

20. 1. Versieht im Sinne des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 (R.G.B. S. 441) wissentlich und widerrechtlich eine Ware mit einem nach Maßgabe dieses Gesetzes geschützten Zeichen, wer als Verkäufer in ein ihm vom Käufer zur Verfügung gestelltes, mit einem, wie er weiß, gesetzlich geschützten Warenzeichen versehenes Gefäß, das der Käufer, dem Verkäufer erkennbar, mit der Ware zu seinem Privatgebrauche verwenden will, ohne eigene Berechtigung zum Gebrauche des Zeichens eine andere als die vom Käufer verlangte und dem geschützten Warenzeichen entsprechende gleichartige Ware einfüllt, ohne den Käufer darüber aufzuklären?

2. Bringt derjenige, welcher die unter den vorbezeichneten Umständen in das Gefäß des Käufers eingefüllte Ware dem Käufer zu dessen Privatgebrauch überläßt, eine widerrechtlich gekennzeichnete Ware wissentlich in Verkehr?

Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 (R.G.B. S. 441) §§ 1. 12. 14.

Vereinigte Straffenate. Beschl. v. 24. November 1909 g. R. III 787/08.

Die vorstehend wiedergegebenen beiden Rechtsfragen sind von den vereinigten Straffenaten verneint worden.

Gründe:

Ein Kolonialwarenhändler hatte in mehreren Fällen Kunden, die, dem Verkäufer erkennbar für ihren Privatgebrauch, Maggiwürze forderten, in die von ihnen mitgebrachten, mit dem der Firma Maggi, G. m. b. H., warenzeichenrechtlich geschützten Worte Maggi und mit den gleichfalls dieser Gesellschaft zeichenrechtlich geschützten

Etiketten versehenen Flaschen eine andere Würze, als die geforderte Maggiwürze verabfolgt, obwohl ihm bekannt war, daß das Wort Maggi und die Etiketten der erwähnten Gesellschaft zeichenrechtlich geschützt waren. In den ersten Fällen hatte er den Käufern die Würze verabfolgt, ohne sie darüber aufzuklären, daß er ihnen andere als die geforderte Würze gebe, in den letzten hatte er es ihnen ausdrücklich gesagt und waren sie damit einverstanden gewesen.

Der V. Straffenat hob die erstrichterliche Entscheidung, in der eine Verurteilung aus § 14 des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 ausgesprochen war, auf und verwies die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an die Vorinstanz zurück, indem er den Tatbestand dieses Vergehens in keinem der erwähnten Fälle für rechtlich nachgewiesen erachtete, auch in den Fällen nicht, in denen der Verkäufer den Käufer in dem vorstehend bezeichneten Sinn über die Ware nicht aufgeklärt hatte (Urteil vom 29. Dezember 1908 in der Strafsache gegen R. u. Gen. 5 D. 563/08).

Der III. Senat hatte zwar in seinem Urteile vom 9. Januar 1905 gegen L. — 3 D. 4661/04 — abgedruckt in Goldammer's Arch. Bd. 52 S. 242, bei sonst gleicher Sachlage in einem Fall, in dem der Käufer mit der Einfüllung und käuflichen Überlassung der anderen Würze einverstanden war, angenommen, daß der Tatbestand des § 14 W.B.G.'s nachgewiesen sei. Denn durch das Einfüllen sei die andere Würze mit dem an der Flasche befindlichen Warenzeichen versehen worden und der Verkäufer, der die andere Würze einfüllte, habe gewußt, daß die Flasche mit dem ihm nicht zustehenden geschützten Zeichen versehen sei. Ein weitergehender Vorsatz, insbesondere eine Täuschungsabsicht, sei aber nicht erforderlich. Die Aufklärung des Käufers durch den Verkäufer erscheine daher zeichenrechtlich belanglos.

Der V. Straffenat hatte aber keine Veranlassung genommen, die Entscheidung der vereinigten Straffenate herbeizuführen, weil er der Ansicht war, daß sich die von ihm getroffene Entscheidung folgerichtig aus dem seither von allen Straffenaten des Reichsgerichts anerkannten Grundsatz ergebe, daß das Versehen einer Ware mit einem fremden Warenzeichen nach der Tatbestandsvoraussetzung des § 14 W.B.G.'s nur dann „widerrechtlich“ sei, wenn es für die

Zwecke geschäftlichen Verkehrs erfolge, und daß von diesem Grundsatz in der Entscheidung des III. Straffenats abgewichen sei.

Der III. Straffenat will für die Fälle, in denen dem Käufer mitgeteilt wird, er erhalte in sein Gefäß eine andere als die verlangte Ware, an der in der Straffsache gegen L. vertretenen Rechtsauffassung nicht festhalten, erachtet aber den Tatbestand des § 14 W.B.G.'s für die Fälle gegeben, in denen eine solche Mitteilung nicht erfolgt, der Käufer vielmehr über die eingefüllte Ware getäuscht wird. Er will daher die gestellten Fragen bejahen, sieht sich hieran aber durch das Urteil des V. Straffenats vom 29. Dezember 1908 gehindert und hat deshalb gemäß § 137 W.B.G.'s beschlossen, über die streitigen Rechtsfragen die Entscheidung der vereinigten Straffenate einzuholen.

Der V. Straffenat erachtet in seinem Urteile die Widerrechtlichkeit des Versehens sowohl als des Kennzeichnetseins nicht für nachgewiesen, gleichviel, ob der Käufer durch den Verkäufer über die Ware aufgeklärt wird oder nicht, indem er das ausschlaggebende Gewicht darauf legt, daß sich das Einfüllen in das das Zeichen tragende Gefäß des Käufers nur als eine Verfügung über dieses Gefäß zum Privatgebrauche des Käufers darstelle, und zwar als eine — auf Grund der freiwilligen Zurverfügungstellung des Gefäßes durch den Käufer für den bezeichneten Zweck des Privatgebrauchs — zulässige, zeichenrechtlich nicht verbotene Verfügung, und daß auch die Rückgabe des mit der Ware gefüllten Gefäßes an den Käufer nur eine Handlung sei, die innerhalb der Verfügungsbefugnis des Käufers liege, d. h. in dem Kreise derjenigen Handlungen, die dem Käufer zeichenrechtlich im Verhältnisse zum Zeicheninhaber freistehen.

Der III. Straffenat sieht diese Erwägung nur für den Fall als zutreffend an, daß der Käufer von dem Verkäufer über die Ware aufgeklärt wird und mit ihr einverstanden ist, weil sich nur in ihm annehmen lasse, es habe eine Übertragung des dem Käufer zustehenden Rechtes, — für seinen Privatgebrauch — eine andere als die dem Zeichen entsprechende Ware in das gekennzeichnete Gefäß einzufüllen, auf den Verkäufer stattgefunden und der Verkäufer handle daher aus einem ihm übertragenen Rechte des Käufers heraus als dessen Stellvertreter, während hiervon nicht die Rede sein könne, der einzige Umstand, der geeignet erscheine, dem Handeln des Verkäufers den

Stempel der Widerrechtlichkeit zu nehmen, vielmehr entfalle, wenn der Verkäufer dadurch, daß er eine andere, als die geforderte und dem Zeichen entsprechende Ware einfülle, das gerade Gegenteil von dem tue, was der Käufer wolle.

Der Ober-Reichsanwalt hat beantragt, die vom III. Straf-senate den vereinigten Strafsenaten vorgelegten Rechtsfragen zu ver-neinen, und dazu folgendes ausgeführt:

Der überwiegende Regelfall der Vergehen gegen § 14 W.Z.G.'s wird der sein, daß ein Fabrikant oder Händler Waren in größeren Mengen oder deren von ihm selbst angeschaffte, ihm gehörige neue Umhüllungen selbst unbefugt mit einem fremden Warenzeichen ver-sieht und die Waren so in Verkehr bringt; dem steht es gleich, wenn der Eigentümer der Waren leere mit fremden Warenzeichen ausgestattete Umhüllungen, die bereits einmal zur Kennzeichnung von Waren gedient hatten, unbefugt zur Kennzeichnung anderer Waren, als auf welche das Zeichen hinweist, benutzt, oder umgekehrt der Eigentümer alter Umhüllungen sich neue Waren besorgt und durch Verbindung beider ebenmäßig vorgeht. Unbedenklich wird in diesen Fällen gegen die Zwecke des Gesetzes verstoßen, in ein fremdes Zeichenrecht „warenzeichenmäßig“ eingegriffen und der § 14 des Ges. verletzt. Denn insbesondere erstreckt sich für diese Fälle das aus-schließliche Recht des Zeicheninhabers auch darauf, die handels-geschäftliche Wiederverwendung einer mit seinem Zeichen versehenen Umhüllung nach ihrer Entleerung für andere als die nach seinem Willen dafür bestimmten Waren zu untersagen, und im allgemeinen darf die alte Umhüllung nur nach völliger Beseitigung der Zeichen wieder benutzt werden.

Ullfeld, Kommentar zu den Reichsgesetzen über das gewerbliche Urheberrecht S. 553. 587 und die dortigen Urteile; Finger, Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen S. 242 flg.; vgl. auch Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 23 S. 365.

Diese einfachen Erwägungen genügen aber nicht zur Entscheidung des vorliegenden Falles, in dem der Eigentümer einer einzelnen mit einem fremden geschützten Warenzeichen ausgestatteten Umhüllung und der Eigentümer einer Ware, auf welche sich dieses Zeichen nicht bezieht, verschiedene Personen sind, und wobei die Vereinigung der-

gestalt vorgenommen wird, daß der Eigentümer seine Unthüllung, ohne sie dem Eigentümer der Ware vorher zu übereignen, dazu benutzen läßt, sich die Ware fremder Herkunft durch deren Eigentümer einfüllen zu lassen, wobei endlich weiter vorausgesetzt wird, einmal, daß diese Ware nur zum Privatgebrauche des Erwerbers bestimmt ist, und zweitens, daß die fremde Herkunft der Ware dem Erwerber vom Verkäufer verschwiegen wird.

An sich würde der § 14 seinem Wortlaute nach auch diesen Tatbestand äußerlich decken. Die Anwendbarkeit des Warenzeichengesetzes auf ihn widerspricht aber von vornherein den Anschauungen und Bedürfnissen des praktischen Lebens im täglichen Verkehre sowie dem natürlichen Rechtsgeföhle, wie auch der Gesetzgeber, welcher im § 14 eine Mindeststrafe von einhundertfünfzig Mark für jede Zuwiderhandlung festsetzte, einen solchen Sonderfall in seinen Vorstellungsfreis sicherlich nicht einbezogen hat, zumal es ihm bewußt war, daß hierfür, insbesondere beim Vorhandensein einer Täuschung über den Gegenstand des Kaufgeschäfts andere Normen des Strafrechts vorhanden sind und ausreichen.

Es ist mit dem V. Senat von den gesetzgeberischen Zwecken des Warenzeichengesetzes auszugehen, die Gewerbetreibenden gegen unbefugte Benutzung der für sie eingetragenen Zeichen durch unerlaubten Wettbewerb und das Publikum gegen Irreföhung über die Herkunft von Waren durch Täuschung des in die Richtigkeit der Bezeichnung gesetzten Vertrauens zu schützen.

Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 24 S. 97, Bd. 29 S. 331; Seligsohn, Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen, Einleitung S. 11. 149.

Die Begründung zu dem Entwurfe des Markenschutzgesetzes vom 30. November 1874, des Vorläufers des jetzigen Gesetzes, erblickt dabei die vornehmliche Aufgabe in dem Schutze der Interessen des Publikums, nicht des Handelsstandes, dessen Interesse erst in zweiter Linie stehe. „Warenzeichen erhalten ihren Wert nicht durch den Handelsstand, sondern durch das Publikum; die Schätzung, welche von seiten des letzteren den Waren entgegengebracht wird, und das Vertrauen, welches von ihm in die Richtigkeit ihrer Bezeichnung gesetzt wird, bilden die Grundlage jenes Wertes. Darin liegt aller-

dinge ein Interesse von erheblicher wirtschaftlicher Tragweite" (§. 9). Die Begründung zu dem Entwurfe des Warenzeichengesetzes tritt dem nicht entgegen.

Das Recht des Zeicheninhabers zufolge der Eintragung ist im § 12 des Gesetzes dahin festgelegt, daß ihm ausschließlich die Verfügung zu steht, Waren der angemeldeten Art oder deren Umhüllung mit dem Warenzeichen zu versehen.

§ 12 ist der Ausgangspunkt für die Strafbestimmung des § 14.

Nach diesen gesetzgeberischen Zwecken und inhalts des § 12 wird man daher dem V. Senat weiter darin beizustimmen haben, daß das ausschließliche Recht des Eingetragenen sich nur auf die Verwendung des Zeichens im geschäftlichen Verkehr bezieht, und daß eine Verwendung durch einen Nichteingetragenen dann objektiv nicht „widerrechtlich“ — gegen die Norm — ist, wenn sie nicht im geschäftlichen Verkehr stattfindet.

Hierüber herrscht fast allseitige Übereinstimmung. Vgl. § 1 des Gesetzes, ferner:

Finger, a. a. D. S. 313; Allfeld, a. a. D. S. 553 dd. 584; Seligsohn, a. a. D. S. 155 flg.; Kohler, Das Recht des Markenschutzes S. 384. 337; Stenglein, Nebengesetze Note 12 zu § 14; Meves, Schutz der Warenbezeichnungen S. 168; Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 24 S. 97 (99); Gold. Archiv Bd. 53 S. 279, ferner 2 D. 549/06, 3 D. 3288/04, 4 D. 791/05. A. M. allerdings Binding, Lehrbuch 1904; Besonderer Teil II. Abt. 1 S. 357; gegen sein Beispiel aber Allfeld, a. a. D. S. 554.

Es handelt darum, wie der V. Senat weiter mit Recht ausführt, derjenige unbedingt nicht im geschäftlichen Verkehr und deshalb nicht widerrechtlich, der als Eigentümer einer Umhüllung mit fremden Warenzeichen in Ausübung seiner Verfügungsgewalt diese für eine fremde Ware irgend einer Art zu seinem Privatgebrauch selbst benutzt (Seligsohn, a. a. D. S. 158; Kent, Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen S. 302; Finger, a. a. D. S. 239 Nr. 4; Allfeld, a. a. D. S. 553 dd); Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 24 S. 97).

Dagegen liegt ein Handeln im geschäftlichen Verkehr an sich allerdings vor, wenn ein Gewerbetreibender dem Käufer in das Gefäß

mit dem geschützten Warenzeichen eine Ware fremder Herkunft, sei es auch zum Privatgebrauch, einfüllt. Denn, wenn man auch anführen kann, daß der Eigentümer des Gefäßes die ihm aus dem Eigentume zustehende Verfügungsgewalt auf einen anderen übertragen kann und in dem vorliegenden Falle dem Verkäufer tatsächlich übertragen hat, so handelt letzterer doch immer im Betriebe seines Handelsgewerbes, wenn er die verkaufte Ware verpackt, umhüllt und so übergibt, nämlich in Erfüllung eines neben dem Handelskaufe herlaufenden handelsgebräuchlichen Dienstvertrags ohne Gegenvergütung, welcher den Kauf erst durchführt.

„Geschäftsbetrieb“ ist im Sinne des Gesetzes vom 12. Mai 1894 — vgl. §. 9 der Begründung des Entwurfs — jedes auf Gewinn abzielende Unternehmen im Bereiche der Produktion und des Handels; gewisse Waren, so flüssige unbedingt, kann der Handelsmann nur in einer Umhüllung umsetzen, und es ist dabei belanglos, ob der Käufer selbst seine Umhüllung zur Verfügung stellt und ob er die Absicht hat, die Ware nur zu seinem Privatgebrauch zu verwenden: Kleinhandel bleibt immer Handel.

Ein „widerrechtliches Versehen“ der fremden Ware mit dem geschützten Warenzeichen ist aber unter der Voraussetzung, daß Verkauf und Übergabe lediglich für den Privatgebrauch des Kunden erfolgen, auch in solchem Falle nicht gegeben, und zwar selbst bei der Annahme, daß der Käufer bei der Einfüllung über den Ursprung der Ware getäuscht worden ist.

Der Fall, in dem der Käufer mit der Einfüllung der fremden Ware einverstanden war, ist nach der zur Entscheidung gestellten Frage an sich hier überhaupt nicht zu erörtern. Erwähnt mag nur werden, daß in einem solchen Falle von einer Widerrechtlichkeit überhaupt nicht gesprochen werden kann.

Der Käufer als Eigentümer des Gefäßes ist ohne Rücksicht auf dessen zufällige äußere Bemalung berechtigt, zu Privat Zwecken darüber nach jeder Richtung zu verfügen, und er kann diese seine Verfügungsgewalt auch einem anderen zur Ausübung übertragen. Handelt letzterer in seinem Einverständnis und mit dem Bewußtsein der Beschränkung des immerhin geschäftlichen Verkehrs auf den Privatgebrauch des Käufers, so verfahren beide nicht widerrechtlich, sondern in Ausübung der Rechte des Eigentümers und des Beauftragten; es

wird in ein fremdes Zeichenrecht nicht eingegriffen, und hiermit hat der gesetzgeberische Zweck der §§ 12. 14 nichts zu schaffen.

Seligsohn, a. a. O. S. 158; Entsch. des R.G.'s in Straßf. Bd. 24 S. 97.

Demgegenüber ist ohne weiteres anzuerkennen, daß von dieser klaren Sachlage der Fall, in dem der Käufer, wenn auch lediglich für seinen Privatgebrauch, ausdrücklich die dem geschützten Warenzeichen des Gefäßes entsprechende Ware fordert, der Verkäufer aber eine Ware anderer Herkunft unter Verschweigung dieses Umstandes in das Gefäß einfüllt, sehr erheblich abweicht.

Der III. Senat hält für den Fall der Täuschung des Käufers den Tatbestand des § 14 nach wie vor gegeben. Auf welchen Gründen diese Annahme beruht, ist aus dem den Konflikt erhebenden Beschlüsse selbst nicht zu entnehmen; es ist aber ohne weiteres klar, daß die durch den Verkäufer über den Ursprung der Ware herbeigeführte Täuschung als solche zur Begründung des Tatbestandes nicht verwendet werden kann. Wie die Strafsenate übereinstimmend und ständig annehmen, ist eine Täuschung über die Herkunft der Ware zum Tatbestande des § 14 überhaupt nicht erforderlich, liegt vielmehr außerhalb desselben. Schließt nun der Mangel einer Täuschung über Herkunft der Ware den Tatbestand des § 14 nicht aus, so kann ihr Vorhandensein im Einzelfalle den sonst fehlenden Tatbestand auch nicht schaffen. Der III. Senat muß also das den Tatbestand der Widerrechtlichkeit Schaffende in einem anderen Umstand erblicken, und dies kann nach Lage der Sache nur der Mangel der Anweisung bzw. Mangel der Genehmigung des Käufers sein, die fremde dem Zeichen nicht entsprechende Ware einzufüllen.

Der V. Senat nimmt dagegen auch hier an, daß die Handlung des Verkäufers sich lediglich als eine Ausübung der ihm vom Eigentümer des Gefäßes übertragenen Verfügungsgewalt darstelle und in deren Rahmen bleibe, so daß, da auch der eventuelle Vorsatz des Verkäufers dafür fehle, die Ware über den Privatgebrauch hinaus in weiteren Verkehr zu setzen, ebenfalls weder ein widerrechtliches Versehen noch ein Inverkehrbringen einer widerrechtlich gekennzeichneten Ware vorliege: Die Tatsache der Täuschung über den Ursprung der Ware sei ohne Einfluß auf die Rechtsgestaltung, weil diese Täuschung

nicht durch den Umstand bewirkt werde, daß das Gefäß des Käufers dieses bestimmte Warenzeichen trägt, sondern lediglich dadurch, daß die Tatsache der Lieferung einer anderen Ware als der verlangten unterdrückt wird.

Den Ausführungen des V. Senats wird allerdings nur im allgemeinen Ergebnis beizutreten sein, während dem III. Senate darin beizustimmen ist, daß das Handeln wider den Willen des Käufers wenigstens unter Umständen eine besondere Rolle für die Beurteilung der Widerrechtlichkeit spielen kann.

Denn derjenige, der in das ihm zur Einfüllung einer bestimmten Ware übergebene Gefäß eine andere als die aufgegebenen einfüllt, handelt jedenfalls nicht mehr in Ausübung einer ihm übertragenen Verfügungsgewalt für den Eigentümer und nicht mehr im Rahmen eines Rechts, sondern eigenmächtig, vertragswidrig und widerrechtlich — Entsch. in Straßf. Bd. 21 S. 214 —, aber allerdings, wie noch auszuführen, nur widerrechtlich in Beziehung auf die Verabfolgung der falschen Ware. Ebenso wird, soweit der V. Senat u. a. annimmt, daß auch der Umstand des Vorhandenseins eines fremden Warenzeichens auf dem Gefäße des Käufers niemals die Bedeutung und den Zweck habe, die Ware mit dem fremden Warenzeichen in den geschäftlichen Verkehr zu bringen, jedenfalls in dieser Allgemeinheit kaum als zutreffend anzuerkennen sein, da auch anders geartete Fälle wohl denkbar sind. Solche sind indessen den zur Beantwortung gestellten Fragen nicht zugrunde gelegt und nur für die Regelfälle ist mit dem V. Senat anzunehmen, daß nicht alle auf einem objektiv widerrechtlichen Verhalten bei Lieferung einer Ware beruhenden Handlungen des Verkäufers zugleich ein objektiv widerrechtliches Verhalten nach der Richtung des Gebrauchs eines geschützten fremden Warenzeichens, also einen Eingriff in ein fremdes Warenzeichenrecht enthalten, und daß die Strafverfolgung des Verkäufers aus § 14 W.Z.G.'s nicht ohne weiteres deshalb für gerechtfertigt erklärt werden kann, weil irgend welche zufälligen Begleitumstände seiner Handlung eine zufällige Beziehung zu einem fremden Warenzeichen haben.

Das Entscheidende liegt in der vom Käufer ausgehenden Zweckbestimmung der Ware für seinen Privatgebrauch, die eine warenzeichenmäßige Bedeutung des Zeichens auf der dem Verkäufer zur

Verfügung gestellten Umhüllung ausschließt; diese Zweckbestimmung bleibt aber dieselbe, mag der Verkäufer statt der verlangten Ware mit oder gegen den Willen des Käufers eine andere einfüllen: der letzterenfalls im Käufer erregte Irrtum im Beweggrunde schließt die bezeichnete Zweckbestimmung auch gegenüber der fremden, immerhin jedoch auf Anweisung oder mit Genehmigung des Käufers verabsolgten Ware nicht aus. Nimmt man demgemäß aber an, daß die beim Geschäftsabschluß erkennbare Zweckbestimmung des Käufers auch seine Anweisung oder Genehmigung, die Ware in der für ihn zeichenmäßig nicht in rechtlichen Betracht kommenden Umhüllung zu verabsolgen, dergestalt deckt, daß weder er noch der Verkäufer zeichenrechtlich rechtswidrig handeln, so muß diese Deckung auch dann Platz greifen, wenn der Verkäufer eine andere Ware als die verlangte, verabsolgt, da die Zweckbestimmung des Käufers, — wenn schon aus einem irrtümlichen Beweggrund — auch gegenüber dieser Verbindung von Ware und Umhüllung dieselbe bleibt: der Verkäufer, der in beiden Fällen der Zweckbestimmung des Käufers dienen will, bleibt als Gehilfe des jedenfalls nicht widerrechtlich handelnden Käufers gleichfalls straflos.

Ist hiernach die Anwendung des § 14 des Ges. auf den zur Entscheidung gestellten Fall schon mangels des objektiven Tatbestandsmerkmals des „widerrechtlichen Versehens“ und des „Inverkehrbringens einer im Sinne des Warenzeichengesetzes widerrechtlich gekennzeichneten Ware“ zu verneinen, so wird aus ähnlichen Erwägungen auch der zum Tatbestande des § 14 gehörige Vorsatz auszuschließen sein, und auch hierin wird das Urteil des V. Senats, das manche Anklänge nach dieser Richtung enthält, eine wesentliche Stütze finden.

Das subjektive Erfordernis des § 14 ist teils ausdrücklich in ihm selbst durch die Anforderung bestimmt, daß der Täter wissentlich gehandelt haben müsse, teils besteht es nach den allgemeinen Grundsätzen über vorsätzlich schuldhaftes Handeln in dem Vorsatze, die sämtlichen Merkmale des objektiven Tatbestands dieser Verbotsvorschrift zu erfüllen.

Nur „Wissentlichkeit“ gehört die Kenntnis des Täters von dem angegriffenen fremden Recht und dem Mangel eigener Befugnis, in dieses Recht einzugreifen.

Meves, Schuß der Warenbezeichnungen S. 174; Alfesb S. 588. 589;

Seligsohn S. 185; Kohler S. 355; Binding S. 357; v. Calker, Die Delikte gegen das Urheberrecht S. 156; Entsch. in Straß. Bd. 11 S. 90, Bd. 29 S. 314, Bd. 34 S. 169. 229, 3 D. 4802/04; Entsch. in Zivilf. Bd. 14 S. 75.

Es muß aber auch vermöge des Erfordernisses des allgemeinen Vorsages im Sinne des § 14 die Handlung des Verkäufers, soll sie gerade nach dieser Gesetzesstelle strafbar sein, vor allem den Charakter eines warenzeichenmäßigen Vorgehens tragen, d. h. der Verkäufer muß nicht nur mit dem Vorsage handeln, eine nicht verlangte Ware zu verkaufen und diese in einem ihm dargereichten Gefäße zu übergeben, welches ursprünglich eine andere Ware umfaßte und nur die berechnigte Kennzeichnung dieser trug, sondern er muß auch den Vorsatz gehabt haben, die Ware seinerseits von neuem warenzeichenmäßig zu kennzeichnen, auf ihr ein Warenzeichen anzubringen und so den Glauben hervorzurufen, das alte Warenzeichen des Gefäßes beziehe sich als solches jetzt auch auf die neue Ware.

Meves, a. a. O. S. 169; Allfeld S. 551; Finger S. 300 flg. 289: „Wirksam ist auch die Einrede, daß der Beklagte das Zeichen nicht warenzeichenmäßig benutzt hat.“ Kohler S. 340. 355 flg. 384; v. Calker S. 155 flg.; Kent S. 13; Binding S. 357: „Wohl aber muß der Wille darauf gerichtet sein, daß durch die falschen Zeichen Dritten gegenüber ein Falschbeweis geführt werde; das falsche Zeichen soll als solches im Verkehr funktionieren.“

Ähnlich Nagler, Gerichtssaal Bd. 68 S. 318; Adler, System des österreichischen Markenrechts, Wien 1909, S. 191 flg. 291 flg.; Abel, System des österr. Markenrechts, Wien 1908, S. 260 flg.

Eine solche Beschränkung entspricht auch allein den Zwecken des Gesetzes nach der Richtung des Schutzes sowohl des Zeichenberechtigten als des Publikums. Für ersteren ist es nur zum Schutze seines Warenzeichenrechts, nicht anderer gesetzlich nicht geschützter Ansprüche, so etwa seines Anspruchs auf tunlichste Verbreitung seiner Ware und auf völlige Außerverkehrsetzung der einmal benutzten Gefäße gegeben: der Schutz eines Warenzeichens zufolge der Eintragung erstreckt sich aber nur auf seinen handelsmäßigen Gebrauch in seiner Eigenschaft als Ursprungs- und Unterscheidungsmerkmal und soll dem Zwecke dienen, die Gefahr der Verwechslung der Ware, deren Beziehung zur Person des Zeichenträgers durch die rechtmäßig erfolgte

Warenbezeichnung gekennzeichnet ist, mit einer anderen Ware zu vermeiden; außerdem soll aber das Warenzeichen nicht nur bekunden, daß die bezeichnete Ware die des Zeichenberechtigten ist, sondern auch daß dieser oder jedenfalls ein sonst Berechtigter sie so bezeichnet und damit die Gewähr der Echtheit übernommen hat.

Willeld, a. a. O. S. 583; Kohler S. 289.

Aus diesen Gründen steht dem Warenzeichenträger ein absolutes Verbotsrecht im Umfange des § 12 auch nur gegenüber einem solchen warenzeichenmäßigen Gebrauche seines Zeichens zu, durch welchen ein tatsächlich Unbefugter zu erkennen gibt, er sei befugt, das Zeichen an der Ware anzubringen und sie so in Verkehr zu setzen, und auf Grund dessen der Käufer zu der Annahme geführt werden kann, es sei an der Ware ein Warenzeichen angebracht und hierdurch der Nachweis geliefert, die zeichenberechtigte Firma oder ein sonst Berechtigter habe die Ware als aus dem Erzeugungs- oder Herstellungsgebiete stammend, auf welche das Zeichen hindeutet, gekennzeichnet.

Deshalb werden im gewöhnlichen Laufe der Dinge warenzeichenmäßige Rechte auch des Käufers durch das Verhalten des Verkäufers nicht verletzt: der Käufer hat allerdings das Recht aus dem Kaufvertrage, die verlangte und vom Verkäufer ihm zugesicherte Ware zu erhalten, und in dieser Erwartung kann er durch die Einfüllung einer fremden Ware getäuscht werden; durch die bloße Tatsache der Einfüllung kann aber der Käufer gar nicht in den Glauben versetzt werden, ein Berechtigter „versehe“ hier eine Ware mit einem Warenzeichen. So sagt zutreffend auch der V. Senat in 5 D. 563/08: „Diese Täuschung . . . steht überhaupt in keinem Zusammenhang mit dem Warenzeichen und dessen Rechtsschutz. Sie wird vielmehr herbeigeführt durch die Unterdrückung der Tatsache, daß eine Ware anderer Art als die verlangte verabfolgt wird.“ Will man aber weit gehen, so könnte in dem Verhalten des Verkäufers höchstens ein „mündlicher“ Gebrauch eines Warenzeichens erblickt werden, der im Gesetze nicht unter Strafe gestellt ist.

Finger, a. a. O. S. 289. 301; Kent S. 264; Willeld S. 549; Seligsohn S. 155.

Zum Schutze seiner Rechte aus dem Kaufvertrage stehen dem Käufer andere Rechtsbehelfe zu als aus dem Warenzeichengesetz und

zwar sowohl nach der straf- wie nach der zivilrechtlichen Seite: ihm und dem Fabrikanten solche noch aus dem Gesetze zum „Schutze der Warenbezeichnungen“ zu gewähren, kann nur durch eine Überspannung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale erreicht werden.

Der Mangel des Vorsatzes eines warenzeichenmäßigen Vorgehens hat nichts zu schaffen mit der nach ständiger Rechtsprechung der Strafsenate des Reichsgerichts

vgl. u. a. Entsch. in Straff. Bd. 19 S. 316, Bd. 24 S. 97, Bd. 26 S. 237, Bd. 29 S. 312. 331, Bd. 34 S. 229

stets verneinten Frage, ob zum Tatbestande des § 14 die Absicht einer Täuschung, insbesondere über die Herkunft einer Ware aus dem Betriebe des Zeichenberechtigten erforderlich ist. Denn letzteres hat nur die Bedeutung, daß da, wo der Täter überhaupt vorsätzlich und widerrechtlich handelt, es auf den Zweck der Täuschung nicht ankommt, „und schließt nicht aus, daß unter Umständen, unter denen die Möglichkeit einer Täuschung — hier über ein warenzeichenmäßiges Vorgehen — nach der Annahme des Täters ausgeschlossen war, ein Rückschluß auf den Mangel — hier des subjektiven Verschuldens — gezogen wird“.

Vgl. den Aufsatz von Galli, Gerichtssaal Bd. 68 S. 61 (65).

Was die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivil- und Strafsachen anbetrifft, so steht diese, abgesehen von dem für aufgegeben zu erachtenden Urteil gegen L. 3 D. 4661/04, hinsichtlich des Erfordernisses des Vorsatzes im Sinne des § 14 des Ges. im wesentlichen auf dem hier vertretenen Standpunkte.

So sagt der II. Senat im Urteile vom 28. April 1906, 2 D. 841/05, Goldb. Arch. Bd. 53 S. 279:

„Das Versehen einer Ware oder deren Verpackung oder Umhüllung mit einer fremden Firma ist, weil es sich um eine Ware, also eine für den Verkehr bestimmte Sache handelt, und weil der Zweck des Gesetzes auf Verhinderung der Verwechslungsgefahr im Verkehre gerichtet ist, nur dann widerrechtlich, wenn es geschieht, um die so bezeichnete Ware in Verkehr zu bringen oder als solche feilzuhalten mit dem Vorsatze, daß danach die Firma im Verkehr als diejenige erscheint, von welcher die Ware her stammt. Wer ein Gefäß, auf welchem eine fremde Firma angebracht, auf Verlangen des Besitzers zu dessen Privatgebrauch mit einer fremden Ware

füllt, bringt nicht notwendig eine widerrechtlich gefennzeichnete Ware in Verkehr.“

Der Senat hat die zuletzt bezeichnete Frage aber nicht weiter verfolgt, weil in dem ihm vorliegenden Falle nicht nur zum Privatgebrauche verkauft, und vom Vorderrichter die niedrigste gesetzliche Strafe erkannt war. Angezogen ist hier das Urteil des I. Senats — Entsch. in Straff. Bd. 24 S. 97 —, wo ausgeführt ist, „daß nicht jedes Verwahren eigenen Fabrikats in geschützter fremder Verpackung den Tatbestand erfülle, vielmehr nur da, wo der Zweck der Verwendung dem Zwecke des Gesetzes zuwiderlaufe, also insbesondere, wenn es an Waren geschieht, um sie der zweiten Alternative des § 14 des — damals gültigen — Markenschußgesetzes »zuzuführen«; angezogen ist ferner das Urteil des II. Zivilsenats — Entsch. in Zivilf. Bd. 49 S. 52, — wo es — allerdings für einen anderen Tatbestand — heißt: „Der Schuß eines Warenzeichens erstreckt sich aber nur auf dessen Gebrauch als Warenzeichen . . . der Zeichenberechtigte hat ein absolutes Verbotrecht nur gegenüber dessen warenzeichenmäßigem Gebrauch im Umfange der §§ 12. 20. . . Der Gebrauch muß ferner in einer Weise geschehen sein, daß dritte Personen im geschäftlichen Verkehr in den Glauben verführt werden könnten, die danach angekündigte oder in den Verkehr gesetzte Ware solle warenzeichenmäßig bezeichnet werden.“

In dem Urteile vom 23. Dezember 1904 — 2 D. 4594/04 — sagt der II. Senat gleichfalls bezeichnend:

„Es kann unerörtert bleiben, ob und wann unter besonderen Umständen die Zeichenrechtsverletzung zu verneinen wäre, wenn wissentlich ein mit einem eingetragenen Warenzeichen versehenes Gefäß mit einer Flüssigkeit gefüllt wird, zu deren Kennzeichnung das Zeichen nicht bestimmt ist. Denn solche Umstände sind nicht festgestellt.“

Vgl. ferner die Urteile des II. Senats, Entsch. in Straff. Bd. 29 S. 333 und Bd. 31 S. 30, wo ausgeführt wird, es komme im Einzelfalle darauf an, ob der Gebrauch des fremden Namens den Schein erwecken soll, als stehe die Ware in besonderer Beziehung zur Person des Namensträgers, es rühre die konkrete Ware vom Zeichenberechtigten her; ähnlich II. Entsch. in Straff. Bd. 30 S. 91 und S. 97, sowie 2 D. 1228/01 und ferner 5 D. 24/08, wo unter Heran-

ziehung des Urteils des I. Senats, Entsch. in Straff. Bd. 30 S. 351 und von Goldb. Arch. Bd. 54 S. 69, Entsch. in Zivilf. Bd. 38 S. 106 und Bd. 42 S. 20 die Notwendigkeit eines „warenzeichemäßigen“ Gebrauchs betont wird.

Ebenso neuerlich auch Entsch. in Straff. Bd. 42 S. 88 unter Berufung auf Bd. 13 S. 388 und Bd. 37 S. 327.

Wendet man nun die entwickelten Grundsätze auf die Tatbestände an, wie sie dem Urteile des V. und den Fragen des III. Senats zugrunde gelegt sind, so muß man zu dem Schlusse gelangen, daß es in ihnen an der wesentlichsten Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 14 W.Z.G.'s mangelt, nämlich an dem auf ein warenzeichemäßiges Vorgehen gerichteten Vorfasse des Verkäufers, an einem vorsätzlichen Eingriff in ein geschütztes Zeichenrecht.

Nach der zur Entscheidung vorgelegten Frage will der Käufer lediglich eine bestimmte Ware erwerben und in einem mitgebrachten eigenen Gefäß übergeben erhalten, der Verkäufer verspricht, diese Ware zu liefern. Nur hierauf beschränkt sich der Vertrag beider, da weitere besondere Vertragsabreden auf äußerliche Vornahme einer bestimmten Warenbezeichnung in Urteil und Frage nicht aufgenommen worden sind.

Füllt nun der Verkäufer eine andere Ware wissentlich ein und verschweigt er dies dem Käufer, so handelt er gegen die mündliche Abrede, ist vertragsbrüchig und verfährt widerrechtlich, aber nur in bezug auf die Ware und die Erfüllung des Kaufgeschäftes; auf ein mehreres ist bei den vorausgesetzten Tatbeständen sein Vorfaß nicht gerichtet. Die Gefahr der Verwechslung im Verkehr ist ausgeschlossen, da es sich um Privatgebrauch handelt, und nicht ganz mit Unrecht sagt das erstinstanzliche Urteil in Sachen wider L., 3 D. 4661/04, daß der Verkäufer in solchem Falle nicht in der Flasche, sondern in die Flasche verkaufe.

Versteht also der Verkäufer widerrechtlich im Sinne des Warenzeichengesetzes eine Ware mit einem geschützten Warenzeichen nur dann, wenn die in das Gefäß mit dem geschützten Warenzeichen eingefüllte Ware fremder Herkunft die Zweckbestimmung hat, weiter in Verkehr gebracht zu werden, und handelt er auch bei einem Verkauf zum Privatgebrauche nur dann mit dem zum Tatbestande des § 14 erforderlichen Vorfasse eines warenzeichemäßigen Vorgehens, wenn

letzteres Gegenstand einer besonderen Vertragsbestimmung zwischen ihm und dem Privatkäufer gewesen ist, so erscheint der Tatbestand eines Vergehens gegen § 14 W.Z.G.'s durch den Verkäufer in den vorliegenden Tatbeständen beider Senate nicht erfüllt.

Das gegenteilige Verlangen des Zeichenberechtigten enthält nicht mehr eine Rechtsausübung im Rahmen des § 12 des Gesetzes, sondern berührt das Gebiet der Schikane.

Für die Strafverfolgung des Verkäufers, soweit er sich einer Täuschung beim Kaufvertrage schuldig gemacht hat, können andere strafgesetzhche Normen in Betracht kommen. Sein Verhalten kann gegebenenfalls als Betrug — vgl. Seligsohn, a. a. O. S. 198, — Betrugsversuch, als Vergehen gegen das Nahrungsmittelgesetz oder gegen das Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs — vgl. Entsch. in Zivils. Bd. 60 S. 189, — geahndet werden; ein Vergehen gegen das Warenzeichengesetz liegt nicht vor.

Entscheidungsgründe des Reichsgerichts.

Nach der Auffassung der vereinigten Strafsenate begründet es in Fällen der im Eingange des Beschlusses gekennzeichneten Art zeichenrechtlich keinen Unterschied, ob der Käufer von dem Verkäufer über die eingefüllte andere Ware aufgeklärt wird oder nicht, ob er also erfährt und weiß, daß die Ware nicht die ursprünglich von ihm geforderte ist und nicht aus der durch das Zeichen ausgedrückten Ursprungsstätte stammt, daß mithin das Zeichen auch nicht die ihm entsprechende Herkunft der Ware bezeugen soll und ob er mit alledem einverstanden ist, oder ob er sich vielmehr infolge des vom Verkäufer beobachteten täuschenden Verhaltens über die Ware und deren Herkunft irrt und annimmt, daß die eingefüllte Ware die von ihm geforderte sei und — wenn er eine Ware gefordert hatte, die dem Warenzeichen entsprach — daß sie aus der durch das Warenzeichen ausgedrückten Ursprungsstätte herrühre.

In beiden Fällen entscheidet zeichenrechtlich allein die Tatsache, daß das Verbotungsrecht des Zeicheninhabers einen solchen Tatbestand nicht erreicht und dementsprechend die in Frage kommenden Handlungen von Käufer und Verkäufer in dieses Recht nicht eingreifen, d. h. im Sinne des Warenzeichengesetzes nicht widerrechtlich sind, und dies findet seine Begründung darin, daß der Privatgebrauch

im Gegensatze zum geschäftlichen Verkehre zeichenrechtlich freigegeben ist, und daß hier der Verkäufer die das Versehen der Ware mit dem Zeichen in sich schließende Handlung des Einfüllens zu dem vom Käufer bestimmten Zwecke des Privatgebrauchs in einer zeichenrechtlich genügenden Weise mit dem Willen des Käufers in Ausübung der ihm vom Käufer übertragenen Verfügungsgewalt über die Flasche nebst dem Zeichen für den Käufer und statt seiner vornimmt. Im übrigen würden die Tatbestandsmerkmale des § 14 W.Z.G.'s auch in dem Falle der Aufklärung des Käufers erfüllt sein.

Dies ergibt sich in folgenden Erwägungen.

I.

Wenn es sich darum handelt, ob eine Tatsache zeichenrechtlich in Betracht kommt, ob sie zeichenrechtliche Erheblichkeit hat und ob sie gegebenenfalls eine Verletzung des Zeichenrechts begründet oder ausschließt, so muß dies vom Standpunkte des Zeichenberechtigten aus geprüft werden. Zwar verfolgt das Gesetz, wie das Reichsgericht wiederholt anerkannt hat, den Zweck, auch das Publikum im Geschäftsverkehre vor Täuschungen zu schützen.¹ Dies geschieht aber, soweit das Zeichenrecht in Frage kommt, nur in der Rechtsform, daß dem Zeicheninhaber der im Gesetze bestimmte Rechtsschutz gewährt wird. Die Frage der Zeichenrechtsverletzung hängt deshalb davon ab, ob diejenigen Tatsachen — äußere wie innere — verwirklicht sind, die nach dem Warenzeichengesetz eine Verletzung begründen. Nach diesem aber ist es von vornherein gleichgültig, ob sie unter Dritten — einem Warenkäufer und einem Warenverkäufer — zum Gegenstande vertraglicher Vereinbarung gemacht werden. Sie wirken schon als solche ganz selbständig ohne Rücksicht auf derartige Vereinbarungen. Das Zeichenrecht des Zeicheninhabers ist ein auf gewissen Begründungstatsachen beruhendes gesetzliches Recht, umfaßt das sich aus §§ 1. 12 W.Z.G.'s ergebende Verbotungsrecht und wirkt als solches gegen jeden Dritten (absolut). So wenig hiernach der einzelne Dritte durch seine Willensentschließung dem Zeicheninhaber dessen gesetzliches Recht nach Inhalt und Wirkung einseitig nehmen, beschränken oder erweitern kann, so wenig vermag

¹ Entsch. in Straßf. Bd. 28 S. 275 (278), Bd. 42 S. 184 (189); Entsch. in Zivilf. Bd. 3 S. 74 (76. 77), Bd. 24 S. 74 (81).

er dies durch vertragliche Verständigung mit einem anderen Dritten. Solche Vereinbarungen kommen dem Zeicheninhaber gegenüber nur in Betracht, wenn und soweit durch sie oder im Zusammenhange mit ihnen Tatsachen verwirklicht werden, die in dem vorstehend gefennzeichneten Sinne zeichenrechtlich von Erheblichkeit sind.

Ob in einem einzelnen Fall ein Zeichen zeichenrechtliche Bedeutung hat, bestimmt sich daher ausschließlich nach dem gesetzlichen Rechte des Zeicheninhabers. Bestand und Schutz des Zeichenrechts sind deshalb auch durchaus unabhängig davon, ob der Dritte in einem einzelnen Fall auf die zeichenrechtliche Bedeutung eines Zeichens noch Wert legen will, ob er ein Zeichen von einem gewissen Zeitpunkt ab noch als warenzeichenrechtlich geschützt gelten lassen will oder nicht und ob er dies einem anderen Dritten als seinen Willen erkennbar macht.

Hiernach darf für beide zu erörternde Fälle — den Fall der erfolgenden wie den der unterbleibenden Aufklärung des Käufers — zunächst anerkannt werden, daß eine Ware mit einem Warenzeichen versehen wurde und daß der Gebrauch dieses Warenzeichens an sich weder dem Käufer noch dem Verkäufer zustand.

Das „Versehen“ im Sinne der ersten Möglichkeit des § 14 W.Z.G.'s ist die bewußte äußere Handlung, durch die eine wahrnehmbare Verbindung zwischen Ware und Zeichen derart hergestellt wird, daß zum Ausdruck gelangt, das Zeichen beziehe sich auf die Ware. Ein „dergleichen Gefennzeichnetheln der Ware“ im Sinne der zweiten Möglichkeit des § 14 daselbst liegt vor, wenn ein solcher Zustand tatsächlich herbeigeführt ist, wobei gleichgültig bleibt, ob die Herbeiführung auf Vorsatz, auf einem Versehen im Sinne der ersten Möglichkeit, beruht, oder selbst auf einem bloßen Zufall. Im Zusammenhange mit den sonstigen Tatbestandsmerkmalen ergibt sich ferner als ein Unterschied beider Begriffsmerkmale, daß die Widerrechtlichkeit des Versehens schon im Augenblicke seiner Vornahme begründet sein muß, während es für die Widerrechtlichkeit des Gefennzeichnethelns genügt, wenn sie zur Zeit des tatsächlichen Inverkehrsehens der Ware vorhanden ist.¹ Abgesehen hiervon stimmen beide

¹ Entsch. in Strass. Bd. 5 S. 106, Bd. 20 S. 112, Bd. 21 S. 214 (218. 220); 2 D. 549/06 g. S. u. Gen. Urtr. v. 6. März 1906 a. E.; 3 D. 4802/05 g. B. Urtr. v. 20. März 1905.

Begriffe sachlich überein, und zwar dahin, daß über die Frage, ob eine Beziehung der gefennzeichneten Art zwischen Ware und Zeichen zum Ausdruck kommt, nicht die Absicht oder die Vorstellung desjenigen entscheidet, der das Zeichen anbringt oder die Ware damit in Verkehr setzt, sondern — ganz an sich betrachtet (abstrakt) — die Auffassung des Verkehrs. Es reicht also hin, wenn nach dieser in dem mit der Ware in Verbindung gebrachten Zeichen nach der Art, wie dies geschehen ist, ein Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einer bestimmten Betriebsstätte gefunden wird.

Für den Begriff des Versehens und Gefennzeichnetseins ist es deshalb nicht von Belang, ob der Veräußerer durch die Verbindung von Zeichen und Ware den einzelnen Abnehmer bzw. den in Aussicht genommenen Abnehmerkreis über die Herkunft der Ware täuschen will, ebensowenig, ob die Abnehmer getäuscht werden oder nach Lage des Falles auch nur getäuscht werden können. Entspricht die Art der Verbindung tatsächlich den bezeichneten begrifflichen Anforderungen, so würde das Merkmal des Versehens oder Gefennzeichnetseins selbst dann nicht entfallen, wenn der Veräußerer von vornherein die Absicht hat, die Abnehmer über die wirkliche Herkunft der Ware aufzuklären, ihnen also auch bemerklich zu machen, daß das Zeichen nicht auf die Herkunft der Ware hinweisen solle, oder wenn er nach Lage der Verhältnisse voraussetzt, die Abnehmer würden dies tatsächlich wissen oder annehmen, und wenn er ihnen beim Inverkehrsetzen eine solche Aufklärung gibt. Versehen und Gefennzeichnetsein würden m. a. W. auch dann noch an sich geeignet bleiben, in das Verbotungsrecht des Zeicheninhabers einzugreifen. Andererseits ist in § 14 W.B.G.'s der Zweck einer Täuschung im Handel und Verkehre nicht als selbständige einschränkende Tatbestandsvoraussetzung aufgestellt.

Diese Auffassung entspricht der gleichmäßigen Rechtsprechung des Reichsgerichts,¹ wird auch in der Literatur wohl überwiegend vertreten² und erscheint zur wirksamen Durchführung des Zeichenschußes

¹ Entsch. in Straff. Bd. 14 S. 415 (417/418), Bd. 21 S. 214 (216/217), Bd. 24 S. 97, Bd. 29 S. 312 (314), Bd. 34 S. 169, 229, Bd. 42 S. 137 (140).

² Namentlich Osterrieth, Lehrbuch des gewerblichen Rechtsschutzes S. 336, 337; Adler, Österr. Markenrecht S. 193 ff.; nach dem gewählten Beispiel im Ergebnis auch Binding, Lehrbuch Bd. II 1 S. 357.

geboten, weil sonst im Kleinverkehre das Warenzeichen seinen Wert einbüßen würde.

Es ist deshalb ungenau und irreführend, wenn die Begriffsbestimmung des Versehens und Kennzeichnethseins dahin gegeben wird, warenzeichenmäßige Verwendung des Zeichens liege nur vor, sofern das Zeichen zur Bezeichnung usw. benutzt werde oder sofern der Anschein erweckt werden könne, daß die Ware mit dem Zeichen bezeichnet sein solle oder daß das Zeichen auf die Ware hinweise. Denn damit wird in den Begriff eine Willensrichtung und Zweckbestimmung des Versehenden oder Inverkehrbringenden hineingelegt, die nicht hineingehört; außerdem verleitet die Fassung zu der unrichtigen Schlußfolgerung aus dem Gegensatz (a. a. o.), daß die Begriffsmerkmale entfallen, wenn bei den betreffenden Abnehmern nach der Lage des Einzelfalles der bezeichnete Anschein nicht erweckt werden könne. Zwar finden sich in einer Reihe von Urteilen des Reichsgerichts mit Bezug auf den zu erfordernden Nachweis, daß das Warenzeichen als solches, d. h. warenzeichenmäßig gebraucht sei, ganz ähnliche Wendungen. Diese haben dort aber in der besonderen Gestalt der zur Beurteilung gelangten Fälle, nämlich darin ihre Begründung, daß es sich in ihnen um Wort-, Klang- und sog. zusammengesetzte Zeichen handelt, von denen allerdings im Einzelfalle zweifelhaft sein kann, ob sie nicht lediglich in zulässiger Weise zur Benennung der Warengattung oder zur Bezeichnung der Beschaffenheit von Waren (nach Art von . . ., nach System . . .) oder ohne Eingriff in das geschützte einfache Zeichen gebraucht sind. Sie sollen zum Ausdruck bringen, daß die bloße Möglichkeit einer Täuschung im Verkehr bereits genügt, den Bezeichnungen die notwendige Beziehung auf bestimmte — konkrete — Waren zu geben, bzw. ihre Verwendung in Wahrheit als tatsächlichen Gebrauch des betreffenden einfachen Zeichens erscheinen zu lassen, gleichviel, ob im Einzelfall eine Täuschung eintreten konnte oder eingetreten ist.¹

¹ Entsch. in Strassf. Bd. 28 S. 275 (Manufakturist), Bd. 30 S. 351 (Kränzen); Entsch. in Zivilf. Bd. 38 S. 104 (Dr. Mamppe's bittere Tropfen), Bd. 42 S. 15 [20] (Areolin); Bd. 49 S. 52 [56] (Balvoline, Adlermarke); Goldammer's Archiv Bd. 54 S. 69 (Caledonian Pattern); 5 D. 24/08 Urteil vom 14. Februar 1908 (nach bish. Pat. Storz, Storzkluppelung). Vgl. bezüglich des Gebrauchs fremder Namen: Entsch. in Strassf. Bd. 31 S. 30 (33/35), Bd. 29 S. 331 (332 flg.).

Für Zweifel dieser Art bleibt in den hier zur Erörterung stehenden Fällen kein Raum. Es handelt sich in ihnen um die vollständige und unveränderte unmittelbare Wiederverwendung eines auf einer Flasche angebrachten echten Zeichens, von dem vorausgesetzt wird, daß es erkennbar nicht der Bezeichnung der Flasche als selbständiger Ware, sondern der Bezeichnung einer in ihr enthalten gewesenen Ware gebient hatte. Wenn in eine solche Flasche gleiche oder gleichartige Ware eingefüllt wird oder ist, so wird und ist zwischen Ware und Zeichen eine Verbindung hergestellt, vermöge deren — die Auffassung des Verkehrs in der dargelegten Weise zum Maßstabe genommen — das Zeichen auf die Ware hinweist. Ein weiteres würde mithin nicht erforderlich sein, um die Ware im Sinne des Gesetzes zu einer mit dem Zeichen „versehenen“ und „gefennzeichneten“ zu machen.

Nach der Seite des inneren Tatbestandes wäre insoweit nur erforderlich, daß sich die Beteiligten, was hier ebenfalls als gegeben vorausgesetzt ist, der Tatsachen bewußt sind, die zu diesem Ergebnisse führen. Vorsatz in strafrechtlichem Sinne würde mithin vorliegen und nicht ausgeschlossen sein, wenn beispielsweise der Verkäufer bei Kenntnis dieser Tatsachen — für seine Person oder auch in Verständigung mit dem Käufer — die Vorstellung hätte, daß kein warenzeichenmäßiger Gebrauch stattfinde, dem Zeichen keine zeichenmäßige Bedeutung beigelegt werde u. dgl.; dies wäre lediglich ein unbeachtlicher Strafrechtsirrtum.

Da andererseits die Abgabe der Ware im Kleinhandel an den einzelnen Käufer in Ausübung des Geschäftsbetriebs der Kleinhändler geschieht und als solche bereits ein geschäftliches Inverkehrsetzen darstellt, würde hier die Rückreichung der gefüllten Flasche an den Käufer vom Standpunkte des Verkäufers aus auch ein Inverkehrbringen einer mit dem Warenzeichen gefennzeichneten Ware in sich schließen, und da der Verkäufer diese Rückreichung, wie vorauszusetzen, schon beim Einfüllen beabsichtigte, würde auch die Folgerung nicht abzulehnen sein, daß er hierbei bereits den Zweck verfolgte, die Ware

Bd. 30 S. 91 (Dr. Mampe, als Name); Entsch. in Zivils. Bd. 36 S. 13 (15/16). — Die Urteile Entsch. in Straff. Bd. 13 S. 388, Bd. 37 S. 327, Bd. 42 S. 87 (89) behandeln andere Fragen.

mit dem Zeichen in Verkehr zu bringen. An sich betrachtet, würde daher auf seiten des Verkäufers eine wesentliche Voraussetzung für die Widerrechtlichkeit des Versehens und Kennzeichnethens im Sinne des Warenzeichengesetzes gegeben erscheinen.¹

Diese Begriffsmerkmale würden also erfüllt sein, gleichviel ob der Verkäufer den Käufer über die Ware und deren Herkunft aufklärt oder nicht.

Zu dem gleichen Ergebnisse führen noch zwei weitere zeichenrechtliche Gesichtspunkte.

Selbst wenn der Käufer die seinem Verlangen und „dem vorhandenen Warenzeichen entsprechende“ Ware in die Flasche eingefüllt bekommt, der Verkäufer sich also vollständig vertragsmäßig verhält, ist damit die zeichenrechtliche Seite der Frage, ob nämlich ein Eingriff in das Zeichenrecht des Zeicheninhabers vorliegt, noch keineswegs erledigt.

Der Zeicheninhaber, der ein einzelnes Warenstück mit seinem Zeichen versehen, will damit erklären und erklärt damit hinsichtlich dieses Stückes sein Entstehen dafür, daß es aus seiner Hand stamme, von ihm gefertigt oder in Verkehr gesetzt sei. Daraus ergibt sich nach dem Ausgeführten nicht, daß ein Eingriff in das Zeichenrecht des Zeicheninhabers erst vorliege, wenn derjenige, der das Zeichen gebraucht, durch die Art des Gebrauchs zu erkennen gibt, er sei befugt, das Zeichen anzubringen oder zu gebrauchen, und wenn danach der Abnehmer zu dem Glauben geführt werden kann, es sei hierdurch der Nachweis geliefert, der Zeicheninhaber oder ein sonst von ihm Berechtigter habe die Ware wahrheitsgemäß kennzeichnet. Vielmehr folgt aus jener Tatsache, daß der Eingriff schon dann gegeben ist, wenn der Abnehmer — durch Umfüllen, Umpacken u. dgl. — andere Warenstücke als die vom Zeicheninhaber mit dem Zeichen versehenen zu dem Zeichen in die oben bestimmte zeichenmäßige Beziehung setzt, mögen diese anderen Waren auch aus der Betriebsstätte des Zeicheninhabers stammen, also der Gattung nach der durch das Warenzeichen angezeigten Ware entsprechen. Zeichenrechtlich sind mithin auch sie schon andere als dem vorhandenen Warenzeichen

¹ Entsch. in Straßf. Bd. 24 S. 97 (99); Urt. des IV. Straßsenats vom 9. Februar 1906 g. S. D. 791/05.

entsprechende Waren, die mit dem Zeichen versehen werden oder versehen sind. Zu einer solchen Verwendung hat daher der Verkäufer einer Ware nicht das Recht, außer wenn es ihm durch Ermächtigung des Zeicheninhabers gegeben ist.¹

Hiernach ist es grundsätzlich nicht das Einverständnis des Käufers mit der einzufüllenden Ware, was das in der Einfüllung liegende Versehen und Kennzeichnethen der Ware mit dem vorhandenen Warenzeichen zu einem rechtmäßigen zu gestalten und damit den Eingriff in das Verbotungsrecht des Zeicheninhabers auszuschließen vermöchte, sondern lediglich das Einverständnis des Zeicheninhabers, gegebenenfalls also dessen Einverständnis damit, daß der Verkäufer, als der Vertreter seiner Waren, die Bezeichnung für ihn vornimmt. So wenig hiernach das Einverständnis des Käufers mit der Ware die Wirksamkeit des zeichenrechtlichen Verbotungsrechts ausschließt, wenn es auf dem Inhalte der ursprünglichen Vertragsabrede beruht, die eingefüllte Ware auch ihrer gattungsmäßigen Herkunft nach dem Warenzeichen entspricht und insofern echt ist, so wenig ist es dazu imstande, wenn es erst in einem späteren Zeitpunkt, nämlich erst auf die Aufklärung des Verkäufers über die Ware, eintritt und die Ware auch ihrer gattungsmäßigen Herkunft nach eine andere ist, als die durch das Warenzeichen angezeigte. Zeichenrechtlich begründet es mithin, wenn, wie hier nach dem Inhalte der Fragen von der Erteilung einer Ermächtigung des Zeicheninhabers an den Verkäufer abzusehen ist, keinen Unterschied, ob der Käufer in seine Maggiflasche von vornherein Maggi eingefüllt haben will und daraufhin Maggi oder nach vorgängiger Verständigung durch den Verkäufer eine andere gleichartige Würze, etwa Sooswürze, eingefüllt erhält, oder ob er von vornherein eine der gattungsmäßigen Herkunft nach andere Würze, etwa Sooswürze, in seine Maggiflasche verlangt und daraufhin diese oder nach vorgängiger Verständigung durch den Verkäufer eine dritte — etwa Maethwürze — eingefüllt bekommt. Vom Standpunkte des Zeicheninhabers ist das eine wie das andere an sich gleich widerrechtlich.

Ferner kommt dem Irrtum über Beschaffenheit und Herkunft

¹ Entsch. in Straßf. Bd. 23 S. 365 (369), Bd. 30 S. 95 (96/97); vgl. auch Bd. 4 S. 171 (173).

einer Ware für das Zeichenrecht in einem anderen, und zwar wesentlich engeren Sinne, rechtliche Bedeutung zu, als auf der Grundlage desselben Sachverhalts für das Gebiet des bürgerlichen Vertragsrechts oder allgemeinen Strafrechts. Zeichenrechtlich ist auf Seiten des Täters oder Teilnehmers — mit Bezug auf den inneren Tatbestand hinsichtlich der Ware — nur die Vorstellung von Erheblichkeit, daß die mit dem Zeichen bezeichnete Ware der durch das Zeichen angezeigten gleichartig ist. Es genügt mithin, nach der Seite des äußeren Tatbestandes, wenn die Ware tatsächlich zu diesem Kreise von Waren gehört, nach der Seite des inneren, wenn der als Täter oder Teilnehmer in Betracht kommende dies annimmt. Innerhalb des ganzen Kreises der gleichartigen Waren sind daher falsche Vorstellungen des Täters oder Teilnehmers über Beschaffenheit und Herkunft der Ware zeichenrechtlich belanglos, d. h. nicht geeignet, den Tatbestand des § 14 W.Z.G.'s, wenn er sonst gegeben ist, auszuschließen. Würde z. B. der Käufer, der in seine Maggiflasche Maggi oder Sooswürze verlangt und ohne Aufklärung Maethewürze eingefüllt erhalten hat, die Flasche mit der Ware demnächst seinerseits veräußern, so würde bei sonst vorhandenem Tatbestande die Tatsache, daß er die darin befindliche Würze für die von ihm geforderte, also für eine andere gleichartige Würze hält, als der Wirklichkeit entspricht, die zeichenrechtliche Widerrechtlichkeit des Kennzeichnethelns der Ware auch nach der Seite des inneren Tatbestandes unberührt lassen, ihn also zeichenrechtlich nicht entlasten.

Auch hieraus folgt mit rechtlicher Notwendigkeit, daß im Falle der Aufklärung des Käufers nicht die Tatsache dieser Aufklärung und das sich daraus ergebende Einverständnis des Käufers mit der Ware und deren Herkunft es ist, was den zeichenrechtlichen Grund für die Verneinung des Tatbestandes aus § 14 W.Z.G.'s abgeben könnte. Der entscheidende Grund kann vielmehr auch in diesem Falle nur darin liegen, daß nach der besonderen Gestaltung des vorauszusetzenden Sachverhalts, ganz abgesehen von einem solchen zeichenrechtlich belanglosen Einverständnis des Käufers, dem Versehen und Kennzeichnetheln der Ware mit dem Zeichen die zeichenrechtliche Widerrechtlichkeit fehlt.

Dies trifft in der Tat zu, und zwar gleichmäßig für beide erörterten Fälle. Allerdings unterscheiden sie sich auch noch insofern,

als im Falle der Aufklärung der Verkäufer sich dem Käufer gegenüber ganz in den Grenzen seiner Vertragspflichten bewegt, insbesondere auch beim Einfüllen vollständig dem Inhalte der ihm erteilten Weisung entsprechend handelt, während dies im Falle der unterbleibenden Aufklärung mit Bezug auf die tatsächlich eingefüllte Ware nicht zutrifft. Allein auch dieser Unterschied ist zeichenrechtlich ohne Belang.

II.

Das Warenzeichen genießt den gesetzlichen Schutz nach dem Zwecke des Gesetzes, die Gewerbetreibenden gegen die unbefugte Benutzung der für sie eingetragenen Warenzeichen durch andere und daneben, wie bereits hervorgehoben, auch das Publikum vor Täuschungen über die Herkunft von Waren zu schützen,¹ nur für die Zwecke des geschäftlichen Verkehrs. Der Schutz entfällt, d. h. das Verbotungsrecht des Zeicheninhabers findet seine Grenze, wenn die Verwendung des Zeichens nicht mit Beziehung auf solchen Verkehr stattfindet. Insbesondere ist der im Gegensatz zum Warenverkehre stehende Privatgebrauch zeichenrechtlich frei.

Deshalb ist es z. B. dem Gewerbetreibenden zeichenrechtlich dann nicht verboten, Gefäße, die fremde Warenzeichen tragen, mit seinen, sei es auch gleichartigen Waren zu füllen, um diese daraus zu verkaufen, wenn die Gefäße in seinen dem Publikum nicht zugänglichen Lagerräumen verbleiben sollen und verbleiben. Insoweit bewendet es bei seinen im bürgerlichen oder sonstigen Rechte begründeten Befugnissen zur Verfügung über die Gefäße.²

Ebenso darf der Gewerbetreibende, wie der Privatmann mit fremdem Warenzeichen versehene Gefäße, die seiner Verfügungsmacht unterstehen, kraft dieser Verfügungsmacht zu beliebiger Einfüllung, Verwahrung und Verwendung von Waren, auch wenn sie den durch das Zeichen angezeigten gleichartig sind, zu seinem Privatgebrauche benutzen.

¹ Begründung des Entwurfs zum Warenzeichengesetze, Druckf. des Reichstags 9. Leg.-Per. II. Session 1893/94 S. 7. 9. 15; Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 28 S. 275 (278), Bd. 42 S. 184 (189); Entsch. in Zivilf. Bd. 3 S. 76. 77, Bd. 24 S. 81.

² Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 24 S. 97 (99); Urteil des IV. Strafsenats vom 9. Februar 1906 g. F. D. 791/05.

Insofern sind daher Versehen und Kennzeichnetsein der Waren mit dem Zeichen im Sinne des Warenzeichengesetzes jedenfalls nicht widerrechtlich.

Nach den zu beantwortenden Fragen wird ein gewöhnlicher Privatgebrauch des täglichen Lebens als Gegenstand der Bestimmung des Käufers vorausgesetzt. Danach ist zu unterstellen, daß der Käufer sein mit dem Zeichen versehenes Gefäß, eine Flasche, als Beförderungs- (Transport-) und Verwahrungsmittel für die einzukaufende Ware benutzen will, um daraus die eingekaufte Ware für seine häuslichen Zwecke zu verbrauchen.

Soweit diese Zweckbestimmung zum Privatgebrauche reicht und als Ausfluß der Verfügungsmacht des Käufers über die Flasche maßgebend und wirksam ist, erscheint mithin in seiner Person die Widerrechtlichkeit eines Versehens und Kennzeichnetseins der Ware mit dem Zeichen ausgeschlossen, weil hiernach die von der Zweckbestimmung umfaßten Handlungen und der durch sie geschaffene Zustand ihm gegenüber von dem Verbotungsrechte des Zeicheninhabers nicht erreicht werden können. In den Grenzen eben dieser Zweckbestimmung wird deshalb jede, gleichviel welche, gleichartige Ware gegenüber dem Zeicheninhaber und seinem Verbotungsrechte gegenständlich gedeckt, insbesondere also ohne Rücksicht darauf, ob der Käufer eine bestimmte richtige Vorstellung von der Ware hat oder ob er sich in dem zeichenrechtlich belanglosen Irrtume befindet, daß die Ware die von ihm geforderte und gegebenenfalls durch das Zeichen angezeigte sei, während sie in Wirklichkeit nach Beschaffenheit und Herkunft eine andere gleichartige Ware ist.

Zur Verwirklichung dieser ihm zeichenrechtlich nicht verbotenen und darum erlaubten Zwecke nimmt er hier die Mitwirkung des Verkäufers in Anspruch. Würde er die Füllung der Flasche selbst vornehmen, so würde hiernach das darin liegende Versehen und Kennzeichnetsein der Ware, mag er es nun in seinen privaten Räumen oder im Geschäfte des Verkäufers herbeiführen, nicht widerrechtlich im Sinne des § 14 W.Z.G. erscheinen, gleichviel was für eine gleichartige Ware er von dem Verkäufer gefordert hatte, ob er die geforderte oder eine andere gleichartige Ware erhalten hat und ob er dies letztere weiß. Sofern der Verkäufer hierzu wissentlich mitwirkt, indem er dem Käufer sein Gefäß zum Abfüllen in dessen

das Zeichen tragende Flasche überbringt oder in seinem Geschäftsraum überreicht, entwickelt er im Verhältnisse zum Handeln des Käufers und den von diesem verfolgten Zwecken nach Willensrichtung und äußerer Handlung nichts weiter, als eine bewußt fördernde und unterstützende Tätigkeit. Diese würde daher, soweit die zeichenrechtliche Seite des Tatbestandes in Betracht gezogen wird, lediglich als Beihilfe zu kennzeichnen, als solche aber unter zeichenrechtlichen Gesichtspunkten nicht strafbar sein, weil sie zu einer Handlung geleistet wäre, die wegen Fehlens des gekennzeichneten äußeren Tatbestandsmerkmals der Widerrechtlichkeit zeichenrechtlich nicht verboten und zeichenrechtlich nicht strafbar ist.¹ An diesem Mangel des äußeren Tatbestandes auf Seiten des Käufers würde auch die Möglichkeit scheitern, unter Gesichtspunkten, wie sie in Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 18 S. 419 (423 Abs.) entwickelt sind, auf der Seite des Verkäufers Täterwillen zu unterstellen und gegebenenfalls mit Bezug auf den Tatbestand des § 14 W.B.G.'s mittelbare Täterschaft anzunehmen.

Diese Sachlage erfährt nur eine tatsächliche, nicht eine rechtliche Änderung, wenn der Käufer die Einfüllung der geforderten Ware in sein Gefäß nicht selbst vornimmt, sondern, statt sich das Gefäß des Verkäufers geben zu lassen, diesem sein Gefäß überreicht und ihn das Geschäft des Ab- und Einfüllens für sich, den Käufer, besorgen läßt. Auch hierbei dient der Verkäufer den bezeichneten Zwecken des Käufers in einer bestimmten einzelnen Richtung, indem er dessen Ziel, die Kaufware für den Privatgebrauch in der mitgebrachten Flasche in Empfang zu nehmen, zu befördern und zu verwahren, dadurch erreichen hilft, daß er die tatsächliche Handlung des Einfüllens vornimmt. Wenn auch die sich hierdurch in Verbindung mit dem Zurückreichen der gefüllten Flasche vollziehende Übergabe der Kaufware an den Käufer zu den Vertragspflichten des Verkäufers gehört, dieser also damit eine ihm obliegende Rechtspflicht für sich erfüllt, so wird dadurch doch die strafrechtlich entscheidende Tatsache nicht in Frage gestellt, daß das (körperliche) Einfüllen durch den Verkäufer in Ausübung fremder Verfügungsmacht über die

¹ Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 18 S. 419 (insbes. 422/423); Rechtspr. Bd. 9 S. 137.

Flasche, nämlich der Verfügungsmacht des Käufers erfolgt, der sie ihm zu dem bezeichneten Zwecke übertragen hat, und daß es insofern ausschließlich für den Käufer und statt seiner geschieht.

Es würde deshalb auch in diesem Falle — zeichenrechtlich betrachtet — straflose Beihilfe vorliegen. Dem würde nicht entgegenstehen, daß, wie das Reichsgericht wiederholt anerkannt hat, das Herbeiführen des Versehens und Kennzeichnenseins durch einen anderen als den Zeicheninhaber oder einen von ihm dazu Ermächtigten widerrechtlich ist, wenn ein vom Gesetze gemißbilligter Zweck, der des Inverkehrnehmens der Ware mit dem Zeichen, verfolgt oder betätigt wird,¹ was auf die Handlungen des Verkäufers, die hier das Versehen und Kennzeichnensein unmittelbar herbeiführen, aus den bereits oben angeführten Gründen an sich zutreffen würde. Denn damit ist nicht ausgesprochen, daß die Erfüllung der erwähnten Voraussetzung die Widerrechtlichkeit stets und unbedingt begründe, sodaß sie zu deren Nachweis schlecht hin ausreiche. Vielmehr ist lediglich zum Ausdrucke gebracht, daß die Widerrechtlichkeit jedenfalls nur gegeben ist, wenn diese Voraussetzung vorliegt, daß im übrigen aber stets zu prüfen bleibt, ob sie nach den besonderen Umständen des Einzelfalles nicht gleichwohl unter anderen zeichenrechtlichen und allgemein strafrechtlichen Gesichtspunkten ausgeschlossen ist.

Diese Gesichtspunkte entscheiden auch, wenn, wie in den gestellten Fragen vorausgesetzt wird, der Verkäufer dem Käufer eine andere, als die verlangte und — der gattungsmäßigen Herkunft nach — dem Warenzeichen entsprechende gleichartige Ware einfüllt, und zwar gilt dies ohne Rücksicht darauf, ob der Verkäufer den Käufer über die Ware aufklärt oder nicht.

Der Fall, daß der Käufer auf die Aufklärung des Verkäufers mit der anderen Ware nach Beschaffenheit und Herkunft einverstanden ist, steht zeichenrechtlich dem soeben erörterten vollständig gleich. Für den vorauszusetzenden Fall der Täuschung des Käufers durch den Verkäufer über die Beschaffenheit und Herkunft der eingefüllten anderen Ware gilt folgendes.

Da die rechtliche Bedeutung, die einer Handlung für ein be-

¹ Entsch. in Straff. Bd. 24 S. 97 (99); Urteil des IV. Straßenats vom 9. Februar 1906 g. S. D. 791/05.

stimmtes Rechtsgebiet zukommt, nur nach den für dieses Rechtsgebiet wesentlichen Tatsachen beurteilt werden darf, so ist für die zeichenrechtliche Bewertung einer Handlung, die als zeichenrechtliches Versehen in Betracht gezogen wird, und ihrer Folgen nicht die Frage entscheidend, ob sie in jeder denkbaren tatsächlichen oder rechtlichen Hinsicht, insbesondere auch nach allen rechtlichen Beziehungen des bürgerlichen Vertragsrechts, durchaus und genau dem wahren inneren Willen des Käufers entspricht. Es genügt vielmehr, wenn sie mit Bezug auf diejenigen Tatsachen, die zeichenrechtlich nach der einen oder anderen Seite, bejahend oder verneinend, wesentlich sind, auf dessen Weisung und Willen beruht. Das trifft hier zu.

Zunächst ist die Zweckbestimmung des Käufers zum privaten Gebrauche nach dessen erkennbarem Willen, — auch im Falle der Täuschung — für den ganzen in Betracht kommenden Zeitraum von der Überreichung der Flasche zum Einfüllen bis zur Rückreichung der gefüllten Flasche in Geltung und Wirksamkeit. Sie hat insbesondere durch die Einfüllung der anderen als der geforderten Ware eine Änderung nicht erfahren, auch nicht erfahren können, — weder innerlich nach den Vorstellungen des Käufers, noch äußerlich in erkennbarer Betätigung —, weil der Käufer von jener Tatsache keine Kenntnis hatte, sich vielmehr über die Ware und deren Herkunft täuscht.

Sodann kann es auch in diesem Falle keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß außer dem Wiederrückreichen der gefüllten Flasche an den Käufer jedenfalls die äußere Tatsache des Einfüllens seitens des Verkäufers auf dem Willen des Käufers als der bestimmenden Ursache beruht und daß es vom Verkäufer in dem schon gekennzeichneten Sinne für den Käufer und statt seiner vorgenommen ist. Denn der Verkäufer ist durch Übergabe mit dem Willen des Käufers in den Besitz der Flasche gelangt und sollte nach der von ihm angenommenen Weisung des Käufers die Erfüllung des abzuschließenden oder abgeschlossenen Kaufes dadurch bewirken, daß er die Kaufware in die Flasche füllte und diese dem Käufer zurückgab. Das Eingießen und Zurückreichen ist — trotz der Unterschlebung einer anderen, nicht vertragsmäßigen Ware — die vom Verkäufer gewollte und dem Käufer gegenüber getätigte Vollziehung eben dieses Kaufgeschäfts. Hätte der Verkäufer das ihm angeordnete

Eingießen abgelehnt, so wäre der Käufer, wenn er mit dem Verkäufer gleichwohl an dem Kaufe festgehalten hätte, nach dem natürlichen Laufe der Dinge in die Lage gekommen, die Handlung des Einfüllens selbst zu vollziehen. Der Verkäufer hat sie ihm in Verfolg der darauf bezüglichen Verständigung lediglich abgenommen und übte, wie dargetan, über das Gefäß die fremde Verfügungsmacht des Käufers aus, der sie ihm aus Anlaß und zum Zwecke der Erfüllung des Kaufvertrags der Ausübung nach übertragen hatte. Andererseits hat der Käufer nach den Voraussetzungen der Fragen das Eingießen ersichtlich nicht verhindert, sondern, ohne zu widersprechen, wissentlich für sich geschehen lassen, wie er auch die gefüllte Flasche widerspruchslös als den Abschluß der Vertragserfüllung entgegengenommen hat. Allerdings würde er die Handlung des Verkäufers möglicherweise nicht herbeigeführt oder geduldet haben, wenn er gewußt hätte, daß der Verkäufer vertragswidrig handeln wolle und handle. Allein, abgesehen davon, daß die Möglichkeit einer solchen Annahme ganz von den Umständen des Einzelfalles abhinge, — man denke z. B. an das Einfüllen einer an sich besseren wertvolleren Ware, als der verlangten, das der Verkäufer vornimmt, um sich dem Käufer gegenüber keine Blöße zu geben und ihn am Auffuchen eines Konkurrenten zu hindern —, würde dadurch die Tatsache nicht ins Ungewisse gezogen werden, daß der Käufer, wenngleich unter dem Einflusse seiner irrigen Vorstellungen, so, wie geschehen, gehandelt hat.

Da hier das Eingießen als rein tatsächliche Handlung, wie dargetan, ganz ohne Rücksicht darauf, ob die eingefüllte Ware eine andere gleichartige Ware ist, als die verlangte und ob der Käufer sich darüber täuscht, unmittelbar zum Versehen und Kennzeichnetheln der Ware mit dem Zeichen führt, so sind diese zeichenrechtlich an sich erheblichen Tatsachen durch den Verkäufer mit dem Willen des Käufers und zwar in dem dargelegten Sinne für ihn und statt seiner verwirklicht worden. Andererseits bleibt auch die vertragswidrige, dem wahren inneren Willen des Käufers nicht entsprechende Ware, die tatsächlich eingefüllt wurde und eingefüllt ist, sowie der Gebrauch des Zeichens mit Bezug auf sie, wie ebenfalls dargelegt, durch die Zweckbestimmung des Käufers zum privaten Gebrauche gegenüber dem Zeicheninhaber und seinem Verbotungsrechte gegenüber vollständig gedeckt. Wenn sich also der Käufer infolge des täuschenden

Verhaltens des Verkäufers in der vorauszusehenden Weise über die Ware irrte, so wird durch diesen Irrtum und durch die Täuschungshandlung, die ihn herbeiführte, keine der hiernach zeichenrechtlich entscheidenden Tatsachen berührt und in Frage gestellt, weder die Deckung der Ware nebst Zeichen gegenüber dem Zeicheninhaber, noch das Versehen und Gekennzeichnetsein mit dem Zeichen, noch die Tatsache, daß die beides herbeiführende äußere Handlung des Verkäufers in dem vorbezeichneten Sinne an Stelle des Käufers vorgenommen ist.

Es trifft mithin auch in dem nach den Fragen vorauszusehenden Falle der Täuschung in vollem Umfange zu, was hinsichtlich des Falles erfolgter Aufklärung des Käufers ausgeführt wurde, daß nämlich der Verkäufer unter Ausschluß von Täterwillen auf seiner Seite — in einer zeichenrechtlich genügenden Weise mit dem Willen des Käufers — in Ausübung von dessen Verfügungsmacht über die Flasche für ihn und statt seiner eine Handlung vorgenommen hat, die im Rahmen der ihm — dem Käufer — im Verhältnisse zum Zeicheninhaber mit Bezug auf den Gebrauch des Zeichens zustehenden Befugnisse belegen ist und ihm, wenn er sie selbst körperlich vollzogen hätte, zeichenrechtlich erlaubt gewesen wäre. Der Verkäufer verletzt danach zwar seine Pflichten dem Käufer gegenüber, verhält sich vertragswidrig und handelt jedenfalls insoweit widerrechtlich. Sein Handeln ist aber, was allein entscheidet, nicht widerrechtlich im Verhältnisse zum Zeicheninhaber und darum nicht widerrechtlich im Sinne des Zeichenrechts.

Da hiernach die im vorstehenden gekennzeichneten Tatsachen bereits genügen, um dem Handeln des Verkäufers die zeichenrechtliche Widerrechtlichkeit zu nehmen, so kommt es nicht darauf an, ob der Käufer sein Recht, in die gezeichnete Flasche eine in dem mehrerwähnten Sinne gleichartige Ware für seinen Privatgebrauch einzufüllen, hinsichtlich einer von ihm bestimmten, eben der verlangten, Ware auf den Verkäufer als solches übertragen hat und ob der Verkäufer dieses Recht nicht ausübte, wenn er, ohne den Käufer aufzuklären, eine andere als die geforderte Ware einfüllte. Hieraus ergibt sich zugleich, daß der Unterverkäufer keiner Ermächtigung des Zeicheninhabers bedarf, um Kundenflaschen, die das Zeichen tragen und die ihm zur Füllung überbracht werden, zum Privatgebrauche

des betreffenden Käufers mit Ware des Zeicheninhabers straflos füllen und so an den Käufer straflos abgeben zu können.

III.

Eine andere Beurteilung kann geboten sein, wenn der Verkäufer nicht, wie es den Voraussetzungen der Fragen entspricht, beim Einfüllen der Ware — zeichenrechtlich — nur in Betätigung des von dem Käufer verfolgten Zweckes handelt, das eigene Gefäß als bloßes Beförderungs- und Verwahrungsmittel zu benutzen.

Nach den Ausführungen im Eingange der vorstehenden Erörterungen schließen der Mangel einer Absicht des Verkäufers, den Käufer durch das vorhandene Warenzeichen und mit dessen Hilfe über Beschaffenheit und Herkunft der Ware zu täuschen, und der Mangel des Eintritts solcher Täuschung auf Seiten des Käufers den Tatbestand des § 14 W.B.G.'s an sich nicht aus. Daraus folgt allerdings nicht auch, daß das Vorhandensein einer derartigen Täuschungsabsicht oder einer Täuschung ungeeignet wäre, den Tatbestand zu begründen. Vielmehr wird sich, da nach § 1 W.B.G.'s das — echte — Warenzeichen dazu bestimmt ist, die Ware des Herstellers oder Vertreibers von den Waren anderer zu unterscheiden, nach der Auffassung des Gesetzgebers also durch das Zeichen den in der hergebrachten Anschauung des Verkehrs begründeten Nachweis zu erbringen, die Ware rühre aus einer bestimmten geschäftlichen Ursprungsstätte her,¹ die Annahme rechtfertigen, daß der Verkäufer in das ausschließliche Recht des Zeicheninhabers auch dann schon eingreife, wenn er als Unberechtigter das Zeichen so gebraucht, daß seine Absicht erhellt, durch das Zeichen und mit dessen Hilfe, sei es auch nur in einem Einzelfalle, die verkehrsmäßige Vorstellung zu erwecken, die Ware stamme aus der durch das Warenzeichen angezeigten Herkunftsstätte. Da alsdann der Eingriff mit dem in dieser Absicht erfolgenden Gebrauche des Zeichens bereits vollendet wäre, würde es jedenfalls nicht darauf ankommen, ob der Käufer in dieser Weise auch wirklich getäuscht wird. Eine solche Täuschungsabsicht könnte als betätigt angesehen werden, wenn der Verkäufer von dem Zeicheninhaber ermächtigt ist, andere Warenstücke aus dessen Betriebsstätte, als die von ihm, dem Zeicheninhaber, selbst ge-

¹ Druckf. des Reichstags a. a. O. S. 7. 9. 15.

zeichneten, mit dem Warenzeichen zu versehen, oder eine solche Ermächtigung vortäuscht und wenn er nun zugleich ausdrücklich oder schlüssig zu erkennen gibt, daß er mit dem Einfüllen von der Ermächtigung Gebrauch mache. In diesem Falle würde die Bestimmung der Ware nebst Zeichen seitens des Käufers zum privaten Gebrauche für den Verkäufer nicht notwendig entlastend wirken, weil sich alsdann annehmen ließe, daß der Verkäufer die Handlung des Versehens und die Kennzeichnung nicht lediglich an Stelle des Käufers und für ihn bewirte, sondern zugleich für den Zeicheninhaber und an dessen Statt in Anmaßung des diesem zustehenden, ihm, dem Verkäufer, angeblich übertragenen Rechtes zur Zeichnung.

Allein eine solche Absicht des Verkäufers wird stets besonderer tatsächlicher Begründung bedürfen. Denn von einem Handeln des Verkäufers auf Grund der Übertragung eines Rechtes zur Zeichnung im Wege der Ermächtigung des Zeicheninhabers könnte zunächst nur insoweit die Rede sein, als dem Verkäufer die Verwendung des Warenzeichens nach der Art seines Gebrauchs nicht schon ohnehin — auch ohne Ermächtigung — freistehen würde. Sodann hat die — erteilte — Ermächtigung nur die Bedeutung, den Gebrauch des Zeichens mit Beziehung auf Waren, die wirklich vom Zeicheninhaber herkommen, zu rechtfertigen. In Fällen der hier vorauszusetzenden Art, in denen eine andere fremde Ware untergeschoben wird, würde es sich also immer nur um das Unternehmen des Verkäufers handeln können, dem Käufer das Vorhandensein einer Ermächtigung und das Gebrauchmachen von ihr als Grundlage seines Handelns fälschlich vorzutäuschen, so daß eine etwa wirklich vorhandene Ermächtigung lediglich als die rein äußere Veranlassung zu einem solchen täuschenden Verhalten in Frage kommen könnte. Ohne sorgfältige Tatsachenprüfung unter diesen Gesichtspunkten würde der Zeichenschutz im Ergebnisse leicht eine dem Gesetze fremde Ausdehnung erfahren können. Dabei wäre u. a. die Frage zu erwägen, ob eine etwaige ganz allgemeine Ermächtigung des Zeicheninhabers an seine — geschäftlich selbständigen — Unterverkäufer noch der Auffassung entspräche, von der der Gesetzgeber den allgemeinen Verkehrsgepflogenheiten entsprechend ausgegangen sein wird. Nach diesen vollzieht sich der Groß- und Kleinhandel mit Waren, die Zeichenschutz genießen, regelmäßig in

der Weise, daß der Hersteller oder Händler selbst oder unter seiner Aufsicht die Waren, die er herstellt oder vertreibt, mit seinem Zeichen versehen oder versehen läßt. So gelangen die Waren auch in den Kleinhandel und nur so kann nach den Erfahrungen des geschäftlichen Lebens der Regel nach eine tatsächliche Sicherheit dafür geboten werden, daß die Warenbezeichnung wahr ist, d. h. die vom Gesetzgeber als wesentliche Grundlage für die Regelung des ganzen Zeichenschutzes vorausgesetzte Unterscheidungs- und Beweisraft für den geschäftlichen Verkehr gewahrt bleibt. Durch eine Ermächtigung der bezeichneten Art würde aber der Unterschiebung von anderen Waren tatsächlich Tür und Tor geöffnet sein.

Von alledem ist in den gestellten Fragen als Voraussetzung nichts angedeutet. Wenn aber das Gefäß des Käufers lediglich als dessen bereitgestelltes Beförderungs- und Verwahrungsmittel in Betracht kommt, beruht die Täuschung des Käufers über die Beschaffenheit und Herkunft der eingefüllten vertragswidrigen Ware nicht darauf, daß sein Gefäß das der geforderten Warengattung entsprechende Warenzeichen trägt, sondern auf der vom Verkäufer bewirkten Unterdrückung der Tatsache, daß er eine andere Ware, als die verlangte, einfüllte und verabfolgte, ohne den Käufer darüber aufzuklären. Dies zeigt sich u. a. darin, daß eine derartige Täuschung in ganz gleicher Weise auch da eintreten kann, wo ein mit einem Warenzeichen versehenes Gefäß überhaupt nicht in Frage kommt, oder wo der Käufer unter Überreichung eines mit dem Warenzeichen, z. B. dem der Maggigesellschaft, versehenen Gefäßes eine Ware anderer Herkunft, z. B. Sooswürze, verlangt und der Verkäufer ihm eine Ware wieder anderer Herkunft, z. B. Maetherswürze, gibt. In der Tat ist nicht wohl abzusehen, wie der Käufer, ohne daß der Verkäufer solchenfalls eine ihm erteilte Ermächtigung des Zeicheninhabers und das Gebrauchmachen von ihr vortäuscht, zu der Vorstellung gelangen könnte, daß auf der eigenen mitgebrachten Flasche befindliche fremde Warenzeichen erlange dadurch, daß die Ware von dem Verkäufer eingefüllt wird, ihm — dem Käufer — gegenüber verkehrsmäßige Beweisraft dafür, daß die Ware wirklich aus der Betriebsstätte des Zeicheninhabers herrührt, und wie eine derartige Vorstellung in ihm entstehen müßte, wenn er, statt die Einfüllung selbst vorzunehmen, deren Ausführung dem Verkäufer

überläßt. Mit Recht bemerkt daher der Ober-Reichsanwalt (S. 98), daß der Käufer durch die bloße Tatsache der Einfüllung seitens des Verkäufers nicht in den Glauben verführt werden könne, ein Berechtigter verführe hier die Ware mit dem Warenzeichen. Vollends kann ein Käufer ein bereits verwendet gewesenes Warenzeichen des Herstellers der Ware, das er mit seinem Gefäße dem Warenverkäufer zur Verfügung stellt, nicht als ein maßgebendes Zeugnis dafür betrachten, daß die vom Verkäufer als Händler eingefüllte Ware aus der Betriebsstätte des Herstellers herrühre. Das auf dem Gefäße befindliche Zeichenbild kommt unter solchen Umständen vielmehr nur als tatsächliches Auslegungs- und Verdeutlichungsmittel für den Inhalt der beiderseitigen vertraglichen Willenserklärungen in Betracht, was mit dem Zeichenrechte nichts zu tun hat.

Da hiernach der Verkäufer vernünftigerweise gar nicht voraussetzen kann, daß der Käufer durch das Zeichen und mit dessen Hilfe zu der erwähnten falschen Vorstellung von der Ware geführt werde, so läßt sich auch nicht ohne weiteres annehmen, daß er die Vorstellung und den Willen hatte und betätigte, den Käufer durch ein solches Mittel zu täuschen.

Die Rechtsverletzung, die dem Verkäufer nach seinem täuschenden Verhalten gegenüber dem Käufer zur Last fällt, kann daher auch nur die ihrer Natur entsprechende Sühne finden, also auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes durch Geltendmachung der Rechte, die einem bei Abgabe von Willenserklärungen durch den anderen Teil vorsätzlich Getäuschten zustehen, oder gegebenenfalls auf dem Gebiete des allgemeinen Strafrechts unter dem rechtlichen Gesichtspunkte des Betrugs. Hierbei bleibt zu beachten, daß in solchen Fällen der Regel nach Betrug bei Erfüllung, nicht bei Eingehung eines Vertrages vorliegen und daher Verjahung oder Verneinung einer Vermögensbeschädigung nach den Grundsätzen in dem Beschlusse der vereinigten Strafsenate (Entsch. Bd. 16 S. 1 flg.) nicht davon abhängen wird, ob der bedungene Kaufpreis dem Werte der tatsächlich gelieferten Ware noch entspricht oder hinter ihm zurückbleibt, sondern von der Frage, ob der Wert dieser Ware geringer ist, als der der geforderten und bedungenen Ware.

Aus diesen Erwägungen waren die gestellten Fragen zu verneinen.