

S 078 17

Für das Nachschlagewerk!
Nicht für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: WZG §§ 15, 24, 31

Rechtssatz: Stellt der Tatrichter fest, der Käufer eines aus gesundheitlichen Gründen einzunehmenden sog. Hausmittels (hier: Hustensaft) werde der Bezeichnung des Mittels beim Einkauf besondere Aufmerksamkeit widmen, so kann darin ein Rechtsfehler oder ein Verstoß gegen Erfahrungssätze nicht erblickt werden.

Aktenzeichen: I ZR 140/56

Urt. des BGH v. 27. September 1957

OLG Köln

LG Bonn

Jan 1958, 87

14

I ZR 140/56

Verkündet

am 27. September 1957

Grunau, Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma "G [REDACTED]" Fabrik chemisch-pharmazeutischer
Präparate, Inhaber Georg H [REDACTED], B [REDACTED],
H [REDACTED] Straße [REDACTED]

Klägerin und Revisionsklägerin,

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

g e g e n

die Firma H [REDACTED] R [REDACTED], B [REDACTED], Inhaber
Hans R [REDACTED], B [REDACTED] Straße [REDACTED] / [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr
von [REDACTED] -

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 27. September 1957
unter Mitwirkung der Bundesrichter Prof. Dr. h.c. Wilde,
Dr. Bock, Dr. Nastelski, Dr. Christoph und Dr. Spreng

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das
Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Köln vom 13. Juli 1956 wird auf Kosten der
Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

17

- 2 -

Tatbestand:

Die Parteien befassen sich mit der Herstellung und dem Vertrieb pharmazeutischer Präparate.

Für die Klägerin ist unter Nr. 414 654 das - aufrechterhaltene - Warenzeichen "Thymopect" eingetragen. Sie bringt seit etwa 25 Jahren unter diesem Zeichen einen nicht rezeptpflichtigen Hustensaft in den Handel.

Für die Beklagte ist unter Nr. 616 437 das aus dem Familiennamen ihres Inhabers abgeleitete - prioritäts-jüngere - Warenzeichen "Rigo" eingetragen. Sie stellt ebenfalls einen nicht rezeptpflichtigen Hustensaft her und vertreibt ihn unter der Bezeichnung "Rigopect".

Die Klägerin hat geltend gemacht, die Bezeichnung "Rigopect" sei mit dem Warenzeichen "Thymopect" verwechslungsfähig. Die Mehrzahl der Verbraucher spreche den Vokal "y" wie "i" aus; die Vokalfolge sei daher in beiden Bezeichnungen die gleiche. Da überdies beide Bezeichnungen in der Endsilbe und in der Silbenzahl übereinstimmten, von acht Buchstaben nur zwei, nämlich th und m bzw. g und r verschieden seien und schließlich der Ton jeweils auf der Endsilbe "pect" liege, sei die Gefahr von Verwechslungen gegeben.

Die Klägerin hat beantragt:

die Beklagte zu verurteilen, bei Vermeidung einer für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe in unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu 6 Monaten, es zu unterlassen, Arzneimittel oder pharmazeutische Präparate oder deren Verpackungen oder Umhüllungen oder Ankündigungen, Preislisten,



Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit der Bezeichnung "Rigopect" zu versehen oder derart gekennzeichnete Waren in den Verkehr zu bringen oder feilzuhalten.

Die Beklagte hat um Abweisung der Klage gebeten. Sie hat die Verwechslungsgefahr in Abrede gestellt und dazu geltend gemacht: Es handele sich um Kombinationszeichen, deren Endsilbe "-pect" Beschaffenheitsangabe sei. Nach dem Gesamteindruck der Zeichen, der insbesondere durch die unterscheidungskräftigen Anfangsbuchstaben bestimmt werde, seien Verwechslungen nicht zu befürchten. Der Ton liege bei beiden Worten auf der ersten Silbe. Auch rufe der Wortbestandteil "Thymo-" im Zeichen der Klägerin eine gedankliche Verbindung mit dem bekannten Heilkraut Thymian hervor, so daß hier eine Beziehung zu einer organischen Grundlage bestehe, die bei der angegriffenen Bezeichnung fehle.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Die Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben.

Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin den Klageantrag weiter. Die Beklagte bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Die Klage wäre nach den §§ 15, 24, 31 WZG dann begründet, wenn die Bezeichnung "Rigopect" mit dem Warenzeichen "Thymopect" der Klägerin verwechslungsfähig wäre.

Das Berufungsgericht hat die Verwechslungsfähigkeit indessen verneint. Dem kann aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden.

Das Berufungsgericht hat zunächst ausgeführt, daß nach dem Gesamteindruck der beiden Zeichen weder durch das Schriftbild noch durch den Wortsinn die Gefahr von Verwechslungen begründet werde. Insoweit läßt das angefochtene Urteil keinen Rechtsirrtum erkennen. Auch die Revision hat hiergegen nichts eingewandt.

Im Ergebnis ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts rechtlich nicht zu beanstanden, daß dem Klange nach keine Verwechslungsgefahr gegeben sei. Das Berufungsgericht hat bei dieser Auffassung berücksichtigt, daß die beiden Zeichen in der Endsilbe und der Silbenzahl übereinstimmen, und ferner in Rechnung gestellt, daß die Vokalfolge ähnlich oder, wenn das "y" im Zeichen der Klägerin wie "i" ausgesprochen wird, sogar gleich ist und der Ton möglicherweise bei jeder Bezeichnung auf der Endsilbe liegt. Wenn es gleichwohl meint, der klangliche Gesamteindruck der beiden Zeichen sei angesichts der unterschiedlichen Mitlaute in den beiden ersten Silben so voneinander verschieden, daß unter Berücksichtigung der Verkehrsgepflogenheiten die Gefahr von Verwechslungen zu verneinen sei, so ist dagegen jedenfalls im Ergebnis rechtlich nichts zu erinnern.

Die Revision rügt in erster Linie, das Berufungsgericht habe der Gesamtheit der übereinstimmenden Merkmale einschließlich der Endsilbe "-pect" zu wenig Bedeu-

tung beigemessen. Diese Rüge ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat bei seiner Beurteilung zutreffend auf den Gesamteindruck abgestellt, den die beiden Bezeichnungen im flüchtigen Verkehr hinterlassen. Dabei ist es auch auf die einzelnen Bestandteile der Bezeichnungen eingegangen und hat sie in ihrer Bedeutung für den Gesamteindruck gewertet. Das steht in Einklang mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats (GRUR 1952, 419 - Gumax). Ein entscheidungserheblicher Rechtsfehler ist dem Berufungsgericht dabei nicht unterlaufen.

Der in beiden Zeichen als Endsilbe dienende Wortbestandteil "-pect" soll unstreitig andeuten, daß es sich bei den unter diesen Bezeichnungen angebotenen Erzeugnissen um sogenannte Expectorantien, d. h. um schleimlösende Mittel zur Behandlung von Erkrankungen der Thoraxorgane handele. Das Berufungsgericht hat diesem Wortbestandteil zwar den Charakter einer Beschaffenheitsangabe abgesprochen, weil ein nicht unerheblicher Teil der Verbraucher dessen Sinn nicht verstehe und darin lediglich eine Phantasiebezeichnung erblicke. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden und beschwert zudem die Klägerin nicht. In seinen weiteren Ausführungen ist das Berufungsgericht jedoch zu der Auffassung gelangt, daß dem Bestandteil trotzdem keine wesentliche Bedeutung für den Gesamteindruck der beiden Bezeichnungen zukomme. In tatsächlicher Hinsicht ist es dabei davon ausgegangen, daß bei Expectorantien Wortverbindungen mit der Endsilbe "-pect" sehr häufig zu finden seien und daher der Durchschnittsverbraucher dieser Silbe keinen Wert beimesse, sondern auf andere Merkmale achte. Es meint deshalb, daß die Silbe, wenn sie auch bei der Prüfung des

Gesamteindrucks nicht außer acht gelassen werden dürfe, hierfür doch nur untergeordnete Bedeutung habe und daher der Umstand, daß die beiden Zeichen in dieser Silbe übereinstimmten, weder für sich allein noch bei Berücksichtigung der sonstigen Übereinstimmungen (Silbenzahl und Vokalfolge) die Verwechslungsgefahr begründen könne.

Die Revision beanstandet insoweit zunächst die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts über die Häufigkeit des Wortbestandteils "-pect" bei Bezeichnungen für Expectorantien. Mit dieser Rüge konnte sie indes keinen Erfolg haben.

Im ersten Rechtszuge hat die Klägerin vorgetragen, daß die Endsilbe "-pect" auch bei einigen anderen pharmazeutischen Bezeichnungen für Expectorantien vorkomme. Sie hat im Zusammenhang damit insgesamt sieben derartige Zeichen angeführt. Dementsprechend hat das Landgericht angenommen, daß, "wie die Klägerin selbst angebe", zahlreiche "Pect-" Erzeugnisse zur Heilung von Erkrankungen der Luftwege vorkämen. Im zweiten Rechtszuge hat die Klägerin ihren Vortrag insoweit dahin formuliert, die Parteien seien sich mit dem Landgericht darüber einig, daß die Silbe "-pect", wenn sie auch keine Beschaffenheitsangabe darstelle, doch ein verhältnismäßig verbrauchter Zeichenbestandteil und darum von geringer Kennzeichnungskraft sei. Die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts über die Häufigkeit von Bezeichnungen der in Rede stehenden Art stimmen, mag auch die Formulierung teilweise etwas weiter gehen, in ihrem für die Entscheidung erheblichen Kern mit diesem Vortrag überein. Denn ersichtlich hat das Berufungsgericht im

Grunde nichts anderes sagen wollen, als daß der Bestandteil "-pect" in Bezeichnungen für Expectorantien durch häufigeren Gebrauch abgegriffen und in seiner Kennzeichnungskraft geschwächt sei. Das entspricht aber dem angeführten Sachvortrag der Klägerin. Der Notwendigkeit weiterer Aufklärung über den Umfang, in dem die von der Klägerin selbst als vorkommend angeführten Gegenzeichen benutzt worden und bekannt geworden sind, war das Berufungsgericht bei dieser Sachlage enthoben. Die Darlegungs- und Beweispflicht für die Schwächung der Kennzeichnungskraft eines Zeichens oder Zeichenbestandteils durch ähnliche Zeichen oder Bestandteile obliegt zwar grundsätzlich dem Beklagten (BGH LM Nr. 8 zu § 31 WZG - Sonne). Trägt aber der klagende Zeicheninhaber selbst vor, daß eine solche Schwächung eingetreten sei, so kommt diese Pflicht nicht zum Zuge. Insbesondere braucht der Beklagte in einem solchen Falle nicht im einzelnen darzulegen und zu beweisen, welche Zeichen die Schwächung herbeigeführt haben. Die Tatsache der Schwächung gehört hier vielmehr zum unstreitigen Sachverhalt und kann ohne weiteres der Entscheidung zugrundegelegt werden.

Das Berufungsgericht hat allerdings bemerkt, es gebe außer den von der Klägerin selbst angeführten Bezeichnungen mit der Endsilbe "-pect" eine Reihe von pharmazeutischen Warenbezeichnungen, die den Bestandteil "-pect" am Anfang oder in der Mitte der Wortverbindung enthielten. Der Revision ist zuzugeben, daß Zweifel bestehen können, ob durch solche Wortverbindungen die Kennzeichnungskraft des Bestandteils "-pect" auch in seiner Verwendung als Endsilbe geschwächt werden kann,

und daß das angefochtene Urteil auch keine Feststellungen über Art und Umfang der Benutzung der von ihm in diesem Zusammenhang angeführten Bezeichnungen enthält. Entscheidend kann es hierauf aber nicht ankommen, da es sich insoweit nur um zusätzliche Erwägungen des Berufungsgerichts handelt. Die Bewertung, die das Berufungsgericht dem Bestandteil "-pect" in den Bezeichnungen der Parteien für den Gesamteindruck dieser Bezeichnungen hat zuteil werden lassen, ist auch dann gerechtfertigt, wenn nur eine Schwächung der Kennzeichnungskraft angenommen wird, wie die Klägerin sie selbst vorgetragen hat.

Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang die Auffassung vertreten, die Kennzeichnungskraft eines Zeichens könne ebenso wie durch auf dem gleichen oder benachbarten Warenggebiet benutzte gleiche oder ähnliche Zeichen auch durch die Verwendung übereinstimmender Wortbestandteile in im übrigen abweichenden Zeichen derart geschwächt werden, daß schon geringfügige Abweichungen genügten, um die Verwechslungsgefahr auszuschließen. Der Revision ist zuzugehen, daß dieser Ansicht jedenfalls in solcher Allgemeinheit nicht beigetreten werden kann. Wird ein Zeichenbestandteil auch als Bestandteil anderer Zeichen benutzt, so wird dadurch zwar dieser Bestandteil in seiner Kennzeichnungskraft geschwächt. Das hat aber nicht ohne weiteres zur Folge, daß die Verwechslungsgefahr in Ansehung der Gesamtzeichen schon durch geringfügige Unterschiede ausgeschlossen wird, sondern bewirkt in aller Regel nur, daß der Verkehr sein Augenmerk auf die sonstigen Bestandteile der Zeichen richtet und mithin der in beiden Zeichen übereinstimmende Bestand-

teil an Bedeutung zurücktritt (vgl. auch BGH GRUR 1957, 339 /341/ - Venostasin; RG GRUR 1941, 161 f). Aus dem Zusammenhang der Ausführungen des angefochtenen Urteils ergibt sich indessen, daß auch das Berufungsgericht der Übereinstimmung der Bezeichnungen der Parteien in dem Bestandteil "-pect" trotz teilweise mißverständlicher Formulierung keine andere Wirkung hat beimessen wollen. Im Ergebnis mußte daher auch diese Rüge der Revision erfolglos bleiben.

Im Ergebnis konnten auch die Rügen keinen Erfolg haben, mit denen sich die Revision gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts über die Vokalfolge in den Bezeichnungen der Parteien wendet. Wird der Vokal "y" in dem Zeichen der Klägerin von nicht unbeachtlichen Verkehrskreisen wie "i" ausgesprochen, so muß, wie der Revision zuzugeben ist, diese Aussprache bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr zugrundegelegt werden. Die Ausführungen des angefochtenen Urteils lassen allerdings Zweifel darüber zu, ob sich das Berufungsgericht dessen bewußt gewesen ist. Tatsächlich hat das Berufungsgericht aber, wie in dem angefochtenen Urteil ausdrücklich bemerkt wird, die Möglichkeit, daß ein Teil der Verbraucher das "y" wie ein "i" ausspricht, bei der Beurteilung in Rechnung gestellt. Es hat also - das geht aus dem Zusammenhang seiner Ausführungen hervor - die Verwechslungsgefahr auch für den Fall einer derartigen Aussprache verneinen wollen. Die von der Revision angegriffenen Ausführungen, mit denen es darzulegen versucht hat,

daß der Vokal "y" in dem Zeichen der Klägerin überwiegend wie "ü" ausgesprochen werde, sind deshalb für die von ihm getroffene Entscheidung nicht erheblich.

Bei dieser Sachlage läuft die Rüge, das Berufungsgericht habe der Gesamtheit der übereinstimmenden Merkmale zu wenig Beachtung geschenkt, im Grunde auf einen Angriff gegen die tatsächliche Würdigung des Sachverhalts durch das Berufungsgericht hinaus. Denn die Frage, ob der Gesamteindruck zweier sich gegenüberstehenden Zeichen durch die übereinstimmenden oder die voneinander abweichenden Merkmale bestimmt werde, liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Wenn das Berufungsgericht sie entgegen der Auffassung der Klägerin entschieden hat, so kann dem aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Die Revision meint allerdings noch, das Berufungsgericht sei rechtsirrig nicht von den übereinstimmenden Merkmalen, sondern von den Unterschieden ausgegangen. Dieser Vorwurf ist indes nicht gerechtfertigt. Das Berufungsgericht hat zutreffend die einzelnen Merkmale in ihrer Bedeutung für den Gesamteindruck gegeneinander abgewogen und seine Entscheidung auf diese abwägende Betrachtung gegründet. Dagegen ist rechtlich nichts einzuwenden. Ein Rechtsfehler kann entgegen der Meinung der Revision auch nicht darin erblickt werden, daß das Berufungsgericht der Unterschiedlichkeit der Anfangsbuchstaben besondere Bedeutung beigemessen hat. Es mag zwar zutreffen, daß der Übereinstimmung der Vokalfolge zweier Zeichen, wie die Revision im Anschluß an Busse, WZG, 2. Aufl. § 31 Anm. 8 a S. 353 meint, im allgemeinen eine größere Bedeutung zukommt als der der Anfangsbuchstaben. Abgesehen davon aber, daß diese Regel nicht ausnahmslos

gilt, beachtet die Revision nicht, daß das Berufungsgericht neben den Unterschieden der Anfangsbuchstaben die klangliche Verschiedenartigkeit der Mitlaute "m" und "g" in Betracht gezogen und - jedenfalls im Ergebnis - seine Auffassung auf das Zusammenwirken dieser Unterschiede gegründet hat. Rechtlich nicht zu beanstanden sind ferner die Folgerungen, die das Berufungsgericht daraus gezogen hat, daß der Wortbestandteil "Thymo-" im Zeichen der Klägerin an das bekannte Heilkräut Thymian anklingt, während die Bezeichnung der Beklagten keine gedankliche Verbindung zu bekannten Vorstellungsbildern aufkommen läßt. Der erkennende Senat hat schon in dem Urteil vom 13. April 1957 - GRUR 1956, 321 - ausgesprochen, daß die Verwechslungsgefahr zweier Bezeichnungen, die einander in der Klangwirkung nahe stehen, dann entfallen könne, wenn durch die Bezeichnungen trotz weitgehender Übereinstimmung im Wortklang die Vorstellung eines abweichenden Schriftbildes vermittelt werde und es sich um dem Verkehr geläufige Silben handle, die an Worte mit verschiedenem Sinngehalt anknüpfen (Synochem - Firmochem). Im vorliegenden Falle ist im Gegensatz zu dem dort entschiedenen Sachverhalt die Möglichkeit einer Anknüpfung an einen dem Verkehr bekannten Begriff nur bei einer der beiden einander gegenüberstehenden Bezeichnungen gegeben. Auch eine solche Anknüpfungsmöglichkeit kann aber zum mindesten zu einer Minderung der Verwechslungsgefahr beitragen und daher neben anderen Gesichtspunkten, wie es in dem angefochtenen Urteil geschehen ist, als Argument für die Verneinung der Verwechslungsgefahr herangezogen werden. Im Grunde wird das auch von der Revision nicht in Abrede gestellt. Sie rügt insoweit nur, daß das Berufungsgericht die tatsächliche

Feststellung, der Verkehr werde das Zeichen der Klägerin mit dem Heilkraut Thymian in Verbindung bringen, ohne Meinungsbefragung getroffen habe. Diese Rüge ist indes nicht begründet. Das Heilkraut Thymian ist so allgemein bekannt, daß das Berufungsgericht eine derartige Feststellung von sich aus treffen konnte. Im übrigen handelt es sich bei dem in Rede stehenden Gesichtspunkt nur um eine zusätzliche Erwägung des Berufungsgerichts, auf dem die angefochtene Entscheidung nicht beruht.

Das Berufungsgericht hat schließlich bei seiner Entscheidung in Rücksicht gezogen, daß heute der Käufer pharmazeutischer Erzeugnisse beim Einkauf auf feinere Unterschiede der Bezeichnungen zu achten pflege und darüber hinaus der größte Teil der Verbraucher, vor allem der sozialversicherungspflichtigen Käufer, auch nicht rezeptpflichtige Arzneimittel in der Regel nicht ohne ärztliche Verordnung kaufe. Soweit die Revision meint, eine gesteigerte Aufmerksamkeit des Käufers könne nach der Lebenserfahrung jedenfalls bei unschädlichen Hausmitteln wie den Hustensäften der Parteien nicht vorausgesetzt werden, kann ihr nicht beigetreten werden. Mag man diese Hustensäfte auch nur als sogenannte Hausmittel ansehen, so sind es immerhin doch Mittel, die aus gesundheitlichen Gründen genommen werden. Wenn aber das Berufungsgericht unter diesen Umständen meint, der Käufer werde bei dem Einkauf solcher Mittel der Bezeichnung eine gewisse besondere Aufmerksamkeit widmen, so kann darin ein Rechtsfehler oder ein Verstoß gegen Erfahrungssätze nicht erblickt werden. Die weitere Erwägung des Berufungsgerichts, der größte Teil der Verbraucher werde die Hustensäfte der Parteien nur auf ärztliche Verordnung hin kaufen und daher der Gefahr von Verwechslungen nicht ausgesetzt sein,

ist jedoch nicht geeignet, als Stütze für die Auffassung des Berufungsgerichts zu dienen. Die Revision verweist insoweit mit Recht darauf, daß es selbst bei rezept- und apothekenpflichtigen Arzneimitteln für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr auch auf die Auffassung des kaufenden Publikums ankomme (BGH GRUR 1955, 414 - Arctuvan; vgl. ferner BGH GRUR 1957, 359 - Venostasin). Das angefochtene Urteil läßt zudem jede Feststellung darüber vermissen, ob sich, selbst wenn der größte Teil der Verbraucher die Erzeugnisse der Parteien nur auf ärztliches Rezept hin kaufe, nicht doch ein nicht unerheblicher und darum zu beachtender Teil der Verbraucherschaft die Erzeugnisse ohne ärztliche Verordnung beschaffe. Indessen wird der Bestand des angefochtenen Urteils hierdurch nicht in Frage gestellt, da die übrigen Erwägungen des Berufungsgerichts ausreichen, um die angefochtene Entscheidung zu rechtfertigen.

Die Revision ist hiernach im Ergebnis unbegründet und mußte daher zurückgewiesen werden.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO.

Wilde

Bock

Nastelski

Christoph

Spreng