentrecht S. 171; Piezker, PatG. § 2 Anm. 28). Nur dann hätte nach der Rspr. die Offenkundigkeit verhütet werden können, wenn der Bekl. dem D. die Geheimhaltung des Modells bis zu seiner Anmeldung zur Pflicht gemacht hätte, was aber gerade nicht geschehen ist.

Zu 9. I. Die Entsch. befaßt sich mit der Verfallenerklärung von Bestechungsgeldern, die an einen kaufmännischen Angestellten gezahlt worden sind (§ 12 UnlWG.). Problematisch wird diese Verfallenerklärung hier, weil nach der herrschenden, auch vom RG. zugrunde gelegten Ansicht dem Prinzipal ein Anspruch auf Herausgabe eben dieser Bestechungsgelder nach § 667 BGB. (Geschäftsführung) zusteht. Daß diese Rechtsauffassung nicht bedenkenlos ist, ist schon mehrfach, neuerdings auch von Callmann (§ 12 Anm. 38) betont worden. Weht man aber mit dem RG. davon aus, daß die Voraussetzungen eines Herausgabeanpruchs des Geschäftsherrn an sich gegeben sind, wie es der Verkehrsauffassung zweifellos entsprechen dürfte, dann erhebt sich die Frage, in welcher Weise Verfallenerklärung und Herausgabeanpruch des Prinzipals aufeinander einwirken, inwieweit sie sich evtl. gegenseitig ausschließen.

II. Wesentlich sind drei verschiedene Ansichten hierüber möglich und im Schrifttum vertreten.

Die erste von Staub-Bondi (§ 59 HGB. Anm. 46), Düringer-Hachenburg (§ 59 HGB. Anm. 1), Warneher (§ 667 BGB. S. 1197) vertretene Ansicht geht dahin, daß einerseits der Anspruch des Prinzipals wegfällt, soweit im Urte. das Empfangene oder sein Wert dem Staate verfallen erklärt ist, andererseits aber auch eine solche Verfallenerklärung nicht mehr ausgesprochen werden kann, wenn zuvor der Prinzipal seinen Herausgabeanpruch geltend gemacht hat. M. a. W. die Priorität entscheidet.

Die zweite von Rosenthal (UnlWG. § 12 Nr. 41) geäußerte Ansicht gibt dem Geschäftsinhaber nur dann einen Anspruch auf die Schmiergelder, wenn sie noch nicht nach § 12 Abs. 3 für verfallen erklärt sind. Die Verfallenerklärung aber soll unabhängig davon erfolgen müssen, ob schon eine Herausgabe an den Prinzipal stattgefunden hat. Der staatliche Anspruch ist der stärkere.

Nach der dritten, von Baumhach (UnlWG. S. 274) vertretenen Auffassung stehen Verfallenerklärung und Anspruch des Prinzipals völlig selbständig nebeneinander, sie beeinträchtigen sich

Der Kl. beruft sich mit Unrecht auf die gegenteilige Praxis des RPatA.: MuW. XXXI, 404 und RG. 122, 245¹⁾ = MuW. XXIX, 132. Hier ist ausgesprochen, daß zwar eine durch Vertrauensbruch in die Öffentlichkeit gelangte Kenntnis für die Frage der Offenkundigkeit auszureichen hat. Dieser Kenntnisnahme ist aber in RG. 122, 245 gegenübergestellt die der Allgemeinheit kundgebende Vorbenutzung selbst. Es ist gesagt, daß bloße Mitteilungen über das Vorhandensein der Vorbenutzung nicht genügen, vielmehr die Wahrnehmung und Wahrscheinlichkeit der Vorbenutzung selbst entscheidend sei. Hiernach kann es keinen Zweifel unterliegen, daß die Benutzung durch D. offenkundig war.

(OLG. Stuttgart, Urt. v. 6. Mai 1932, Nr. 88/31.)

Mitgeteilt von N. Dr. Geß, Stuttgart.

Berlin.

b) Straffachen.

9. § 12 Abs. 3 UnlWG. Bestechungsgelder sind auch wenn sie vor dem Strafurteil dem Geschäftsinhaber herausgegeben worden sind, dem Staate für verfallen zu erklären.†)

Der angekl. Geschäftsführer einer Kokshandels-gesellschaft hat sich von dem mitangekl. Fuhrunternehmer an dessen Verdienst aus den von der Gesellschaft gezahlten Abfuhrlohnern beteiligen lassen. Seine Bestrafung aus § 12 UnlWG. ist gerechtfertigt. Namentlich stand der im Urte. enthaltene Erklärung, daß die vom Beschw. empfangenen 8550 M dem Staate verfallen seien, nicht der Umstand entgegen, daß der Beschw. bereits vorher auf die Klage der Gesellschaft zur Rückzahlung der empfangenen Summe rechtskräftig verurteilt worden war und sodann mit der Firma Abzahlung dieser Summe in Raten vereinbart hatte. Die Ansicht, daß die Herausgabe empfangener Bestechungsgelder an den Geschäftsinhaber die spätere Verfallenerklärung ausschliesse, wird zwar von verschiedenen Schriftstellern vertreten (vgl. Staub-Bondi, 12. u. 13. Aufl., § 59 HGB. Anm. 46; Warneher, Komm. zu § 667 BGB.; Staudinger-Rober, § 667 BGB., Anm. 1 b Abs. 5; Pinner-Ghà, § 12 UnlWG., Anm. VII 2). Dieser Ansicht ist jedoch nicht zu folgen: Zwar kann der Geschäftsinhaber gegen den bestochenen Angestellten auf Grund des § 667 BGB. einen Anspruch auf Herausgabe der empfangenen Bestechungsgelder nicht mehr geltend machen, wenn durch Strafurteil das Empfangene dem Staate für verfallen erklärt ist. Dagegen kann, wenn der Geschäftsinhaber das Empfangene oder dessen Wert sich von seinem Angestellten herausgeben läßt oder durch Klage von ihm erlangt, dadurch die gesetzliche Regelung des § 12 Abs. 3 UnlWG. nicht durchkreuzt werden. Die Verfallenerklärung ist im öffentlichen Interesse zwingend vorgeschrieben. Dieser Vorschr. ist unter allen

1) ZB. 1929, 1004.

gegenseitig nicht. Man wird sich für eine dieser Lösungen entscheiden müssen, wenn auch zuzugeben ist, daß in jedem Falle eine gewisse Unebenheit in Kauf genommen werden muß: Nach der zuletzt genannten Baumhachschen Ansicht hat der Angestellte planmäßig doppelt zu leisten. Nach der zweiten Ansicht (Rosenthal) hängt es von einem Zufall ab, ob der Angestellte einfach oder doppelt belastet wird. Die zuerst erwähnte Ansicht läßt den Zufall darüber entscheiden, an wen die Bestechungsgelder herausgegeben werden müssen.

III. Das RG. entscheidet sich unter Berufung auf die öffentlich-rechtliche Natur des Anspruchs aus § 12 UnlWG. für die Ansicht Rosenthals. Mir scheint die an erster Stelle erwähnte Lösung, wenn sie auch nicht vollkommen ist, die billigere zu sein und dem Sinn der Verfallenerklärung besser gerecht zu werden. Wenn auch im Gesetz als Gegenstand der Einziehung neben dem Erlangten selbst dessen Wert genannt ist, so wird man doch berücksichtigen müssen, daß es sich hier nicht um eine eigentliche Geldstrafe handelt, die nur insoweit eine Besonderheit aufweise, als ihre Höhe nach dem Wert eines bestimmten Gutes festzusetzen wäre. Sinn und Zweck der Verfallenerklärung erschöpfen sich vielmehr darin, zu verhindern, daß der Angekl. im ungestörten Genuß der strafbar erlangten Vorteile bleibt. Darum muß die Verfallenerklärung aber gegenstandslos werden, wenn der Vorteil dem Täter schon entzogen ist. Auch RGSt. 54, 215 ff. betont (zu § 12 UnlWG.), daß das Empfangene (oder dessen Wert) von der Verfallenerklärung nur da erfasst werden könne, wo es sich befindet, daß aber nicht der Bestechende schlechthin und o. w. neben seiner Strafe noch eine Vergütung zu leisten habe, die dem Wert des von ihm hingegebenen Bestechungsmittels entspreche. Zur Begr. beruft sich das RG. darauf, daß die Verfallenerklärung auf die gemeinrechtliche Lehre des *lucrum turpe extorqueri* zurückzuführen sei, wenn auch nicht daraus geschlossen werden dürfe, daß die Maßnahme heute ihrem Wesen nach als bürgerlich-rechtliche aufzufassen sei. Nun handelt es sich allerdings in dem vom RG.

Umständen Geltung zu verschaffen. Der Anspruch des Staates kann weder durch vertragliche Abmachungen noch durch ein die Ansprüche des Geschäftsherrn befriedigendes Ur. verkürzt werden (vgl. Rosenthal, 8. Aufl., § 12 UnW. R. 41; Baumbach, Wettbewerbsrecht, Kap. 94, D II).

(RG., Ur. v. 7. März 1932, 3 S 44/32.)

Mitgeteilt von RGR. Rothmann, Berlin.

Dresden.

10. §§ 7, 9 UnW. Zum äußeren und inneren Tatbestand des § 7 Abs. 2.)

Die Bek. der Kreishauptmannschaft gründet sich auf die in § 7 Abs. 2 UnW. den höheren Verwaltungsbehörden erteilte gesetzliche Ermächtigung, für die Ankündigung bestimmter Arten von Ausverkäufen die vorherige Anzeige über Grund und Beginn des Ausverkaufs sowie die Einreichung eines Verzeichnisses der auszuverkauften Waren anzuordnen. Darüber, ob die Ankündigung eines Ausverkaufs i. S. des § 7 Abs. 2 vbb. m. § 9 Abs. 1 UnW. vorliegt, entscheidet nicht die Absicht und der wirkliche Wille des Ankündigenden, sondern nur die Verkehrsauffassung. Entscheidend ist stets, zu welchen Vorstellungen das Publikum oder auch nur ein nicht ganz unbeträchtlicher Teil desselben nach dem Gesamthalt der Ankündigung bei Berücksichtigung des Wesens des Ausverkaufs gelangen mußte. Wozu es die in der Bek. enthaltene Willenserklärung des Ankündigenden als Ankündigung eines Ausverkaufs auffassen, so sind die Rahmenvorschriften in §§ 7 Abs. 2, 10 Ziff. 2 UnW. anwendbar, einerlei, ob der Ankündigende hinterher wirklich einen Ausverkauf veranstaltet hat oder nicht. (Baumbach, Wettbewerbsrecht S. 242; Rosenthal, Anm. 3 zu § 7; RGSt. 45, 189). Sinn und Ziel der §§ 7, 9 UnW. einschließlich der in § 7 Abs. 2 den Verwaltungsbehörden erteilten gesetzlichen Ermächtigung gehen dahin, schwindelhaften Ankündigungen zu begegnen und zu verhindern, daß mit dem Aushängeschild „Ausverkauf“ eine unlautere Reklame getrieben wird. Dieser Zweck würde vereitelt, wenn man der unerblichen Absicht, entgegen dem Inhalt der Ankündigung in Wirklichkeit keinen eigentlichen Ausverkauf zu wollen, die Wirkung zuschreiben würde, die Anwendbarkeit des Gesetzes auszuschließen (vgl. RGSt. 45, 45).

Der Borderrichter hat angenommen, daß der Angekl. einen Teilausverkauf angekündigt hat. Teilausverkauf ist der beschleunigte Verkauf eines bestimmten Warenvorrats zwecks Räumung, der aus dem laufenden Geschäftsgang heraustritt und den Käufern besondere über das gewöhnliche Maß hinausgehende Kaufvorteile in Aussicht stellt. Ob der Inhalt der Ankündigung diese Merkmale eines Teilausverkaufs nach der Verkehrsauffassung enthielt, ist im wesentlichen

entschiedenen Tatbestand daran, ob die Verfallserklärung gegen den Bestehenden — nicht wie hier gegen den Bestochenen —, der sich nicht mehr im Genuß der Schmiere befand, möglich war. Dieser Unterschied in der Person beeinträchtigt aber die grundsätzliche Bedeutung der Ausführung des W. über die Verfallserklärung und ihre Voraussetzungen nicht.

Was den vorl. Tatbestand angeht, so hätte das RG. sich also keinesfalls mit der Betonung der öffentlich-rechtlichen Natur des Anspruchs begnügen dürfen; es hätte sich zum mindesten mit den vom RG. zutreffend hervorgehobenen Gesichtspunkten auseinander setzen müssen. PrivDoz. Dr. Reinhardt, Köln.

Zu 10. Rechtsfragen bezüglich Erlaubtheit oder Unzulässigkeit eines Ausverkaufs leiden — wie so manche andere Frage der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs — daran, daß man durch Gesetzesbestimmungen die Vielgestaltigkeit der kaufmännischen Werbetätigkeit nicht in die Bahnen lenken kann, die dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben, weil Mißstände sich von Ordnungsmäßigkeiten hier nur sehr schwer begrifflich trennen lassen. Eine sachliche Stellungnahme zu diesem Ur. des OLG. Dresden ist weiter dadurch erschwert, daß der „äußere“ Tatbestand überhaupt nicht mitgeteilt ist. Auf ihn kommt es aber für eine zuverlässige kritische Beurteilung an. Selbst wenn die RevInst. sich in dieser Hinsicht an die „Feststellungen“ des Borderrichters gebunden erachtet, so ist doch ohne selbständige Nachprüfung des äußeren Vorganges ein Ur. darüber, ob eine „Ausverkaufs“ oder eine „Sonderveranstaltungs“-Ankündigung vorlag, unerlässlich für die Rechtsfindung. Es ist ein Irrtum, diesen „äußeren“ Tatbestand so sehr als Tatfrage anzusehen; es handelt sich vielmehr um eine schwierige Rechtsfrage, weil nämlich die Unterscheidung zwischen Teilausverkauf und Sonderveranstaltung häufig kaum zu treffen ist. Ob ein „Zu-Ende-Verkaufen“ eines bestimmten Teils des Lagers als Sinn der Ankündigung anzusehen ist, bleibt ein so unsicheres Kriterium, daß sich darüber überdies auch der „äußere“ und der „innere“ Tatbestand aufs engste berühren und ein scharfer Schnitt zwischen diesen beiden ebenfalls nicht möglich ist. Das liegt in wirtschaftlichen Gründen, nicht in rechtlichen. Die rechtliche Bekämpfung des unlauteren — d. i. ungehörigen — Wettbewerbs weiß wohl, was sie will, aber die wirtschaftlichen und wirtschaftsethischen Tatsachen sind auf diesem Gebiete viel-

Tatfrage. Der W. hat dargelegt, aus welchen Umständen in der Ankündigung das Durchschnittspublikum nach seiner Überzeugung die einzelnen Begriffsmerkmale des Teilausverkaufs entnimmt. Ein Rechtsirrtum tritt in diesen Ausführungen nicht zutage. Daß die Inaussichtstellung besonderer Kaufvorteile in den Worten „extra billig“ zum Ausdruck kam, bedurfte keiner besonderen Darlegung. Auch die Begrenzung des Ausverkaufs auf einen bestimmten aus dem gesamten Warenbestand ausgeschiedenen Warenvorrat und damit das Merkmal, durch das sich der den erwähnten Gesetzesbeschränkungen unterworfenen verschleierte Ausverkauf von der erlaubten Sonderveranstaltung unterscheidet, muß das Publikum nach der Ansicht des Borderrichters aus dem Gesamthalt der Ankündigung des Angekl. herauslesen.

Über das angefochtene Ur. läßt jede Feststellung des inneren Tatbestandes vermischen. Eine eingehende Stellungnahme war hier um so mehr geboten, weil die Grenzen zwischen Ausverkauf und Sonderveranstaltung nicht scharf sind und das wesentliche Unterscheidungsmerkmal, die Beschränkung oder Nichtbeschränkung des Verkaufs auf einen bestimmten Warenvorrat, in der Ankündigung des Angekl. auch nach der Verkehrsauffassung nicht eindeutig hervortritt. Die Annahme des W. würde die Feststellung erfordern, daß der Angekl. wirklich einen Ausverkauf ankündigen wollte, oder daß er ohne diesen Willen wenigstens die Vorstellung hatte, daß das Publikum seine Ankündigung als die eines Teilausverkaufs auffassen werde, und daß er mit Wissen und Willen die Erstattung der Anzeige bei der Ortspolizeibehörde unterlassen hat. Wäre er dann trotz dieses Bewußtseins der Meinung gewesen, der Verkauf sei nicht anmeldspflichtig, so hätte er sich nur in einem unbedeutlichen Strafrechtsirrtum befunden (RGSt. 45, 189; 63, 107). Fahrlässig aber hätte der Angekl. gehandelt, wenn er in Wirklichkeit keinen Ausverkauf veranstalten wollte, seine Ankündigung auch nicht für die eines Ausverkaufs hielt, aber sich bei Anwendung der erforderlichen und ihm zukunehmenden Sorgfalt hätte sagen müssen, daß seine Ankündigung im Verkehr als Ausverkaufsankündigung verstanden werden könne.

(OLG. Dresden, Ur. v. 10. Nov. 1931, 2 Ost^a 129/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

11. § 4 Ziff. 3 LebMittG. Die Bezeichnung von Weinbrand mit „Goldbrand“ stellt eine zur Täuschung geeignete Bezeichnung dar. Hat der Angekl. seine Großabnehmer darüber aufgeklärt, daß sein „Goldbrand“ nicht Weinbrand sei, aber Etiketten mit dem Aufdruck „Goldbrand“ beigelegt, so ist es ohne Bedeutung, daß die unmittelbaren Abnehmer nicht getäuscht werden konnten.)

Die Annahme, daß schon in der Bezeichnung „Goldbrand“ für einen einfachen Trinkbranntwein, wie ihn der Angekl. her-

sach so molluskenhaft, daß aus ihnen mit Notwendigkeit der oft beklagte Mangel an Rechtsicherheit hervorgeht. Das wird sich auch wieder bei dem im Entwurf vorliegenden Zugabeverbot zeigen. Das Dresdner OLG. hat also recht, wenn es unter solchen Umständen die Sache an die Vorinstanz zurückverweist und die Beurteilung aufhebt, wohl schon aus dem Gesichtspunkt des „in dubio pro reo“. Das Ur. entspricht bezüglich der Hauptgesichtspunkte der ständigen reichsgerichtlichen Rpr., so in dem Punkte, daß es nicht auf die Bezeichnung „Ausverkauf“ in der Ankündigung ankommt, und in dem Punkt, daß es auf die Auffassung des Publikums ankommt, ob eine Ausverkaufsankündigung vorliegt oder nicht. Aber gerade letzteres ist doch ein sehr unsicheres Kriterium. Bei der so schwierigen Unterscheidbarkeit von Sonderveranstaltung und Teilausverkauf kann auch die Ansicht des Publikums nichts Maßgebendes sein, und man kann auch auf die Entsch. des RG.: OLG. Rpr. 41, 2 hinweisen, die den Begriff des Ausverkaufs für nicht gegeben erachtet, wenn in der Ankündigung kein Hinweis auf einen bestimmten ausgesonderten Warenvorrat liegt (Pinner-Elfster, Komm. S. 122). Jedenfalls aber scheint es mir zu weit zu gehen, wenn OLG. Dresden am Schluß des obigen Ur. sagt, der Angekl. handle fahrlässig, wenn er sich hätte sagen müssen, daß seine Ankündigung im Verkehr als Ausverkauf verstanden werden „könne“ (!). Was kann nicht alles vom Publikum falsch verstanden werden! Und wie soll man vom Publikum verlangen, daß es den Begriff des Ausverkaufs genauer kenne als der Jurist, der sich damit quält! Hier gerät das Recht in eine Sackgasse, aus der nur Rückkehr zu größeren Gesichtspunkten in den Ausweg finden kann.

Dr. Alexander Elfster, Berlin.

Zu 11. Das obige Urteil ist zweifellos richtig. Wer für Branntwein das Wort Goldbrand verwendet, ist sich des Anklanges dieses Wortes an Weinbrand wohl bewußt. Da durch den W. das Wort „Weinbrand“ an die Stelle des Wortes „Cognac“ getreten ist, mußte die deutsche Spiritusindustrie das Wort Weinbrand für höchste Qualitäten verwenden und insfolgedessen für dieses Wort eine starke Werbung entfalten. Damit ist jede an das Wort Weinbrand anklingende Bezeichnung eine Angabe über die Beschaffenheit, die, wenn es sich nicht um hochwertige Ware handelt, unwahr ist. W. Dr. Rudolf Callmann, Köln.

gestellt und in Verkehr gebracht hat, irreführend sei, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Die Feststellung, daß die Kennzeichnung eines einfachen Trinkbranntweins als „Goldbrand“ — ohne nähere Angaben über Herkunft, Beschaffenheit oder Zusammensetzung des Erzeugnisses — mindestens eine besondere Güte des Brand-erzeugnisses verheißt und geeignet ist, in dem jeweilig in Betracht kommenden Käuferpublikum die Vorstellung zu erwecken, es handele sich um einen hochwertigen Trinkbranntwein, einen Edelbranntwein nach Art eines Weinbranderzeugnisses, nicht aber um einen einfachen Trinkbranntwein, ist vorwiegend tatsächlicher Art.

Der Angekl. hat sein Erzeugnis unter der irreführenden Bezeichnung ausschließlich an Groß- und Kleinhändler zum Weiterverkauf an die Verbraucher abgegeben; er hat aber seinen Sendungen Etiketten mit dem Aufdruck „Goldbrand“ beigelegt, also gewollt, daß der Goldbrand auch als solcher an die weiteren Abnehmer verkauft werde. Bei dieser Sachlage ist der Vorderrichter zutreffend zu der Überzeugung gelangt, daß nach dem Willen des Angekl. die Bezeichnung „Goldbrand“ zum mindesten dazu dienen konnte, die weiteren (mittelbaren) Abnehmer des Trinkbranntweins irrezuführen. Hiernach war es für die Entsch. der Schuldfrage ohne Belang, ob die Möglichkeit der Irreführung der Kunden des Angekl. ausgeschlossen war, sei es, daß sie als Kaufleute die wirkliche Beschaffenheit des Goldbrandes kannten, sei es, daß sie von den Vertretern und Reisenden des Angekl. dessen Anweisungen gemäß aufgeklärt wurden, daß der Goldbrand nur ein einfacher Trinkbranntwein war. Entscheidend kam es vielmehr nur darauf an, ob über die Bedeutung der Bezeichnung auch den weiteren Abnehmern gegenüber genügende Aufklärung gegeben worden ist.

(OLG. Dresden, Ur. v. 10. Febr. 1932, 1 Ost 8/32.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

12. § 11 Bek. über Wohlfahrtspflege v. 15. Febr. 1917. Öffentliche Sammlung zu mildtätigen Zwecken, wenn sich jemand brieflich an andere um Geldspenden für eine Vereinigung erwerbsloser Kaufleute wendet.

Die Einrede, daß die zeitliche Geltung der Bek. v. 15. Febr. 1917 auf die Dauer des Weltkrieges beschränkt sei, ist bereits vom Vorderrichter mit zutreffender Begründung widerlegt worden. Wenn auch nach der Überschrift der Bek. der Gesetzgeber zunächst nur eine für die Kriegszeit beabsichtigte Regelung getroffen hat, so ist die Bek. doch nach der W. der Reichsregierung v. 28. Dez. 1918 (RGBl. 1919, 16) und § 1 Übergangsg. v. 4. März 1919 (RGBl. 285) i. Verb. m. der Veröffentlichung des RM. v. 5. April 1919 (RAnz. Nr. 79 I. Beil.) und der Bek. des RWirtschaftM. v. 22. Dez. 1919 (RGBl. 2138) auch nach Friedensschluß weiter in Kraft geblieben. Da der zuständige RM. von der Befugnis zu ihrer Aufhebung bisher keinen Gebrauch gemacht hat, gilt sie auch jetzt noch (vgl. Stenglein, Strafr. Nebengef., 5. Aufl., Bb. I S. 1002, Vorbem. unter Biff. 1; RGSt. 57, 380; 60, 209; RG.: HöchstRpfr. 1, 358; SanjDVGSt. 1927, 243).

Zu Unrecht rügt die Rev. ferner, daß das OLG. den Begriff der „Sammlung“ verkannt habe. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Vorderrichters hat der Angekl. eine Reihe von Firmen um scheinungsweise Überlassung von Geldspenden zur Verwendung für bedürftige und in Not geratene Mitglieder der Vereinigung „Die geistige Schicht der erwerbslosen Kaufleute L.“, deren Vorsitzender er war, angegangen und die Spenden für die Vereinigung angenommen. Damit sind die sämtlichen Begriffsmerkmale einer „Sammlung zu mildtätigen Zwecken“ i. S. von § 1 Abs. 1 Bek. v. 15. Febr. 1917 erfüllt. Auch den Begriff der „Öffentlichkeit“ hat das OLG. nicht verkannt. Denn diejenigen, von denen der Angekl. Geldspenden entgegennehmen wollte, bildeten einen in sich abgeschlossenen, bestimmt abgegrenzten Kreis von innerlich untereinander verbundenen Personen. — Der Umstand, daß der Angekl. die Sammlung in der Weise betrieb, daß er verschlossene Werbebriefe versandte, steht der Annahme einer „öffentlichen Sammlung“ nicht entgegen. Zu Unrecht stützt der Angekl. seine gegenteilige Meinung auf die Vorschrift in § 3 unter c) der sächs. W. über öffentliche Geldsammlungen v. 6. Nov. 1929 (GBl. 95). Diese Bestimmung bezieht sich nach § 2 nicht auf Sammlungen zu mildtätigen Zwecken, die von der mehrerwähnten Bek. v. 15. Febr. 1917 geregelt werden.

(OLG. Dresden, Ur. v. 25. März 1931, 1 Ost 22/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

13. §§ 43 Abs. 1, 148 Biff. 5 GewD.; §§ 1 Abs. 1, 11 Biff. 2 Bek. über Wohlfahrtspflege während des Krieges v. 15. Febr. 1917. Ein im Interesse von Erwerbslosen vorgenommener Zeitungsverkauf, aus dem für den Verkäufer kein Gewinn erstrebt wird, kann unter Umständen als Zu-

widerhandlung nach der Bek. über Wohlfahrtspflege strafbar sein.

Der Angekl. hat den Zeitungsverkauf, ohne für sich ein Vermögentsgelt erhalten oder erstrebt zu haben, nur im Interesse der Erwerbslosen vorgenommen. Wennschon hiernach die Verneinung „gewerbsmäßiger“ Tätigkeit und die Nichtanwendung der §§ 43 Abs. 1, 148 Biff. 5 GewD. zur Beanstandung keinen Anlaß bietet, so ergibt sich doch nicht, daß der ohne polizeiliche Erlaubnis im alleinigen Interesse der Erwerbslosen bewirkte öffentliche Zeitungsvertrieb auch unter dem Gesichtspunkte geprüft werden wäre, ob ein Verg. i. S. von §§ 1 Abs. 1, 11 Abs. 1 Biff. 2 Bek. über Wohlfahrtspflege v. 15. Febr. 1917, die nach wie vor in Geltung ist, in Betracht komme.

In der neuen Verhandlung wird klarzustellen sein, welchem Zwecke die Erträge des Zeitungsverkaufes zufließen sollten. Ein „mildtätiger“ Zweck i. S. der bezeichneten Bek. würde dann auszuschließen sein, wenn hierbei überwiegend politische oder wirtschaftspolitische Ziele verfolgt worden wären. Unerheblich ist dabei, ob der Wert der vertriebenen Zeitungen hinter dem von den Käufern gezahlten Entgelte zurückblieb oder ihm entsprach (vgl. Stenglein, Nebengef., 5. Aufl., Bb. I S. 1003).

(OLG. Dresden, Ur. v. 15. Sept. 1931, 2 Ost* 60/31.)

Mitgeteilt von OStA. Dr. Alfred Weber, Dresden.

*

Hamburg.

14. § 4 LebMittG.; § 74 StGB. Vertrieb von Lebensmitteln unter irreführender Bezeichnung. †)

Die Rev. ist unbegründet, soweit sie den Freispruch deshalb bekämpft, weil die Bezeichnung „feinster deutscher Edel-Kaviar“ entgegen der Annahme des OLG. irreführend sei. Das OLG. führt insoweit aus, daß im Hinblick auf die Bezeichnung der Ware als deutscher Kaviar niemand zu der Meinung kommen könne, ihm werde russische Ware, sei es von Störrogen oder anderem Fischrogen, angeboten. Kaviar aus deutschem Stör (Störrogen) befindet sich überhaupt nicht mehr im Handel und jedermann wisse heute auch, daß der deutsche Kaviar nicht aus Störrogen hergestellt werde (sondern aus irgendwelchem Fischrogen). Es könne also durch den Ausdruck „Deutscher Edel-Kaviar“ auch niemand zu der Meinung kommen, daß die Ware Störkaviar (Störrogen) enthalte. Der Ausdruck „Edel“ bedeute nur eine besonders gute Ware, und die Ware des Angekl. verdiene nach der Beweisaufnahme diese Bezeichnung. Die Rev. bekämpft diese Ausführungen, weil dem Durchschnittskäufer nicht bekannt sei, daß deutscher Störkaviar im Handel nicht mehr vorkomme. Es möge nun zwar richtig sein, daß unter „Deutschem Kaviar“ im Allgemeinen kein Störrogen (Kaviar aus Störrogen) verstanden werde; aber die Schlussfolgerung, daß auch unter „Deutschem Edel-Kaviar“ niemand Kaviar aus Störrogen verstehen könne, sei nicht begründet. Wenn jedoch, wie das OLG. ohne ersichtlichen Verstoß gegen Erfahrungssätze tatsächlich feststellt, Kaviar aus deutschem Störrogen sich überhaupt nicht mehr im Handel befindet und heute jedermann weiß, daß deutscher Kaviar nicht aus Störrogen hergestellt

Zu **14.** Während im Wettbewerbsrecht die durch Gewöhnung, Herkommen und Vorurteile manchmal ganz eigenartigen Auffassungen des Publikums als das oft beste Mittel zur Benachteiligung des Mitbewerbers von Bedeutung sind, trägt das LebMittG. unmittelbar zum Schutz des Publikums dem Umfange Rechnung, daß beim Genuß von Lebensmitteln mehr der Geschmack als der Verstand spricht. Der Schutz des Publikums in seinem Vorurteil hat sich erst allmählich in der Rspr. zum LebMittG. herausgebildet. Nach RGSt. 14, 428 betrachtet man als Verfälschung von Lebensmitteln die Veränderung ihres normalen Standes mit der Wirkung eines falschen Scheins, sei es, daß die Ware objektiv verschlechtert wurde, sei es, daß sie unter Beibehaltung ihrer bisherigen Güte ein besonderes Aussehen erhielt. Die neueste Rspr. fügt nun dem Momente der objektiven Verschlechterung und des besseren Aussehens trotz Beibehaltung der Güte als weiteres Moment die Wirkung eines außerhalb der Ware liegenden gedanklichen Vorganges hinzu. Wie RGSt. 63, 63 schon bemerkt, führt diese Rspr. zu einer Erschwerung des technischen Fortschritts im Gebiete der Lebensmittelherstellung, und es fragt sich, ob OLG. Hamburg nicht in dem vorliegenden Fall der Konservierung von Kaviar durch Zusatz von Benzoesäure in der Rücksicht auf die Empfindungen des Publikums zu weit geht. In RGSt. 63, 60 war die Verurteilung schon deshalb gerechtfertigt, weil die dort gewählte, vom Normalen abweichende Schokoladenüberzugmasse geeignet war, der Ware einen besonderen Anschein zu geben, weil die Überzugmasse verhinderte, daß man das Schlechtwerden der Ware erkannte. OLG. Dresden: ZB. 1931, 1512 hatte noch die „berechtigten“ Erwartungen des Publikums berücksichtigt. Die Rspr., die auf dem Wege weiterschreitet, den das obige Urteil weist, droht diese Rücksicht völlig außer acht zu lassen.

Soweit die Entsch. sich mit der Bezeichnung: „Feinster deutscher Edel-Kaviar“ befaßt, ist ihr nichts hinzuzufügen.

RA. Dr. Rudolf Callmann, Köln.

wird, so liegt nichts dafür vor, daß die breite Menge der Verbraucher etwa unter deutschem Edel-Kaviar eine aus Störrogen hergestellte Ware verstehen könnte. Es ist vielmehr der Schluss nicht zu beanstanden, daß der Ausbruck „Edel“ auch i. Verb. m. „deutschem Kaviar“ nur die Güte der Ware im allgemeinen bezeichnet und von den Verbrauchern nur in diesem Sinne verstanden wird.

Auch sonst lassen die Ausführungen des OLG, soweit sie das Feilhalten und Verkaufen unter der Bezeichnung „Feinster deutscher Edel-Kaviar“ betreffen, keinen Rechtsirrtum erkennen. Insbes. kann es dem Angekl. auch nicht zum Nachteil gereichen, daß er der Bezeichnung der Ware nicht den Zusatz „aus Seefischrogen hergestellt“ beigefügt hat, und zwar selbst dann nicht, wenn dieser Zusatz handelsüblich sein sollte. Inwieweit hat der Angekl. mit Recht darauf hingewiesen, daß er diesen Zusatz gar nicht hätte gebrauchen dürfen, soweit der „Kaviar“ aus Roggen von Fluß- oder Teichfischen hergestellt war.

Dagegen ist der Freispruch nach den tatsächlichen Feststellungen bisher nicht gerechtfertigt, soweit es sich um die Verfälschung durch den Zusatz von Benzoesäure (benzoesaurem Natron) handelt. Inwieweit führt das Ur. aus: Benzoesaures Natron sei ein gutes in gesundheitslicher Beziehung gänzlich unschädliches Konservierungsmittel. Der deutsche Kaviar werde regelmäßig mit einem Konservierungsmittel versetzt, weil er sich sonst nicht halte; der russische Kaviar gelange stets mit einem Konservierungsmittel nach Deutschland. Der Angekl. habe auch im vorl. Falle den „äußerst geringen“ Zusatz von benzoesaurem Natron nur deshalb vorgenommen, um die Ware wirklich zu erhalten, nicht um eine Verschlechterung zu verdecken. „Kein vernünftiger Käufer“, so erklärt das Ur. anschließend, „welcher weiß, was benzoesaures Natron ist, wird etwas gegen den äußerst geringen Zusatz dieses Mittels einzuwenden haben.“ Diese Ausführungen lassen die Möglichkeit offen, daß die Verbraucher, und zwar auch die, welche wissen, was benzoesaures Natron ist, derzeit tatsächlich eine gefühlsmäßige Abneigung gerade gegen die Verwendung von benzoesaurem Natron haben, und zwar auch dann, wenn es nur in äußerst geringer Menge zugesetzt wird. Denn der erhobene Satz der Urteilsgründe sagt nur das mit hinreichender Deutlichkeit, daß vernünftigerweise gegen die Verwendung von benzoesaurem Natron in äußerst geringen Mengen nichts einwendet werden kann. Darauf allein aber kommt es nicht an (RSt. 63, 60 ff., 62, 63). Das OLG. hätte vielmehr prüfen müssen, ob die breite Menge der Verbraucher derzeit einen — vom Standpunkte der Vernunft aus berechtigten oder unberechtigten — Widerwillen gegen den Gedanken hatte, benzoesaures Natron selbst in äußerst geringen Mengen als Zusatz zu Kaviar in sich aufnehmen zu sollen. Hierbei wird die bisher nicht erörterte Frage von Bedeutung sein, was benzoesaures Natron tatsächlich ist und wofür und wie es gewonnen wird.

(OLG. Hamburg, Ur. v. 30. Nov. 1931, R II 360/31.)

Mitgeteilt von M. Julius Levy, Hamburg.

*

15. Bloße Werturteile fallen nicht unter den § 4 UnlWG. †)

In Zeitungsanzeigen hatte der Angekl. mitgeteilt, er habe Kaffeesäcke zu verkaufen, die sich zu einem starken Handtuchstoff verwenden ließen; aus jedem Kaffeesack ließen sich leicht zwei

Zu 15. An dem Ur. fällt das besondere Gewicht auf, das auf den Begriff „Werturteil“ gelegt wird. Die Behauptung von der Eignung der Kaffeesäcke als starkem Handtuchstoff, d. h. aus jedem Kaffeesack ließen sich zwei gute und brauchbare Handtücher anfertigen, sei — so meint das OLG. — keine Angabe i. S. des § 4 UnlWG. Dabei überblickt es, daß der Gegensatz Werturteil-Tatsachenbehauptung, den es im Auge hat, bei §§ 3, 4 UnlWG. als überwinden gelten darf. Er hatte noch bei der Auslegung der entspr. Norm des alten WettbewerbsG. v. 1896 in der von „Angaben tatsächlicher Art“ die Rede war, seinen guten Sinn. Aber man ließ mit Grund i. J. 1909 die Worte „tatsächlicher Art“ bei §§ 3, 4 UnlWG. weg.

Ein Zwang, uns mit dem Gegensatz Tatsachenbehauptung und Werturteil auseinanderzusetzen, besteht heute im Wettbewerbsrecht nur bei der Ansidwärtung, bei § 14 UnlWG., der voraussetzt, daß über die Waren oder gewerblichen Leistungen eines anderen nicht erweislich wahre Tatsachen behauptet oder verbreitet werden. Und es ist uns zur Genüge bekannt, welche Schwierigkeit die Abgrenzung macht; es taucht die Frage auf, ob in einem Werturteil eine Tatsachenbehauptung enthalten sein kann (z. B. der Kassierer ist unzuverlässig, das Dienstmädchen nicht ehlich; man schließt auf konkrete Vergehen), wozu auf die reiche Judikatur zu § 14 UnlWG. hingewiesen sei (z. B. Callmann § 14 Anm. 9 ff.). Und soweit wirklich ein reines Werturteil vorliegt, mühen wir uns heute um die Frage: ob der Konkurrent zu solchem Werturteil berufen ist, dessen Fällung der Fachkritik zustehen sollte. Und wir sind bei leichtfertigen Ur. genötigt, den zu eng gesteckten § 14 durch § 1 UnlWG. zu ergänzen. Kein Wunder, daß etwa Baum-

gute und brauchbare Handtücher anfertigen. Die Angaben des Angekl. stellen sich bloß als ein Werturteil dar und sind keine Angaben i. S. des § 4 UnlWG. Solche Werturteile enthält jede Reklame. Niemand aus dem Publikum läßt sich ernstlich dadurch zu einem Kauf veranlassen, daß in einer Zeitungsannonce die angebotene Ware als „gut“ bezeichnet wird. Das letztere gilt auch für die Anpreisung, daß der Stoff ein „starker“ Handtuchstoff sei; denn es ist in der Anzeige nicht starker Handtuchstoff als solcher, sondern es sind Kaffeesäcke zum Verkauf angeboten worden, und es ist gesagt worden, daß sie aus starkem Handtuchstoff seien. Die Anpreisung gibt also über die Herkunft der Ware und damit auch über ihre Beschaffenheit hinreichend Auskunft. — Denn jeder weiß, daß Handtücher aus Kaffeesäcken nicht solchen Handtüchern gleichwertig sind, die aus Handtuchstoff angefertigt sind. Danach aber und bei dem geringen Preis der Ware fehlt es an einer Angabe, die zur Zufriedenung des Publikums geeignet ist. (OLG. Kiel, FerSen., Ur. v. 14. Aug. 1931, S 69/31.)

Mitgeteilt von OLG. Dr. Bovenstein, Kiel.

*

Königsberg.

16. § 360 Nr. 11 StGB. Grober Rufug durch Hissen einer Parteifahne auf einem öffentlichen Gebäude.

Grober Anjug kann nicht nur durch körperliche Einwirkung auf dritte Personen, sondern auch durch seelische Beeinflussung begangen werden. Allerdings ist nicht jede Verletzung bloßer Gefühle zugleich ein Verstoß gegen die allgemeine Verkehrssitte. Durch politische Kundgebungen können deshalb in der Regel Andersdenkende in ihren Gefühlen nicht verletzt werden. Zu einer solchen Verletzung der Anschauungen des Publikums können solche Kundgebungen nur durch besondere Umstände nach Form, Zeit und Ort führen. Solche Umstände liegen hier vor. Ein beträchtlicher Teil des Publikums konnte über das bei politischen Kundgebungen gewohnte Maß dadurch belästigt werden, daß eine ausgesprochene Parteifahne, wie es die Hakenkreuzfahne ist, auf einem öffentlichen Schulgebäude, einer für Angehörige aller Parteirichtungen bestimmten Anstalt, aufgezogen war. Diese Parteifahne mußte um so störender wirken, als sie am Versammlungstage aufgezogen war, an welchem jedermann bei einem öffentlichen Gebäude das Erscheinen der Reichsflagge gemäß den Anordnungen der Landesregierung erwartete.

(OLG. Königsberg, Ur. v. 3. März 1932, S 46/32.)

Mitgeteilt von OLG. Sicloff, Königsberg.

B. Arbeitsgerichte.

Reichsarbeitsgericht.

Berichtet von Rechtsanwalt Abel, Essen, Rechtsanwalt und Dozent Dr. Georg Baum, Berlin und Rechtsanwalt Dr. W. Oppermann, Dresden.

** 1. § 611 BGB. Enthält der Arbeitsvertrag Bestimmung über die Art der zu leist. Arbeit, so sind diese in erster Linie maßgebend. Andere Arbeiten sind kraft des Direktionsrechts des Arbeitgebers nur zu leisten, soweit der Arbeitsvertrag keine entgegenstehenden Vereinbarungen ergibt. Gegenüber der vertraglichen Verpflichtung zur Musikausführung als Pianist zusammen mit namentlich bezeichneten Mitspielern, erscheint die mit der Leitung des Schallplattenapparates zugemutete Arbeit als etwas gänzlich anderes. †)

bach bei § 14 UnlWG. den Gegensatz Tatsache und Werturteil völlig verwirft (§ 14 Anm. 4). Er geht darin zwar m. E. zu weit; aber sicher ist auch mir, daß eine sinnvolle Auslegung des UnlWG. den Gegensatz zwar im Rahmen des § 14 als gegeben nehmen, aber dann überwinden und § 14 unter Zuhilfenahme des § 1 UnlWG. erweitern muß.

Die Prädikate „gut“ und „stark“, die für den Handtuchstoff in Anspruch genommen werden, sind solche, über deren Vorliegen in den beteiligten Kreisen eine Verständigung möglich sein muß und wird. Es muß daher dem Richter gestattet sein, festzustellen, daß unrichtige Angaben i. S. von §§ 3, 4 UnlWG. vorliegen. Worauf es schließlich ankommt, ist dann (von der subjektiven Seite abgesehen) nur, ob diese unrichtigen Angaben „zur Zufriedenung geeignet“ sind. Und daran würde es in der Tat fehlen, wenn die Annahme des OLG. zuträfe: „Jeder weiß, daß Handtücher aus Kaffeesäcken nicht solchen Handtüchern gleichwertig sind, die aus Handtuchstoff hergestellt sind“. Wöllig überzeugt kam ich mich freilich auch von dieser Erwägung nicht erklären.

Prof. Dr. E. Ulmer, Heidelberg.

Zu 1. Das Erkenntnis steht grundsätzlich auf dem Standpunkt der heute herrschenden, m. E. wohlbegründeten Meinung:

Vom 1. Mai 1925 ab hat der Kl. als Pianist die Musik in dem Filmtheater des Bekl. zusammen mit einem Violinisten und einem Cellisten ausgeführt. Zu dem schriftlichen Vertrag war bestimmt: „Der B. überträgt und Herr W. übernimmt die Leitung und Ausführung der Musik im Filmtheater B. zusammen mit dem Geiger Paul B. und dem Cellisten Armin S., ebenfalls in dem Ensemble, ab 1. Mai 1925 unter den nachstehenden Bedingungen: . . . über Einzelheiten, die sich in der Musikleitung ergeben, ist Verständigung zwischen den beiden Vertragsschließenden herbeizuführen, die beide ihren Willen kundgeben, für eine künstlerische Musik besorgt zu sein.“ Am 15. Mai 1930 hat der Bekl. das Dienstverhältnis zum 31. Mai 1930 gekündigt, weil er aus wirtschaftlichen Gründen beabsichtigte, künftig die Musik zu den Filmvorführungen durch einen Schallplattenapparat ausführen zu lassen. Der Kl. machte geltend, daß die Kündigung auf Grund des Kündigungsgesetzes erst zum 30. Sept. 1930 wirksam sei und klagte auf Weiterzahlung des Gehalts. Der Bekl. wandte ein, daß der Kl. sich grundlos geweigert habe, die ihm angebotene Führung der Schallplattenmusik zu übernehmen. Das ArbG. hat den Bekl. antwagsgemäß verurteilt. Nach dem Erlaß dieses Urteils hat der Bekl. den Kl. am 7. Juli 1930 nochmals aufgefordert, seine Dienste zur Verfügung zu stellen und die Führung des Musikapparates zu übernehmen unter ausdrücklicher Wahrung der bestehenden gesetzlichen und vertraglichen Leistungen. Da der Kl. sich ablehnend verhielt, hat der Bekl. die fristlose Entlassung ausgesprochen.

Das ArbG. geht zugunsten des Kl. davon aus, daß die ordentliche Kündigung des Kl. gem. § 622 BGB. und § 2 Kündigungsgesetz lediglich für den Schluß des dritten Vierteljahres 1930 zulässig war. Bedenken sind hiergegen nicht zu erheben (vgl. auch ArbG. v. 29. Nov. 1930, 372/30). Das ArbG. hat trotzdem die Beendigung des Vertragsverhältnisses am 7. Juli 1930 angenommen, weil die Ausführung der dem Kl. angebotenen Tätigkeit der Führung der Schallplattenmusik als sog. Tonsteuerer dem Kl. zugemutet und der Bekl. somit wegen der unberechtigten Weigerung der fristlosen Entlassung des Kl. berechtigt gewesen sei. Wenn auch im allgemeinen die Frage des Vorliegens eines wichtigen Grundes zur fristlosen Kündigung eine der Nachprüfung in der RevJust. entzogene Tatfrage darstellt, so ist doch die Frage, ob die anderweitige Art der Arbeit von dem Arbeitnehmer verlangt werden kann, eine rechtliche Vorfrage.

Die Rev. rügt, indem sie Verlesung des § 611 BGB. geltend macht, in erster Linie, daß der Bekl. den Begriff der Leistung der versprochenen Dienste, zu welcher der Kl. gem. § 611 BGB. allein verpflichtet gewesen sei, verkannt habe. Die Dienstleistung des Kl. sei im Vertrage eindeutig festgelegt worden. Bei der dem Kl. am 7. Juli 1930 zugemuteten Tätigkeit habe es sich aber um etwas grundlegend Verschiedenes gehandelt. Es ist der Rev. zuzugeben, daß die Art der zu leistenden Arbeit in erster Linie durch die Einzel- (oder Kollektiv-) Vereinbarung bestimmt wird und daß andere Arbeiten kraft des Direktionsrechtes des Arbeitgebers von dem Arbeitnehmer — von einem vorliegend nicht gegebenen Notfalle abgesehen — nur zu leisten sind, soweit der Arbeitsvertrag keine entgegenstehenden Vereinbarungen ergibt. Enthält der Arbeitsvertrag Bestimmungen über die Art der zu leistenden Arbeit, so sind diese in erster Linie maßgebend.

Im vorliegenden Fall war der Kl., wie die Rev. mit Recht hervorhebt, zur Leistung und Ausführung der Musik als Pianist zusammen mit namentlich bezeichneten Mitspielern, dem Violinisten und dem Cellisten, im Ensemble verpflichtet worden.

Das ArbG. hat diese vertragliche Bestimmung, welche klar und eindeutig ist, und eine andere Auslegung nicht zuläßt, keine Rechnung getragen. Die dem Kl. mit der Leitung des Schallplattenapparates als Tonsteuerer zugemutete Arbeit erscheint demgegenüber als etwas gänzlich anderes.

Die dem Kl. nach dem Vertrage zugewiesene Stellung und Tätigkeit war die eines selbstschaffenden Künstlers. Der Kl. sollte als Pianist und als Leiter des Ensembles Musik zu Gehör bringen, welche den Charakter künstlerischer Musik zu tragen hatte. Auf seine künstlerische Betätigung als Spieler und Spielleiter war

Wert gelegt worden. Es handelt sich auch bei dem Kl. nicht um einen Spieler von untergeordnetem Rang, bei welchem Charakter und Art seines Spiels Nebenache waren; vielmehr hatte der Kl. nach den Feststellungen des Bekl. Musik studiert und war musikalisch gut befähigt und zur Leitung eines künstlerischen Zusammenspiels imstande. Die dem Kl. angeonnene neue Tätigkeit blieb aber vorwiegend die Bedienung eines mechanischen Apparates, wenn sie auch musikalische Kenntnisse und Feingefühl erforderte. Der eigene Einfluß auf die künstlerische Gestaltung der Musik selbst auf Tonbildung, Vortrag und Zusammenspiel wurde ausgeschaltet. Der Kl. sollte nicht mehr als selbstschaffender Künstler, sondern als musikalischer Vorführer von Grammophonplatten beschäftigt werden. Dies bedeutete aber das Aufgeben der eigenen künstlerischen Betätigung und mithin nicht nur ein Herabsteigen in künstlerischer Betrachtungsweise, sondern eine völlig andere musikalische Betätigung. Wenn auch Schallplatten und Tonfilm heutzutage zu der Mechanisierung der Musik in weitem Umfang geführt haben und die musikalischen, künstlerischen Bedürfnisse eines großen Teiles des Volkes befriedigen, so ist trotzdem ein grundlegender Unterschied mit der vom Künstler selbst gespielten lebendigen Musik nicht zu verkennen.

Dem Kl. konnte daher nach dem maßgebenden Vertrage die Betätigung als Tonsteuerer nicht angeonnen werden, und er war berechtigt, diese Arbeit abzulehnen.

(ArbG., Urte. v. 16. Mai 1931, RAG 643/30. — Leipzig.) [A.]
 (= ArbG. 8, 282; WenzSammf. 12, 261.)

****2. §§ 631 f., 649, 12 BGB.; §§ 2 Absf. 2, 9 TitlUrhG.**

1. Der Vertrag des Tonfilmkünstlers ist Dienstvertrag, nicht Werkvertrag. Auslegung der Allgemeinen Anstellungsbedingungen für Schauspieler usw.

2. Die geltende Rechtsordnung kennt kein „Allgemeines Persönlichkeitsrecht“, sondern nur besondere, gesetzlich geregelte Persönlichkeitsrechte. Namensschutz im Tonfilm. § 12 BGB.

3. Der § 2 Absf. 2 TitlUrhG. gilt nicht für Tonfilmspieler. Anwendung des § 9 TitlUrhG. †)

Der Kl., ein in weiten Kreisen bekannter Geigenvirtuose, ist auf Grund Bestätigungsschreibens v. 27. Nov. 1928 als „Darsteller und Tonkünstler“ für die Rolle des Paganini in einem von der Bekl. hergestellten Tonfilm angenommen worden.

Der kurze Film war einer der ersten in Deutschland aufgenommenen Tonfilme. Als Filmdarsteller war der Kl. noch nicht tätig gewesen. Das die Anstellung bestättigende Schreiben bestimmte im einzelnen: „Die Vertragszeit beginnt voraussichtlich am 28. Nov. 1928 und endet voraussichtlich am 4. Dez. 1928. Ich erhalte ein Honorar von 3000 RM (i. W. Dreitausend RM) vier Aufnahmetage pp. Ich erkläre Ihnen, daß ich für die vorstehend verabredete Zeit keinerlei Verpflichtungen eingegangen bin. Besondere Vereinbarungen: Für die Aufnahme sind die Tage: 28., 29., 30. Nov. und der 4. Dez. vorgesehen pp. An den Drehtagen stehe ich Ihnen von morgens 8 Uhr bis zur Beendigung der Aufnahmen zur Verfügung. Ich unterwerfe mich den „Allgemeinen Anstellungsbedingungen“ Ihrer Gesellschaft, von denen ich ein Exemplar erhalten habe.“

Die in dem Schreiben für Nachaufnahmen vorgesehenen Bestimmungen sind durchstrichen. Die in Bezug genommenen „Allgemeinen Anstellungsbedingungen“ (AllgAnstBed.) der Bekl. enthalten unter anderen folgende Bestimmungen:

- „§ 3. Rechte am Film, Photo und Namen.
- 1. Alle Urheber- und Vertriebsrechte am Film und der zum Film gehörigen Photos, Entwürfe und Skizzen stehen lediglich der Firma zu, ohne Rücksicht auf die von dem Künstler geleistete Mitarbeit.
- 2. Der Künstler überträgt hiermit der Firma das Recht, seinen Namen und seine Bilder i. Verb. u. der Verwertung der Filme und der Propaganda zu verwenden.
- 3. Die Entscheidung über die inhaltliche, künstlerische und

Zu 2. Wie der Kl. angesichts des völlig klaren Wortlauts des § 5 Ziff. 1 AllgAnstBed. sich zu dem Verlangen einer Vergütung für Nachaufnahmen für berechtigt halten konnte, ist schwer erfindlich. Kl. hatte sich durchaus dem Belieben der Bekl. unterworfen, ob und in welchem Umfang sie ihn in der Rolle des Paganini verwenden wollte; nahm sie ihn für Nachaufnahmen nicht in Anspruch, so handelte sie im Rahmen des Vertrages, ohne sich im entferntesten eines Verstoßes gegen Treu und Glauben schuldig zu machen. Daran müßte auch die Charakterisierung des Vertragsverhältnisses als eines Werkvertrages nichts ändern. Auch den Werkvertrag können die Parteien innerhalb der gesetzlich zulässigen Begrenzung mit beliebigem Inhalt füllen: der Anspruch auf Vergütung kann, auch wenn auf ihn die §§ 631, 632, 649 BGB. zur Anwendung kommen sollten, im Einverständnis der Parteien von einer zugunsten des Bekl. fest-

Dem Arbeitnehmer kann Arbeit von anderer als der vertraglichen Art in Notfällen zugemutet werden. Abgesehen von einem solchen, der hier zweifellos nicht in Frage stand, ist die Zuzweisung anderer Arbeit zwar dann im Rahmen von Treu und Glauben wohl zulässig, wenn sie der ursprünglich vereinbarten wesentlich gleichartig, aber nicht, wenn sie „gänzlich andersartig“ ist. Und bei der Frage, ob solche Andersartigkeit vorliegt, kommen nach der durchaus beifallswerten Annahme des Ger. nicht nur wirtschaftliche und mechanische, sondern, insbes. bei höheren Angestellten, auch ideelle, hier künstlerische, Gesichtspunkte in Betracht. Daß solche in unserem Fall durchaus zugunsten des Angestellten sprachen, wird vollauf überzeugend dargelegt.

Geh. JR. Prof. Dr. Paul Dertmann, Göttingen.

technische Gestaltung des Films und der einzelnen Rollen steht ausschließlich der Firma zu.

4. pp.

§ 5. Besondere Bestimmungen.

1. Kein Beschäftigungszwang. Die Firma behält sich ausdrücklich vor, den Künstler gegebenenfalls in einem anderen Film bzw. einer anderen Rolle zu beschäftigen, auch wenn seine Tätigkeit bereits begonnen hat. Die Firma übernimmt keine Verpflichtung, die Dienste des Künstlers überhaupt in Anspruch zu nehmen, sondern behält sich vor, selbst nach Beginn der Tätigkeit, auf seine Dienste zu verzichten. Der Künstler hat in diesem Falle nur Anspruch auf die vereinbarte Vergütung, soweit diese nicht aus sonstigen Gründen in Wegfall kommt.

2. Ausschließliches Beschäftigungsrecht der Firma. Der Künstler ist verpflichtet, während der ganzen Vertragszeit der Firma ausschließlich und zwar von 8 Uhr vormittags bis zur Beendigung der Aufnahmen zur Verfügung zu stehen.

pp.

3. Vertragsverlängerung. Ist eine Verlängerung der Aufnahmezeit aus einem irgendwie gearteten Grunde erforderlich, so ist der Künstler verpflichtet, sich weiter zur Verfügung zu stellen.

pp.

Auch für die weitere Tätigkeit gelten die AllgAnstVeb.

pp.

Der Kl. ist an den vier Aufnahmetagen beschäftigt worden und hat das Honorar von 3000 RM erhalten. Es waren noch Nachaufnahmen an drei Aufnahmetagen erforderlich geworden, bei denen jedoch kein Geigenpieler notwendig war. Die Bekl. ließ in diesen Aufnahmen einen Filmschauspieler, filmtechnisch double genannt, auftreten, der eine tägliche Gage von 35 RM erhielt. Die Aufnahmen des double erfolgten so, daß es, soweit als möglich, vermieden wurde, den Künstler vor vorn zu zeigen. Im Vorspann zu den Filmstreifen war zunächst angegeben: „Paganini: W.“, in später hergestellten Filmstreifen mit Rücksicht auf die vom Kl. erhobenen Beschwerden: „Violine: W.“.

Der Kl. hat vorgetragen, er habe sich für die Nachaufnahmen zur Verfügung gehalten, die Bekl. sei deshalb verpflichtet gemäß § 5 Ziff. 1—3 AllgAnstVeb., ihm die Gage auch für die Nachaufnahmen zu zahlen. Die Bekl. habe ferner sein Namens- und Urheberrecht dadurch verletzt, daß sie seinen Namen für die ganze Rolle des Paganini im Film verwendet habe, während in einzelnen Bildern der fremde Darsteller aufgetreten sei. Sie habe auch hierdurch eine nach § 9 VUrRG. unzulässige Änderung vorgenommen. Der Kl. sei dadurch geschädigt, weil die Art der Einsetzung des double den Eindruck eines besonders ungeschickten Spielens hervorgerufen habe.

Der Kl. hat im ersten Rechtszuge beantragt, die Bekl. zu verurteilen,

a) dem Kl. für drei Aufnahmetage, an denen ohne seine Mitwirkung die Aufnahmen zum Film „Paganini“ fortgesetzt worden sind, je dreimal 750 RM, 2250 RM, nebst Zinsen v. 7. Dez. 1928 an zahlen;

b) an die gesamte Filmpresse, an das „Berliner Tageblatt“ und an die „Weltbühne“ eine Mitteilung in einem vom Gericht festzusetzenden Wortlaut zu richten, in welcher das Ausmaß möglichst genau bezeichnet wird, in welchem der Kl. in eigener Person im Tonfilm „Paganini“ erscheint;

c) dem Kl. den Schaden zu ersetzen, den er durch die in bezug

gestellten Potestativbedingung abhängig gemacht sein. Daß es sich bei dem Anstellungsvertrag des Kl. in der Tat um einen Dienst- und nicht um einen Werkvertrag handelte, dürfte übrigens schon daraus hervorgehen, daß die Tätigkeit des Kl. bei der Filmherstellung keine selbständige Bedeutung besaß, sondern nur im Zusammenhang mit der zahlreichen anderen Leistungen der bei dieser Herstellung mitbeteiligten Personen bedeutungsvoll wurde (Eckstein, Film- und Kinorecht 90).

Auch die weiteren Ansprüche des Kl. scheitern an seiner Unterwerfung unter die AllgAnstVeb. Indem der Kl. der Bekl. durch § 3 Ziff. 2 eine Namens- und Bildlizenz i. Verb. m. der Bewertung der Filme und durch § 3 Ziff. 3 die Entscheidung über die inhaltliche, künstlerische und technische Gestaltung des Filmes überließ, fügte er sich der Verwendung seines Namens für die ganze Rolle des Paganini im Film, obwohl sie in einigen Bildern, in denen Paganini nicht gerade als Geigenpieler auftrat, durch einen anderen als den Kl., den sog. double, dargestellt wurde. Die Verwendung eines double bei Szenen von untergeordneter Bedeutung und bei Fernaufnahmen ist im Film stets üblich gewesen (vgl. den Vertrag mit einem Prominenten Ziff. 11 bei Eckstein S. 460), sie gehört zur künstlerischen und technischen Gestaltung eines Filmes, sie verletzt, auch wenn der double nicht genannt, sondern wenn auch für dessen Bilder in der Öffentlichkeit der Anschein erweckt wird, daß es sich dabei um Darstellungen des Kl. handle, weder auf dem Gebiet des Namens- noch des Bildnisrechts ein Interesse des letzteren. Auch der

auf seine Person unzutreffenden Ankündigungen des Filmes „Paganini“ erlitten hat.

Die Bekl. hat um Klageabweisung gebeten und vorgetragen, sie sei nicht verpflichtet gewesen, den Kl. bei den Nachaufnahmen zu beschäftigen. Aus diesem Grunde und weil auch eine Beschäftigung nicht stattgefunden habe, entfielen jeder weitere Honoraranspruch. Kl. habe auch wegen verschiedener Konzerte erst nach Ablauf von 8—10 Tagen zur Verfügung stehen können, eine so lange Verzögerung sei aus technischen Gründen nicht möglich gewesen. Die der Höhe nach zudem völlig übersehene Forderung des Kl. sei auch unberechtigt, weil die ursprünglich vorgeesehenen Aufnahmetage wegen Verschuldens des Kl. nicht ausgereicht hätten. Das Spielen des stimmigen Teiles durch einen double sei bei Tonfilmen durchaus üblich und auch in vielen Fällen unentbehrlich. Bei dem Film habe es sich nur darum gehandelt, die hohe Geigenkunst des Kl. zum Ausdruck zu bringen. Sie — die Bekl. — sei auch auf Grund des Vertrages berechtigt, den Namen des Kl. in der gezeichneten Weise zu verwenden und ausschließlich für die ganze Filmrolle zu nennen. Jergens ein namhaftes Interesse des Kl. sei nicht verletzt.

Der Kl. hat demgegenüber behauptet, daß die Nachaufnahmen erforderlich geworden wären als Folge des damals noch unzureichenden technischen Aufnahmeapparates.

Das UrbG. hat die Bekl. zur Zahlung von 2250 RM nebst Zinsen verurteilt und im übrigen die Klage abgewiesen. Beide Parteien haben Berufung eingelegt. Die Bekl. hat völlige Abweisung der Klage begehrt. Der Kl. hat außer dem zu b in erster Instanz gestellten Antrage beantragt:

2. Die Bekl. zu verurteilen:

a) in den Ankündigungen und Programmen und sonstigen öffentlichen Bekanntmachungen, welche sich auf den Tonfilm „Paganini in Benedig“ beziehen, sowie in dem Film selbst jeden Hinweis zu unterlassen, welcher den Irrtum zu erregen geeignet ist, als wenn der Kl. in einem Bilde mitgewirkt hat, in welchem er tatsächlich nicht mitgewirkt hat,

b) seinen Namen als Darsteller des Paganini für alle Bilder anzugeben, in denen er die Rolle des Paganini tatsächlich gespielt hat.

Den zunächst ebenfalls gestellten Antrag auf Schadensersatz hat der Kl. im Laufe der 2. Instanz zurückgenommen.

Das UrbG. hat nach Anhörung des Filmes und Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen die Berufung des Kl. zurückgewiesen und auf die Berufung der Bekl. die Klage ganz abgewiesen. Die vom Kl. eingelegte Rev. war erfolglos.

I. Soweit der VerK. die Klage auf Zahlung des Honorars für Nachaufnahmen abgewiesen hat, rügt die Rev. Verletzung des § 242 BGB. Sie macht geltend, das UrbG. habe den Vertrag zwischen den Parteien dahin ausgelegt, daß der Kl. kein Recht auf die Beschäftigung oder auf Vollenbung der einmal begonnenen Tätigkeit gehabt habe; diese Auslegung beachte nicht, daß der Kl. nicht für irgendeine Tätigkeit innerhalb der Darstellung der Rolle des Paganini, sondern für die ganze Rolle verpflichtet worden sei. Der Kl. habe somit einen Anspruch auf Durchführung der ganzen Rolle gehabt. Wenn Kl. nach § 5 AllgAnstVeb. auch keinen Anspruch auf Beschäftigung gehabt habe, so habe er doch gemäß § 5 Ziff. 1 Satz 3 Anspruch auf die vereinbarte Vergütung behalten. Nach § 5 Ziff. 3 sei der Kl. verpflichtet gewesen, sich auch über den 4. Dez. 1928 hinaus, für weitere Aufnahmen zur Verfügung zu stellen, sofern eine Verlängerung der Aufnahmezeit erforderlich war. Mit der im Schreiben v. 27. Nov. 1928 vereinbarten Vergütung

star steht nicht außerhalb der allgemeinen Rechtsordnung. Will er aus einer Interessenverletzung Ansprüche herleiten, so muß er zunächst das Vorliegen einer solchen Verletzung dargetun: daran mangelt es aber im vorliegenden Fall.

An diesem Ergebnis würde selbst ein allgemeines Persönlichkeitsrecht, dem ja bisher die Anerkennung verweigert geblieben ist, nichts ändern. Auch ein solches Persönlichkeitsrecht wäre mit einer vertraglichen Einschränkung seiner Ausschlußwirkungen verträglich; auch ihm gegenüber würde also § 3 Ziff. 2, 3 AllgAnstVeb. durchgreifen.

Rechtslos beizustimmen ist auch den Ausführungen des UrbG., die einem urheberrechtlich fundierten Anspruch des Kl. die Anerkennung verweigern. Soweit ein solcher Anspruch überhaupt in Frage käme, würde er im vorliegenden Fall wiederum hinter der Freiheit der Bekl., den Film gemäß § 3 Ziff. 3 AllgAnstVeb. nach ihrem Belieben inhaltlich, künstlerisch und technisch zu gestalten, zurückzutreten haben. Selbstverständlich hat diese Freiheit die ihr nach Treu und Glauben gezogenen Grenzen zu beachten. Die Verwendung des double in Szenen, in denen der Kl. persönlich nicht mitgewirkt hatte, sondern die aus Nachaufnahmen ohne seine Teilnahme erwachsen waren, überschreitet diese Grenzen nicht: diese Szenen sind Zusätze i. S. des § 9 VUrRG., die durch das Wesen des Tonfilmes geboten waren, deren Hinzufügung sich also der Kl. auch als „Bearbeiter“ nicht widersetzen durfte.

Prof. Dr. Otto Dpet, Kiel.

sei nur die Tätigkeit für vier Aufnahmetage abgegolten gewesen. Es widerspreche Treu und Glauben, wenn Kl. sich zur Verfügung halten mußte, ohne hierfür irgendeine Vergütung verlangen zu können. Falls Kl. sich nicht zur Verfügung gehalten hätte, würde er sich schadensersatzpflichtig gemacht haben, dem entspräche auf der anderen Seite nach § 242 BGB. ein Anspruch auf Vergütung.

Die Rüge ist unbegründet. Mit Recht ist der VerR. von der Bestimmung des § 5 Ziff. 1 AllgAnstVeb. ausgegangen und hat ausgeführt, daß auf Grund des ursprünglichen Vertrages für den Kl. kein Anspruch bestanden habe, über den festgesetzten Umfang hinaus, für die Nachaufnahmen herangezogen zu werden. Die vereinbarte Vergütung von 3000 RM sei nur im Hauptvertrage vorgesehen worden. Die Gewährung einer Vergütung für Nachaufnahmen habe erst dann in Frage kommen können, wenn die Tätigkeit des Kl. für Nachaufnahmen überhaupt in Anspruch genommen worden sei. Erst dann würde der Anspruch auf eine weitere Vergütung bei nachträglichem Verzicht auf die Leistung entstanden sei. Auch aus der Streichung aller vordruckten und eingefügten Bestimmungen über Nachaufnahmen in dem Bestätigungsschreiben ergebe sich, daß die Vereinbarung einer Gage für Nachaufnahmen überhaupt nicht erfolgt sei und auch nicht hätte erfolgen sollen.

Diese Auslegung des Vertrages und der AllgAnstVeb., welche nicht als typische anzusehen sind, ist rechtlich möglich. Sie verstoßt nicht gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB.). Die Rev. verurteilt nicht, daß im Vertrage ein Honorar ausdrücklich nur für vier Aufnahmetage festgesetzt worden war, für welche besondere Kalendertage vorgesehen wurden. Eine „Vertragsverlängerung“ konnte demgegenüber nicht ohne weiteres in Frage kommen, sondern nur, wie der VerR. in möglicher Auslegung des Vertrages feststellt, wenn die Bekl. die Kraft des Kl. für weitere Aufnahmetage in Anspruch nahm. Das ist nicht geschehen. Damit entfiel aber auch die Pflicht des Kl., sich weiterhin zur Verfügung zu stellen. Diese Pflicht bestand von vornherein noch nicht, weil nicht feststehen konnte, ob überhaupt Nachaufnahmen erforderlich sein würden. Es wäre ja auch völlig ungewiß gewesen, für welchen weiteren Zeitraum der Kl. sich zur Verfügung halten sollte. Dementsprechend hat der VerR. im Hauptvertrage auch nur erklärt, daß er für die für die vier Aufnahmetage vorgesehene Zeit keinerlei anderweitige Verpflichtungen eingegangen sei. Brauchte sich aber der Kl. nur dann zur Verfügung zu stellen, wenn seine Tätigkeit für Nachaufnahmen tatsächlich in Anspruch genommen würde, so widerspricht es nicht Treu und Glauben, wenn ein Anspruch auf Vergütung erst in diesem Falle entsteht. Im übrigen ist die vom VerR. vorgenommene Auslegung der Nachprüfung durch das RevG. entzogen. Es ist daher nicht darauf einzugehen, ob der Kl. für beliebige weitere Aufnahmen bis zur Beendigung der ganzen Rolle oder — wie der VerR. feststellt hat — nur für eine Tätigkeit in einem fest bestimmten Umfange angenommen worden war. Daß in dem Vertrage von einer nur „voraussetzlichen“ Beendigung am 4. Dez. gesprochen wird, steht der Auslegung des VerR. nicht entgegen. Eine Pflicht der Bekl., die Dienste des Kl. auch im Falle einer Vertragsverlängerung in Anspruch zu nehmen, bestand nicht, wie sich ohne weiteres aus § 5 Ziff. 3 AllgAnstVeb. ergibt.

Der weiterhin von der Rev. gerügte Verstoß gegen die §§ 631, 632, 649 BGB. liegt nicht vor. Wie das RG. und das RVerG. wiederholt ausgesprochen haben, stellt der Vertrag des Filmschauspielers einen Dienstvertrag und nicht einen Werkvertrag dar (RVerG. v. 23. Juli 1928, 96/28¹); 2, 136 und v. 5. Jan. 1929, 299/28²); RVerG. 1929, 296). Das gleiche muß für den Anstellungsvertrag des Kl. gelten; es kam keinen Unterschied machen, daß er in einem Tonfilm mitwirkte. Der Kl. stellte seine künstlerischen Dienste zur Verfügung; auf diese kam es an, nicht auf den Erfolg, der sich erst in der Filmaufnahme verkörperte. Die Abweisung der Kl. auf Zahlung eines weiteren Honorars ist daher rechtlich nicht zu beanstanden.

II. 1. Auch die weiteren Ansprüche des Kl. erscheinen auf Grund der Feststellungen des VerR. nicht begründet. Soweit der Kl. sie auf die Verletzung eines allgemeinen ihm zustehenden Persönlichkeitsrechts gestützt hat, ist diese Begründung ohne Rechtsverstoß von den Vorinstanzen abgelehnt worden. Ein allgemeines Persönlichkeitsrecht ist für die geltende Rechtsordnung nicht anzuerkennen. Nach ihr gibt es nur besondere gesetzlich geregelte Persönlichkeitsrechte wie beispielsweise das Namensrecht, das Recht am eigenen Bilde, die persöhnlichkeitsrechtlichen Bestandteile des Urheberrechts (RG. 113, 414).

2. Eine Verletzung des Namensrechts ist ohne Rechtsverstoß von dem VerR. verneint worden. Die Rev. erblickt den Verstoß darin, daß der VerR. nur geprüft habe, ob der Kl. sich durch die Nichttrennung beschwert fühlen konnte, während der Streit sich darum gekehrt habe, daß der Kl. für die gesamte Rolle des Paganini genannt worden sei, obwohl er sie nicht im vollen Umfang dargestellt habe. Dadurch sei der Name des Kl. für eine andere Person und deren Leistung verwandt worden; daß der Kl. hierzu der Bekl. das Recht eingeräumt habe, ergebe der Vertrag nicht. Der VerR. sei

somit zu Unrecht in Verkenning der gesetzlichen Bestimmungen davon ausgegangen, daß das Verfahren der Bekl. grundsätzlich zulässig sei.

Es ist davon auszugehen, daß, obschon das Namensrecht selbst in Abtrennung von der Person des Berechtigten an einem anderen nicht abgetreten werden kann, es doch zulässig ist, durch schuldrechtlichen Vertrag die Benutzung des eigenen Namens einem anderen zu gestatten. Durch einen derartigen Vertrag wird das Verbleibungsrecht des Namensträgers aus § 12 BGB. ausgeschlossen (RG.: JW. 1927, 117³). Der Vorderrichter hat in Auslegung des Vertrages festgestellt, daß der Kl. der Bekl. das Recht übertragen hat, seinen Namen bei der Propaganda zu gebrauchen. § 3 Ziff. 2 AllgAnstVeb. bestimmt auch ausdrücklich, daß die Firma das Recht hat, den Namen des Künstlers i. Verb. m. der Verwertung des Films und in der Propaganda zu verwenden. Diese Verwendungsbezugnis ist ganz allgemein ausgesprochen. Der VerR. ist somit zu Recht in erster Linie davon ausgegangen, daß der Gebrauch des Namens des Kl. kein objektiv widerrechtlicher, sondern ein befugter war. Wenn der VerR. nunmehr prüft, ob die Bekl. durch die Nichtnamhaftmachung des double die Grenzen der ihr übertragenen Rechtsbefugnis überschritten habe, so verkennt der VerR. keineswegs, daß entscheidend ist, ob das eingeräumte Gebrauchsrecht auch für die Teile des Filmes galt, in denen der Kl. der double als stummer Schauspieler auftrat. Der VerR. stellt in möglicher Auslegung des Vertrages fest, daß der Kl. wegen seiner Geigenkunst angenommen worden war und als Geigenkünstler seinen Namen einzulegen hatte, derart, daß die schauspielerische Leistung demgegenüber zurücktrat, zumal der Kl. als Schauspieler unbekannt war. Der VerR. hebt hervor, daß es deshalb unzulässig gewesen sei, das Geigenpiel eines anderen unter dem Namen des Kl. einzufügen; daß dies aber für die Einfügung des double zur Ergänzung der schauspielerischen Leistung nicht gelten könne. Der VerR. stellt in dieser Beziehung auf Grund der eigenen Augenscheineinnahme tatsächlich fest, daß keine Möglichkeit besteht, zu unterscheiden, wann der Kl. und wann der double auftritt und daß der künstlerische Eindruck des Filmes durch die seitens des double mit abgewendetem Gesicht gespielten Szenen nicht gemindert wird. Weiterhin nimmt der VerR. in tatsächlicher Beziehung an, daß die Verwendung eines double vom filmtechnischen Standpunkte aus nichts Außergewöhnliches darstellt und daß es nicht Ablich sei, die Verwendung eines double im Film anzuzeigen. In Abwägung der beiderseitigen Interessen kommt daher der VerR. zu der Feststellung, daß keine Interessen des Kl. verletzt seien, die eine Nichtnennung seines Namens für die Gesamtleistung des Paganini rechtfertigen könnten. Es sei keine Schädigung des Kl., kein Mißbrauch in der Ausübung der Bekl. übertragenen Rechte erkennbar. Diese im wesentlichen auf tatsächlichen Gebiet liegenden Feststellungen und Erwägungen rechtfertigen die Annahme des VerR., daß die vertragliche Überlassung des Gebrauchs des Namens die Bekl. bejagt habe, den Namen auch für die von dem Erlasemann gespielten Szenen zu gebrauchen. Es handelt sich im wesentlichen um eine mögliche Auslegung des Vertrages und der AllgAnstVeb. Diese ergeben in § 3, daß alle nur möglichen Rechte des Künstlers der Bekl. in weitgehendster Weise übertragen werden sollten. Da der Kl. lediglich angenommen worden war, um im Tonfilm sein Geigenpiel zu Gehör zu bringen, so erschien in der Tat im vorliegenden Einzelfall die Fortsetzung seines Spieles in der Rolle des Paganini, soweit stumme, rein schauspielerische Leistungen in Frage kamen, als eine mehr technische und künstlerische Ausgestaltung des Filmes, die allein Sache der Bekl. war. Wie schon das VerG. hervorgehoben hat, und der VerR. nicht verkennt, konnte naturgemäß das Verwendungsrecht der Bekl. kein unbeschränktes sein. Berechtigte Interessen des Kl. durften nicht verletzt werden, und es durfte auch sonst kein Mißbrauch mit der Übertragungserlaubnis getrieben werden. Beides hat der VerR. in rechtlich einwandfreier Würdigung der Tatsachenlage verneint. Es ist nicht ersichtlich, daß er bei Auslegung der Gestalt der Benutzung des Namens Umfang und Bedeutung des auf § 12 BGB. beruhenden Namensschutzes (vgl. RG. 91, 351³); 108, 232⁴) verkannt hat.

Auch die weitere Rüge des Kl., daß der VerR. eine Unbilligkeit für den Gebrauch des double ohne genügende Prüfung angenommen habe, ist verfehlt. Wenn es sich auch um einen der ersten Tonfilme handelte, die in Deutschland hergestellt wurden, so war die Verwendung des double im stummen Film, wie die vom VerR. angezogenen gutachtlichen Äußerungen der Sachverständigen ergeben, nichts Außergewöhnliches. Es erscheint nicht rechtsirrig, wenn der VerR. diese Übung auch für den hinsichtlich der schauspielerischen Seite völlig gleichliegenden Tonfilm angenommen hat. Der VerR. hat wiederholt hervorgehoben, daß seine Schlussfolgerungen nur die schauspielerische Leistung des Kl. betreffen, welche der VerR. als in keiner Weise über den Durchschnitt stehend bezeichnet hat und die nur eine Nebenleistung im Tonfilm darstellten. Der Gebrauch des Namens des Kl. auch für die durch den Erlasemann gespielten Szenen war daher kein objektiv unberechtigter, sondern auf Grund des Vertrages gestattet. Damit entfällt jede Möglichkeit den Klagenanspruch auf einen

¹) JW. 1929, 1263.

²) JW. 1929, 1264.

³) JW. 1918, 167¹.

⁴) JW. 1924, 1355¹.

Mißbrauch des Namensrechts zu stützen (RG. 103, 397), und es bedarf keiner Prüfung, ob dies schon deswegen anzunehmen sein würde, weil es an der erforderlichen Interessenverletzung des Kl. fehle (RG. 117, 220⁵), und ob der VerN., wie die Rev. weiterhin rügt, den Begriff des Rechtsschutzinteresses verkennt hat.

3. Es ist endlich zu prüfen, ob aus urheberrechtlichen Bestimmungen, deren Verletzung die Rev. ebenfalls rügt, die Unterlassungsansprüche des Kl. begründet sind. Die Rev. rügt Verletzung des § 22 KunstschG. v. 9. Jan. 1907 (RGBl. 7) und 22. Mai 1910 (RGBl. 793). Diese Bestimmung sichert das Recht am eigenen Bild. Ihr ist zu entnehmen, daß auch der Mißbrauch mit dem Bilde untersagt ist (RG. 74, 312⁶). Wie § 22 Satz 2 KunstschG. ergibt, kann aber die Erlaubnis erteilt werden, vor dem Bild anderweitig Gebrauch zu machen. Diese Erlaubnis ist der Bekl. in § 3 Ziff. 2 AllgAllfVerd. in weitgehendem Maße eingeräumt worden. Ein Mißbrauch der Bekl. mit dieser vertraglichen Bewilligung entfällt aus den gleichen Gründen, wie sie der VerN. für den Gebrauch des Namens des Kl. erörtert hat. Ein Rechtsverstoß in der Ablehnung der Anwendung des § 22 KunstschG. ist daher nicht zu erblicken. Es kann somit dahingestellt bleiben, ob die Nennung des Kl. für die Bilder, welche er nicht dargestellt hat, überhaupt eine Verletzung des Rechtes am eigenen Bilde i. S. des § 22 KunstschG. darstellt.

Das UrbG. hat die Anwendung sonstiger Bestimmungen des Urheber- und Vertriebsrechts, zu denen das UrbG. eingehende Ausführungen gemacht hatte, dahingestellt sein lassen, weil der Kl. alle derartigen Rechte vertraglich der Bekl. übertragen habe. Diese Ausführungen erscheinen im Hinblick auf die §§ 2 Abs. 2, 9 LittUrG. v. 19. Juni 1901 (RGBl. 227) und 22. Mai 1910 (RGBl. 793) nicht erschöpfend. Gemäß § 2 Abs. 2 LittUrG. kann auch der nachschaffende Künstler in Abweichung von der allgemeinen gesetzlichen Regelung, nach welcher sonst nur der Verfasser als Urheber gilt, als Bearbeiter ein Urheberrecht erwerben. Dieses genießt dann, wie jedes Urheberrecht gemäß § 9 LittUrG. trotz Übertragung des Urheberrechts einen besonderen Schutz gegen die unbefugte Vornahme von Zusätzen, Kürzungen und Änderungen. § 2 Abs. 2 Satz 1 und 3 LittUrG. lauten: „Wird ein Werk der Literatur oder der Tonkunst durch einen persönlichen Vortrag auf Vorrichtungen für Instrumente übertragen, die der mechanischen Wiedergabe für das Gehör dienen, so steht die auf diese Weise hergestellte Vorrichtung einer Bearbeitung des Werkes gleich. . . Im Falle des Satzes 1 gilt der Vortragende, im Falle des Satzes 2 derjenige, welcher die Übertragung bewirkt, als Bearbeiter.“

Die Frage, ob § 2 Abs. 2 LittUrG. auch auf Tonfilmspieler, die im Rahmen eines auch weitere Vorgänge enthaltenden einheitlichen Tonfilmes Darbietungen gebracht haben, Anwendung findet, ob also jedem einzelnen mitwirkenden Spieler ein Urheberrecht als Bearbeiter zukommt, ist in dem vom UrbG. angeführten Schrifttum lebhaft umstritten, ohne daß bisher sich eine herrschende Meinung gebildet hätte. Nach Ansicht des erkennenden UrbG. ist der Bekl. zuzugeben, daß die Annahme eines Sonderurheberrechts eines Tonfilmbearbeiters, der innerhalb eines auch andere Darbietungen umfassenden Tonfilmes bei der Aufnahme musikalische Vorträge dargebracht hat, mit dem Zweck dieser Vorträge unvereinbar zu sein scheint. Der Tonfilm soll akustische und bildliche Vorgänge zugleich erfassen und in naturgetreuer Übereinstimmung zu einem einheitlichen Gesamteindruck wiedergeben. Der musikalische Vortrag ist also nicht Selbstzweck, er ist nur ein Teil des ganzen Tonfilms. Zu ihm gehört der bildliche Vortrag bei dem Vortrag selbst, ferner ist die Einführung dieses Gesamtvorganges in eine Reihe anderer Vorgänge erforderlich, die erst zusammen den Inhalt des Tonfilms ergeben. Das Zusammenwirken mehrerer Personen kann allerdings für sich allein noch nicht gegen das Bestehen gemeinschaftlicher Urheberrechte sprechen (§ 6 LittUrG.). Wenn Tonfilm liegt aber ein isolierter musikalischer Vortrag, der zusammen mit anderen gleichartigen Darbietungen die gemeinsame Herstellung eines Werkes ergäbe, nicht vor. Es müssen noch eine ganze Reihe andersartiger Leistungen, die nicht in den Rahmen des § 2 Abs. 2 LittUrG. gebracht werden können, hinzukommen. Es ist die Tätigkeit des Operateurs, Regisseurs, der Statisten usw. erforderlich. Der musikalische Vortrag soll ferner weder für sich allein mechanisch festgehalten, noch später allein wiedergegeben werden. Daß sich theoretisch denken läßt, daß der musikalische Teil allein wiedergegeben werden kann, ist bei der Auslegung der gesetzlichen Bestimmung unbeachtlich, da es hier lediglich auf den Zweck der Aufnahme ankommt. Die Tonaufzeichnung erscheint somit nur als eine Vervielfältigung i. S. der §§ 11 Abs. 1 und 15 LittUrG. und nicht als ein selbständiger persönlicher Vortrag i. S. des § 2 Abs. 2 LittUrG. Der Tonfilmbearbeiter darf nur über die Urheberrechte der Autoren der betreffenden Musikstücke oder des Vortragswortes nicht hinweggehen (vgl. § 12 Ziff. 6 LittUrG.; § 15 a KunstschG.).

Ausschlaggebend erscheint ferner vor allem, daß § 2 Abs. 2 LittUrG. nach der Begründung zum Gesetz nur geschaffen war, um einer bestimmten Industrie, der Grammophonplattenindustrie, einen

Schutz gegen unbefugte Nachbildung zu geben (vgl. Erläuterungsbuch von Alfesb, Anm. 4; Marwitz-Möhrling, Anm. 10; Hoffmann, Archiv für gewerbli. Rechtsschutz 1929 S. 1005). Der Gesetzgeber wählte den Weg, dem nachschaffenden Künstler in der Durchbrechung der allgemeinen Grundsätze ein Urheberrecht als Bearbeiter zu geben, weil er davon ausging, daß der Künstler regelmäßig in der Praxis seine Rechte dem industriellen Unternehmer übertragen werde. Dieser gesetzgeberische Gedanke trifft aber auf die Herstellung von Tonfilmen nicht zu. Denn der fertiggestellte Tonfilm stellt eine einheitliche Neuschöpfung dar, die einer selbständigen, urheberrechtlichen Schutz genießen kann. Dieser Schutz steht dem Hersteller zu, falls er eine physische Einzelperson ist, und dem die Herstellung leitenden Angestellten, falls die Herstellung seitens einer juristischen Person erfolgt. Ferner gehören die §§ 2 Abs. 2, 12 Abs. 2 Nr. 5 ff., 22 ff. LittUrG. eng zusammen. Es läßt sich danach nicht verkennen, daß die Annahme eines Urheberrechts seitens sämtlicher bei einem Tonfilme mitwirkender Künstler bei der Durchführung der in § 22 LittUrG. geregelten Zwangslizenz auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen würde.

Die Entscheidung der ganzen Frage kann aber dahingestellt bleiben und eine abschließende Stellungnahme erübrigt sich, da die Entscheidung des UrbG. auch aus § 9 Abs. 2 LittUrG. gerechtfertigt erscheint. § 9 lautet: „Im Falle der Übertragung des Urheberrechts hat der Erwerber, soweit nicht ein anderes vereinbart ist, nicht das Recht, an dem Werke selbst, an dessen Titel und an der Bezeichnung des Urhebers Zusätze, Kürzungen oder sonstige Änderungen vorzunehmen. Zulässig sind Änderungen, für die der Berechtigte seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht versagen kann.“

Voraussetzungen ist, daß die Rechte des Kl. lediglich durch Zusätze, die durch die vom double gespielten Szenen entstanden sind, berührt erscheinen können. Denn die vom Kl. dargestellten Szenen sind weder gekürzt noch verändert. Es ist daher entscheidend, ob für diese Zusätze der Kl., als Berechtigter, seine Einwilligung nach Treu und Glauben versagen konnte.

Dies muß auf Grund der Feststellungen des VerN. verneint werden. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob das Recht zu solchen Zusätzen schon auf Grund der weitgehenden Bestimmungen des § 3 AllgAllfVerd. als vereinbart angesehen werden konnte.

Es ist ferner zu beachten, daß ein Urheberrecht nur hinsichtlich der akustisch festgehaltenen Teile des Spieles in Frage kommen kann, so daß an sich schon zweifelhaft erscheinen kann, ob die Hinzufügung stummer Szenen als ein Zusatz zu dem geschützten Werke oder zu der Bezeichnung des Urhebers erscheinen kann. Im Hinblick auf den aus § 9 LittUrG. zu entnehmenden Gedanken eines weitgehenden Schutzes des Urhebers mag dies aber zugunsten des Kl. angenommen werden.

Die Bestimmung des § 9 Abs. 2 LittUrG. ist nach der Begründung des Gesetzentwerfers hinzugefügt worden, „um etwaigen Eingriffen in berechtigte Gewohnheiten des Verkehrs vollständig vorzubeugen“ (vgl. Alfesb a. a. O. Anm. 9 zu § 9 S. 120). Die Bestimmung erscheint als spezielle Anwendung des Grundsatzes des § 157 BGB. Für die Zulässigkeit von Zusätzen muß also die Verkehrsgewohnung maßgebend sein, und es wird nach den oben zu II 2 gemaachten Ausführungen auch auf die in der Filmindustrie bestehenden Gebräuche Rücksicht zu nehmen sein. Stets wird es sich aber nur um unwesentliche Änderungen handeln dürfen (vgl. RG. 79, 399⁷; 119, 401⁸) [404], die bei Abwägung der Interessen beider Teile dem Urheber zuzumuten sind.

Der Urheber wird seine Einwilligung nach Treu und Glauben nicht versagen können, wenn durch den Zweck, zu dem er das Urheberrecht übertragen hat, namentlich infolge der Umstände unter denen die Vervielfältigung des Werkes erfolgen soll, die Änderung geboten erscheint. Vorliegend war nach den Feststellungen des UrbG. der Zweck der Mitwirkung des Kl. und damit auch der Übertragung der Urheberrechte, eine musikalische Leistung zu liefern, die Teil des ganzen Tonfilms werden sollte. Bei Zusammenstellung des Tonfilms konnte sich daher sehr wohl die Möglichkeit ergeben, die musikalische Leistung durch eine rein schauspielerische zu ergänzen. Das UrbG. hat in tatsächlicher Würdigung der Verhältnisse und in Abwägung der Interessen beider Teile erwogen, daß diese schauspielerischen Ergänzungen völlig unbedeutend waren und in die Interessen des Kl. nicht eingriffen. Da es ferner feststellt, daß üblicherweise solche Ergänzungen durch einen double vorgenommen zu werden pflegen, so rechtfertigt die Feststellung des UrbG., daß die Bekl. die Grenzen, welche Treu und Glauben und die Verkehrssitte ihr setzen, nicht überschritten hat, im vorliegenden Fall auch die Anwendung des § 9 Abs. 2 LittUrG. Es ist unerheblich, daß das UrbG. die Sachlage unter diesem rechtlichen Gesichtspunkte nicht besonders geprüft hat, da das UrbG. ihn hervorgehoben und eingehend gewürdigt hatte. Gegen die Anwendung des § 9 Abs. 2 LittUrG. sprechen im vorliegenden Fall um so weniger Bedenken, als der Kl. auf Grund der Bestimmungen § 3 Ziff. 1 und 2 AllgAllfVerd.

⁵) JW. 1927, 3045⁵.

⁶) JW. 1910, 26².

⁷) JW. 1912, 867¹⁰.

⁸) JW. 1928, 653²⁵.

in weitgehendster Weise alle seine Rechte der Bekl. übertragen hatte, und die Entscheidung über die inhaltliche, künstlerische und technische Gestaltung des Filmes und der einzelnen Rollen der Bekl. vollkommen überlassen worden war. Die erfolgte Ergänzung in dem festgestellten, unbedeutenden Umfange konnte aber nur als inhaltliche, künstlerische und technische Gestaltung des Filmes erscheinen.

(NArbG., Urt. v. 25. März 1931, RAG 402/30. — Berlin.) [D.]

Berlin. Landesarbeitsgerichte.

1. § 276 BGB.

1. Der Filmunternehmer handelt nicht fahrlässig, wenn er einen mit den Gefahren des Gebirges vertrauten Filmoperateur ohne Hinweis auf die damit verbundene Gefahr zu einer Aufnahme aus einem auf einem Gebirgswasser fahrenden Faltboot veranlaßt.

2. Der Filmunternehmer haftet mangels besonderer Vereinbarung regelmäßig nicht für von ihm nicht verschuldeten Verlust bzw. Beschädigung der vom Filmoperateur zur Verfügung gestellten Kamera. Es ist regelmäßig anzunehmen, daß die Gefahr eines solchen Schadens bei der Festsetzung des Honorars berücksichtigt worden ist.

(NArbG. Berlin, 4. R., Urt. v. 11. Jan. 1932, 104 S 2704/31.)

Mitgeteilt von Dr. Walter Friedmann, Berlin.

*

2. § 133 a GewD. Kaffeehausmusiker gelten als mit höheren technischen Dienstleistungen betraut. Begriff der festen Bezüge. †)

Der Kl. war seit dem 1. Juli 1931 als Cellist der aus drei Musikern bestehenden Kapelle in dem Kaffeehausbetrieb des Bekl. beschäftigt, und zwar seit dem 1. Okt. 1931 mit einem Gehalt von täglich 10 M. In dem schriftlich abgeschlossenen Vertrage v. 15. Juni 1931 ist eine Kündigungsfrist von 14 Tagen vereinbart worden.

Es war zu prüfen, ob der Kl., sei es aus dem Gesichtspunkte des § 133 a GewD., sei es auf Grund von § 622 BGB., Anspruch auf die sechswöchige Kündigungsfrist zum Kalendervierteljahr hat oder ob die vereinbarte, der Zweiwochenfrist des § 122 GewD. entsprechende Frist maßgeblich ist. Die Anwendung des § 622 BGB. kam nur in Frage, wenn der Klageanspruch nicht schon auf Grund der gewerblichen Sonderregelung, insbes. auf Grund des § 133 a GewD. begründet war.

Für die Anwendbarkeit des § 133 a GewD. ist zunächst maßgebend, ob der Betrieb des Bekl. der GewD. unterfällt, und ferner, ob die von dem Kl. geleisteten Dienste in den Rahmen dieses gewerblichen Betriebes gehören (vgl. v. Landmann, 7. Aufl., Bb. II, Vorbem. zu Titel VII der GewD. S. 175 f.). Zweifellos unterfällt der Betrieb des Bekl. den Best. der GewD., da es sich um eine Konditorei, also um einen gewerblichen Betrieb handelt. Aber auch die vom Kl. geleisteten Dienste gehören in den Rahmen des vom Bekl. betriebenen Gewerbes; denn es handelt sich hier nicht nur um eine Konditorei, sondern um eines der besten Konzertkaffees von B. Daß aber die von einem Musiker geleisteten Dienste in den Rahmen eines Kaffeehausbetriebes gehören, kann nicht zweifelhaft sein. Die Sondervorschrift des § 133 a GewD. kommt also an sich zur Anwendung; es fragt sich

Zu 2. Die Entsch. ist im Ergebnis zutreffend. Über das Arbeitsrecht der Musiker ist eine weitläufige Spr. nicht nur der ArbG., sondern auch der VersA. und der FinGer. vorhanden. Gerade der Arbeitsvertrag der Musiker birgt eine Fülle von Rechtsfragen in sich. In dem Urt. ist die Rechtsfrage daraufhin abzufragen, ob Kaffeehausmusiker als Gewerbegehilfen Dienste höherer Art leisten. Das NArbG. Duisburg v. 23. Febr. 1928: Kramer, Grundfähliche Entsch. des NArbG. Duisburg Bb. 1 Heft 2 ist zu dem Ergebnis gekommen, daß jedenfalls die Musiker in Kaffeehäusern, Konditoreien, Theatern, Kinos als gewerbliche Arbeitnehmer anzusehen sind. Dieser Standpunkt dürfte seit NArbG. 372/30 v. 29. Nov. 1930: BenzSamml. 11, 175 nicht mehr streitig sein. Ders. hat in der Ann. zu dieser Entsch. diesen Standpunkt ebenfalls gebilligt. Die Berufung des NArbG. auf Landmann-Rohmer ist richtig. Dabei ist aber der Komm. in dem Urt. einmal in der 7. und einmal in der 8. Aufl. zitiert. Die wiedergegebene Ansicht aus der 7. Aufl. ist in der 8. Aufl. S. 224 bekräftigt.

NArbG. München: BenzSamml. 10 2. Abt. S. 15 ff. hat zwar die Anwendung des § 133 a GewD. für die Café-Musiker verneint, dafür aber die Anwendung des § 622 BGB. zugelassen. Der erste Teil dieser Entsch. ist vom NArbG. nicht gebilligt, sie steht auch im Widerspruch mit NArbG. v. 1. Dez. 1930, 417/29: BenzSamml. 8, 202. Suck-Ripperden, Lehrb. des ArbR. (3.—5. Aufl.) haben

lediglich, ob auch alle Voraussetzungen dieser Vorschr. erfüllt sind. Dies ist zu bejahen. Allerdings ist der Kl. bei dem Bekl. nicht mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder einer Abteilung beauftragt gewesen, wohl aber ist er mit „höheren technischen Dienstleistungen“ betraut worden.

Der Begriff der höheren technischen Dienstleistungen ist im Gesetz nicht bestimmt. Nach den Grundsätzen des NArbG. ist hierfür die das Niveau eines Arbeiters wesentlich übersteigende Schulung zur Dienstleistung und die dadurch bedingte soziale Stellung entscheidend (vgl. NArbG. v. 29. Nov. 1931: BenzSamml. XI, 174; NArbG. 4, 244; vgl. auch v. Landmann, GewD. Bb. 2 Teil 2, 8. Aufl., Anm. 2d zu § 133 a). Das NArbG. führt in der erwähnten Entsch. treffend aus, daß das Wort „technisch“ zwar im Gebiete der GewD. keinen unmittelbaren Zusammenhang mit dem Begriffe der musikalischen oder überhaupt einer künstlerischen Technik hat, daß es aber auf die Wahl des Wortes nicht ankommt, da das Gesetz durch den Zusatz „und dergl.“ zum Ausdruck gebracht hat, daß bei Wahrung des Grundgedankens dem Ermessen des Gerichts bei der Auslegung keine Schranken gesetzt sind. Es ist daher hier nicht nur die auf Nutzwwecke gerichtete, sondern auch die ideell schaffende und geschulte Arbeit zu verstehen, wie sie z. B. auch ein Musiker leistet, zumal da der Musikerberuf in den letzten Jahren eine wesentliche Wandlung erfahren hat. Dieser Wandlung der Verkehrsbedürfnisse und der Verkehrsanschauung, die sich im Laufe der letzten Jahre seit dem Inkrafttreten der GewD. vollzogen hat, ist bei der Auslegung dieser Gesetzesvorschrift Rechnung zu tragen (vgl. Ders. zu NArbG. v. 29. Nov. 1931).

Der Kl. hat dargelegt, daß er eine sehr gute Schulung und Ausbildung genossen hat. Ferner hat der Bekl. einen besonders gut ausgebildeten Musiker für allerschwerstes Konzert und absolut rhythmische Tanzmusik verlangt sowie einen äußerst routinierten und technisch einwandfreien Musiker, der den höchsten Ansprüchen gewachsen ist. Die vom Kl. geleisteten Dienste sind daher mit einem ganz anderen Maß zu messen als diejenigen, die ein gewerblicher Arbeiter zu leisten hat. Es besteht kein Anlaß, die vom NArbG. für einen Musiker im Lichtspieltheater festgestellten Vorteile für den Kaffeehausmusiker nicht gelten zu lassen. Von der Verkehrsanschauung werden diese Kaffeehausmusiker den Musikern im Lichtspieltheater gleichgestellt (vgl. Potthoff: Dtsch. Musikerztg. 1930 Nr. 50 S. 960). Die Merkmale für die Eigenschaft eines höheren technischen Angestellten treffen also zu.

Es war daher lediglich noch zu prüfen, ob der Kl. auch gegen feste Bezüge angestellt war. Feste Bezüge müssen sich als nicht wandelbare Entlohnung einer Gesamtdienstleistung, nicht einzelner Dienstleistungsakte, darstellen. Danach schließt auch Stundenlohn das Vorliegen fester Bezüge nicht notwendig aus, wenn nur die Zusammenrechnung zwar nach jenem Maßstab, aber doch zu einem gewissen regelmäßigen Gesamteinkommen ins Auge gefaßt ist (vgl. Staudinger, Anm. II 2a zu § 622 BGB.). Der Kl. hat zwar mit dem Bekl. einen Lohnsatz von täglich 10 M. vereinbart; es schließt dies aber nicht notwendig die Annahme fester Bezüge aus, da nicht ein einzelner Dienstleistungsakt, sondern die Gesamtdienstleistung des Tages, gleichgültig wieviel Zeit beansprucht wurde, entlohnt worden ist. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob dem Kl. etwa nur wegen seiner Geldknappheit die Vergütung täglich ausgezahlt worden ist.

Der Kl. muß als unter § 133 a GewD. fallend angesehen werden.

(NArbG. Berlin, Urt. v. 11. Febr. 1932, 101 a S 3089/31.)

Mitgeteilt von N. Dr. Arthur Kallmann, Berlin.

in Bb. 1 auf S. 54 Anm. 9, auf S. 56 Anm. 5 ebenfalls die Annahme, daß Musiker gewerbliche Arbeitnehmer sind, anerkannt. Das billigen ferner, wenn auch nicht ausdrücklich, Düringer-Hachenburg, HGB., Bb. 1, Anm. 7 u. 10 zu § 59 HGB.; Staub, HGB., Anm. 18 zu § 59 HGB.; Tietze: Ehrenbergs Handb. d. ArbR. Bb. 2 S. 575 ff.; Potthoff auf S. 3 der Schrift des Deutschen Musikerverbandes „Wer ist Arbeitgeber der Musiker?“

Daß die Aufzählungen der einzelnen Berufsgruppen im Gesetz bei § 133 a GewD. und § 622 BGB. nicht vollständig sind, haben überzeugend nachgewiesen Landmann, Komm. zur GewD., 8. Aufl., Anm. 2d zu § 577 und Staudinger, Anm. 1 zu § 622.

In den Entsch. des NArbG. v. 16. Mai 1931, 643/30: ArbRspr. 1932, 56 und v. 11. Nov. 1931, 217/31: ArbRspr. 1932, 109 ist von diesem zutreffend ausgeführt, daß es sich bei Musikern um Personen handelt, welche mit höheren technischen Dienstleistungen betraut sind, die also unter den § 133 a GewD. fallen.

Es ist dieses wesentlich, weil § 133 a GewD. die Abdingbarkeit der Kündigungsfrist unter einem Monat verbietet, während § 622 BGB. nach der herrschenden Meinung (abweichend nur Soergel, BGB., Anm. 4 zu § 622) auch die Vereinbarung einer kürzeren Kündigungsfrist für zulässig hält. Die in dem vorliegenden Rechtsfall vereinbarte Kündigungsfrist von 14 Tagen verließ also gegen § 133 a GewD.

N. Dr. Richard Rosenthal, Duisburg.

C. Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichte.

I. Reich. Reichsfinanzhof.

Berichtet von Reichsfinanzrat Dr. Boethke, Reichsfinanzrat Art und Reichsfinanzrat Dr. Georg Schmauser, München.

[× Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsfinanzhofs abgedruckt.]

1. § 1 Nr. 1 UmfStG. Ein Künstler, der eine Konzertdirektion mit dem Arrangement eines Konzerts beauftragt, gilt umsatzsteuerrechtlich als Veranstalter der Aufführung.

In der Zeit vom 1. Jan. 1925 bis 30. Juni 1928 hat die beschwerdeführende „Konzertdirektion“ GmbH drei Gruppen von Geschäften betrieben: 1. sie hat aus eigenem Antrieb Konzerte veranstaltet; 2. sie hat für die Veranstaltungen von Dritten, besonders von Vereinen, die Mitwirkung von Künstlern vermittelt; 3. sie hat im Auftrag von einzelnen Künstlern, die Konzerte geben wollten, das örtliche „Arrangement“ getroffen.

Die UmfSt. für die Gruppen zu 1 und 2 ist nicht streitig: zu 1 ruht die Steuer auf den gesamten Einnahmen, zu 2 auf der Beschw. verbleibenden Vermittlergebühr. Streitig ist allein, ob die Gruppe zu 3, das Arrangement, zu behandeln ist wie die Gruppe zu 1 oder wie die Gruppe zu 2. Die Vorbehörden haben auch bei dem Arrangement, wie zu 1, die gesamten Entgelte der Steuer unterworfen; die Beschw. will, wie zu 2, nur die Vermittlergebühr versteuern. Ihre Abeschw. ist begründet.

Entscheidend ist die Beantwortung der Frage: Wer ist der Unternehmer? Im Falle des Konzerts also: Wer ist der Veranstalter? Die Antwort ergibt sich regelmäßig aus dem Auftreten der Beteiligten nach außen: Veranstalter ist, wer den Besuchern gegenüber im eigenen Namen auftritt. Die inneren Rechtsbeziehungen zwischen dem Veranstalter und seinen Erfüllungsgehilfen können daher in der Regel umsatzsteuerrechtlich unberücksichtigt bleiben. Sie sind nur dann als Beweiszeichen („Indiz“) heranzuziehen, wenn die Frage des Auftretens nach außen zweifelhaft erscheint. Das gilt insbes. für den streitigen Fall.

Die Ankündigungen und Programme tragen nämlich bei den von der Beschw. im Auftrag einzelner Künstler eingerichteten Konzerten beide Namen, den des Künstlers und den der Direktion nebeneinander. Wer von beiden als Veranstalter auftritt, muß daher aus dem Innenverhältnis erschlossen werden. Zu 1 sind Erfüllungsgehilfen der Beschw. als des Veranstalters die Künstler, zu 2 ist Erfüllungsgehilfe des dritten Veranstalters die beschwerdeführende Direktion. Das ergibt sich in beiden Fällen aus dem Auftreten nach außen; es stimmt aber auch damit überein, daß Gewinn und Verlust zu 1 die Beschw., zu 2 der dritte Veranstalter, der Auftraggeber der Beschw., trägt.

Im dritten Falle nun ist unstrittig der Künstler auf eigene Rechnung tätig. Ihn allein trifft das Risiko. Die Beschw. macht ihre Mitwirkung davon abhängig, daß der Künstler ihr zuvor für alle voraussichtlichen Ausgaben einen Vorschuß zahlt. Nach dem Konzert bringt sie alle ihre Einnahmen aus dem Verkauf der Eintrittskarten, Textbücher, Programme dem Künstler gut, belafst ihn mit allen Ausgaben, zieht die vereinbarte Vergütung ab und verrechnet den den Künstler danach treffenden Gewinn oder Verlust mit dem Vorschuß. Unternehmer ist also im Innenverhältnis der Künstler, sein Erfüllungsgehilfe die Direktion. Aus diesem Innenverhältnis rechtfertigt sich der Schluß, daß bei der Nennung beider Namen gegenüber dem Publikum der Name des Künstlers als der des Veranstalters anzusehen ist, ebenso wie im Falle 2 der Auftraggeber der Beschw. als Veranstalter gilt. Das FinGer. ist zur entgegengesetzten Auffassung gelangt, weil die Beschw. bei der Ermietung des Saales wie bei der Herstellung und dem Vertrieb der Textbücher und Programme ihren Untererfüllungsgehilfen gegenüber im eigenen Namen auftritt, zumal die Saaleigentümer, Drucker usw. nicht mit dem fremden Künstler, sondern nur mit der bekannten Firma, der Direktion, vertragliche Beziehungen eingehen wollen. Der Schluß des FinGer. aus dieser Tatsache ist indessen nicht gerechtfertigt. Denn wenn der Unternehmer, hier also der Künstler, seinen Erfüllungsgehilfen, die Direktion, beauftragt, einen Saal, Textbücher, Programme zu beschaffen, so ist es für die umsatzsteuerrechtliche Stellung des Auftraggebers belanglos, ob die Direktion ihm den eigenen Saal oder einen von dritter Seite ermieteten Raum zur Verfügung stellt, ebenso ob sie Textbücher und Programme in eigener Druckerei oder mit Hilfe eines fremden Druckers herstellt; immer ist es dem Künstler gegenüber allein die Direktion, die ihm das Gewünschte beschafft.

Das FinGer. hat sich bei seiner Entsch. weiter leiten lassen von seiner Auffassung über die Verkehrssitte. Diese Auffassung

bindet den Senat nicht; denn das FinGer. hat nicht etwa auf Grund besonderer Einzeltatsachen eine örtliche Verkehrssitte tatsächlich festgestellt, sondern nur seiner Meinung über den typischen Charakter der Veranstaltungen Ausdruck gegeben. Es handelt sich also nicht um die Feststellung des Tatbestandes, des Unterfages, auf den die Norm als Oberfag angewendet werden soll, sondern gerade um allgemeine Erfahrungssätze, deren Norm der Sachverhalt unterworfen wird. Derartige allgemeine Erfahrungssätze unterliegen im Beschwerdeverfahren der Nachprüfung. Diese Prüfung ergibt, daß sich der Konzertbesucher über sein Rechtsverhältnis zu dem Künstler oder zu der Konzertdirektion erfahrungsgemäß keinerlei Gedanken zu machen pflegt, so daß sich eine Verkehrssitte in diesem Punkte nicht bilden kann. Was sich gleichwohl der eine oder der andere Besucher ausnahmsweise für eine Meinung bilden mag, ist demgegenüber belanglos. Unerheblich ist auch, an wen sich die Besucher wegen der Rückzahlung des Eintrittsgeldes wenden, wenn die Veranstaltung ausfällt. Denn über die Verpflichtung zur Rückzahlung entscheidet nicht die Meinung des rechtsunkundigen Besuchers, sondern allein das Gesetz und im Streitfall das Gericht.

Aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß dem Rückschluß aus dem Innenverhältnis auf das an sich zweifelhafte Außenverhältnis keine Bedenken entgegenstehen. Die angefochtene Entsch. und die Einspruchsentscheidung waren daher aufzuheben, und die Beschw. war von der Steuer für die über ihre Vermittlungsgebühr hinausgehenden Beträge freizustellen.

(RFG., 5. Sen., Ur. v. 14. März 1932, VA 634/31 S.)

2. § 1 Nr. 1 UmfStG. Die entgeltliche Veräußerung des gewerbl. Unternehmens im ganzen ist als letzter Akt der gewerbl. Tätigkeit des Veräußerers grundsätzlich umsatzsteuerpflichtig. †

(RFG., 5. Sen., Ur. v. 24. April 1931, VA 410/31, RFG. 29, 22.)
Abgebr. JW. 1932, 274²¹.

3. §§ 1 Nr. 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 UmfStG. Die Vermittlung politischer Nachrichten durch das Reich an die Rundfunkgesellschaft mit Ausnahme der sog. „Auslagennachrichten“ ist umsatzsteuerpflichtig. †

Die beschwerdeführende AktG. ist durch Erlass des RZnM. als Nachrichtenstelle für die deutschen Rundfunkstellen zur Verbreitung politischer Nachrichten bestimmt worden. Auf Grund einer Schätzung

Zu 2. A. Anm. Lucas, ebenda.

B. Die Entsch. (vgl. auch RFG. v. 3. Juli 1931, VA 179/31 u. v. 30. Jan. 1931, VA 1030/29) hat mit Rücksicht auf die durch die NotBd. v. 1. Dez. 1930 mit Gültigkeit v. 1. Jan. 1931 eingeführte Best. des § 2 Ziff. 8 UmfStG. 1932 erheblich an Bedeutung verloren. Nach dieser Best. sind Umsätze von Grundstücken und grundstücksgleichen Berechtigungen i. S. des GrErmStG. i. d. Fass. der Bek. v. 11. März 1927 (RWB. I, 72) mit Ausnahme der Umsätze, die innerhalb eines auf Erwerb oder Veräußerung von Grundstücken gerichteten Unternehmens erfolgen, von der Besteuerung ausgenommen. Dasselbe gilt übrigens für Umsätze von Geldforderungen (vgl. § 2 Ziff. 6 UmfStG. 1932) und gesellschaftsteuerpflichtige Leistungen (vgl. § 2 Ziff. 11 UmfStG. 1932). Bei der Veräußerung eines gewerblichen usw. Unternehmens ist daher das Entgelt, soweit es die genannten Gegenstände betrifft, von der Steuerpflicht ausgenommen (vgl. RFG. v. 23. Okt. 1931, VA 526/31: IndMitt.). Problematisch bleibt, wie der Rundschafstwert (Firmenwert, good will usw.) bezüglich der Umsatzsteuer zu behandeln ist.

Es geht m. E. nicht an, für die Zwecke der Grunderwerbsteuer den Rundschafstwert, soweit das nach Ott (StW. 1931, 1329, 1330) mit Rücksicht auf die Änderungen des GrErmStG. durch die NotBd. v. 1. Dez. 1930 (§§ 11, 12 GrErmStG.) jetzt (ab 1. Jan. 1931) überhaupt noch zulässig ist, dem für das Grundstück ausgeworfenen Kaufpreise hinzuzuschlagen, bagegen für die Umsatzsteuer zu verlangen, das die im Kaufvertrag genannten Werte der Besteuerung zugrunde gelegt werden, der Rundschafstwert also gesondert besteuert wird. Auch bezüglich der nichtgrundstücksgleichen subjektiv-personlichen Apothekenbetriebsrechte und der sog. Real-konzessionen mit Präsentationsrecht besteht nur die Möglichkeit, sie entweder nur bei der Grunderwerbsteuer oder, was mir zutreffend erscheint, nur bei der Umsatzsteuer zu berücksichtigen.
Verf. Hans Werner, Magdeburg.

Zu 3. I. Für den Betrieb des Rundfunks besitzt das Deutsche Reich innerhalb des Reichsgebiets das Monopol. Die Rundfunkbetriebe gehören der DRG. und werden von ihr betrieben. Die Errichtung einer Empfangsanlage bedarf der Genehmigung der DRG. Der Genehmigungsinhaber (Rundfunkteilnehmer) hat an diese eine monatliche Gebühr zu entrichten. Die DRG. beschafft mit Hilfe der Sendegesell-

ist sie zur UmsSt. veranlagt worden. Einspruch und Berufung waren erfolglos.

Mit der Beschw. beantragt sie Freistellung von der UmsSt.

Die Beschw. ist unter Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen und organisatorischen Abhängigkeit vom Dt. Reich — RZmM. — (51% Aktienbeteiligung, Einfluß auf die Zusammenfassung des Aufsichtsrates, Stellung des Aufsichtsratsvorsitzenden, Genehmigung zur Bestellung des Vorstandes und der übrigen Redakteure, Einfluß auf die Entlassung der Redakteure und sonstigen Angestellten) nach ständiger Rspr. des Sen. i. S. des UmsStG. als Organ des Reichs anzusehen. Eine selbständige Steuerpflicht der Ges. besteht danach nicht. Dagegen haftet sie nach §§ 84, 89 AbgD. a. F., soweit die Steuerpflicht des Reichs besteht. Das Reich ist nicht steuerpflichtig, soweit die Ges. Hoheitsrechte als Reichsorgan ausübt. Soweit die Ges. sog. „Auflagennachrichten“ (amtliche von einer obersten Reichs- oder Landesbehörde ausgehende oder genehmigte Nachrichten) an den Rundfunk heranträgt, ist sie Organ der Reichsberw. bei der Betätigung der öffentlichen Gewalt, die das Recht zur Verbreitung von Nachrichten in sich schließt, die in den Rahmen der amtlichen Tätigkeit fallen. Soweit sie dagegen sonstige politische Nachrichten verbreitet, handelt es sich um gewerbliche Leistungen im Rahmen des Rundfunkmonopols. Durch die Erhebung zum Reichsmonopol (FunkWD. v. 8. März 1924 [RWB. I, 273] i. Verb. m. § 2 TelG. v. 6. April 1892 u. 7. März 1908 [RWB. 1892, 467 u. 1908, 79]) wird die Verbreitung von Nachrichten und Vorträgen durch den Rundfunk nicht ohne weiteres Akt der öffentlichen Gewalt (RZf. 17, 73). Soweit die Aufgabe der Ges. nicht Ausübung

der Hoheitsgewalt des Reichs ist, übt sie eine Tätigkeit aus, die, wenn sie nicht zum Monopol erklärt worden wäre, Gegenstand eines privaten Erwerbsgeschäftes sein könnte. Insofern liegt ein steuerpflichtiges gewerbliches Unternehmen des Reichs vor. Daß die Abgabe der Nachrichten entgeltlich i. S. des UmsStG. ist, steht fest. Die Entgeltlichkeit der Leistungen wird nach ständiger Rspr. des RZf. dadurch nicht aufgehoben, daß die Rundfunkges. der Beschw. nur bare Auslagen und Aufwendungen, die ihr durch die Beschaffung und Verarbeitung des Nachrichtenmaterials erwachsen, zu erstatten haben.

(RZf., 5. Sen., Ur. v. 24. Juli 1931, V A 350/30 S.)

*

× 4. §§ 6 Abs. 1 Nr. 3, 58 Abs. 1 u. 3 EinkStG.

a) Einkünfte aus einem Gewerbebetrieb bzw. aus einer in der Form eines gewerbeähnlichen Betriebs ausgeübten selbständigen Berufstätigkeit stellen grundsätzlich keine Entlohnung für eine sich über mehrere Jahre erstreckende Tätigkeit i. S. § 58 Abs. 1 EinkStG. dar.

b) Ist die Entlohnung für eine sich über mehrere Jahre erstreckende Tätigkeit infolge der Abmachungen der Beteiligten in die Form laufender Beträge gekleidet und über mehrere Steuerabschnitte verteilt, so kommt § 58 EinkStG. regelmäßig nicht zur Anwendung.†)

Der Beschw. hat 1910 Lizenzverträge über die Ausnutzung seiner Erfindung geschlossen. Er hat aus Verträgen 1928 neben anderen Einkünften 200 000 RM vereinnahmt. Bez. dieses Betrags begehrte der

jemand ein Vorzug eingeräumt werde (RZf. 13, 222; Popitz a. a. O. S. 345 ff., ErgBd. S. 64 ff.). Diese Rspr. des RZf. hat vielfache, z. T. sehr beachtliche Kritik erfahren, vgl. Bühler: ZW. 1929, 2130 und Wassertrübinger: ZW. 1927, 470 und 1929, 530, während Becker: StW. 1929, 942 die wirtschaftl. Betrachtungsweise des Rundfunkur. RZf. 25, 306 billigend hervorhebt.

Im vorliegenden Falle wird man bei genauer Kenntnis des — aus den Urteilsgründen nicht völlig ersichtlichen — Sachverhalts dem RZf. beipflichten müssen. Denn die nichtamtlichen Nachrichten werden nicht etwa ausschließlich zur Beeinflussung der öffentlichen Meinung i. S. der Regierungspolitik verbreitet, es gilt vielmehr für sie lediglich die Bestimmung der „Richtlinien für den Nachrichten- und Vortragsdienst des Rundfunks“, wonach der Rundfunk keiner Partei dient.

Es fragt sich lediglich noch, ob nicht die Vorschr. des § 3 Ziff. 3 Platz zu greifen habe, nach welcher Unternehmen mit ausschließlich gemeinnützigen Zwecken wegen der diesen Zwecken unmittelbar dienenden Umsätze steuerfrei sind, wenn die Entgelte hinter den durchschnittlich für gleichartige Leistungen von Erwerbsunternehmungen verlangten Entgelten zurückbleiben. Der RZf. hat in der obigen Entsch. den § 3 Ziff. 3 überhaupt nicht erwähnt, er hält also die Voraussetzungen dieser Bestimmung offenbar nicht für gegeben, und zwar m. E. mit Recht. Das Gutachten RZf. 17, 73 hat die Vorschr. des § 3 Ziff. 3 deswegen auf den Rundfunkbetrieb nicht für anwendbar erklärt, weil dieses Unternehmen auf Gewinnerzielung angelegt sei, außerdem auch der nicht als gemeinnützig anzusehende Unterhaltungszweck bei dem Rundfunk eine nicht unbedeutende Rolle spiele. Diese beiden Gesichtspunkte treffen auf die Ges. nicht zu. Die Entsch. hängt bei ihr lediglich davon ab, ob man der politischen Betätigung der Reichsregierung den Charakter der Gemeinnützigkeit zubilligt. Gemeinnützig ist nach § 29 DurchfWd. ein Unternehmen, wenn es der Förderung der Allgemeinheit zu dienen bestimmt ist und tatsächlich dient, d. h. wenn seine Tätigkeit dem gemeinen Besten auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet nützt. Die Politik ist weder hier noch unter den Einzelbeispielen des § 30 DurchfWd. als eines dieser Gebiete genannt. Der Grund hierfür ist wohl der, daß eine über den Parteien stehende Regierung zwar das Wohl der Gesamtheit im Auge hat, jedoch unmittelbar nicht das Wohl der Gesamtheit im Auge hat, sondern des Staates als einer Körperschaft. Die im Interesse des Staates als einer Körperschaft erfolgende Tätigkeit fällt aber grundsätzlich nicht unter § 3 Ziff. 3 (Kloß, Handb. d. RStG., Anm. 8 zu § 3). Eine andere Auslegung würde auf dem Umweg über § 3 Ziff. 3 die vom UmsStG. nicht gemollte grundsätzl. Steuerfreiheit der öffentl.-rechtl. Verbände wieder einführen.

RM. Dr. Meinhold Rußbaum, Nürnberg.

Zu 4. Wieviel Einte ist schon um § 58 EinkStG. vergossen worden. Merkwürdig! Denn § 58 ist tatsächlich nicht problematisch. Sein Zweck steht eindeutig fest. Er wird in der obigen Entsch. zutreffend umrissen: „Die Vergünstigung des § 58 bez. der Entlohnung für eine sich über mehrere Jahre erstreckende Tätigkeit beruht auf dem Gedanken, daß infolge der Progression des Steuertarifs derartige Einkünfte, die innerhalb mehrerer Steuerabschnitte verdient sind, aber in einem Steuerabschnitt anfallen, bei Anwendung des vollen Tarifsatzes steuerlich unangemessen hoch belastet würden.“ Ähnlich RZf.: StW. 1928 Nr. 546: „Der Zweck des § 58 ist es, den StPfl., der die Früchte seiner langjährigen Tätigkeit auf einmal erhält, vor den Wirkungen der starken Progression der Einkommensteuer zu schützen.“

schaften den Unterhaltungs- und sonstigen Rundfunkstoff und befördert ihn funkmäßig an die Rundfunkteilnehmer. Für jeden Sender wird eine örtliche Sendeges. errichtet, welche das Unterhaltungsprogramm zusammenstellt und abgibt. (Wegen der Beziehungen zwischen der RPo. und den Sendeges. vgl. RZf.: ZW. 1929, 967.) Die örtlichen Sendeges. wiederum erhalten politische Nachrichten von der hier beschw. führenden Ges., welche durch einen Erlaß des InnMin. als Nachrichtenstelle für die deutschen Rundfunkstellen zur Verbreitung politischer Nachrichten bestimmt ist. In der obigen Entsch. handelt es sich um die Umsätze-Steuerpflicht der Vergütungen, welche die Ges. von den Rundfunkges. für die Übermittlung von Nachrichten erhält.

II. 1. Der RZf. erklärt, entsprechend der von ihm in ständiger Rspr. entwickelten Organtheorie, die Ges. für eine bloße Organges. des Reichs und verneint daher ihre selbständige Steuerpflicht. Schuldner einer durch die Umsätze der Ges. veranlaßten Umsatzsteuer ist daher das Reich, die Ges. haftet aber für diese Steuer nach §§ 84, 98 AbgD. (§§ 103, 108 n. F.), falls die als Umsätze des Reichs anzusehenden Umsätze der Ges. überhaupt steuerpflichtig sind.

2. Das Reich und die sonstigen öffentl.-rechtl. Verbände unterliegen grundsätzlich der Umsatzsteuer, soweit ihre Leistungen entgeltlich innerhalb einer gewerbli. oder berufl. Tätigkeit (§ 1 UmsStG.) erfolgen. Staatshoheitsakte fallen nicht unter den Begriff der gewerbli. oder berufl. Tätigkeit und sind daher umsatzsteuerfrei (Popitz, a. a. O. § 3 Abs. 1 UmsStG. Reich und Länder wegen des Post-, Telegraphen- und Fernsprechverkehrs von der Umsatzsteuer befreit (vgl. hierzu § 25 DurchfWd.). Das Gutachten RZf. 17, 73 sowie die Entsch. RZf. 25, 306 haben die Anwendbarkeit des § 3 Ziff. 1 auf den Rundfunkbetrieb des Dtsch. Reichs abgelehnt, weil die RPo. die Vereinerung nach dieser Vorschr. nur dann in Anspruch nehmen könne, wenn sie als Beförderungsbetrieb tätig werde, dagegen nicht in ihrer Eigenschaft als Veranstalter von musikalischen, wissenschaftl. und sonstigen Unterhaltungen. Diese Ansicht wird von Neugebauer („Funkrecht“, 3. Aufl., S. 894 ff.) bekämpft. Es dürfte aber hier auf diese Streitfrage nicht ankommen, weil die Ges. anscheinend keinen Bestandteil des Post-, Telegraphen- und Fernsprechbetriebes bildet, sondern vom RZmM. ressortiert und weniger im Interesse des Rundfunkwesens als zur Förderung der Regierungspolitik errichtet ist, so daß sie nicht unter § 3 Ziff. 1 fällt.

Dagegen liegt der Gedanke nahe, daß das Reich mit der Tätigkeit, die es durch die Ges. entwickelt, sich innerhalb seines eigentl. öffentl.-rechtl. Aufgabenkreises bewege und daher deren Umsätze nicht zu versteuern habe. Der RZf. sieht jedoch in der Betätigung der Ges. nur insofern die Ausübung von Hoheitsrechten, als die Ges. von den Hoheitsverwaltungen dazu benutzt wird, amtli. von einer obersten Reichs- oder Landesbehörde ausgehende oder von ihr genehmigte Nachrichten an den Rundfunk heranzutragen. Soweit die Ges. sonstige politische Nachrichten verbreitet, sind nach Ansicht des RZf. ihre Leistungen gewerbli. Natur. Der RZf. stützt sich dabei auf seine grundsätzl. Ausführungen in dem Gutachten RZf. 17, 73, nach welchem i. S. des UmsStG. eine staatl. Tätigkeit dann als gewerbli. anzusehen ist, wenn der Staat etwas unternimmt, was auch Gegenstand eines Privatunternehmens sein kann oder sein könnte, wenn dem Staat nicht gesetzl. eine Monopolstellung eingeräumt wäre. Hier und in dem Ur. RZf. 25, 306 wie auch in zahlreichen anderen Entsch. hat der RZf. die Grenze, innerhalb deren die öffentl.-rechtl. Verbände in Ausübung der öffentl. Gewalt handeln und daher umsatzsteuerfrei sind, sehr eng gezogen, um zu verhindern, daß im privatwirtschaftl. Verkehr irgend

Beschw. die Anwendung des § 58 EinkStG. mit der Begründung, Voraussetzung der Begünstigung nach § 58 sei nur, daß die sich über mehrere Jahre erstreckende Tätigkeit und die für sie gezahlte Entlohnung sich von der sonstigen laufenden Tätigkeit oder den sonstigen laufenden Einnahmen klar abgrenzen lassen.

Das Erfordernis der Möglichkeit einer klaren Abgrenzung einer sich über mehrere Jahre erstreckenden Tätigkeit i. S. d. § 58 EinkStG. von der laufenden Tätigkeit ist von besonderer Bedeutung, wenn Angestellte, deren Entlohnung üblicherweise nach bestimmten Zeiträumen im Hinblick auf die in dieser Zeit geleisteten Arbeit erfolgt, mit Rücksicht auf die Erfüllung besonderer, aus dem Rahmen ihrer laufenden Tätigkeit herausfallender Aufgaben und der hierfür gewährten Sondervergütung die Anwendung des § 58 EinkStG. begehren. Im vorl. Falle ist die erfinderische Tätigkeit des Beschw. von seinen Obliegenheiten als angestellter Ingenieur unabhängig. Für die Frage, ob die auf Grund seiner erfinderischen Tätigkeit i. J. 1928 bezogenen Einkünfte nach § 58 EinkStG. zu begünstigen sind, spielt daher ihre Abgrenzung gegenüber den Einkünften unselbständiger Arbeit keine Rolle. Es kommt nur darauf an, ob diese Einkünfte als Entlohnung für eine sich über mehrere Jahre erstreckende Tätigkeit i. S. des § 58

Man sollte meinen, damit wäre für die GesAmwendung der Weg so klar gewiesen, daß die Hauptfragen sich nur auf tatsächlichen Gebiete bewegen könnten. In Wahrheit ist der Rf. bez. § 58 a. a. D. erst allmählich nach widersprechenden Ur. zu einer festen Rf. gelangt, die jedoch sein Anwendungsgebiet in m. E. unbilligem Maße einengt.

Die Urteile der obigen Entsch. sind nicht zu beanstanden. Es ist zwar bemerkenswert, daß es sich gerade um einen Erfinder handelt, den man bei Beratung des dem § 58 entsprechenden § 23 EinkStG. 1920 in der NatVerf. als beizugsweisen Anwendungsfall der Best. hervorgehoben hatte. Man hatte jedoch nur den Fall im Auge, daß der Pflichtige bei der Veräußerung einer Erfindung, an der er jahrelang gearbeitet hatte, einen erheblichen Betrag vereinbart. Hier erkennt auch der Rf. (StW. 1930 Nr. 110) die Anwendbarkeit von § 58 an. Die Einkünfte aus betriebl. Selbstausnutzung oder Selbstverwertung einer Erfindung hingegen können nicht als „die Entlohnung“ betrachtet werden für die mehrjährige Tätigkeit, die zur Erfindung geführt hatte. Den grundsätzl. Ausführungen des Rf. hierzu ist beizutreten. Nicht daß es sich um gewerbl. oder berufl. Einnahmen handelt, führt zur Unanwendbarkeit des § 58. Nach Ansicht des Rf. sind gerade das Hauptanwendungsgebiet des § 58 z. B. Schriftsteller- oder Gelehrtenhonorar u. dgl., also berufl. Einkünfte, ausnahmsweise auch das Honorar, das ein Anwalt für eine Vermögensverwaltung bezogen hat, der er sich jahrelang unter Ausschluß jeder anderen Anwaltstätigkeit gewidmet hatte (vgl. Rf. StW. 1929 Nr. 79). Unanwendbar aber ist § 58 auf Einkünfte aus gewerbl. oder berufl. Betrieben, d. i. aus einem der fortgesetzten Gewinnerzielung durch zielbewusste gewerbl. oder berufl. Tätigkeit dienenden Unternehmen. Liegt dies vor, so genießt auch nicht eine einzelne Einnahme innerhalb des Betriebes die Vergünstigung des § 58 (Rf. StW. 12, 288 [zu § 23 EinkStG. 1920]; Rf. StW. 1929 Nr. 79; 1930 Nr. 788, 1079; 1931 Nr. 479 — diese Ur. betreffen Rechtsanwälte —; StW. 1929 Nr. 991 [Architektenhonorar für einen mehrjährigen Bau]; StW. 1929 Nr. 508 [buchführender Kaufmann]). Ich pflichte diesen Entsch., soweit es sich um Betriebe handelt, die nach § 12 EinkStG. zu besteuern sind, auch aus einem vom Rf. nicht angeführten Grunde zu: § 58 begünstigt tariflich nicht schlechterdings „Einnahmen“, sondern „Einkünfte“, die sich als die Entlohnung für eine mehrjährige Tätigkeit darstellen. Bei den Beträgen, um die es sich in der hier besprochenen und in der angef. Entsch. — von der letzten abgesehen — handelt, stehen nicht „Einkünfte“ — aus Rechtsanwaltschaft, Erfindung, Architektenberuf — in Frage, sondern nur berufl. „Einnahmen“, die im Rahmen der betriebl. Gewinnerzielung nach § 12 (Überschuß der Einnahmen über die Ausgaben) nur einzelne, wenn auch bedeutende Rechnungsposten sind.

Nicht beizupflichtigen vermag ich der Einengung des Anwendungsgebietes von § 58, soweit es sich um die Entlohnung von Arbeitnehmern, also um Einkünfte aus unselbständiger Arbeit handelt. Zunächst besagt der Rf. die Vergünstigung des § 58, wenn sich die Entlohnung nur als „Zusammenfassung mehrerer Jahresvergütungen“ darstellt (Rf. StW. 1928 Nr. 73), z. B. von Jahrestantiemen (a. a. D.; Rf. StW. 24, 272) oder Jahresgehältern (Rf. StW. 1929 Nr. 712; 1931 Nr. 705). Es müsse sich „um eine einmalige besondere Vergütung für eine zusammenfassende Tätigkeit mehrerer Jahre handeln“ (StW. 1929 Nr. 712). Aber wenn eine „einmalige besondere Vergütung“ vorliegt, verlangt der Rf. weiter, daß die fragliche sich über mehrere Jahre erstreckende Tätigkeit sich „von der laufenden Tätigkeit“ des Pflichtigen „klar abgrenzen lasse“. Hiernach bezeichnet er § 58 — z. T. unter Abweichung von früheren Ur. (z. B. Rf. StW. 1928 Nr. 74) — als unanwendbar, wenn ein Gehaltsempfänger nachträglich eine einmalige Entschädigung oder eine als Erhöhung seiner Bezüge gewährte einmalige Nachzahlung für seine früher geleistete „normale“ oder „laufende“ Diensttätigkeit erhält (Rf. StW. 1929 Nr. 990, 992), und er engt schließlich das etwa übrigbleibende

Abf. 1 EinkStG. nach seinem Wesen und Zweck angesehen werden können. Das ist zu verneinen. Die streitigen Einkünfte fallen unter die Einkommensart des § 6 Abs. 1 Nr. 3 EinkStG., Einkünfte aus sonstiger selbständiger Berufstätigkeit. Zwar ist die Begünstigung der aus selbständiger Berufstätigkeit erzielten Einkünfte nach § 58 Abs. 1 nicht schlechthin ausgeschlossen, wohl aber, wenn die Tätigkeit des betr. Pflichtigen nach Art und Umfang solche Formen angenommen hat, daß man von einem dem Betrieb eines Gewerbes ähnlichen Betrieb sprechen kann wie im vorl. Fall. Der Beschw. hat eine langjährige freiberufliche Tätigkeit entfaltet, die sich zu einem wesentlichen Teil auch auf die kaufmännische Ausnutzung und Verwertung seiner Erfindung erstreckte. Die aus einem solchen Betriebe erzielten Einkünfte können ebensowenig wie die Einkünfte aus einem Gewerbebetrieb als Entlohnung für eine sich über mehrere Jahre erstreckende Tätigkeit i. S. d. § 58 Abs. 1 angesehen werden. Bei dem inneren Zusammenhang der gesamten innerhalb eines Betriebes entfalteten Tätigkeit stellen sich die aus seiner Führung erzielten Einkünfte oft als solche aus einer sich über mehrere Jahre erstreckenden Tätigkeit dar. Die Anwendung des § 58 EinkStG. auf betriebliche Einkünfte würde aber seinem Wesen als Ausnahmebest., die nur gew. besonders gelagerte

Anwendungsgebiet besonders ein durch den Satz, bei Lohnempfängern, insbes. bei höheren Angestellten, sei davon auszugehen, daß alle Dienste, die sie ihrem Arbeitgeber leisten, in den Rahmen ihrer laufenden Tätigkeit fallen. Die Tätigkeit für ihren Arbeitgeber sei einheitlich, regelmäßig könne eine einzelne Arbeitsleistung innerhalb dieser Tätigkeit nicht als Sondertätigkeit ausgeschieden werden. Auch wenn daher für solche Arbeitsleistung (z. B.: der Prokurist hat im Verlaufe mehrerer Jahre eine neue Arbeitsweise ausgearbeitet und eingeführt [StW. 1929 Nr. 992]; oder er hat jahrelang für zwei gearbeitet [vgl. StW. 1928 Nr. 570; 1929 Nr. 990]) eine besondere Vergütung gewährt werde, sei § 58 unanwendbar (StW. 1929 Nr. 992; 1930 Nr. 367). So kommt er zu dem Ergebnisse, daß § 58 bei Lohnempfängern, insbes. bei höheren Angestellten, höchstens in Ausnahmefällen Platz greifen könne.

Ich vertrete seit je einen anderen Standpunkt (s. meinen Komm. z. EinkStG. 1920, Anm. 11 vor § 19, Anm. 2—4, 6 zu § 23 sowie Jgen. Stf., 1929, S. 156 ff.): ich sehe in § 58, soweit er hier interessiert, die Auswirkung eines gesetzgeberischen Gedankens allg. Bedeutung. Die EinkSt. wird periodisch veranlagt und erhoben. Es sollen also grundsätzlich die wirtschaf. Maßnahmen der StPfl. in ihren wirtschaf. Folgen periodisch für den Staat nutzbar gemacht werden. Die normale Dauer der Periode ist ein Kalenderjahr. Man geht also allg. davon aus, daß die Steuer erhoben werde von den Erfolgen der wirtschaf. Maßnahmen des StPfl. während eines Jahres, wie auch die Abzugsfähigkeit der Aufwendungen des Pflichtigen in dieser Weise begrenzt ist. § 58 handelt von wirtschaf. Maßnahmen, die mehrere Jahre dauern, ehe sie sich in einer stpl. Einnahme auswirken. Die Gerechtigkeit würde fordern, daß solche Einnahmen auf die entspr. Anzahl von Steuerjahren nach rückwärts verteilt würden. Dies wäre praktisch unausführbar gewesen. Die Vorschr. erstrebt ein anderes Ergebnis, das sich dem gerechterweise zu Fordernben soweit nähert, als dies dem GesGeber bei der Besteuerung der ganzen Einnahmen auf einmal möglich erschien.

Gest man mit dieser Betrachtungsweise an die Auslegung des § 58 — der Rf. ist mit mir über die Zweckbestimmung des § 58 einig —, so muß man sein Anwendungsgebiet eher weit als eng begrenzt sehen. Es scheint mir nicht gerechtfertigt, einen Angestellten, dem 1931 neben seinem ordentl. Gehalte von 12 000 RM (tarifmäßige Steuer 1264 RM) 60 000 RM Tantieme für 4 Jahre nachgezahlt werden, mit der vollen tarifmäßigen Steuer von 72 000 RM = 19 200 RM (plus entsprechenden Steuerzuschlägen!), also die 60 000 RM allein mit 19 200 RM = 1264 RM = 17 936 RM zu belasten, während er bei Auszahlung der 60 000 RM in jährlichen Teilbeträgen (z. B. mit 12 000 + 14 000 + 15 000 + 19 000 RM) im ganzen an Steuer (jeweils zuzüglich 1264 RM für das gleichbleibende Gehaltseinkommen von jährlich 12 000 RM) nur zu zahlen gehabt hätte (2436 + 2936 + 3186 + 4336 =) 12 894 RM (also über 5000 RM weniger als 17 936 RM!). Es ist nicht ungerade, wenn er 1931 bei Empfang der 60 000 RM auf einmal gem. § 58 mit einer Steuer von 20% = 12 000 RM wegkommt. Die Begründung, mit der der Rf. die Anwendung von § 58 auf einen solchen Fall zurückweist, ist gegenüber seiner klaren Zweckbest. unberechtigt und gekünstelt. Wegen des näheren verweise ich auf meinen oben angef. Aufsatz.

In dem Beispielsfalle zahlt der Pflichtige bei Anwendung von § 58 894 RM weniger, als er bei Bezug der Tantieme in vier Jahresbeiträgen hätte zahlen müssen, und es lassen sich Fälle konstruieren, in denen die Ersparnis noch größer ist. Man sieht zwar klar, daß die Ursache nicht in der Sache selber liegt, sondern nur in dem starren Vergünstigungsstarif des § 58 (10—15 bzw. 15—20%, nicht darunter und nicht darüber; anders § 23 EinkStG. 1920). Und diese — vielleicht mißglückte, steuerfiskalisch zu beklagende und sachlich unberechtigte — tarifliche Fixierung allein bietet natürlich keinen Rechtsgrund für eine Einschränkung des Anwendungsgebietes durch die Abpr., denn sie ist auch mißglückt für Fälle zweifelsohner An-

Fälle steuerlich begünstigen will, widersprechen. Einkünfte aus einem Gewerbebetrieb bzw. aus einer in Form eines gewerblich betriebenen selbständigen Berufstätigkeit stellen daher grundsätzlich keine Entlohnung für eine sich über mehrere Jahre erstreckende Tätigkeit dar und sind nach § 58 Abs. 3 Nr. 1 als außerordentliche, nicht regelmäßig wiederkehrende Einkünfte nur begünstigt, wenn sie aus der ganzen oder teilweisen Betriebsveräußerung herrühren.

Im übrigen beruht die Vergünstigung des § 58 bez. der Entlohnung für eine sich über mehrere Jahre erstreckende Tätigkeit auf dem Gedanken, daß infolge der Progression des Steuertarifs derartige Einkünfte, die innerhalb mehrerer Steuerabschnitte verdient sind, aber in einem Steuerabschnitt anfallen, bei Anwendung des vollen Tarif-satzes steuerlich unangemessen hoch belastet würden. Wird wie hier infolge der zwischen den Beteiligten getroffenen Abmachungen die Entlohnung in die Form laufender Bezüge gekleidet und über mehrere Steuerabschnitte verteilt, so wird bereits dadurch die steuerliche Härte, der durch § 58 EinkStG. begegnet werden sollte, beseitigt oder doch gemildert. § 58 kommt daher auch aus diesem Grunde dem Sinne der Vergünstigungsvorschr. nach regelmäßig nicht in Frage.

(RFG., 6. Sen., Urt. v. 17. Dez. 1930, VI A 2087/30 S.)

*

× 5. §§ 35, 41 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. Auch der Erlös aus der Veräußerung einer Zufallserfindung kann sich als das Ergebnis einer vorübergehenden — im Gegensatz zu einer nur gelegentlichen — Tätigkeit darstellen. Das für die Unterscheidung zwischen vorübergehender und gelegentlicher Tätigkeit bedeutsame Maß der Tätigkeit ist nicht allein nach derjenigen Tätigkeit zu beurteilen, die ausgeübt wurde, um auf den erfinderischen Gedanken zu kommen, sondern auch nach derjenigen Tätigkeit, die erforderlich war, um die Erfindung bis zur erfolgreichen Verwertung zu fördern.

Streitig ist die Besteuerung von Einkünften, die der Beschw. i. J. 1927 aus dem Verkauf einer Erfindung gezogen hat. Das FinVer. hat die gutachtliche Äußerung eines Sachverständigen über die Art der Erfindung eingeholt lassen. Der Sachverständige hat den auf dem Gebiete der Weberei liegenden erfinderischen Gedanken des Beschw. als „Ei des Columbus“ bezeichnet und ausgeführt, daß die Erfindung nur auf einem glücklichen zufälligen Einfall beruhen könne. Auf Grund dieser Äußerung hat das FinVer. angenommen, daß es sich um eine Zufallserfindung handle und den Verkaufserlös unter Hinweis auf RFG.: StW. 1927 Nr. 403 und 404 als Einkünfte aus gelegentlicher Tätigkeit i. S. des § 41 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. zur Steuer herangezogen.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht begründet. Es kommt zunächst darauf an, ob es sich um eine vorübergehende Tätigkeit handelte, die unzweifelhaft eine Steuer nach § 35 Abs. 1 EinkStG. nach sich ziehen würde, oder um eine gelegentliche Tätigkeit, deren Erfolg vielleicht nach § 41 Abs. 1 Nr. 2 EinkStG. zur Steuer herangezogen werden könnte. Das FinVer. ist auf den Unterschied zwischen vorübergehender und gelegentlicher Tätigkeit nicht näher eingegangen und hat in rechtsirriger Weise ohne weiteres auf Grund seiner Annahme, daß es sich um eine Zufallserfindung handle, eine nur gelegentliche Tätigkeit angenommen. Einer Aufhebung der Vorentscheidung bedarf es gleichwohl nicht, da der Senat bei freier Würdigung der Spruchreife Sache zu dem gleichen Ergebnis wie das FinVer. kommt.

Der Senat hat in der bereits erwähnten Entsch. v. 7. Juli 1927, VI A 217/27, ausgeführt, daß der Begriff der vorübergehenden Tätigkeit nicht aus dem Gegensatz zur einmaligen, sondern zur gelegentlichen Tätigkeit zu gewinnen sei. Die vorübergehende Tätigkeit bedinge im Gegensatz zur gelegentlichen Tätigkeit entweder ein Mehr nach Zeit und Umfang oder aber eine zwar an und für sich geringfügige Tätigkeit, die aber nach den Begleitumständen auf eine Wiederholung schließen lasse. Danach werde es sich

unwendbar. Man denke, es bekäme 1931 ein sonst einkommenloser Erfinder als Entgelt für eine Erfindung, an der er 3 Jahre gearbeitet hat, 180 000 RM. Normalsteuer 62 000 RM., nach § 58 Höchststeuer 200% = 36 000 RM. hätte er hingegen statt in 1 Jahre 180 000 RM. in 3 Jahren je 60 000 RM. bekommen, so betrüge die Steuer jährlich 15 000 RM., auf 3 Jahre also 45 000 RM. Demgegenüber also Ersparnis durch Anwendung von § 58 9000 RM. Trotzdem sieht es fast aus, als hätte gerade dieser Gesichtspunkt den RFG. Lohnempfängern gegenüber rückwärts der begehrten Anwendung von § 58 immer mehr auf die Bahn der Verneinung geführt. Vgl. StW. 1929 Nr. 992 und 1930 Nr. 367: „Angesichts der großen Zahl der Fälle, in denen neuerdings Lohnempfänger die Anwendung des § 58 auf Teile ihrer Bezüge fordern, ohne daß eine sachl. Berechtigung zu einer solchen Behandlung anerkannt werden könnte, erscheint es geboten, das Anwendungsgebiet des § 58 schärfer zu begrenzen“ und dazu Becker: StW. 1930, 330: „Es wurde wirklich grober Mißbrauch mit der Vorschr. getrieben, indem auf jede Weise versucht wurde, Teile außergewöhnlich hoher Bezüge als Sonderwendungen für mehrjährige Tätigkeit

bei Erfindungen, die regelmäßig das Ergebnis einer eingehenden und nachhaltigen Beschäftigung mit den technischen oder sonstigen wissenschaftlichen Fragen sein werden, auf deren Gebiet die Erfindung liege, meist um eine mindestens vorübergehende Tätigkeit handeln. Nur bei Zufallserfindungen könne es sich um eine nur gelegentliche Tätigkeit handeln. Daneben hat der Senat in der Entsch. v. 7. Juli 1927, VI A 255/27 (StW. 1927 Nr. 356) ausgeprochen, daß es für die Abgrenzung der vorübergehenden Tätigkeit zur gelegentlichen Tätigkeit auch auf den Beruf des Pflichtigen ankommen könne. Schon aus diesen Darlegungen ergibt sich, daß die finanziellen Ergebnisse aus der Verwertung einer Zufallserfindung, d. h. einer Erfindung, bei der der eigentliche erfinderische Gedanke nicht einer nachhaltigen Beschäftigung mit der einschlägigen Materie, sondern einem glücklichen Zufall zu verdanken ist, nicht ohne weiteres und schlechthin als Einkünfte aus nur gelegentlicher im Gegensatz zu vorübergehender Tätigkeit angesehen werden können. Es ist zu beachten, daß von dem erfinderischen Gedanken bis zur erfolgreichen Verwertung der Erfindung häufig ein weiter Weg ist. Für die Frage, ob das Maß der auf eine Erfindung aufgewendeten Tätigkeit nach Zeit und Umfang so groß ist, daß die Einkünfte aus der Verwertung der Erfindung als solche aus vorübergehender Tätigkeit anzusehen sind, kommt es aber, da das EinkStG. grundsätzlich auf den Erfolg abstellt, nicht allein auf diejenige Tätigkeit an, die ausgeübt wird, um zunächst auf den erfinderischen Gedanken zu kommen, als vielmehr auf das Maß derjenigen Tätigkeit, die erforderlich ist, um die Erfindung so weit zu fördern, daß ihre erfolgreiche Verwertung möglich wird. Das schließt nicht aus, daß bei einer Zufallserfindung die Sache so liegt, daß ohne weitere Versuche und Vorarbeiten die erfolgreiche Weiterverwertung der Erfindung ohne weiteres gegeben erscheint und daß das Maß der bis zur Verwertung erforderlichen weiteren Tätigkeit des Erfinders so gering ist, daß man von einer nur gelegentlichen Tätigkeit sprechen kann. So liegt es aber im vorliegenden Falle nicht. Bei der gegebenen Sachlage kann nicht angenommen werden, daß der vom Beschw. durch die Verwertung seiner Erfindung erzielte finanzielle Erfolg auf eine nur gelegentliche Tätigkeit zurückzuführen ist. Es liegt vielmehr nach Zeit und Umfang dieser Tätigkeit eine vorübergehende Tätigkeit i. S. des § 35 Abs. 1 EinkStG. vor, so daß auch die Einnahmen aus dieser Tätigkeit nach § 35 EinkStG. als solche aus selbständiger Berufstätigkeit der Steuer unterliegen.

Hiernach rechtfertigt sich die Entsch. der Vorbehörde im Ergebnis. (RFG., 6. Sen., Urt. v. 1. Juli 1931, VI A 876/29 S.)

*

× 6. § 31 Abs. 1 u. 2 a. F.; § 50 Abs. 1 u. 2 n. F. RVerwG. Auf die Bewertung von Warenzeichen sind die Grundsätze der Entsch. des RFG. 26, 285 anzuwenden. Es besteht hierin keine feste allgemeine Verkehrsauffassung, durch die Warenzeichen als zu bewertende Gegenstände des Betriebsvermögens anerkannt sind. Die Gegenstandseigenschaft wird auch weder durch Eintragung der Warenzeichen noch durch Bezahlung der hierfür zu entrichtenden Gebühren begründet.

Streitig ist die Bewertung der zum Betrieb der Beschw. gehörigen Schutzrechte (Warenzeichen). Die Vorbehörde hat angenommen, daß die Warenzeichen den allgemeinen Geschäftswert des Unternehmens, also ein immaterielles Wirtschaftsgut, darstellen, und hat dementsprechend für ihre Bewertung die Grundsätze RFG. 26, 285 für maßgebend erachtet. Im vorl. Falle sei die Gegenstandseigenschaft dadurch gegeben, daß die Beschw. in den Jahren nach 1923 für die Warenzeichen besondere Aufwendungen gemacht habe.

Die RVerw. der Firma ist begründet. Die Vorbehörde ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, daß Warenzeichen für sich allein keine selbständig zu bewertenden Verkehrsgüter sind. Diese Auffassung hat der Sen. bereits RFG. 26, 285 vertreten. Auch durch die Eintragung der Warenzeichen allein

zurechtzustehen.“ Ich kann dem aus drei Gründen von grundsätzlicher Wichtigkeit nicht folgen:

1. Erweist sich, daß der Pflichtige im Einzelfalle eine hohe Sonderwendung zu Unrecht als Entlohnung für eine mehrjährige Tätigkeit „zurechnung“, so ist ihr aus diesem Tatbestandlichen — nicht rechtl. (!) — Gründe die tarifl. Vergünstigung nach § 58 zu verlagern; die Beweispflicht nach § 58 obliegt dem StPfl.

2. Ein StPfl., der, um Steuer zu sparen, absichtlich sich für eine Arbeitsleistung nicht alljährlich, sondern in längeren Zeitabständen entlohnen läßt, um der Vergünstigung des § 58 teilhaftig zu werden, treibt dabei keinen Mißbrauch mit dieser Best. Es handelt sich um „gesetzlich erlaubte Steuerersparung“. Ich trete hierin mit vollster Entschiedenheit lion: StW. 1931, 609 ff., insbes. 610, 622 ff. bei.

3. Vor allem aber wäre es unbillig und damit unzulässig, eine Best. in einem bestimmten Sinne ausulegen, weil bei anderer Auslegung mit ihr vereinzelte ungebührlicher Mißbrauch getrieben werden könnte. R. Dr. Glaser, Dresden.

wird nach der Auffassung des Senats kein selbständiges Verkehrsgut geschaffen. Allerdings entzieht durch die Eintragung eines Warenzeichens für den Eingetragenen ein Recht, dessen Inhalt in § 12 WbZG. v. 12. Mai 1894 näher bezeichnet ist. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß damit auch ein zu bewertender Gegenstand des Betriebsvermögens i. S. des § 31 Abs. 1 u. 2 RWbG. a. F. (§ 50 Abs. 1 u. 2 RWbG. n. F.) entstanden sei. Rechte sind nicht ohne weiteres bewertungsfähige Gegenstände, sie sind es vielmehr nur dann, wenn hinter ihnen verkehrsfähige Wirtschaftsgüter stehen; denn an diese knüpft sich vornehmlich die Gegenstandseigenschaft i. S. des Gesetzes (so auch Becker: StW. 1926, 215). Auf diese Auffassung geht es auch zurück, wenn z. B. die Namens- und Firmenschutzrechte, obwohl es sich um bürgerliche Rechte handelt (§ 12 BGB. und § 37 HGB.), nach allg. Übung nicht bewertet werden, und wenn das RWbG. (§ 38 Abs. 1 Nr. 1 a. F. — § 58 Abs. 1 Nr. 1 n. F.) vorschreibt, daß ungeschützte Erfindungen, die überhaupt keine „Rechte“ darstellen, zu bewerten sind, wenn sie gegen Entgelt zur Ausnutzung einem Dritten übertragen sind. Das durch die Eintragung des Warenzeichens entstehende Recht ist seinem Inhalt nach im wesentlichen ein Ausschluß- und Verbotrecht; es kann nach § 7 Ges. v. 12. Mai 1894 nur mit dem Geschäftsbetriebe, zu dem das Warenzeichen gehört, auf einen anderen übergehen. Hieraus ergibt sich, daß in diesem Rechte allein kein verkehrsfähiges Wirtschaftsgut verkörpert ist. Deshalb ist das Recht als solches ebensowenig bewertungsfähig wie das Warenzeichen selbst.

Die Vorbehörde meint zwar, die Warenzeichen bzw. die Warenzeichenrechte seien hier deshalb zu bewerten, weil die Beschw. für sie besondere Aufwendungen gemacht habe. Der Oberbewertungsausschuß verkennt hierbei aber die Grundsätze RzP. 26, 285. Am Schluß dieses Ur. (S. 297) wird zusammenfassend ausgesprochen, daß immaterielle Güter nur unter besonderen Voraussetzungen im Ausnahmefall bewertungsfähig und -pflichtig seien, insbes. dann, wenn sich eine entsprechende feste allgemeine Verkehrsauffassung über ihre Gegenstandseigenschaft gebildet habe, oder wenn sie nach 1923 entgeltlich erworben oder durch Aufwendungen als Wirtschaftsgüter anerkannt seien. Also nicht jede Aufwendung, die mit einem immateriellen Gut im Zusammenhang steht, begründet dessen Gegenstandseigenschaft; in Betracht kommen vielmehr nur solche Aufwendungen, durch die das Gut als Wirtschaftsgut anerkannt wird. Als derartige Aufwendungen können die Gebührenbeträge, um die es sich hier unfreier handelt, nicht angesehen werden. Die Zahlung der Gebühren ist lediglich eine Voraussetzung für die Eintragung eines Warenzeichens und für die Erlangung des damit verknüpften Schutzes; durch die Gebührenerichtung wird das Warenzeichenrecht noch nicht zu einem verkehrsfähigen Gut.

(RzP., Ur. v. 15. Okt. 1931, III A 1195/30 S.)

Reichspatentamt.

1. Weine sind nicht gleichartig mit Likören, Spirituosen.

Spirituosen und Liköre werden an anderen Stätten und in anderer Weise hergestellt als Weine. Deshalb werden beide Warengruppen auch im Verkehr seit alters her scharf gegeneinander abgegrenzt. Daß sie zumeist an denselben Stätten vertrieben werden, kann demgegenüber nicht in Betracht kommen, weil vielfach ungleichartige Waren in der gleichen Vertriebsstätte (Warenhäuser, Drogerien) feilgeboten werden. Auch ist es unerheblich, daß beide Gruppen von Waren derselben Warenklasse angehören. Bei der Aufstellung des Warenzeichnisses sind die Grundsätze der Warengleichartigkeit für die Zusammenfassung einzelner Waren nicht von entscheidender Bedeutung gewesen. Es muß sonach angenommen werden, daß die Käufer Spirituosen und Weine, selbst wenn sie unter verwechselbaren Zeichen austreten, nicht auf denselben Geschäftsbetrieb zurückführen werden. Warengleichartigkeit i. S. des Gesetzes liegt daher nicht vor (Beschw. v. 26. Nov. 1924: MuW. 1924, 70).

(RPatA., Beschw. v. I, Entsch. v. 29. Juni 1931, M 50471/16b.)
Mitgeteilt von DRegA. Dr. Giese, Berlin.

*

2. §§ 4, 8 WbZG. Das Wort „Ballonrad“ ist eine von jedermann frei benutzbare Beschaffenheitsangabe.

Das RPatA. hat das Warenzeichen 363 096 „Ballonrad“, dessen Eintragung zu einer starken Beunruhigung und Beeinträchtigung des freien Verkehrs geführt hatte, wieder gelöscht.

Der Auffassung der Vorinstanz konnte nicht beigetreten werden. Nach § 8 Ziff. 2 WbZG. ist ein Zeichen zu löschen, wenn seine Eintragung hätte verlagert werden müssen. Es sind also nicht, wie die Vorinstanz angenommen hat, die Verhältnisse zur Zeit der Anmeldung, sondern zur Zeit der Eintragung, die vorliegend am

1. Febr. 1927 erfolgte, zu berücksichtigen, und es ist zu prüfen, ob in diesem Zeitpunkt das angegriffene Zeichen „Ballonrad“ als eine Beschaffenheitsangabe i. S. des § 4 Ziff. 1 WbZG. zu gelten hatte. Nach der Übung des Amts wird zwar ein Zeichen nicht schon dann in der Rolle wieder gelöscht, wenn seine Schutzfähigkeit zweifelhaft erscheint, sondern nur dann, wenn sich die Eintragung als offener Fehler erweist, wenn sie hätte verlagert werden müssen, wobei ausschlaggebend ist, ob das Zeichen ein ernstliches Hemmnis für den freien rechtlichen Verkehr gebildet hat (PatA. [Beschw.]: PatMust-ZeichBl. 1903, 152 ff.). Diese Voraussetzungen sind gegeben.

Das Wort „Ballonreifen“ ist, wie die Zeicheninhaberin nicht bestreitet, zuerst in Amerika zur Kennzeichnung von Autoreifen mit großem Volumenkörper verwendet, alsbald aber von anderen Ländern übernommen worden und auch nach Deutschland gelangt. So bald man die technischen Schwierigkeiten für die Herstellung von Fahrradreifen mit großem Volumenkörper überwunden hatte, war es naheliegend und durchaus gegeben, die Bezeichnung „Ballonreifen“ auch für solche Reifen zu benutzen. Das ist dann auch bereits i. J. 1926, also noch vor der Eintragung des angemeldeten Zeichens geschehen, wie sich aus den von dem Beschw. überreichten Druckschriften ergibt.

Hiernach ist festzustellen, daß die Worte „Ballonreifen“ und „Ballonreifenrad“ bereits i. J. 1926, also schon vor der Eintragung des angegriffenen Zeichens, als Bezeichnungen für Reifen mit großem Volumenkörper und für mit solchen Reifen versehene Fahrräder im Gebrauch gewesen sind. Die Zeicheninhaberin hat das in der mündlichen Verhandlung auch zugegeben und ausdrücklich anerkannt, daß die Bezeichnungen „Ballonreifen“ und „Ballonreifenrad“ von jedermann frei benutzt werden könnten, deren Benutzung also ihr Zeichenrecht nicht verletze.

Das Streben nach Kürze des sprachlichen Ausdrucks führt in dessen ohne weiteres dazu, aus dem Worte „Ballonreifenrad“ das Wort „Reifen“ als etwas überflüssiges anzuzufügen, weil jedes Rad, insbes. das Fahrrad, eines Reifens bedarf, und so entsteht geradezu zwangsläufig das Wort „Ballonrad“. Dieses bildet somit nicht eine willkürlich gewählte und eigenartige Bezeichnung, sondern die naheliegende und den Regeln der Verkehrssprache entsprechend gebildete Benennung für Fahrräder mit Ballonbereifung.

Ob das Wort „Ballonrad“ bereits früher der Fachsprache angehört hat oder ob es erst von der Zeicheninhaberin gebildet und von ihr zuerst verwendet wurde, ist dabei belanglos. Denn Beschaffenheitsangaben i. S. des § 4 Ziff. 1 WbZG. sind nicht nur solche Angaben, die sich bereits allgemein bekannter Ausdrücke bedienen, sondern auch neuer, bisher nicht verwendeter. Hierbei kommt es nicht darauf an, wer das Wort zuerst gebildet hat, oder ob neben diesem Wort auch noch andere Wörter mehr oder weniger geeignet sind, die Beschaffenheit der Ware anzugeben. Entscheidend ist vielmehr allein, ob das betreffende Wort, sobald es im Geschäftsverkehr und bei dem Vertriebe der Waren gebraucht wird, nach dem Sprachgebrauch oder nach den Regeln der Sprachbildung in den beteiligten Kreisen als ein Hinweis auf die Beschaffenheit der Ware, zu ihrer Beschreibung, angesehen wird (vgl. RG.: PatMust-ZeichBl. 1911, 18 und Beschwerdeabst. ebenda 1912, 292).

Das trifft aber für das Wort „Ballonrad“ zu, wie oben dargelegt ist und wie sich auch aus dem Vorbringen der Zeicheninhaberin in der mündlichen Verhandlung ergibt. Zu dieser hat sie nämlich erklärt, sobald sie sich des Wortes „Ballonrad“ für ihre Fahrräder mit Ballonbereifung bedient habe, hätten zahlreiche, auch erste Firmen das gleiche getan und erst davon abgelassen, nachdem sie auf das angefochtene Warenzeichen hingewiesen worden waren. Diese Vorgänge zeigen deutlich, daß die beteiligten Kreise in dem Worte „Ballonrad“, sobald es ihnen im Verkehr begegnet war, eine von jedermann frei benutzbare Beschaffenheitsangabe gesehen und gar nicht mit der Möglichkeit gerechnet haben, daß es als Warenzeichen einem einzelnen geschützt sei. Aus den Vorgängen ergibt sich weiter, daß das Zeichen ein Hemmnis für den freien und rechtlichen Verkehr gebildet hat. Das gleiche ist auch dem Gutachten der Industrie- und Handelskammer zu Berlin v. 19. Dez. 1930 zu entnehmen, die sich dahin geäußert hat, daß man sowohl in den Kreisen der Fahrradhändler wie in denen der Fahrradkäufer durchweg unter der Bezeichnung „Ballonrad“ schlecht hin ein Fahrrad mit Ballonreifen ohne Unterschied der Herkunft des Fabrikats verstehe; in der Öffentlichkeit, insbes. in den Kreisen der Radfahrer sei es so gut wie unbekannt, daß die Bezeichnung „Ballonrad“ als Warenzeichen ausschließlich der Zeicheninhaberin vorbehalten sei.

Das Wort „Ballonrad“ stellt hiernach eine sprachlich gebildete Bezeichnung dar, deren der Verkehr notwendig bedarf und in deren Verwendung er nicht durch das Bestehen eines Zeichenschutzes gehindert werden darf.

(RPatA., Beschw. v. I, Beschl. v. 15. Sept. 1931, R 33761/10 Wz.)
Mitgeteilt von Geh. RegA. Dr. Sennwald, Berlin.

Reichsverfassungsgericht.

Berichtet von Senatspräsident Dr. Arendts, Berlin.

[** Wird in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsverfassungsgerichts abgedruckt.]

1. Ein Verschulden eines Klägers bei der Entstehung eines Schadens i. S. des § 18 Abs. 1 Satz 3 RVerfStG. v. 15. Juli 1922 i. d. Fass. d. B. D. v. 29. April 1924 (RWB. I, 881) liegt vor, wenn ein Pressevertreter, dem polizeilich die Erlaubnis zum Betreten eines Unruhegebietes gegeben war, während seines Aufenthaltes daselbst die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt.

(RVerfStGer., Ur. v. 2. März 1932, PS Nr. 169/30, 12.)

II. Länder.

Oberverwaltungsgerichte.

Preußen.

Preussisches Oberverwaltungsgericht.

Berichtet von SenPräs. Geh. RegR. v. Kries u. RA. Dr. Görres, Berlin.

1. § 10 II 17 WR. Der Gebrauch eines Provinzialwappens durch einen Gewerbetreibenden stellt eine Störung der öffentlichen Ordnung dar, wenn dadurch beim Publikum ein Irrtum über die Art des Unternehmens erweckt zu werden droht. †)

Die Polizei in N., Prov. Schleswig-Holstein, erließ an den S., der sein Gewerbe unter der Firma Schleswig-Holsteinische Grundstückerverwertung, Finanz-, Steuer- u. Wirtschaftsberatungsstelle betreibt, folgende Verf.: „In Ihrem Gewerbebetriebe . . . wird im geschäftl. Verkehr und auch im Verkehr mit Behörden das in Schleswig-Holstein. Wappen als Firmenzeichen unbesugt benutzt. Im allgem. öffentl. Interesse wird Ihnen die Weiterführung des Wappens untersagt. . . (folgt Strafvorladung).“

Auf die in erster Instanz erfolglose Beschwerde des S. hob der Oberpräsident das Verbot insoweit auf, als es die Verwendung des Wappens auf Erzeugnissen der in § 2 RVerfStG. v. 7. Mai 1874 (RWB. 65) genannten Art betraf, „weil diese Erzeugnisse, mithin auch Zeitungsbekanntmachungen, sowie der Druck auf Briefbogen und Briefumschlägen, den Schutz des § 1 RVerfStG. genießen und somit polizeil. Anordnungen, die sich auf Grund landesrechtl. Bestimmungen gegen den Inhalt richten, nicht unterliegen“. Im

Zu 1. Das Urteil behandelt die Frage, inwieweit ein polizeiliches Einschreiten gegen die Verwendung eines Amtswappens durch ein Privatunternehmen zulässig ist. Seine Bejahung der Zulässigkeit des Einschreitens im Falle vorhandener Gefahr der Verwechslung mit amtlichen Stellen entspricht bisheriger Rpr. und verdient volle Zustimmung. Das Urteil begrenzt zunächst von vornherein den Umfang des polizeilichen Vorgehens, indem es feststellt, daß sich die Maßnahmen der Polizei mit Rücksicht auf §§ 1, 2 RVerfStG. nicht gegen den Gebrauch des Wappens auf Druckerzeugnissen richten dürfen. Damit kann die Polizei sich praktisch nur gegen die am Hause angebrachten Geschäftsschilder wenden.

Als Rechtsgrundlage der polizeilichen Verfügung führt das Urteil zwei verschiedene, beide aber in § 10 II 17 (jetzt also § 14 PolVerwG. v. 1. Juni 1931) wurzelnde Gesichtspunkte an: Die Befugnis der Polizei zur Verhinderung strafbarer Handlungen und die Befugnis zur Abwehr von Störungen der öffentlichen Ordnung. Der erste Gesichtspunkt scheidet hier aus, da es an einer einschlägigen Strafbestimmung fehlt. Also bleibt nur die Störung der öffentlichen Ordnung übrig. Hier liegt also der Kern der Frage. Liegt eine Störung auch in der nicht strafbaren Führung eines Amtswappens? Das DWG. bejaht, aber nur für den Fall, daß dadurch die Gefahr der Täuschung des Publikums über den Charakter des Unternehmens entsteht, d. h. es zu dem Glauben verleitet wird, es habe eine amtliche oder amtlich unterstützte Stelle vor sich. Damit ist eine glückliche allgemeine Formel aufgefressen. Denn die öffentliche Ordnung ist nicht erst gestört, wenn durch die Ausübung eines Gewerbes oder freien Berufes üblichen Ankündigungen strafbare Handlungen begangen sind oder zu werden drohen. Sie ist es auch schon dann, wenn ein Gewerbetreibender oder Angehöriger eines freien Berufes: a) seine öffentlich-rechtliche Pflicht zur Führung bestimmter Bezeichnungen, Angabe gewisser Tatsachen (Firmenwahrheit, Angabe des Auslandsverkehrs eines Dokortitels) nicht befolgt oder wenn er b) öffentlich rechtswidrig (unbesugt) Namensbezeichnungen (etwa Reichs-Treuhand A.-G., Preussische Kreditbank usw.), Titel (Amtsbezeichnungen), Prädikate (Hoflieferant), akademische Grade, Bezeichnungen der Mitgliedschaft

übrigen hielt der Präj. das Verbot aufrecht, da in Einzelfällen ausdrücklich festgestellt sei, daß durch die Geschäftsbezeichnung Personen irreführt und geschädigt worden seien.

Die gegen diesen Bescheid erhobene Klage miß das DWG. ab. Da das in der polizeil. Verf. enthaltene Verbot durch den Bescheid des Bekl. entspr. der ständ. Rpr. des Gerichtsh. (es genügt, auf die Entsch. v. 15. März 1928: DWG. 83, 208, und vom 27. März 1930: R.-u. PrVerwBl. 51, 502 zu verweisen) insoweit aufgehoben ist, als es, da auf einer landesrechtl. Norm beruhend, mit § 2 RVerfStG. nicht vereinbar war, bildet entspr. dem jetzt gestellten Antrage den Gegenstand der Klage nur das Verbot, das Schleswig-Holstein. Wappen in anderer als in der durch die gedachte Bestimmung gegen landesrechtl. Eingriffe geschützten Weise zu führen. Daß der Kl. dies tut, ergibt sich aus der Klageschrift, in der er von der Verwendung des Wappens „im Geschäftsschild“ an der Hausfront spricht.

Dem Kl. ist zunächst zuzugeben, daß das Verbot nicht in dem sich aus § 10 II 17 WR. ergebenden Rechte der Polizei, strafbare Handlungen zu verbieten, seine Stütze findet. Denn die Führung eines Provinzialwappens ist nach § 360 Nr. 7 StGB. nicht strafbar (vgl. Komm. z. StGB. von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, 4. Aufl., § 360 VII); ebensowenig kommt § 16 WbZG. v. 12. Mai 1894 (RWB. 441) in Frage; denn dieses setzt voraus, daß derjenige, der ein Staatswappen, das Wappen eines Ortes, das Wappen eines Gemeinde- oder weiteren Kommunalverbandes in der dort bezeichneten Weise gebraucht, dies zu dem Zwecke tut, über Beschaffenheit und Wert der Waren einen Irrtum zu erregen; im vorl. Falle handelt es sich aber nicht um Waren. Auch daß eine der Strafbest. des UnWbZG. v. 27. Mai 1896 (RWB. 145) — §§ 4, 8 — verletzt sei, war nach dem vorl. Material nicht festzustellen.

Es konnte ferner dahingestellt bleiben, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Zuwiderhandlung gegen die firmenrechtl. Bestimmungen des HGB. eine Störung der öffentl. Ordnung i. S. des § 10 II 17 WR. darstellen würde. Denn wie schon das RW. in seiner hierüber ergangenen Entsch. v. 20. Febr. 1930 ausgeführt hat, kann ein Wappen niemals ein Firmenbestandteil sein, ist vielmehr als die Beifügung eines bibl. Zusatzes zur Firma zu erachten, über dessen Berechtigung oder Nichtberechtigung das HGB. keine Bestimmung trifft.

Zu Unrecht folgert aber der Kl. aus dem bisher Gesagten, daß ein Provinzialwappen in dem Sinne ein Freizeichen sei, daß die Führung jedermann zustehe.

Die Berechtigung zur Führung von Provinzialwappen durch die Provinzen beruht auf staatl. Verleihung (wegen der Genehmigung durch KabD. v. 22. Sept. 1880 [vgl. PrVerwBl. 30, 241]).

öffentlicher Körperschaften, Hoheitszeichen gebraucht. In diesen Fällen (zu b) genügt dazu freilich nicht eine bloße Verletzung fremden Rechts (Namens-, Firmen-, Warenzeichenverletzung unter Privaten berührt die öffentliche Ordnung nicht), sondern es muß sich um Übergriffe in das Gebiet staatlicher Hoheitsrechte, d. h. Annäherung behördlicher Eigenschaften, Behauptung amtlicher Auszeichnung, Graduierung usw. handeln, und es muß dadurch die Gefahr einer Täuschung des Publikums begründet sein (ob Täuschungsgefahr in allen Fällen erforderlich ist, kann hier — wie auch das DWG. die Frage offen läßt — nicht im einzelnen geprüft werden). Durch eine solche Annäherung wird die öffentliche Ordnung verletzt; denn das Publikum muß darauf vertrauen können, daß die Führung behördlicher Zeichen usw. nur besugterweise geschieht. In diesem Sinne hat sich auch die Rpr. des DWG. schon bisher ausgesprochen. Sie erklärt ein polizeiliches Vorgehen zunächst gegen strafbare (unbesugte) Führung einer Amtsbezeichnung (DWG. 78, 251), eines Arzt- oder arztähnlichen Titels (DWG. 60, 430; 63, 391) oder eines ausländischen Dokortitels (DWG. 60, 432) für statthaft, und zwar auch hier nicht nur unter Gesichtspunkt der Verhütung strafbarer Handlungen, sondern auch unter Hinweis auf die vorliegende Störung der öffentlichen gewerblichen Ordnung (DWG. 63, 391). Sie billigt ferner auch ein auf Störung der öffentlichen gewerblichen Ordnung gegründetes Einschreiten gegen die Führung eines Strohmans auf dem Ladenschild (DWG. 55, 258): Fall der Nichterfüllung der öffentlich-rechtlichen Pflicht aus § 15a GewD. Endlich aber auch das Vorgehen gegen die Bezeichnung „Reichs-Steuer-Dienst“ auf dem Geschäftsschild eines Privatunternehmens, weil dadurch das Publikum zu der Annahme verleitet werde, daß sich dort eine Dienststelle des Reiches befinde (R.-u. PrVerwBl. 51, 502); Fall der täuschenden Annäherung hoheitlicher Eigenschaften. An dieses letzte Urteil schließt sich das vorliegende eng an, indem es auch täuschende Verwendung eines Amtswappens als Störung der öffentlichen Ordnung ansieht. Notwendig ist aber, daß durch den Gebrauch eine Täuschung des Publikums über den Charakter des Unternehmens in die Nähe gerückt wird. Denn an sich ist die Benutzung eines Kommunalwappens zulässig; denn ihnen fehlt der Strafrechtsschutz. Anders freilich bei

Das Wappen ist das äußere Zeichen der der Provinz innewohnenden Hoheitsgewalt; es ist das bildliche Zeichen, durch das sich die Provinz von anderen Wappenträgern und Nichtwappenträgern zu unterscheiden kraft öffentlichen Rechtes befugt ist, es ist also mehr als ein bloßer Zierat. Es braucht nun nicht untersucht zu werden, ob schon die Tatsache allein, daß eine Privatperson eigenmächtig das Wappen einer Provinz führt, eine Störung der öffentl. Ordnung bedeutet; ebensowenig handelt es sich hier darum, ob dem betr. Wappenträger ein bürgerl.-rechtl. Anspruch auf Unterlassung zusteht (vgl. hierüber PrVerwBl. 26, 145; 27, 148; 28, 593, 859). Jedenfalls aber liegt stets eine Störung der öffentl. Ordnung vor, wenn die Gefahr besteht, daß durch die Führung des Wappens beim Publikum eine falsche Vorstellung über ein gewerblich. Unternehmen erweckt wird, sei es, daß es sich um ein behördl. oder behördenähnlich. oder auch nur um ein von dem Wappenträger unterstütztes Unternehmen handelt.

Dies trifft hier zu. Wenn auch durch die Staatsumwälzung die Wappen an Bedeutung verloren haben, und wenn auch in Einzelfällen, sei es auf Grund stillschw. Duldung, sei es aus anderen Gründen, von anderen als den Wappenträgern, z. B. am Kopfe von Zeitungen, auf Wirtshauschildern usw., Wappen oder Wappenteile geführt werden, und wenn sich vielleicht auch im Handelsverkehr ein viel geübter Handelsgebrauch herausgebildet hat, Wappen zu verwenden, um die Herkunft der Waren zu bezeichnen (vgl. Mot. z. WbZG. S. 17, 18), so ist es doch die herrschende und zutreff. Meinung des Publikums, daß die Führung eines Wappens grundsätzlich nur dem Wappenträger zusteht. Unzweifelhaft würde daher jedermann, der an einem Hause als Wahrzeichen ein Provinzialwappen sieht, annehmen, daß es sich um ein Amtsgebäude der Provinz handelt. Würde das Publikum auf dem Schilde eines Arztes oder Adv. außer dem Namen und der Berufsbezeichnung noch ein Provinzialwappen erblicken, so müßte es zwangsläufig zu der Ansicht gelangen, daß es sich um eine mit der Provinz in der gedachten Art in Verbindung stehende Gesundheits- oder Rechtsberatungsstelle handelt. Dem Gerichtshof ist bekannt, daß die Feuerz. d. Prov. Brandenburg, eine von der Prov. Brandenburg betriebene gemeinnützige Brandversicherungsanstalt, neben der Firmenbezeichnung das ProvWappen führt. Die Prov. Brandenburg hat die Feuerversicherung in den Kreis ihrer Aufgaben gezogen und dies nach außen noch besonders durch das Wappen kundgegeben. Das Publikum weiß, daß die gedachte Feuerz. ein aml. Unternehmen ist, ebenso wie es weiß, daß die zahlreichen Versicherungsanstalten, die das Wappen nicht führen, dies nicht sind. Würde eine solche Versicherungsanstalt ebenfalls das Wappen führen, so müßte dies den Anschein erwecken, daß auch sie ein aml. Unternehmen ist, und das würde die öffentl. Ordnung stören (vgl. die bereits erwähnte Entsch. des Gerichtshofs v. 27. März 1930).

Was das kläger. Unternehmen betrifft, so kann schon die Bezeichnung „Schleswig-Holstein. Grundstücksverwertung“ den Gedanken nahelegen, daß etwa unter Berücksichtigung der seit Jahren bestehenden Notlage der Landwirtschaft die Prov. Schleswig-Holstein ein Unternehmen betreibt oder unterstützt, das zur angemessenen Verwertung von Grundstücken Maßnahmen trifft, um zu verhindern, daß die Grundstücke von ihren notleidenden Eigentümern verschleudert werden müssen, dies um so mehr, als seit Jahren dauernd die Mittel erörtert werden, die amtlicherseits zur Vinderung der Not der Landwirtschaft ergriffen werden sollen. Der Zusatz „Schleswig-Holstein.“ bezieht sich aber nicht nur auf das Wort Grundstücksverwertung, sondern auch auf die Worte „Finanz-, Steuer- und Wirtschaftsberatungsstelle“. Der Ausdruck

Reichs- und Landeswappen und Amtsbezeichnungen, die durch § 360 Ziff. 7, 8 StGB. geschützt sind.

Das OVG. weist mit Recht darauf hin, daß die Verwendung des Wappens als Herkunftsbezeichnung von Waren (ferner Schmuck von Stadtplänen, Büchern, Zeitungen) unbedenklich zulässig ist. Eine solche Benutzung wird auch wohl in der Regel nicht als „Führung“ des Wappens bezeichnet werden können, da zum Führen Inbeziehungsetzung zu einer Person gehört. Aber diese Verwendung hat sofort ihre Grenze erreicht, sowie durch sie das Publikum verleitet wird, ein Privatunternehmen mit amtlichen Stellen zu verwechseln; dann steht die öffentliche Ordnung auf dem Spiel.

Im vorliegenden Fall ist die Bejahung der Täuschungsgefahr überzeugend begründet. Schon der Ausdruck „Stelle“ und „Schleswig-Holsteinische“ für sich ist nahe daran, eine unzulässige amtähnliche Bezeichnung zu bilden. Kommt das Wappen hinzu, so ist die Täuschung leicht möglich, da bei der heutigen Ausdehnung der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand das Publikum mehr noch als früher geneigt ist, öffentliche Wertschaften hinter in privatrechtlichen Formen arbeitenden Betrieben zu sehen. Zu billigen ist auch, daß das OVG. die abstrakte Gefahr der Täuschung für genügend erklärt, also weder eine subjektive Täuschungsabsicht des Störers noch Fälle

„Beratungsstelle“ kann geeignet sein, den Eindruck zu verstärken, daß die Provinz den notleidenden Landwirten beistehen will, um sie in Finanz-, Steuer- und Wirtschaftsfragen zu beraten. Zur Gewißheit aber muß dieser Eindruck werden, wenn neben der Firmenbezeichnung noch das Schleswig-Holstein. Wappen geführt wird.

Nun hat allerdings in dem obenerwähnten Beschl. vom 20. Febr. 1930 das RG. gesagt, daß im Hinblick darauf, daß die Firma des Kl. in vorgeschriebener Weise den Namen des Kl. sowie seinen voll ausgeschriebenen Vornamen enthalte, eine Täuschungsabsicht i. S. des § 18 Abs. 2 Satz 1 StGB. jedenfalls aus dem Standpunkte des Anklages an behördl. oder staatl. Einrichtungen kaum in Frage komme. Der Gerichtshof hat darauf nicht zu urteilen, ob dies richtig ist, ebensowenig wie es darauf ankommt, ob eine Täuschungsabsicht beim Kl. vorliegt. Dem mögen auch vielleicht der voll ausgeschriebene Name und Vornamen des Kl. die erwähnten Eindrücke, soweit es sich um die Firmenbezeichnung handelt, ausgleichend geeignet sein: durch die Beifügung des Wappens zur Firmenbezeichnung wird dies zum mindesten mehr als ausgeglichen. Zu Unrecht hat sich der Kl. der hier dargestellten Auffassung gegenüber auf die Entsch. des RG. v. 5. Nov. 1926 (JW. 1927, 772 ff.) berufen, in der es unter Hinweis auf eine in der JW. 1925, 1287 ff. abgedr. Entsch., in der Gleiches über den „Bremer Schlüssel“ ausgeführt wird, heißt: „Das Warenzeichen . . . ist nichts anderes, als das . . . Berliner Wappen. Nun kann aber ein so bekanntes Wappen einer Stadt unmöglich von einem bestimmten Gewerbebetriebe für sich monopolisiert werden, da es in Wahrheit nichts weiter ist, als eine bildliche Angabe über die Herkunft der Ware i. S. des § 13 WbZG., die keinem Berliner Gewerbebetriebe verboten sein kann. . .“. Das RG. hat also zum Ausdruck gebracht, daß als Warenzeichen ein Wappen nicht geschützt werden könne, weil dadurch unzulässigerweise sein Gebrauch durch andere Gewerbebetriebe gehindert werden würde; diese hätten aber das Recht, es als bildl. Angabe über die Herkunft der Ware zu benutzen. Daraus folgt aber noch nicht, daß sie es auch gebrauchen dürften, wenn das Publikum aus dem Gebrauche des Wappens, sei es in Verbindung mit anderen Umständen, sei es für sich allein, zu der Ansicht verleitet werden würde, daß es sich nicht um eine bloße Angabe über die Herkunft der Waren, sondern um eine solche über die Art des Unternehmens handelt.

Unter diesen Umständen bedurfte es nicht einer Prüfung, ob bereits jemand durch den Gebrauch des Wappens seitens des Kl. tatsächlich getäuscht worden ist; es genügt vielmehr die Feststellung, daß eine bringende Gefahr einer solchen Täuschung besteht. Daß diese nicht dadurch beseitigt wird, daß der Kl. sich im Geschäftsverkehre mit seinen Kunden bisher einwandfrei betätigt haben mag, ist selbstverständlich. Es war daher weder auf das vom Bekl. über die erfolgten Täuschungen, noch auf das vom Kl. über seine Geschäftsführung beigebrachte Material einzugehen. (PrOVG., 3. Sen., Ur. v. 29. Jan. 1931, III A 89/30.)

Baden.

Badischer Verwaltungsgerichtshof.

Bericht von Oberregierungsrat Dr. Plog, Karlsruhe.

2. Ortpolizeiliche Verbote reichszensurierter Filme sind unzulässig. f)

Nach den Ausführungen des Ministerialbevollmächtigten soll eine

tatsächlicher Täuschung nachgewiesen zu werden brauchen (vgl. auch OVG. 60, 432). Es besteht auch kein Widerspruch zwischen OVG. und RG. In seinem Beschl. v. 20. Febr. 1930 (JW. 1930, 1742¹) hat das RG. ein registrierliches Einschreiten gegen den S. nach § 37 StGB., § 140 StGB. wegen Vortäuschung des Behördencharakters durch dieselbe hier in Streit stehende Wappenführung abgelehnt, weil das Wappen kein Bestandteil der Firma, seine Beifügung also nicht Gebrauch einer unbefugten Firma darstellt, und hat dabei ausgeführt, daß für die eingetragene Firma des S. als solche eine Täuschungsgefahr „kaum in Frage kommen dürfte“. Es letzte bezieht sich aber allein auf die Firma für sich, während das OVG. die Gesamtwirkung von Firma und Wappen zusammen beurteilt. Ein wenig paradox ist an dem Ergebnis nun, daß wohl die Anbringung des Wappens auf dem Geschäftsschild, nicht aber auf Druckschriften dem S. verboten werden kann. Das liegt indes doch nur an dem besonders schwachen Schutz der Kommunalwappen; bei unbefugter Führung von Reichs- und Landeswappen, Amtsbezeichnungen, Dokortiteln usw. ist doch zugleich immer eine strafbare Handlung gegeben und strafrechtliches Einschreiten auch gegen Druckschriften möglich.

PrivDoz. Dr. U. Scheuner, Berlin.

Zu 2. A. Die zutreffende Entsch. behandelt Fragen der Zensur und betrifft den Bildstreifen „Frauenmüt — Frauengläub“,

Bfg. des Bezl. D. als Ortspolizeibehörde (vgl. auch den Vollzugs-erlaß des BadZmMin. zum LSpG. v. 21. Jan. 1922 (Karlsruher Btg. [Staatsanzeiger] Nr. 19 v. 23. Jan. 1922) der Art. vor- liegen, wie sie in dem Ur. des PrDWB. v. 15. Dez. 1921 (PrDWB. 77, 423) als auch dem LSpG. gegenüber rechtlich zulässig beurteilt wurde. In diesem Urteil wurde ausgesprochen, daß die Orts- polizeibehörde dann, wenn ein von der Filmprüfstelle zugelassener Bildstreifen sich in der Folgezeit als polizeiwidrig (i. S. des § 1 Abs. 2 Satz 2, § 3 Abs. 2 LSpG.) erweise, bis zur Durch- führung des Widerrufsverfahrens gem. § 4 LSpG. vor der Ober- prüfstelle für ihren Bezirk und aus Gründen, die hinsichtlich dieses Bezirks hervortreten, die Vorführung des Bildstreifens unter- sagen könne, die ortspolizeiliche Bfg. jedoch nur einen einstweiligen Charakter habe, bei erfolgreicher Durchführung des Widerrufsver- fahrens durch den Spruch der Oberprüfstelle ersetzt werde, ander- seits aber mit der den Widerruf ablehnenden Entsch. dieser Stelle ihre Geltung verliere.

Der Gerichtshof kann auch bei der Entsch. des vorliegenden Rechtsstreits, wie dies bei der Erlassung seines Ur. v. 23. Sept. 1922 Nr. 2213 der Fall war, von einem Ausspruch darüber absehen, ob der Auffassung des PrDWB., welche offenbar die Best. in Art. II Ziff. 2 der Ausführungsanweisung des preuß. Staatsmin. v. 1. März 1923 zum LSpG. und zur ReichsAusfV. zu diesem Ges. v. 16. Juni 1920 herbeigeführt hat (MinBl. f. d. preuß. innere Verw. S. 224) 1920 nach der Begründung — zweifellos die Best. in Art. I Ziff. 4

des Entwurfs eines Ges. zur Änderung des LSpG. (Rt. IV. Wahl- periode 1928 Druckf. Nr. 1298) veranlaßt hatte, beizutreten ist. Nach den für die Beurteilung des Charakters der angefochtenen Bfg. des Bezl. D. maßgebenden, zur Zeit ihrer Erlassung gegebenen Ver- hältnissen enthalten diese nämlich überhaupt nicht eine nur einstweilige oder eine auf nur vorübergehende Zeit berechnete Anordnung, insbes- nicht eine einstweilige polizeiliche Anordnung im Zusammenhang mit einem Widerrufsverfahren und bis zur Entsch. über einen Widerrufsanspruch i. S. der Abspr. des PrDWB. Das Bezl. D. hat in dem gegenüber der Kl. F. ergangenen Bfg. dieser vielmehr die öffentliche Vorführung der in seiner Bfg. v. 2. Dez. 1930 bezeichneten Teile des Bildstreifens nicht nur einstweilen, sondern ohne jede Ein- schränkung zeitlicher Art verboten, und zwar ohne irgendeinen Zu- sammenhang mit einem einzuleitenden oder eingeleiteten Wider- rufsverfahren. Daß das der Kl. F. zugestellte Verbot für diese nur für diejenige Zeit Bedeutung hatte, für welche ihr das Ausführungs- recht durch die P.-Film GmbH. übertragen worden war, gibt der be- zirksamtlichen Anordnung nicht etwa die Natur einer nur für vor- übergehende Zeit erlassenen, denn der Kl. F. gegenüber war sie zeit- lich nicht beschränkt. Die vom Gerichtshof angenommene zeitliche Trag- weite des bezirksamtlichen Verbots ergibt sich aus seiner Fassung. In keiner der beiden Bfg. ist ein lediglich einstweiliger Charakter des Verbots des Bezl. ausdrücklich zum Ausdruck gebracht worden. Ein solcher Charakter der bezirksamtlichen Anordnung oder ihre Be- rechnung für eine nur vorübergehende Zeit lassen sich auch nicht etwa

ber, schließlich durch die amtlichen Prüfungsinstanzen gelaufen, ver- dientermaßen den Nebentitel „Filmnot — Filmglück“ führen könnte. Zunächst eine notwendige, zeitlich geordnete Übersicht (unter Zuhilfenahme der in dieser Num. mitberücksichtigten Entsch. der Prüfungsstellen). Auf Antrag nach § 1 Abs. 2 LSpG. am 19. Mai 1930 Zulassung durch die Filmprüfstelle Berlin (PrSt.) unter Ausschluß der Vorführung vor Jugendlichen und unter Streichung einer Szene. Dagegen Beschwerde des Vorsitzenden nach § 12 Abs. 2; die Oberprüfstelle (DPrSt.) verbietet am 26. Mai 1930 eine weitere Bildfolge. Darauf Umarbeitung und erneute Vorlage bei der PrSt. nach § 7 mit der Anregung, die Vorführung von einem wissen- schaftlichen Vortrag begleiten zu lassen; die PrSt. genehmigt am 30. Mai 1930 die veränderte Fassung und macht den Begleitvortrag zur Bedingung. Am 18. Juni 1930 Zulassung der Begleitvorträge von Dr. R. und Dr. S. durch die PrSt. Auf Antrag Bayerns v. 30. Okt. 1930 an die DPrSt. gem. § 4 Abs. 1, die Zulassung im ganzen zu widerrufen, am 8. Nov. 1930 Streichung weiterer Teile, im übrigen Ablehnung des Widerrufs. Neue teilweise Umarbeitung nach § 7 und abermalige Vorlage bei der PrSt.; am 15. Nov. 1930 Verbot weiterer Szenen; im übrigen Zulassung unter der Bedingung der inzwischen genehmigten wissenschaftlichen Vorträge. Erneuter An- trag Bayerns auf Widerruf am 6. Dez. 1930, unter nachfolgendem Anschluß von Thüringen und Baden; Entsch. der DPrSt. am 22. Dez. 1930: Nur Widerruf weiterer Einzelszenen sowie des Begleitvor- trags Dr. S., ferner Aufhebung des Vortragszwangs überhaupt. — Inzwischen am 2./3. Dez. 1930 die den Gegenstand vorliegenden Inzivilen Bfg. des Bezl. D., durch die der Kinobesitzerin F. die Vorführung des Films bzw. einzelner Teile verboten wird; die Rekurs an das bad. Ministerium bleibt erfolglos, auch nach Erlass des Entscheids der DPrSt. v. 22. Dez. 1930.

1. Die Filmzensur, die früher durchweg von den örtlichen Polizeibehörden ausgeübt wurde und in Württemberg und Braun- schweig landesgesetzlich geregelt war, ist durch das LSpG. v. 12. Mai 1920 für das Reichsgebiet einheitlich normiert worden. Hier sind die Zuständigkeiten klar abgegrenzt: Obligatorische Zensur für jeden Film durch Reichsstellen, nämlich die PrSt. in Berlin und München, und als Beschränkung gegen Verbote, die DPrSt. in Berlin (§§ 1, 8, 12). Die Zulassung hat Gültigkeit für das gesamte Reichs- gebiet (§ 8 Abs. 2). Widerrufsverfahren gegenüber zugelassenen Filmen auf Antrag der Länder vor der DPrSt.; der Widerruf kann für das Reich oder ein bestimmtes Gebiet erfolgen (§ 4). Zensur durch die Ortspolizeibehörden nur für Tagesberichte und reine Landschafts- filme (§ 6).

Daß hiernach Landes- und Ortsbehörden außer im Fall des § 6 keine selbständige Filmzensur mehr unabhängig von der Reichs- zensur ausüben können, steht außer Frage. Was aber begibt sich praktisch? Im Falle RG. v. 12. Febr. 1931 (Mita 1931, 188) unterlagte ein PopPräf. von sich aus die Vorführung vor Jugend- lichen, obwohl das Jugendverbot nach § 3 allein der PrSt. zufällt. Im Falle BadWGH. v. 28. Sept. 1922 (ZW. 1923, 431) wies das bad. Ministerium sämtliche Bezirksämter an, einen zugelassenen Film ohne Zeitgrenze in ganz Baden zu unterdrücken. In unserem Fall hat, von der Maßnahme des Bezl. abgesehen, das Ministerium nicht einmal auf den Entsch. der DPrSt. im Widerrufsverfahren die Aufhebung des Polizeiverbots veranlaßt. In allen drei Fällen liegen also zweifellos Eingriffe in die Zuständigkeit von Reichs- behörden vor.

Zu erörtern bleibt nur, wie weit Orts- oder Landesbehörden bis zur endgültigen Entscheidung durch die Reichs-

prüfstellen Filme trotz der Zulassung verbieten können. Hier- über neuestens und eingehend Dienstag: Wita 1931, 139 ff. Die am weitesten gehende Auffassung von Zellinek, die Polizei könne Dauerverbote so lange erlassen, als nicht überhaupt die DPrSt. die Zulassung nach § 4 widerrufen hätte, wird mit Recht allseits abgelehnt; sie würde den Ortsbehörden eine unbeschränkte Nachzensur freigeben lediglich unter der ungewissen auslösenden Be- dingung, daß einmal ein Land das Widerrufsverfahren beantragt. Nach herrschender Ansicht, eingehend begründet vom PrDWB. im Ur. v. 15. Dez. 1921 (ZW. 1922, 1232), kann die Ortsbehörde einen zugelassenen Film vorübergehend bis zum Entsch. im Wider- rufsverfahren von der Vorführung ausschließen, wenn einmal durch die Vorführung die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährdet wird und wenn zum ändern ein Widerrufsverfahren entweder schon schwebt oder auf dem Wege über die Landeszentralbehörde alsbald anhängig gemacht wird. Dagegen will Dienstag S. 154 ff. der Polizei über- haupt kein Verbotzrecht zuerkennen.

Vorliegendenfalls war zu dieser Frage keine grundsätzliche Stellungnahme nötig, denn hier war vom Bezl. in jeder Hinsicht verfehlt gehandelt. Das Amt hatte eine nochmalige regelrechte Vor- zensur veranfaßt und dann mit einer allgemeinen moralischen und ästhetischen Bewertung und mit der allgemeinen Möglichkeit von Dhm- machtsfällen ein Verbot begründet, das noch dazu seinem Inhalt nach eindeutig ein Dauerverbot war. Dies Verbot erging überdies unabhängig von einem Widerrufsverfahren; denn erst später wurde ohne Zutun des Amtes ein solches Verfahren beantragt, von dem das Amt also bei seiner Bfg. nichts vorauswusste; dagegen kannte es das im wesentlichen negativ verlaufene frühere Widerrufsverfahren.

Wohl muß mit der herrschenden Meinung und im Gegensatz zu Dienstag die Möglichkeit polizeilichen Eingreifens bei akutem Notstand beantwortet werden, da die PrSt. nicht alle möglichen zeit- lichen und örtlichen Besonderheiten voraussehen können. Die frühe Erregung über einen politischen Mord kann z. B. die Darbietung eines sonst politisch unverfänglichen Films gefährden (ZW. 1923, 431); ebenso etwa die durch die Tagung einer politischen Partei erregte Atmosphäre. Aber das sind dann, im Gegensatz zum Offen- burger Fall, Ausnahmezustände, die ein Abwarten bis zur Durch- führung eines Widerrufsverfahrens nicht zulassen und die daher ein vorübergehendes und als solches zu bezeichnendes Polizeiverbot rechtfertigen. Dies Verbot gründet sich dann nicht auf den Inhalt des Films, sondern auf konkrete, gegenwärtige Gefahrenmomente. Allerdings muß dann alsbald das Widerrufsverfahren veranlaßt wer- den. Nur andeuten läßt sich dabei an dieser Stelle die Frage, wie- weit gegenüber dem Erfordernis des § 4 für Widerrufsverfahren (daß „das Zutreffen der Voraussetzungen der Verjagung erst nach der Zu- lassung hervortritt“) die beliebige häufige Wiederholung von Wider- rufsansprüchen statthaft ist. Auch auf die weitere Frage kann lediglich hingedeutet werden, ob ein Widerrufsverfahren auch dann erforderlich ist, wenn das Polizeiverbot auf wenige Tage beschränkt wird, so daß der beantragte Entsch. der DPrSt. nur mehr einen schon er- ledigten Eingriff rechtfertigen könnte. Beide Fragen fallen weg, falls der Entwurf von 1929 zur Änderung des LSpG. in Kraft tritt, der im Fall unmittelbarer Gefahr der Polizei das selbständige Recht zu vorübergehenden Untersagungen für ihren Amtsbezirk verleiht will.

2. Ein interessantes Novum bedeutet die Anregung der Ur- sprungsjirma bei der PrSt., den Film mit einem wissenschaftlichen Begleitvortrag zuzulassen. Die PrSt. hat in ihrem Entsch. v. 30. Mai 1930 leider nicht die Gründe bekanntgegeben, aus denen sie dieser Anregung gefolgt ist; die DPrSt. hat ihren gegenteiligen

bei einer Auslegung der Bfg. nach ihrem Sinn feststellen. Dieser ist zumal nach der der Bfg. v. 2. Dez. 1930 beigegebenen Begründung kein anderer als der, daß das BezV. die von ihm beanstandeten Teile des Bildstreifens, von dem es nach dessen Vorführung vor dem Stellvertreter des Landrats im allgemeinen annahm, er gebe vor, ein Kulturfilm zu sein, stelle sich aber in seinem Kern als ein Produkt von Schmutz und Schund dar, das in keiner Weise geeignet sei, kulturfördernd zu wirken, zur öffentlichen Vorführung nicht zulassen wollte. Das Wesen des bezirksamtlichen Verbots als eines nicht nur einseitigen oder nur vorübergehenden ergibt sich weiter insbes. aus dessen Begründung auch mit dem Umstande, daß der Bildstreifen zulassungswidrig ohne Beivortrag laufen sollte. Da das BezV. offenbar davon ausging, daß ein Beivortrag bei der Vorführung des Bildstreifens überhaupt nicht werde gehalten werden, läßt die Beziehung des Unterbleibens des Beivortrags in der Begründung der Bfg. v. 2. Dez. 1930 den Charakter dieser Bfg. als einer nicht nur einseitigen oder für vorübergehende Zeit ebenfalls deutlich erkennen. Den Anstoß für das Verbot gab eine am 2. Dez. 1930 vorgebrachte Beschwerde mehrerer Einwohner der Stadt D., daß der Bildstreifen, der am Abend dieses Tages vorgeführt werden sollte, seinem Inhalt nach äußerst anstößig sei und unbedingt verboten werden solle; das durch das BezV. erlassene Verbot war dann unmittelbar durch den Eindruck herbeigeführt worden, welchen die Vorführung des Bildstreifens auf den Stellvertreter des Landrats gemacht hatte. Mit einem Widerrufsverfahren nach § 4 VSpG. stand keine der beiden Bfg. des BezV. im Zusammenhang. Das BezV. D. hat zu keiner Zeit beim ZmMin. die Einleitung des Widerrufsverfahrens nach § 4 VSpG. beantragt. Es erfuhr, daß ein solches Verfahren durch das Ministerium in Gang gebracht worden sei, erst durch den bei ihm am neunten Tag nach der Zustellung des bezirksamtlichen Verbots an die Kl. F. eingekommenen Erlaß des Ministeriums v. 11. Dez. 1930, mit welchem der Rekurs der beiden (heutigen) Kl. gegen die bezirksamtliche Anordnung als un begründet verworfen worden war. Übrigens hatte zur Zeit der Zustellung der beiden Bfg. des BezV. D. an die Kl. F. auch das BadZmMin. den Widerrufsanspruch, dem sich das BadZmMin. unterm 11. Dez. 1930 und zuvor schon das ThürZmMin. angeschlossen hatten, überhaupt noch nicht gestellt. Auch das ZmMin. hat ursprünglich die bezirksamtliche Anordnung nicht als ein nur einseitiges Verbot bis zur Entsch. der Oberprüfstelle und als eine von dieser Entsch. abhängige Maßregel beurteilt. In der Begründung dieser Rekursentscheidung im einzelnen wurde bei der Stellungnahme zu den Ausführungen der Rekurschrift die Bfg. des BezV. D. an keiner Stelle als eine Maßnahme der oben bezeichneten Art gerechtfertigt, das

Ministerium hat vielmehr offenbar nach den Entscheidungsgründen ein landesrechtliches Dauerverbot auch gegenüber einem durch die amtlichen Prüfstellen zur öffentlichen Vorführung zugelassenen Bildstreifen als rechtmäßig angesehen; die Bemerkung in dem Erlaß, daß gegen den Bildstreifen auch in der neuen Fassung Widerrufsanspruch seitens der bad. Regierung bei der Filmoberprüfstelle gestellt worden sei, erfolgte nur „im übrigen“, nur beiläufig, jedenfalls ohne daß auf diesen Widerrufsanspruch ein Wert für den rechtlichen Bestand der bezirksamtlichen Anordnung gelegt wurde. Auf Grund der Erklärungen des Ministerialbevollmächtigten im vorliegenden Rechtsstreit kam die angefochtene Anordnung des BezV. D. nicht etwa auf dem Wege der Konversion (vgl. Fellinek, Verwaltungsrecht, 2. Aufl., S. 255 § 11 III 2) als eine solche der vor ihm bezeichneten Art geltend gemacht werden; dem stehen der bei ihrer Erlassung fehlende Zusammenhang mit der Einleitung eines Widerrufsverfahrens und außerdem, der Umstand entgegen, daß sie nach Ergehen der Entsch. der Filmoberprüfstelle v. 22. Dez. 1930 als eine Maßnahme jener Art tatsächlich nicht behandelt wurde.

Soweit das durch das BezV. ausgesprochene Verbot in den Bfg. v. 2. und 3. Dez. 1930 mit Wirkungen des Inhalts des Bildstreifens auf die Zufuhr begründet wurde, handelt es sich also um ein ortspolizeiliches, nicht nur für vorübergehende Zeit bestimmtes Verbot. Für die Prüfung seiner rechtlichen Zulässigkeit gegenüber dem zur Zeit der Erlassung des Verbots durch die Entsch. der Filmprüfstelle Berlin v. 15. Nov. 1930 zur öffentlichen Vorführung im Deutschen Reich bedingungsweise zugelassenen Bildstreifen ist voranzustellen, daß das bezirksamtliche Verbot nach seiner Begründung sowohl in der Bfg. v. 2. als auch in jener v. 3. Dez. 1930 nicht durch besondere gerade für die Stadt D. gegeben gewesene Verhältnisse veranlaßt wurde. Nach den beiden Bfg. waren es Erwägungen ganz allgemeiner Art über die Wirkungen des Inhalts des Bildstreifens im Falle seiner Vorführung, welche die Erlassung des bezirksamtlichen Verbots herbeigeführt haben; nach der Bfg. v. 2. Dez. 1930 nämlich die auf Grund der Vorführung des Bildstreifens von dem Stellvertreter des Landrats ganz allgemein gewonnenen Ansicht, daß der Bildstreifen geeignet sei, das sittliche Empfinden, den öffentlichen Anstand und die gute Sitte zu verlegen, nach der Bfg. v. 3. Dez. 1930 die auf bestimmte (nach der Annahme des BezV.), durch die Zulassung des Bildstreifens zur öffentlichen Vorführung tatsächlich eingetretene Vorkommnisse sich stützende wieder ganz allgemeine Beurteilung des BezV., daß die Vorführung des Bildstreifens eine unmittelbare Gesundheitsgefährdung des Publikums bedeuten werde. Aus dieser Feststellung des Wesens des bezirksamtlichen Verbots ergibt sich grundsätzlich seine rechtliche Unzu-

Entscheid ebenfalls nicht grundsätzlich motiviert, sondern nur damit, daß sie „den Bildstreifen auch ohne mündliche Erläuterung in seiner nunmehrigen Fassung mit dem VSpG. für vereinbar erachte“. Auch das obige Ur. läßt die Frage unerörtert. Ob eine derartige Zulassungsbedingung sich aus dem VSpG. und aus der Änderung des § 2 v. 31. März 1931 (RGBl. 127) rechtfertigen läßt, ist zweifelhaft. Sicher ist, daß die Strafbestimmung des § 18 VSpG. bei einem Verstoß gegen den Vortragszwang unanwendbar wäre, so daß dem Verstoß einzig mit polizeilichen Zwangsmitteln begegnet werden könnte. Was hat sich aber die PrSt. überhaupt bei dieser Zulassungsbedingung gedacht? Wollte sie damit dem Film eine wissenschaftliche Einkleidung auf den Weg geben, die sie in der Bildfolge vermittle? Oder wollte sie durch den akustischen Zusatz die optische Wirkung abschwächen? Im ersten Fall wäre verkannt, daß ein Text niemals das anstößige oder sonstige beschaffene Gepräge der Bildfolge ändert; er kann nur für sich selbst wissenschaftlich oder was sonst immer sein. Im zweiten Fall wäre der psychologische Sachverhalt übersehen, daß die Einwirkung auf das Auge des Beschauers die stärkere ist, die durch alle Umkleidung durchbricht. Der Bildteil des Films läßt sich also nur aus sich selbst heraus auf seine Vorführungsbeurteilung beurteilen. Fehlt diese, so ist sie durch keinen noch so wertvollen Beileitvortrag zu ersetzen.

3. Ergänzend sei verwiesen auf das nach Fertigstellung dieser Anm. erschienene „Theaterrecht“ von Dienstag-Clister; siehe dort über Filmzensur § 48. M. Dr. E. Lion, Hamburg.

B. 1. Das sehr gründliche und eingehende Ur. des BadVGH. stellt mit erfreulicher Entschiedenheit fest, daß angesichts der Vorschr. des VSpG. (§§ 1 Abs. 2, 3 Abs. 2) keine ortspolizeiliche Zensur auf Grund irgendwelcher landesrechtlichen Vorschr. zulässig ist, und bildet insofern eine wertvolle Bereicherung der verwaltungsrechtlichen Judikatur auf diesem Gebiete, die trotz zahlreicher, namentlich in den letzten Jahren ergangener unzulässiger ortspolizeilicher Verbote nur sehr spärlich ist, da verständlicherweise die Filmhersteller vielfach eher im Verhandlungswege den von der Polizei gewünschten Abänderungen Rechnung tragen, als sich auf den langwierigen Weg des Verwaltungsstreitverfahrens begeben. Diese aus wirtschaftlichen Erwägungen befolgte Taktik ist schon deswegen zu bedauern, weil bei einer entschiedeneren Verfolgung der Ansprüche auf Unzulässigkeit ortspolizeilicher Verbote gegenüber Entsch. der Filmprüfstellen

und der Filmoberprüfstelle die verwaltungsrechtliche Mspr. öfters und eindringlicher Gelegenheit gehabt hätte, zu der in Rede stehenden Frage Stellung zu nehmen und dadurch die mit den gesetzlichen Bestimmungen in Widerspruch stehende Verwaltungspraxis der örtlichen Polizeibehörden maßgebend zu beeinflussen. Ein besonders markantes Beispiel dieser Praxis bildet der Fall des Films „Kanzlerkreuzer Potemkin“, der trotz erfolgter Zulassung durch Filmprüfstelle und Oberprüfstelle in Thüringen, Württemberg und Bayern bis heute auf Grund örtlicher Polizeiverbote nicht vorgeführt worden ist. Ich darf in dieser Beziehung auf die Ausführungen bei Falk: Reichsfilmzensur und Ortspolizeibehörde: ArchUrhM. I, 650 ff. und auf meine eigenen Ausführungen „Widerruf und ortspolizeiliches Verbot eines Bildstreifens: ArchUrhM. IV, 151 ff., sowie auf Dienstag-Clister, Handbuch des deutschen Theaters, Film-, Musik- und Artistenrechts Berlin 1932, Springer, S. 366 ff. und Dienstag, Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, Ergänzungsband, Artikel „Benjurrecht“ S. 664 ff. hinweisen. Im ArchUrhM. IV, 151 ff. bin ich zu dem Ergebnisse gelangt, daß ein dauerndes ortspolizeiliches Verbot dem VSpG. fremd ist, daß im Gegenteil bei den Beratungen im R. über das VSpG. abgelehnt worden ist, die Zulässigkeit derartiger Verbote in das VSpG. aufzunehmen. Ich habe vorgeschlagen, in der künftigen Novelle dem § 1 VSpG. eine Generalklausel ähnlich der im Preß- und VereinsG. einzufügen, um dadurch ein für allemal klarzustellen, daß der Polizeibehörde kein Recht zusteht, einen Film zu verbieten, und zwar, sei es dauernd, sei es vorläufig.

2. Der BadVGH. vertritt mit Recht die von Fellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 473, insbes. Anm. 2 auch neuerdings vertretene Auffassung, daß nach der zur Zeit des Erlasses des Verbots betreffend den Film „Frauennot-Frauenglück“ geltenden Fassung des VSpG. polizeiliche Dauerverbote zulässig sind. Soweit ich sehe, wird diese Auffassung von Fellinek auch mit Recht allgemein abgelehnt, da sie im VSpG. nicht begründet ist. Diefür habe ich insbes. auf Dienstag: ArchUrhM. a. a. D. S. 153 ff. dort habe ich mich ausführlich mit der Ansicht von Fellinek auseinandergesetzt. Dagegen scheint der BadVGH. entsprechend der Mspr. des Pr. OGH. (vgl. JW. 1922, 1232) auf dem Standpunkt zu stehen, daß vorübergehende ortspolizeiliche Verbote bis zum Entscheid im Widerrufsverfahren zulässig sind. Wenn Lion diese Auffassung als die zur Zeit herrschende bezeichnet und die Möglichkeit polizeilicher Eingreifens bei akutem Notstand bejwörtet, da die Prüfstelle nicht alle

Lässigkeit; es erübrigt sich daher für den Gerichtshof, zu prüfen, ob die Begründung des Verbots durch das Bez. N. als in tatsächlicher Hinsicht zutreffend anerkannt werden kann. In beiden Beziehungen bedeutete das bezirksamtliche Verbot nämlich eine Maßnahme, welche im LSpG. geregelt, dort den amtlichen Prüfstellen übertragen und für die auch in sachlicher Hinsicht das Reichsrecht maßgebend ist. Jedenfalls insoweit, als ein durch die Ortspolizeibehörde auf Grund des Landesrechts erlassenes teilweises oder ganzliches Verbot der Vorführung eines Bildstreifens nach Wesen und Wirkung eine im LSpG. geregelte, den amtlichen Prüfstellen übertragene Maßnahme bedeutet, ist es nach dem in Art. 13 Abs. 1 RVerf. ausgeprochenen Grundsatz „Reichsrecht bricht Landesrecht“ rechtlich unzulässig. Diese Auffassung liegt auch schon dem oben angeführten Ur. des Gerichtshofs v. 28. Sept. 1922 Nr. 2213 zugrunde.

Das bezirksamtliche Verbot bedeutet eine durch die Absicht der M. F., den Bildstreifen öffentlich vorzuführen, veranlaßte ortspolizeiliche Zensur des Bildstreifens i. S. einer Vorzensur, dies tritt durch die der bezirksamtlichen Vfg. vorangegangene Vorführung des Bildstreifens vor der Polizeibehörde besonders deutlich hervor. Der räumliche Geltungsbereich dieser Vorzensur war die Stadt D.; denn mit der gleichen Begründung hätte das Bez. N. als Ortspolizeibehörde sicher die Vorführung des Bildstreifens in jedem anderen Lichtspielhaus der Stadt D., seinem örtlichen Wirkungsbereich als Ortspolizeibehörde, gleichermaßen verboten. Nach Art. 118 Abs. 2 RVerf. ist die Vorzensur grundsätzlich unstatthaft (vgl. hierzu Hellwig, „Art. 118. Meinungsäußerung, Zensur“ in „Die Grundrechte und Grundpflichten der RVerf.“, Bd. II S. 1 ff., insbes. S. 32—34 unter b) Das Zensurverbot; ferner PrDVB. 76, 483 ff. [S. 443—445]). Von diesem Zensurverbot wird in Art. 118 Abs. 2 RVerf. für Lichtspiele eine Ausnahme gemacht, für sie können durch Gesetz abweichende Best. getroffen werden. Diese Best. sind im LSpG. ergangen. Die in § 1 dieses Ges. eingeführte Vorzensur wurde besonderen amtlichen Prüfstellen übertragen. Dadurch ist die Vorzensur über Bildstreifen reichsrechtlich erschöpfend geregelt, in sachlicher Hinsicht durch § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 2 LSpG., für eine Vorzensur örtlicher Polizeibehörden für ihren amtlichen Wirkungsbereich auf Grund landesrechtlicher Vorschriften ist daneben kein Raum mehr, soweit nicht — was hier nicht in Betracht kommt — das LSpG. selbst sie zuläßt (vgl. § 6 und die jetzt bedeutungslose Übergangsbestimmung in § 17). Die Vfg. des Bez. N. v. 2. Dez. 1930 bedeutet nach der ihr in der Vfg. v. 3. Dez. 1930 gegebenen Begründung eine Nachzensur des durch die Entsch. der Filmprüfstelle Berlin v. 8. Nov. 1930 zur öffentlichen Vorführung zugelassenen Bildstreifens ebenfalls für das Gebiet der Stadt D. auf Grund bestimmter, nach der Zulassung des Bildstreifens eingetretener Tatsachen, welche die Vorführung des Bildstreifens allgemein — nicht nur nach den Verhältnissen der Stadt D. — geeignet erscheinen ließen, die Gesundheit des Publikums und daher die öffentliche Ordnung und Sicherheit zu gefährden (§ 1 Abs. 2 Satz 2 LSpG., vgl. Hellwig, Erläuterungsbuch zu diesem Ges. S. 84 Anm. 19 zu § 1). Mit dieser Begründung stellte sich das bezirksamtliche Verbot dem Wesen nach

als eine der Oberprüfstelle übertragene Nachzensur i. S. des § 4 LSpG. und der Wirkung nach als der Widerruf der Zulassung eines Bildstreifens für ein bestimmtes Gebiet des Reichs i. S. des § 4 LSpG. dar, weil „das Zutreffen der Voraussetzungen der Verjagung (§§ 1, 3) erst nach der Zulassung hervortritt“. Auch die Begründung in der Vfg. v. 3. Dez. 1930 mußte für jede Vorführung des Bildstreifens in D. gelten. Für einen solchen Widerruf ist aber auf Antrag der Landeszentralbehörde die Oberprüfstelle zuständig.

Die hier vertretene Rechtsansicht des Gerichtshofs entspricht durchaus der Entstehungsgeschichte des LSpG., welche in den hier insoweit in Bezug genommenen Gründen des Ur. v. 28. Sept. 1922 in großen Zügen dargelegt wurde. In dem jedoch nicht Gesetz gewordenen § 6 Abs. 1 des Entwurfs dieses Gesetzes war insbes. ein Verbot der Ortspolizeibehörde gegenüber einem zugelassenen Bildstreifen nicht etwa auf Grund allgemeiner Erwägungen, wie sie das Bez. N. in der Vfg. v. 3. Dez. 1930 niedergelegt hat, sondern nur für den Fall vorgesehen gewesen, daß auf Grund besonderer örtlicher Verhältnisse die Annahme gerechtfertigt erscheine, daß die Vorführung des Bildstreifens in dieser Gemeinde die öffentliche Ordnung oder Sicherheit gefährden würde. Im Ergebnis stimmt die rechtliche Beurteilung des Gerichtshofs mit jener des PrDVB. überein; in dessen Ur. v. 15. Dez. 1921 kam die Ansicht zum Ausdruck, daß den Ortspolizeibehörden ein selbständiges, von der Stellungnahme der Prüfstellen völlig unabhängiges Verbotungsrecht, durch welches diese letzteren Behörden vollkommen ausgeschaltet werden konnten, durch das LSpG. nicht hat eingeräumt werden sollen und deshalb nach dem Ergehen dieses Gesetzes auch nicht aus dem Landesrecht hergeleitet werden dürfe. Auf diese Auffassung des preuß. OVG. ist es wohl gleichfalls zurückzuführen, daß in II Ziff. 2 Satz 1 Ausf.-Anw. des preuß. Staatsministeriums zum LSpG. v. 1. März 1923 ausgesprochen wurde, daß ein vom LSpG. unabhängiges allgemeines landesrechtliches Verbotungsrecht der Ortspolizeibehörde gegen einen zugelassenen Bildstreifen nicht gegeben sei. Die hier vertretene Rechtsansicht entspricht im Ergebnis offenbar auch derjenigen, welche in der hier in Betracht kommenden Beziehung dem Entwurf des Ges. zur Änderung des LSpG. aus dem Jahr 1929 zugrunde liegt. In der Begründung dieses Entwurfs wurde hinsichtlich des nach Art. 1 Ziff. 4 in dem neu zu fassenden § 4 Abs. 1 in Abhängigkeit von dem Widerrufungsverfahren zuzulassenden polizeilichen Verbotungsrechts als unberührt bleibend die Befugnis der Polizeibehörde bezeichnet, einer zugelassenen Bildstreifen dann zu verbieten, wenn seine Vorführung zwar an und für sich nicht geeignet sei, die öffentliche Ordnung und Sicherheit zu gefährden, wenn aber in besonderen Ausnahmefällen von vorübergehender Bedeutung das Verbot der Vorführung das einzige Mittel sei, Gefährdungen der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu verhüten, etwa wenn Grund zu der Annahme bestehe, daß bei Demonstrationen, Unzügen usw. eine erregte Menge anlässlich der Vorführung eines Bildstreifens Gewalttätigkeiten oder sonst Ungeheuerlichkeiten verübe; unberührt sollte also hiernach nur das Verbot der Polizeibehörde für besondere Ausnahmefälle von vorübergehender Bedeutung bleiben — ein Verbot dieser Art hatte übrigens dem Ur. des PrDVB. v. 28. Sept. 1922 nicht zugrunde gelegen —, wenn nicht der Inhalt des Bildstreifens als solcher, son-

möglichen zeitlichen und örtlichen Besonderheiten voraussehen könne, so ist das an sich richtig, ohne daß ich mich allerdings mit dieser Auffassung einverstanden erklären kann; denn es wird dadurch den Ortspolizeibehörden eine Stütze für ihre Auffassung auf Erlass örtlicher Verbote an die Hand gegeben, die, wie die Erfahrungen der Praxis beweisen, nur allzugerne benutzt wird, um derartige Verbote zu rechtfertigen. Gewiß hat die Kpr. und Wissenschaft, namentlich des preuß. Polizeirechts, stets den Begriff des „polizeilichen Notstandes“ anerkannt — ich verweise in dieser Beziehung auf die Ausführungen bei Drews, Preuß. Polizeirecht, Bd. I, Berlin, 1931, S. 53 ff. —, ein Grundsatz, der übrigens auch durch § 21 PrPolVerf. v. 1. Juli 1931 (GS. 77) jetzt zum Gesetz erhoben worden ist. Indessen ist keineswegs anzuerkennen, daß gegenüber zensurierten Filmen die Gefahr des „polizeilichen Notstandes“ gegeben ist; da die Filmprüfstellen, wie auch die Oberprüfstelle, besondere Reichsbehörden polizeilicher Art sind (vgl. Dienstag-Ester a. a. D. S. 336), so sind auch ihre Entsch. ihrem Wesen nach Befragungen polizeilichen Inhalts, die nach der ausdrücklichen Best. des § 3 Abs. 2 LSpG. für das gesamte Reich Gültigkeit besitzen (vgl. auch Falk a. a. D. S. 657). Infolgedessen sind bei den Entsch. der Filmprüfstellen vorwiegend polizeiliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, wie übrigens auch schon daraus hervorgeht, daß der hauptsächlichste Verbotungsgrund gem. § 1 LSpG. darin besteht, daß der Film geeignet ist, die öffentliche Ordnung und Sicherheit zu gefährden. Wird aber dieser rein polizeiliche Gesichtspunkt der Ordnunggefährdung seitens der Filmprüfstellen ihren Entsch. zugrunde gelegt, so ist es unverständlich, warum zeitliche oder örtliche Besonderheiten eine anderweitige Beurteilung rechtfertigen sollen und können; denn der Begriff der öffentlichen Ordnung und Sicherheit kann beispielsweise für Thüringen, Sachsen oder Bayern kein anderer sein als für Preußen. Hat daher die Filmprüfstelle den Film

zugelassen und damit dokumentiert, daß Verbotungsgründe aus § 1 LSpG. gegenüber dem Film nicht vorhanden sind, so ist es Pflicht der örtlichen Polizeibehörden, nicht von sich aus noch einmal in eine Zensur einzutreten, sondern im Gegenteil mit allen ihren zur Verfügung stehenden Mitteln darauf zu dringen, daß eine ungehörte Vorführung des Films ermöglicht wird. Ein gegenteiliger Standpunkt hieße, die durch das LSpG. für das Reich geschaffene Zensur ihres eigentlichen Wesens zu entkleiden und der Autorität des Reiches einen unermeßlichen Schaden zuzufügen.

3. Durch die 3. Bd. des RPräf. v. 6. Okt. 1931 (RWM. 567 ff.) ist der § 4 LSpG. betreffend das Widerrufungsverfahren dahin abgeändert worden, daß die den Widerruf beantragende Stelle die weitere Vorführung des Bildstreifens bis zur Entsch. der Oberprüfstelle unterlagen kann. Zur Stellung eines Widerrufsanspruches berechtigt ist der RZnM. oder eine oberste Landesbehörde. Durch diese Abänderung, deren Dauer allerdings noch nicht zu übersehen ist, hat die hier behandelte Frage wesentlich an Bedeutung verloren, da die oberste Landesbehörde bis zur Entsch. im Widerrufungsverfahren die Vorführung des Films für ihren Bezirk verbieten kann, während bisher ein solches Verbot unmöglich war. Sie wird indessen sofort wieder aktuell, wenn bei der Rev. des LSpG. die Frage grundsätzlich erörtert werden muß. Die jetzige Best. der RZnM. steht durchaus in Widerspruch mit den Absichten und der Tendenz des LSpG., da dadurch eine Nebenzensur der Länder eingerichtet werden kann, während tatsächlich die Filmzensur Sache des Reiches ist und auch bleiben sollte. Ein umfangreicher Entwurf zur Abänderung des LSpG. ist am 8. Juli 1929 vom RZnM. nach Zustimmung des Reichsrates dem RZ. zugeleitet, bisher aber nicht von ihm verabschiedet worden (vgl. auch Dienstag-Ester a. a. D. S. 329).

N. Dr. Paul Dienstag, Berlin.

bern polizeiwidrige Zustände, welche Begleitumstände oder Folgeerscheinung seiner Vorführung sind, den Grund des polizeilichen Einschreitens bilden. Im Ergebnis steht die Ansicht des Gerichtshofes im Einklang jedenfalls mit der im Schrifttum überwiegend vertretenen Meinung (vgl. Stengleins Komm. z. b. strafrechtlichen Nebengesetz d. Deutschen Reichs, 5. Aufl., Bd. I S. 520 ff. 2 Sp. 1. Anm. 1 zu § 4 (S. 525)). In Zellinek, Verwaltungsrecht, 2. Aufl., S. 456 wird für die Polizeibehörden gegenüber einem zugelassenen Bildstreifen offenbar die Befugnis auch zu einem Dauerbot aus allgemeinen polizeilichen Gründen in Anspruch genommen. Die Begründung dieser Ansicht, bei der insbes. auf die §§ 1 PresG und des VereinsG. verwiesen wird, vermag den Gerichtshof in der hier hinsichtlich eines Polizeiverbot, das nach Wesen und Wirkung eine im VSpG. geregelte und besonderen Prüfstellen übertragene Maßnahme bedeutet, vertretenen Ansicht nicht schwankend zu machen.

Die bezirksamtliche Vfg. 2. Dez. 1930 erscheint auch insofern nicht als rechtlich begründet, als sie auf die Unterlassung eines Vortrags bei der öffentlichen Vorführung des Bildstreifens gestützt wird.

Zu diesem Ergebnis gelangte der Gerichtshof allerdings nicht von der Erwägung aus, daß die bei der Zulassung des Bildstreifens durch die Filmprüfstelle Berlin gesetzte Bedingung, daß ein wissenschaftlicher Vortrag zu seiner öffentlichen Vorführung gehalten werde, überhaupt rechtmäßig sei und durch ihre Nichtbeachtung ein rechtswidriger Zustand also gar nicht habe herbeigeführt werden können. Ob eine solche im VSpG. ausdrücklich nicht vorgesehene Beschränkung der Zulassung an sich statthaft war, was nach Hellwig, VSpG. S. 73 Anm. 14 Abs. 2 zu § 1 zu bejahen wäre (vgl. für das jetzt geltende Recht Art. 1 des Ges. zur Änderung des VSpG. v. 31. März 1931 [RGBl. 127]), kann unerörtert bleiben. Jene Bedingung war jedenfalls nicht nötig, so daß sie rechtlich beachtlich war. Allenfalls handelte es sich um eine ansehbare, nicht gesetzmäßige Best. Nachdem die Entsch. der Filmprüfstelle ihrerwegen nicht angefochten und nicht geändert worden war, war die fragliche Anordnung auch für die Verwaltungsbehörde und das Verwaltungsgericht als zu Recht bestehend bindend (vgl. Stengleins Komm. zu den strafrechtlichen Nebengesetzen usw. S. 521, Vorbem. IV). An sich hätte das Verh. D. also berechtigt sein können, auf Grund des § 30 PrStGB. zur Hinderung der Entstehung eines rechtswidrigen Zustands die öffentliche Vorführung des Bildstreifens, ohne daß dazu ein wissenschaftlicher Vortrag gehalten wird, zu verbieten; ob die Unterlassung des Vortrags auch eine nach § 18 VSpG. strafbare Handlung gewesen sein würde, wäre nicht entscheidend gewesen. Für die Zulässigkeit eines solchen Verbots würde sich die Frage der Statthaftigkeit eines ortspolizeilichen Verbotensrechts gegenüber einem zugelassenen Bildstreifen nicht aufgeworfen haben; denn um den Inhalt des Bildstreifens und seine unmittelbare Wirkung würde es sich dabei nicht gehandelt haben.

(VobWGH., Urt. v. 16. April 1931, Nr. 1289.)

Mitgeteilt von Dr. Walther Friedmann, Berlin.

D. Ausländische Gerichte.

Österreich.

Oberster Gerichtshof Wien.

1. 1. Zur Frage des sogenannten „sklavischen Nachbaues“.

2. Die mündlich gegenüber einem als Großabnehmer eines Fabrikanten in Betracht kommenden Kaufmann vom Reisenden gemachte wahrheitswidrige Äußerung, die Erzeugnisse dieses Fabrikanten weisen dieselben Vorteile auf, wie die eines anderen Fabrikanten, denen sie nachgemacht sind, fällt zwar nicht unter § 43 ABGB. (= § 12 BGB.), wohl aber unter § 2 UnlWG. (= § 3 DUnlWG.).

Dem Bekl. wird als unlauterer Wettbewerb ausgesetzt, daß er für seine Ofen die selbsttätige Wärmeregulierungsvorrichtung, den Drehrost und den geköpften Kofschlüssel sklavisch nachgeahmt hat.

Die genannten Vorrichtungen sind für die Kl. formalrechtlich nicht geschützt, die selbsttätige Wärmeregulierungsvorrichtung, wenn anzunehmen ist, daß die jetzige Form eine Ausführungsform der früheren, durch Privilegium geschützten Erfindung ist, nicht mehr patentrechtlich geschützt. Das spezielle Verbot des PatG., den Gegenstand der Erfindung, wenn eine solche vorliegt, betriebsmäßig herzustellen, in Verkehr zu bringen, feilzuhalten oder zu gebrauchen, besteht also nicht.

Wo der Wille, des Patentschutzes teilhaft zu werden, fehlt, ist es einwandfreier Wille des Ges., die Sache gemeinfrei zu machen.

Wer darum eine solche gemeinfreie Sache benützt, handelt nie durch die bloße Benutzung oder Nachahmung sittenwidrig oder wettbewerbsfremd (Baumbach, 2. Aufl., S. 401). Es kommt hier der von Baumbach a. a. O. und von Fay: GewRSch. 1928, 80) ausgesprochene Gedanke zur Geltung, daß beim technischen Schaffen jeder auf der Schulter seiner Vorgänger steht, jeder sich das mit Mühe und Kosten errungene Arbeitsergebnis eines anderen zunutze macht, es tut, es tun muß, wenn er überhaupt im technischen Wettbewerb mitkommen will, und es tun darf.

Das BG. hat die unlautere Wettbewerbshandlung, die Ausbeutung der Arbeit und des Rufes der Kl. in der durch den Gebrauchszweck nicht bedingten sklavischen Nachahmung des Erzeugnisses der Kl. und in dem mündlichen Hinweis auf sie gesehen. Die viel umstrittene Frage, ob in der genauen Nachbildung einer formalrechtlich nicht oder nicht mehr geschützten Vorrichtung schon an sich eine unlautere Wettbewerbshandlung gelegen ist, verneint der OGH. Die Frage, ob der sog. sklavische Nachbau einer Vorrichtung einen unlauteren Wettbewerb begründet, ist nur dann zu bejahen, wenn bes. Umstände hinzutreten, wo etwa durch Herstellung und Vertrieb leicht verwechselbarer Sachen Mühe, Kosten, Aufwand, Arbeitsergebnis des ersten Erzeugers ausgenutzt werden (Baumbach, 2. Aufl., S. 401). In dem getrennten Nachbau allein bei gegebener Möglichkeit, den erstrebten Zweck auch durch nicht getreuen Nachbau zu erreichen, sind diese bes. Umstände nicht gegeben. Das UnlWG. hat nicht die Aufgabe, eine Verlängerung der durch das PatG. gewährten Schutzdauer herbeizuführen oder den Patentschutz, den der erste Erzeuger nicht genießt, zu ersetzen (H. Fay, GewRSch. 1928, 71 ff.).

Diese Ansicht wird auch durch Äußerungen in der deutschen Rpr. unterst. RG.: MuW. 29, 602 hat ausgesprochen, daß die sklavische Nachahmung nur unter bes. Umständen einen Vorstoß gegen § 1 UnlWG. begründet: „Der Begriff der sog. sklavischen Nachahmung ist allmählich zu einem Schlagwort geworden, dessen unkritische Verwendung in der Rpr. zu unbefriedigenden Ergebnissen führen muß und dessen Benutzung im Schrifttum bereits zu unhaltbaren Konstruktionen Veranlassung gegeben hat. Der Tatbestand der Nachahmung stellt bei Gegenständen, die keinen Sonderschutz genießen, kein sittenwidriges Handeln dar, wenn nicht das Moment der Täuschungsabsicht und das der objektiven Verwechslungsgefahr gegeben ist. Die Absicht, der Ausnutzung des fremden Rufes ist im übrigen dieselbe. Ein Unterschied zwischen beiden Tatbeständen wird zu Unrecht gemacht.“ Dieselben Worte, nur mit ganz geringen, den Sinn nicht ändernden Abweichungen finden sich schon in RG.: GewRSch. 1929, 1315 (vor Rechtskraft veröffentlicht).

RG.: MuW. 1929, 220 führte aus: „Wiederholt schon hatte der erk. Sen. Anlaß, sich gegen eine unzulässige Verallgemeinerung des im Käthe-Kruse-Puppen-Urt. (RG. 111, 254, 256²) ausgesprochenen Grundsatzes zu wenden. So hatte er MuW. 27/28, 601 ausgesprochen, daß keineswegs jede Nachahmung fremder Arbeitsergebnisse unzulässig sei. Es ist schon RG.: MuW. 27/28, 217 auf den Ausnahmscharakter jener Grundfälle hingewiesen worden. Ferner ist in dem Urt. v. 12. Dez. 1928, I 229/28, ausgeführt worden, die allg. Formel, daß unstatthafte Aneignung und Ausbeutung fremder Arbeit und Vermögenslage gegeben sei, ohne nähere Darlegung der besonderen Umstände, aus denen die Sittenwidrigkeit hervorgehe, sei unzureichend. Es müssen eben jene Gründe dargetan sein, welche die Ausbeutung fremder Mühe und Kostenaufwendung als sittenwidrig erscheinen lassen. Ein Anzeichen dafür, daß sie praktisch bedeutsam ist, kann häufig aus dem Vorhandensein von Verwechslungsgefahr entnommen werden“ (ebenso Fay a. a. O. S. 80; Callmann, UnlWG. § 1 Anm. 53 u. GewRSch. 33, 431; Rosenthal § 1 R. 53 u. § 3 R. 25 betr. Ervedien, „unrichtiger Vorstellungen“ des Publikums. Ähnlich auch Carl Becher, UnlWG. § 1 Anm. 84).

Die Entsch. im vorl. Fall wird also (vgl. auch OGH. v. 16. April 1929, 4 Ob 179/29; ZBl. 1929, 356) darauf abzustellen sein, ob und inwieweit für die Nachahmung der vom Kl. gebrauchten Konstruktion sachliche Erwägungen maßgebend waren oder nur das Bestreben, Verwechslungen herbeizuführen, um dadurch dem Abnehmerkreis zum Schaden des ersten Erzeugers die Möglichkeit zu nehmen, zwischen den Waren der beiden Probenienzen frei zu wählen.

Die Äußerung der Agenten, von denen einer gelegentlich der Herbstmesse 1930 dem Buchdrucker W. auf die Frage, ob eine selbsttätige Regulierung vorhanden sei, zur Antwort gab, der Ofen sei so wie der der Kl., und der andere dem Zeugen H. erklärte, daß mit den Ofen der Bekl. dieselben Vorteile wie mit den Ofen der Kl. verbunden seien, da sie nahezu die gleiche Konstruktion und den gleichen Mechanismus hätten, kann zur Begr., daß die Herstellung und der Vertrieb der Ofen der Bekl. wettbewerbsfremd ist, nicht herangezogen werden. Denn die Kl. hat nicht behauptet, daß der Bekl. die Handlung ihrer Agenten bekannt war oder bekannt sein mußte, noch weniger, daß sie sie veranlaßt oder auch nur gebilligt hätte³). Die beiden wiedergegebenen Äußerungen, für die die Bekl. als

²) ZBl. 1926, 564.

³) Vgl. hierzu die unter Nr. 14–16 zu § 182 in der Ausgabe der ZPD. von Dubow, Seffer und Pollak abgedr. Entsch. des

¹) Siehe aber die Walvoline-Entsch. des RG.: ZBl. 1930, 1699²².

Inhaberin des Unternehmens gem. § 18 UnW.G. 4) in Anspruch genommen wurde, sind selbständig zu beurteilen.

Die Äußerung des K. gegenüber H. ist als unrichtige Angabe gem. § 2 UnW.G. zu werten, da die Öfen der K., weil sie kräftiger ausgeführt sind und infolgedessen eine längere Lebensdauer erzielen werden, höherwertig sind. Die Angabe, daß die Öfen der Bekl. dieselben Vorteile aufweisen, wie jene der K., sind daher unrichtig. Der Anspruch der K. ist nach § 2 UnW.G. begründet, wenn auch eine nach § 43 W.G. zu beurteilende Namensanmaßung nicht vorliegt, weil ja dem K. nicht das Recht zur Führung seines Namens bestritten wird, noch die Vertreter der Bekl. den Namen der K. für die Erzeugnisse der Bekl. gebrauchten, sondern nur genannt haben. Wohl aber ist in den Angaben des Agenten gegenüber dem Wiederverkäufer H. eine Mitteilung gelegen, die nicht nur für H., sondern gewiß auch für dessen Kunden, somit für einen größeren Kreis von Personen, bestimmt war."

(O.G. Wien, Entsch. v. 17. Nov. 1931, 4 Ob 522/31.)

Mitgeteilt von N. Dr. Otto Zimmler, Wien.

Tschechoslowakei.

Bivlkreisgericht Prag.

2. § 1 TschechUnW.G.

1. Die Verpflichtung zur Einhaltung der Reverspreise ist auch nach tschechischem Recht gültig; doch ergibt sich die Verpflichtung zur Einhaltung auch aus allgemeinen Grundfögen der guten Sitten des Wettbewerbs als Folge eines Handelsbrauches.

2. Die Ankündigung einer Ware, die der Ankündigende nicht führt, bildet einen Tatbestand des unlauteren Wettbewerbs. †)

K. hat dem Bekl. Taschenlampenbatterien unter Verpflichtung zur Einhaltung der festgesetzten Detailverkaufspreise verkauft und Bekl. hat diese Preise unterboten; ferner hat Bekl. in seiner Geschäftsauslage für die Batterien der Marke „Pala“ Reklame gemacht, obwohl er solche Ware überhaupt nicht mehr auf Lager hatte.

Das Urteil lautet auf Verbot des unterpreisigen Verkaufs und auf Entfernung der Reklame.

An der Berechtigung des Erzeugers, den Preis für Markenwaren festzusetzen (zu diktieren), kann nicht gezweifelt werden. In

O.G.; ferner Bollak, System, 2. Aufl., S. 638 f.; Baumbach, Z.B.D., 6. Aufl., Anm. 5 zu § 139 (deutsche Z.B.D.); Rosenbergs Lehrbuch, 3. Aufl., 197; ferner Moser: GewRsch. 1930, 667 und hierzu Zimmler: ZBl. 1930, 337. Dem gegen diese Begründung eingebrachten Berichtigungsantrag der K. gab der O.G. keine Folge. Anmerkung des Einfenders.

4) § 13 Abs. 3 UnW.G.

Zu 2. 1. Das Ur. — in manchen Verallgemeinerungen zu weitgehend — hebt mit außerordentlicher Schärfe die Gedanken hervor, mit denen die bisherige Rspr. den Vorwurf der Unlauterkeit beim Preisfchleudern mit Markenwaren begründet hat. Man darf aber m. E. diese Erwägung nicht ausschließlich darauf stützen, daß der Preisfchleuderer die Absicht hat, eine Leistungsfähigkeit vorzuweisen, die in Wirklichkeit nicht vorhanden ist, denn es sind ja doch Fälle denkbar, in denen tatsächlich eine solche Leistungsfähigkeit besteht und in denen der Preisfchleuderer unter Ausnutzung seiner Kapitalkraft, also unter Ausnutzung eines wettbewerbsmäßig beachtlichen und an sich lauterer Mittels Vorteile vor der Konkurrenz zu erreichen erstrebt. Das wesentliche ist die Reversverpflichtung. Ist dem Preisfchleuderer die Verpflichtung auferlegt worden, die Preisbestimmung des Fabrikanten zu beachten, so begeht er Vertragsbruch und bedient sich insofern eines unlauteren Wettbewerbsmittels (siehe Callmann, UnW.G.Komm. S. 38 f.). Ist ihm keine Reversverpflichtung von seinem Verkäufer, einem Zwischenhändler, auferlegt worden, so muß er nachprüfen, warum das nicht geschehen ist. Es gäbe hierfür nur zwei Erklärungen: Entweder der Zwischenhändler war nicht verpflichtet, seinen Abnehmer an die Preisbestimmung des Fabrikanten zu binden; dann besteht kein lückenloses Reverssystem und ein Schutz gegen Preisunterbieten wird dann nicht gewährt. Oder der Zwischenhändler beging Vertragsbruch; dann durfte der Abnehmer diesen Vertragsbruch des anderen nicht ausnutzen; er mußte die Geschäftsverbindung ablehnen. In diesem Fall begeht der Preisfchleuderer nicht nur unlauteren Wettbewerb gegenüber seiner Konkurrenz, sondern er handelt auch rechtswidrig gegenüber dem Markenwarenfabrikanten, indem er das von diesem mühsam aufgebauete Preisystem sabotiert und somit wichtige Unternehmenswerte des Fabrikanten vernichtet, sei es nun, daß man das Recht des Fabrikanten in einem Recht an der Marke (Markenartikel) oder in einem Recht am eingeregulierten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Unternehmen). — M. E. bestehen keine Bedenken, in dem Aufbau eines lückenlosen

der Preisfestsetzung liegt kein aggressiver Schritt gegen die Interessen des Konsums, sondern nur ein Abwehrakt gegen unlauteren Wettbewerb, hauptsächlich im Zwischenhandel. Dem Erzeuger handelt es sich nicht darum, bestimmte, vielleicht allzu hohe Gewinne für sich zu erhalten, sondern darum, Unterbietungen abzuwehren, die in erster Linie den Zwischenhandel und schließlich ihn selbst bedrohen. Hat doch der Erzeuger im Verhältnis zum Konsumenten gar nicht die Möglichkeit, sein Erzeugnis zu überteuern, denn es sind Konkurrenzkonzernunternehmungen da, welche den Preis leicht herabdrücken können!

Ähnliche Abwehraktionen finden wir auch bei Kartellen, wo sie sich aus dem Grunde sehr bewähren, weil sie schwächeren Konkurrenten (Kaufleuten) gleiche Verkaufspreise wie den stärkeren garantieren, wodurch der schwächere vor Verlusten geschützt wird.

Bezüglich Markenwaren hat sich im realen Handel der Grundsatz entwickelt und er wird auch eingehalten, daß jeder, der solche Waren zum Verkauf übernimmt, den festgestellten oder stabilisierten Preis einzuhalten verpflichtet ist (preisliche Gebundenheit). Das Unterbieten, das heißt der Verkauf unter diesem gebundenen Preise, widerspricht den guten Sitten des Wettbewerbs, denn der Unterbieter erlangt hierdurch einen ungerechtfertigten Vorsprung gegenüber soliden Mitbewerbern.

Das Unterbieten ist aber auch ein Lockmittel von Kunden, und der Unterbieter schädigt hierdurch nicht nur den Erzeuger und den Mitbewerber, sondern auch den Konsumenten selbst, und sein Verhalten ist daher vom Standpunkte des UnW.G. verwerflich.

Von jedem Kaufmann, der Markenware führt und verkauft, ist anzunehmen, daß ihm diese Grundsätze bekannt sind (§ 1299 W.G.), er kann sich also mit deren Unkenntnis nicht entschuldigen.

Die preisliche Gebundenheit stützt sich in praxi in der Regel auf eine besondere vertragliche Abmachung zwischen Lieferanten (Erzeuger) und Kaufmann, wie dies auch im vorliegenden Falle nachgewiesen wurde. Aber die Verpflichtung, festgesetzte bzw. stabilisierte Preise bei Markenwaren einzuhalten, kann auch aus den allgemeinen Grundfögen der guten Sitten des Wettbewerbs nach § 1 UnW.G. abgeleitet werden; denn die übliche schriftliche Verpflichtung konnte mit der Zeit nicht ohne Einfluß auf die praktischen Bedürfnisse des Handels bleiben und hat so zur Entstehung der Handelsgebräuche geführt, wie sie sich jetzt bei Markenwaren entwickelt haben, und dies auch ohne besondere schriftliche Vereinbarung.

Es ist ferner zu erwägen, daß bei sog. Markenwaren der Kaufmann (Grossist oder Detaillist) gar nicht Herr des Verkaufspreises

Preisbindungssystems ebenso ein schätzwürdiges Rechtsgut zu sehen wie in einer zur Verkehrszustellung gebrachten Marke, einer Ausstattung. — Der Verkäufer von Markenwaren muß sich also damit abfinden, daß er bei Vorliegen eines lückenlosen Reverssystems seine größere Leistungsfähigkeit jedenfalls nicht durch einen billigeren Verkauf von Markenware zeigen kann, ohne daß er damit seine Mitbewerber und den Hersteller der Ware in ihren Rechten beeinträchtigt.

Der Tatbestand des Preisfchleuderns mit Markenwaren zeigt also wie wenige die Bedeutung der Rechtsfatsachen; denn die Tatsache, daß die Preisfestsetzung bei Markenwaren im Geschäftsverkehr allgemein bekannte Übung ist, bewirkt, daß sich jeder, der mit Markenwaren schleudert, über die Folgen im klaren sein muß. Deshalb sagt das obige Ur. mit Recht, von jedem Kaufmann sei anzunehmen, daß ihm diese Übung bekannt sei, er könne sich mit der Unkenntnis dieses Handelsbrauches nicht entschuldigen. Daraus ergibt sich aber dann auch weiter, daß die Beseitigung dieser allgemeinen Übung die Möglichkeit ausschließen würde, das Preisfchleudern von Markenwaren in anderen als in denjenigen Fällen zu verfolgen, in denen der Schleuderer in bewusster Ausnutzung eines eigenen oder fremden Vertragsbruchs das lückenlose Reverssystem eines Markenwarenfabrikanten durchbricht. Dann würde also eine Verfolgung der objektiven Rechtswidrigkeit mit der Unterlassungsklage nicht mehr möglich sein. Ich habe deshalb in einem in der Kartellrundschau 1931, 92 erschienenen Aufsatz: „PreisbindungsV.D. und Markenartikel“ bemerkt, daß Maßnahmen der Reichsregierung hinsichtlich der Preisbindung der zweiten Hand auf Grund der RotV.D. auf dem Gebiete der Markenwaren die Beseitigung eines Handelsbrauches zur Folge haben können, womit der jetzigen Rspr. zur Frage des Preisfchleuderns für gewisse Tatbestände der Boden entzogen wäre (a. a. O. S. 101).

Während ich dies schreibe, erscheint der Aufsatz Goldbaums: GewRsch. 1931, 1053, in dem dieser erneut seine schon des öfteren bekämpfte Auffassung verteidigt, daß die Not der Zeit das Preisfchleudern mit Markenwaren zu einer sittlichen Tat zugunsten des verarmten Deutschlands mache. Goldbaum weist darauf hin, daß die Rspr., die den Vertragsbruch allein nicht als sittenwidrig betrachte, die Verleitung zum Vertragsbruch nicht schärfer beurteilen dürfe, daß die Reverssysteme nur zu verstehen seien aus den Gedankengängen des Kartellrechts und infolgedessen zu würdigen seien vom Standpunkte der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls, und es erscheint ihm unerträglich, daß Preiswucher sich in den Mantel

ist; dies ist nur der Erzeuger selbst, und ihm allein steht das Recht zu, mit den Preisen zu disponieren. Preisunterbietungen sind sowohl im Interesse der Mitbewerber als auch vom weiteren volkswirtschaftlichen Standpunkte nicht müßenswert; das eiserne Gesetz, wonach dem Erzeuger ein entsprechendes Entgelt für sein Erzeugnis unter Hinzurechnung eines bestimmten Gewinnes zufallen muß, läßt sich durch Unterbietungen nicht ändern. Die Preisflehlerer täuschen daher die Öffentlichkeit, wenn sie behaupten, im Interesse der Konsumenten zu unterbieten und lobenswert im Interesse des Preisabbaues und der Verbilligung der Erzeugnisse zu handeln, wobei zu bemerken ist, daß durch Aktionen eines einzelnen Kaufmannes auch nie eine allgemeine Verbilligung erzielt werden kann.

Der wahre und einzige Zweck solcher Preisunterbietungen ist die Erlangung besonderer, individueller Vorteile und eines Vorsprunges im Wettbewerbe gegenüber anderen Mitbewerbern, die solche Taktik nicht üben.

Der Erzeuger von Markenwaren ist gezwungen, den Verkaufspreis so festzusetzen, um der Konkurrenz standhalten zu können, die gleiche Erzeugnisse herstellt und verkauft. Hierbei kann er den Preis natürlich nur so festsetzen, daß er grundsätzlich auch dem Zwischenhandel einen bestimmten, durchschnittlichen Gewinn sichert, und man muß da bei der Kalkulation von einer bestimmten allgemeinen Regie der Großlisten und Detailisten und von einem bestimmten bürgerlichen Gewinne ausgehen, denn anders wäre die Ware für den Kaufmann ohne Interesse.

Der Grundsatz der guten Sitten im Wettbewerbe schafft eine Grenze gegenüber selbstsüchtigen Expansionsbestrebungen einzelner Mitbewerber, die durch Unterbietungen zum Schaden der Mitbewerber aus der wettbewerbsfähigen Parität treten und durch niedrigere Preise die Kundschaft der übrigen Mitbewerber zu sich herüberziehen wollen. Der Grundsatz ständischen Zusammenhaltens und ständischer Verbundenheit der Angehörigen derselben Handelsbranche erfordert gegenseitige Respektierung; wenn der Mitbewerber den festgesetzten Preis nicht einhält, schädigt er seine Kollegen und Berufsgenossen wesentlich und nimmt ihnen den Gewinn weg, der ihnen durch die Kalkulation des Erzeugers zugehört ist.

Wie oben ausgeführt, sind bei Markenwaren die volkswirtschaftlichen Grundsätze von Angebot und Nachfrage, deren Einfluß auf das Preisniveau und insbes. die Grundsätze einer Individualkalkulation der Detailisten ausgeschaltet, denn der Kaufmann, der Markenware vertreibt, ist in Ansehung dieser Ware eigentlich nur Beauftragter und ausführendes Organ des Erzeugers.

Der Preisflehlerer verfolgt mit seiner Handlungsweise einen besonderen Zweck, der sich ihm trotz augenblicklichen, scheinbaren Nachteils doch nur bezahlt macht. Es ist dies vor allem das Bestreben, der Konkurrenz in größerem Maßstabe Kundschaft abspenstig zu machen, und zu deren Schaden einen erhöhten Absatz hauptsächlich auch für andere Waren zu gewinnen, was den an den Markenwaren

der guten Sitten hüllen dürfe. Demgegenüber ist zu bemerken, daß der Vertragsbruch, ebenso wie die Verleitung zum Vertragsbruch in dem Tatbestand des Preisflehlerens nur deshalb als sittenwidrig betrachtet werden, weil sie unlautere Mittel im Wettbewerbskampf sind. Daß aber der Vertragsbruch unsittlich ist, wenn er dazu verhelfen soll, gegenüber dem vertragstreuen Mitbewerber einen Vorsprung zu begründen, wird von niemandem bestritten (s. auch RG. 117, 16 = JW. 1927, 1636; ArbG.: JW. 1929, 1510; Hueck, Ripperden: JW. 1927, 2367; Callmann: MuW. XXVI, 380; GewRSch. 1928, 103; UnW. Komm. S. 38). Weiterhin kann Goldbaum der Einwand nicht erspart werden, daß er mit seiner Berufung auf das Wohl der Allgemeinheit praktisch offene Türen einrennt, rechtsdogmatisch aber die Sache am falschen Ende ansieht. Nicht weil Preiswucher das Wohl der Allgemeinheit schädigt, ist schlechthin Preisflehleren erlaubt, sondern wenn das Reverssystem an Preise bindet, die wucherisch hoch sind, dann ist im Einzelfall der Wiederverkäufer an die Markenwarepreise nicht gebunden; ich habe deshalb auch in meinem Komm. (S. 1 Anm. 109a) bemerkt, daß die Preisunterbietung dann nicht als unlauterer Wettbewerb verfolgt werden kann, wenn der Fabrikant zum Schaden der Allgemeinheit die Preise hochhält. Damit ist der Gerechtigkeit genüge getan. Dort war auch der Platz, darauf hinzuweisen, daß die KartVO. mit ihren öffentlich-rechtlichen Vorschr. zum Wohl der Allgemeinheit einzufügen ist, wo ihre Voraussetzungen gegeben sind. Goldbaum hat Recht, wenn er demjenigen die Berufung auf die guten Sitten versagen will, der für sein Verhalten nicht den Schutz des Allgemeinwohls geltend machen kann. Daß aber ein solches Verhalten vorliegt, darf nicht allgemein vermutet, sondern muß im Einzelfall behauptet und bewiesen werden.

Auch kann nicht unerwähnt bleiben, daß die Frage der Unlauterkeit des Preisflehlerens nichts zu tun hat mit der Frage der wirtschaftlichen Berechtigung der Preisbindung bei Markenwaren. Denn maßgebend ist allein, daß die Preisbindung besteht, daß das

erlittenen Verlust vielfach ersetzt. In anderen Fällen sind es andere Motive, wie Nachsucht, Erpressung oder ein Bewirtungskampf gegen die Erzeugerfirma u. dgl., und die Unterbietung ist hier ein wirksames Mittel in solchem Kampfe. Es kann aber nicht der geringste Zweifel daran bestehen, daß die Unterbietung von Markenwaren i. Verb. m. solchen verwerflichen Motiven vom Standpunkte der guten Sitten des Wettbewerbes unlauter ist. Bei dem Kaufmann, der trotz vertraglicher Gebundenheit unterbietet, kommt noch die Verletzung der Vertragstreue hinzu, was im wirtschaftlichen Verkehr an und für sich eine Handlungsweise gegen die guten Sitten des Wettbewerbes ist.

Im Unterbieten sind ferner für gewöhnlich auch die Anfälle für die Herabsetzung nach § 10 UnW. zu erblicken (die Urteilsbegründung führt dies dahin näher aus, daß der Ware durch die Preisherabsetzung das Stigma der Minderwertigkeit gegenüber der Konkurrenzware aufgedrückt wird).

Endlich muß in der Preisunterbietung bei Markenwaren auch eine ungebührige Anlockung der Kundschaft und eine Täuschung des Publikums erblickt werden. Im Publikum wird die irrige Meinung erweckt, daß der Preisflehlerer aus besonderen, individuellen, nur bei ihm vorhandenen Gründen alle Ware billiger habe als die Konkurrenz, daß diese also teurer sei als er, und er zieht hierdurch auch die Kundschaft für andere Waren an sich. Solche Handlungsweise ist natürlich für den Mitbewerber schädlich, unlauter und nach den §§ 1 und 2 UnW. unzulässig. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ist eben nicht ein Gesetz zum Schutze der Konsumenten, sondern zum Schutze der Mitbewerber. Seine Aufgabe ist nicht, zum Preisabbau behilflich zu sein, sondern es ist dazu da, dem Konsumenten für sein Geld die gewünschte Ware zu entsprechenden Preisen zu garantieren; den Konsumenten schützt gegen die Übertreibung das Wuchergesetz.

ad 2. Es ist anzunehmen, daß der Bekl. die allgemein bekannte Marke der Erzeugnisse des Kl. als wirksame Reklame dazu verwendet hat, die Aufmerksamkeit der Kunden auf diese Erzeugnisse zu lenken und sie so zum Besuch seines Unternehmens zu veranlassen, um ihnen dann bei Bestellung der Ware des Kl. mitzuteilen, daß er die Ware nicht führe bzw. nicht mehr auf Lager habe, und um ihnen dann ein anderes Erzeugnis aufzuzwingen, das heißt zum Schaden der klägerischen Firma das einer anderen Firma. Der Kl. hat dabei offenbar mit der Psychologie des überwiegenden Teiles der Käuferschaft gerechnet, die sich genereller, ohne Einkauf aus dem Laden wegzugehen. Auch diese Handlungsweise ist zweifellos im Widerspruch mit den guten Sitten des Wettbewerbes, daß ist mit den allgemein anerkannten Grundsätzen von Ehrlichkeit und Gewissenhaftigkeit, von Ehrbarkeit und Anständigkeit in wirtschaftlichen Beziehungen.

(ZivilkreisGer. Prag, Art. v. 5. Febr. 1931, Ok XVI 641/30, 12.)
Mitgeteilt von N. Dr. Bernhard Frankenbach, Berlin.

Bestehen der Preisbindung allgemein bekannt ist und infolgedessen die Wirkungen erzeugt, die die Mspr. und das überwiegende Schrifttum veranlaßt haben, im Preisflehleren mit Markenwaren einen unlauteren Wettbewerb zu sehen. Deshalb sagt das obige Art. mit Recht: Das UnW. sei nicht ein Gesetz zum Schutze der Konsumenten, sondern zum Schutze der Mitbewerber. Seine Aufgabe sei nicht, dem Preisabbau zu dienen; die Konsumenten schütze gegen Übertreibung das Wuchergesetz.

2. Zutreffend sieht das Art. in der Ankündigung einer Ware, die der Ankündigende in Wirklichkeit nicht führt, unlauteren Wettbewerb. Jedoch ist das in dem Art. erwähnte Motiv nicht das einzige, das zu einer derartigen Unlauterkeit verleiten kann. Nicht nur als Mittel der Unterchiebung anderer Ware kann eine derartige Ankündigung wirksam werden, sondern sie kann auch lediglich dem Zweck dienen sollen, das geschäftliche Ansehen des Ankündigenden dadurch zu heben, daß er sich als Vertragspartner einer berühmten Markenwarenfabrik bezeichnet, ohne dies zu sein. Daß an der Unterbindung solcher Wettbewerbshandlungen sowohl die Konkurrenz, wie auch der Lieferant ein schutzwürdiges Interesse haben, kann nicht zweifelhaft sein.

Da es sich um eine Markenware handelt, liegt die Frage nahe, ob es sich hier lediglich um unlauteren Wettbewerb oder auch um Warenzeichenverletzung, also um einen Verstoß gegen § 12 WzG. handelt. Dies ist zu verneinen, denn wenn auch das Recht, die Ware bei Ankündigungen mit dem Zeichen zu benennen, in § 12 WzG. ausdrücklich dem Zeicheninhaber vorbehalten ist, so will doch diese Bestimmung nur eine solche Benutzung des fremden Zeichens in geschäftlichen Ankündigungen verbieten, die geeignet ist, das Publikum über die Herkunft der Ware aus einer bestimmten Betriebsstätte irreführen (s. RG. 124, 276 = JW. 1929, 3061). Deshalb ist der hier behandelte Fall lediglich aus dem Gesichtspunkte des Wettbewerbsgesetzes zu beurteilen.

N. Dr. Rudolf Callmann, Bbl.