

Für das Nachschlagewerk!

Für die Amtliche Sammlung!

Gesetz: WZG § 4 Abs 2 Ziff 1; §§ 31, 25

- Rechtssatz: a) Das Eintragungsverbot des § 4 Abs 2 Ziff 1 .
WZG erstreckt sich auch auf eine Verbindung
von Buchstaben und Zahlen, wenn durch sie
keine der Allgemeinheit geläufige Begriffs-
vorstellung vermittelt wird.
- b) Soweit die Verbindung von Buchstaben und Zahlen
Schutz genießt, ist der Schutzbereich
einer solchen Kennzeichnung im allgemeinen
eng zu ziehen. Die Verwechslungsgefahr von
"W 5" mit W in Zusammenstellung mit irgend-
einer einstelligen Zahl (außer 5) und einer
Wortbezeichnung ist auf pharmazeutischem Wa-
rengebiet verneint worden.

Aktenzeichen: I ZR 146/53

Urt. des BGH vom 20. Januar 1956

OLG Düsseldorf

LG Düsseldorf

I ZR 146/53

Verkündet

am 20. Januar 1956

Grunau, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Firma Dr. B. [REDACTED] & Co., Chem.pharm.Fabrik, B. [REDACTED]
[REDACTED],

Beklagten, Widerklägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Zellstoffabrik W. [REDACTED], Aktiengesellschaft, M. [REDACTED]
[REDACTED], vertreten durch ihren Vorstand, Generaldirektor
Max H. S. [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Widerbeklagte und Revisionsbeklagte,

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

hat der Erste Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 20. Januar 1956 unter Mitwirkung
der Bundesrichter Dr. h.c. Wilde, Dr. Bock, Dr. Krüger-Nie-
land, Dr. Christoph und Dr. Nörr

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 2. Zi-
vilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 19. Mai
1953 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Die Beklagte, ein chemisch-pharmazeutisches Unternehmen, das als Herstellerin der Spalt-Tabletten und der Dragees 19 bekannt ist, ist Inhaberin des am 8. August 1930 angemeldeten und am 9. Oktober 1930 u.a. für Arzneimittel und kosmetische Mittel eingetragenen Warenzeichens Nr 424 247. Das Zeichen besteht aus dem schraffierten Schriftzeichen "W-5", unter dem sich ein schalenartiges Gebilde mit der Inschrift "Dr. B. [REDACTED] u. Co." befindet. Die Beklagte, die früher in Ostberlin ansässig war, dort enteignet wurde und nach Westdeutschland übergesiedelt ist, vertrieb von 1932 bis 1941 durch ihre Schwesterfirma "Prof. Dr. med. M. [REDACTED] A.G." und vertreibt wieder seit 1952 durch ihre Berliner Auslieferungsfirma "P. [REDACTED]" unter der Bezeichnung "W-5-Dragees" ein in Drogenform einzunehmendes Hormonpräparat zur Hautregeneration.

Die Klägerin, ein bekanntes Zellstoffunternehmen, hat in der Nachkriegszeit eine pharmazeutische Fabrikation eingerichtet. Sie hat u.a. Hefe-Leber-Präparate entwickelt, die sie unter der Bezeichnung "W 1 - Amino-Hepan" zur Therapie der Anämie und unter der Bezeichnung "W 2 - Pan-Aminon" zur Therapie von Lebererkrankungen vertreibt; ferner stellt sie ein Stärkungs- und Aufbaumittel her, das sie zunächst unter der Bezeichnung "W 3 - Robaminon", später unter der Bezeichnung "W 3 - Tonicum W. [REDACTED]" auf den Markt gebracht hat. Bei diesen Warenkennzeichnungen der Klägerin stehen das W und die (jeweilige) Zahl untereinander. Diese Zahlen-Buchstaben-Kombination ist durch eine ellipsenförmige Linie umrandet. Dabei stehen, warenzeichenmäßig hervorgehoben, die Worte "Amino-Hepan" bzw. "Pan-Aminon" bzw. "Tonicum W. [REDACTED]". Die Klägerin hat er-



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

klärt, daß sie die W-Reihe fortzusetzen beabsichtige, jedoch nicht das Recht in Anspruch nehme, die Bezeichnung "W-5" zu benutzen. Auf Anmeldungen aus dem Jahre 1950 sind für die Klägerin die Warenzeichen Nr 607 569 "W 2 Pan-aminon", Nr 607 660 "W 1 Aminohepan" und Nr 607 658 "W 2 Pan-Aminon" eingetragen worden; ferner hat die Klägerin die Bezeichnung "W 3 Robaminon" zum Warenzeichenschutz angemeldet.

Nachdem die Beklagte der Klägerin das Recht zur Benutzung ihrer Bezeichnungen streitig gemacht hatte, hat die Klägerin zunächst Klage auf Feststellung erhoben, daß die Beklagte nicht berechtigt sei, ihr die Benutzung der Bezeichnungen "W 1 Aminohepan" und "W 2 Pan-Aminon" zu untersagen. Hierauf hat die Beklagte Widerklage mit folgendem Antrag erhoben:

I. Die Klägerin zu verurteilen,

1. es bei Vermeidung von Geldstrafen in unbegrenzter Höhe und Haftstrafe bis zu sechs Monaten für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr Arzneimittel und gleichartige Waren oder ihre Verpackungen und Umhüllungen oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit einer aus dem Buchstaben "W" in Verbindung mit einer einstelligen Zahl ("W 1", "W 2", "W 3" u.s.f.) bestehenden Bezeichnung zu versehen, insbesondere W 3 Tonicum, W 1 Aminohepan, W 2 Pan-Aminon und W 3 Robaminon zu verwenden;

2. in die Löschung der unter
Nr 607 569 (W 2 Panaminon),
Nr 607 660 (W 1 Aminohepan),
Nr 607 658 (W 2 Pan-Aminon)
in der Zeichenrolle des Bundespatentamtes eingetragenen Warenzeichen zu willigen;
 3. der Beklagten über sämtliche Zuwiderhandlungen gegen Ziff 1) Auskunft zu erteilen, und zwar getrennt nach Abnehmer, Liefermengen, Lieferzeiten und Lieferpreisen;
- II. festzustellen, daß die Klägerin verpflichtet ist, der Beklagten den aus den Zuwiderhandlungen gegen den Widerklageantrag zu I bereits entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

Mit Rücksicht auf diese Widerklageanträge hat die Klägerin die Klage in der Hauptsache für erledigt erklärt und um Abweisung der Widerklage gebeten.

Die Beklagte stützt die Widerklage nicht nur auf ihr älteres Warenzeichen, sondern auch auf Ausstattungsschutz für die Bezeichnung "W-5". Ihr Ausstattungsrecht sei durch die durch den Krieg bedingte Unterbrechung des Vertriebes nicht verlorengegangen. Sie ist der Auffassung, daß alle Bezeichnungen, die den Buchstaben W mit einer einstelligen Zahl aufweisen, mit "W-5" verwechslungsfähig seien.

Die Klägerin bestreitet ein Ausstattungsrecht der Beklagten an der Bezeichnung "W-5" und hält diesen Bestandteil des Warenzeichens der Beklagten gemäß § 4 Abs 2 Ziff 1 WZG nicht für schutzfähig. Die mangelnde Kennzeichnungs-

kraft dieser Bezeichnung ergebe sich schon daraus, daß Buchstaben-Zahlen-Kombinationen bei pharmazeutischen Mitteln allgemein gebräuchlich seien; sogar die Kombinationen "W 1" und "W 2" seien im Gebrauch. Im übrigen stehe dem Widerklagbegehren der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegen. Die Klägerin habe seit August 1950 umfangreiche Werbung für ihre Präparate mit den angegriffenen Bezeichnungen getrieben. Die Beklagte habe sie aber erst am 22. März 1951 verwarnt; sie, die Klägerin, habe bis dahin schon einen wertvollen Besitzstand gehabt.

Das Landgericht hat die Widerklage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihre Widerklageanträge weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht geht rechtsirrtumsfrei davon aus, daß die Gerichte, wenn ein Zeichen in die Warenzeichenrolle eingetragen worden ist, an die in der Bewilligung der Eintragung liegende Entscheidung des Patentamtes über die Eintragungsfähigkeit des Zeichens gebunden sind, diese Bindung jedoch nicht eintritt, wenn nur aus einem Bestandteil eines eingetragenen Kombinationszeichens Rechte hergeleitet werden, da das Patentamt seine Prüfung nur auf das Zeichen als Ganzes, nicht aber auf die Schutzfähigkeit der einzelnen Zeichenbestandteile erstreckt. Dieser Standpunkt, nach dem die Gerichte die Schutzfähigkeit der einzelnen Teile eines eingetragenen Warenzeichens selbständig zu prüfen haben, entspricht der in Rechtsprechung und Schrifttum herrschenden Auffassung (RGZ 102, 355 [357] Juno; RGZ

110, 339 [340 ff] Tallquist; RG JW 1938, 881; BGH Urteil vom 25. Februar 1955 - I ZR 107/53 - Lindenmaier-Möhring § 4 WZG Nr 1).

Die Beklagte stützt ihre gegen die Warenkennzeichnungen der Klägerin gerichteten Angriffe allein auf den Bestandteil "W 5" ihres Warenzeichens Nr 424 247. Sie behauptet nicht, daß die angegriffenen Kennzeichnungen der Klägerin sich ihrem Warenzeichen etwa in Bezug auf ihre bildliche Ausgestaltung, wie Anordnung der Buchstaben und Zahlen oder deren Schreibweise, in einer eine Verwechslungsgefahr begründenden Weise näherten. Sie ist vielmehr der Auffassung, daß ohne Rücksicht auf die bildliche Ausgestaltung schon jede Zusammenstellung des Buchstabens W mit irgendeiner einstelligen Zahl die Verwechslungsgefahr mit dem Bestandteil W-5 ihres Warenzeichens begründe. Es bedarf deshalb einer Prüfung, ob die Buchstaben-Zahlen-Kombination W-5 bereits durch die Eintragung des Warenzeichens der Beklagten einen selbständigen Zeichenschutz erlangt hat oder ob eine solche Zusammenstellung von Buchstaben und Zahlen gemäß § 4 Abs 2 Ziff 1 WZG vom Warenzeichenschutz ausgeschlossen ist. Diese Frage ist für die Rechtslage deshalb von Bedeutung, weil bei Prüfung der Verwechslungsgefahr an sich schutzunfähige Bestandteile eines zusammengesetzten Zeichens grundsätzlich unberücksichtigt zu bleiben haben (RG GRUR 1931, 402 [403], Terranova - Terrameyer).

1. Entgegen der vom Patentamt in ständiger Spruchpraxis vertretenen Auffassung (vgl den Beschluß des Patentamtes im vorliegenden Streitfall vom 16. Februar 1954, abgedruckt im "Betrieb" 1954, 470), die im Schrifttum überwiegend Billigung gefunden hat (Baumbach-Hefermehl, Wett-

bewerbs- und Warenzeichenrecht §. 4 WZG Anm 4 D; Pinzger, Warenzeichenrecht 1936 S 56 Abs 4 u 5; Hagens, Warenzeichenrecht 1927 S 65, 86; Busse, Warenzeichenrecht 1939 S 106), will das Berufungsgericht das Eintragungsverbot des § 4 Abs 2 Ziff 1 WZG nicht auf eine Verbindung von Zahlen und Buchstaben erstrecken. Nach Ansicht des Berufungsgerichts kann diese Bestimmung nur so gelesen werden, als ob zwischen den Worten "Zahlen" und "Buchstaben" sinngemäß ein "oder" stehe. Dieses "oder" sei nur nach der grammatikalischen Regel weggelassen worden, daß bei der Aufzählung von mehr als zwei Gegenständen das Verbindungswort nur zwischen den beiden letzten aufgeführt werde, auch wenn dieses Verbindungswort für sämtliche Gegenstände gelte. Die Aufzählung von Zahlen und Buchstaben sei eindeutig alternativ und nicht auch kumulativ gemeint. Auf die Kombination von Buchstaben und Zahlen könne man den für Zahlen und Buchstaben in Alleinstellung bestehenden Ausschluß des Schutzes daher nur im Wege einer Analogie erstrecken. Dazu bestehe aber keine Veranlassung. Der Sinn des Verbotes, die Monopolisierung von Zahlen oder Buchstaben in Alleinstellung durch Warenzeichen auszuschließen, sei der, daß Zahlen und Buchstaben für Sorten-, Größen- und Mengenbezeichnungen üblich seien und aus diesem Grunde dem Verkehr freigehalten werden sollten. Ein Freihaltungsbedürfnis entfalle aber, wo die Zahl oder der Buchstabe nicht für eine solche Bezeichnung im Verkehr benötigt werde. Es seien daher schon Stimmen laut geworden, die sogar Zahlen in Alleinstellung auch ohne Verkehrsgeltung zur Eintragung zulassen wollen, wenn es sich offensichtlich um reine Phantasiebezeichnungen handle (so Endemann in GRUR 1930, 719; befürwortend: Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht 3. Aufl Kap 5 Anm 8). Dies würde dem Sinn des Gesetzes durchaus gerecht werden. Verlange aber der Sinn

des Gesetzes, das Eintragungsverbot gegen seinen ausdrücklichen Wortlaut einzuschränken, so sei es auf jeden Fall geboten, diese Vorschrift so eng wie möglich zu handhaben, sie also nicht auf die Kombination von Buchstaben und Zahlen auszudehnen. Bei Buchstaben-Zahlen-Kombinationen sei vielmehr allein auf die Unterscheidungskraft abzustellen. Insoweit müsse wie bei jedem Phantasiewort die Möglichkeit genügen, diese aus Zahlen und Buchstaben zusammengesetzten Warenzeichen von anderen Bezeichnungen zu unterscheiden. Grundsätzlich sei davon auszugehen, daß die Unterscheidungskraft einer Buchstaben-Zahlen-Kombination sogar besonders groß sei. Dies gelte vor allem für das Gebiet der pharmazeutischen Artikel, auf dem derartige Abkürzungen außerordentlich gebräuchlich seien. Die Klägerin habe eine Unzahl von im Verkehr befindlichen pharmazeutischen Artikeln vorgelegt, die mit Buchstaben-Zahlen-Kombinationen gekennzeichnet seien. In allen diesen Fällen sei der Zweck dieser Kennzeichnungen, daß der Kunde wie der Verkäufer sich das betreffende Mittel leichter merken könne. Der Bestandteil W-5 im Warenzeichen der Beklagten sei deshalb auch ohne Verkehrsgeltung als selbständig schutzfähig anzusehen.

Der erkennende Senat vermag dieser Beurteilung der Rechtslage nicht zu folgen. Zu Unrecht glaubt das Berufungsgericht, sich für seinen Standpunkt auf die Entscheidung des Patentamtes zu "ZR 3" (Bl. f. PMZ 1927, 6 f) berufen zu können. Bei dieser Buchstaben-Zahlen-Kombination handelte es sich um den Namen eines in Deutschland gebauten Luftkreuzers, der als erster den Ozean überflog und damals internationale Berühmtheit erlangt hat. Das Patentamt hat in diesem Falle dem Eintragungsantrag nur stattgegeben, weil das Publikum mit dieser Buchstaben-Zahlen-Kombination eine ganz bestimmte Begriffsvorstellung verband, somit in Wahrheit über die Eintragungsfähigkeit einer für diesen Begriffsinhalt der Allgemeinheit geläufigen Bezeichnung zu entscheiden war, der gegenüber die Einzelbedeutung der zur Vermittlung dieses

Begriffs verwendeten Buchstaben und Zahlen als solcher völlig zurücktrat. Der Zeichenbestandteil W-5 dagegen, für den die Beklagte Schutz begehrt, versinnbildlicht unstreitig keinen irgendwie der Allgemeinheit geläufigen Begriffsinhalt, der Verkehr wertet vielmehr diese Zeichenelemente allein in ihrer Bedeutung als Buchstaben und Zahl.

Wie bereits hervorgehoben wurde, ist grundsätzlich allein das Patentamt zur Entscheidung über die absoluten Versagungsgründe des § 4 WZG berufen. Wenn auch die Gerichte bei der Eintragung zusammengesetzter Zeichen die Schutzfähigkeit der einzelnen Bestandteile selbständig zu prüfen haben, so würde es doch zu unerwünschten Ergebnissen führen, wenn die Gerichte bei Beurteilung der Eintragungshindernisse ohne zwingenden Grund von den Rechtsgrundsätzen abweichen würden, die das Patentamt bei dem Formalakt der Eintragung in ständiger Rechtsprechung als maßgebend erachtet. Würden die Gerichte in Widerspruch zum Patentamt die Schutzfähigkeit reiner Buchstaben-Zahlen-Kombinationen, denen kein der Allgemeinheit geläufiger Begriffsinhalt zugrunde liegt, unabhängig von der Verkehrsgeltung bejahen, so würde derartigen Kombinationen, deren Eintragung in Alleinstellung das Patentamt ablehnen würde, auf den Wege über die Rechtsprechung der Gerichte doch stets dann ein voller zeichenrechtlicher Schutz zugute kommen, wenn die Eintragung dadurch erreicht wird, daß die Buchstaben-Zahlen-Zusammenstellung in Verbindung mit einem weiteren Zeichenbestandteil zur Eintragung angemeldet wird. Dies würde im Ergebnis zu einer vom Patentamt abgelehnten Schutzfähigkeit reiner Buchstaben-Zahlen-Kombinationen führen und Widersprüche in der Beurteilung der Verwechslungsfähigkeit von Warenbezeichnungen allein auf Grund einer unterschiedlichen Auslegung einer die absoluten Versagungsgründe betreffenden Rechtsvorschrift durch das Patentamt und die ordentlichen Gerichte zur Folge haben.

Abgesehen von den rechtspolitischen Bedenken, die hiernach gegen den vom Berufungsgericht vertretenen Rechts-

Standpunkt im Hinblick auf die abweichende Praxis des Patentamtes sprechen, vermag aber der Senat auch sachlich die Auffassung des Berufungsgerichts nicht zu teilen, wonach das Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit, das dem gesetzlichen Verbot, Buchstaben und Zahlen durch Warenzeichen zu monopolisieren, zugrunde liegt, nur gegen die Eintragungsfähigkeit von Zahlen und Buchstaben in Alleinstellung, nicht aber gegen die Schutzfähigkeit von Zusammenstellungen beliebiger Buchstaben und Zahlen spreche. Das Berufungsgericht hebt selbst hervor, daß sich gerade auf dem pharmazeutischen Warenssektor eine große Zahl von Präparaten im Verkehr befinden, die - zumeist neben einer wörtlichen Kennzeichnung - Buchstaben-Zahlen-Bezeichnungen aufweisen. Dies aber beweist das Bedürfnis des Verkehrs, sich - sei es als Sortenbezeichnung, sei es als Größen- und Mengenangabe oder dergleichen - nicht nur Zahlen oder Buchstaben in Alleinstellung, sondern auch der Kombination von Zahlen und Buchstaben zu bedienen. In dem Beschluß des Patentamtes vom 16. Februar 1954 (Betrieb 1954, 470) heißt es hierzu:

"Die Verwendung solcher Buchstaben/Zahlen-Kombinationen ist - wie die Anmelderin zutreffend ausgeführt hat - gerade in der chemisch-pharmazeutischen Industrie allgemein üblich, und zwar sowohl als Abkürzung des Namens oder der Firma in Verbindung mit Zahlen von bestimmter Bedeutung, vor allem als Listen- und Systembezeichnungen der verschiedensten Präparate zu dem Zweck, die Bestellungen zu vereinfachen, als auch zur Bezeichnung von Versuchsreihen und dementsprechend zur Kennzeichnung von solchen aus diesen Versuchsreihen hervorgegangenen Präparaten. Es muß deshalb angenommen werden, daß die Verwendung von Buchstaben/Zahlen-Kombinationen für die Industrie und die Fachkreise unentbehrlich ist."

Die vom Berufungsgericht vertretene Auffassung, nach der jede beliebige Buchstaben-Zahlen-Kombination auch ohne

Beifügung eines weiteren Zeichenbestandteils eintragungsfähig sein soll, würde aber in Anbetracht der beschränkten Zahl der nach dem Alphabet zur Verfügung stehenden Buchstaben und des begrenzten Zahlenbereichs, das sich als Herkunftshinweis eignet, binnen kurzer Frist zu einer Monopolisierung aller praktisch für eine Warenkennzeichnung in Betracht kommenden Buchstaben-Zahlen-Kombinationen für einen kleinen Kreis von Gewerbetreibenden führen können und damit diese nach den Darlegungen des Patentamtes gerade auf dem chemisch-pharmazeutischen Warengbiet für andere Zwecke benötigten Bezeichnungsmöglichkeiten für alle anderen Mitbewerber sperren. Das aber würde dem Sinn und Zweck des Verbotes, Buchstaben und Zahlen als Warenzeichen einzutragen, widersprechen.

Wie das Patentamt in seinem Beschluß vom 16. Februar 1954 ^{zu Recht} hervorhebt, ist die grammatikalische Wortinterpretation, von der das Berufungsgericht bei der Auslegung des § 4 Abs 2 Nr 1 WZG ausgeht, nicht zwingend. Aber selbst wenn dem Berufungsgericht darin zu folgen wäre, daß das Gesetz seinem bloßen Wortlaut nach ein absolutes Eintragungshindernis nur für Buchstaben oder Zahlen in Alleinstellung, nicht aber für eine Kombination aus Buchstaben und Zahlen vorsieht, so würde es sich doch um eine Verbindung an sich schutzunfähiger Bestandteile handeln, deren Eintragungsfähigkeit davon abhängt, ob durch die Kombination ein eindrucksfähiges eigenartiges Gesamtbild entsteht (Hagens § 4 WZG Anm 3 und die dort angeführte Rechtsprechung insbes. Bl f. PMZ 1896, 96 - 139 - 140; RGZ 69, 33). Wollte man aber eine solche für die Eintragung erforderliche Eigentümlichkeit jeder dem Verkehr willkürlich erscheinenden Verbindung beliebiger Buchsta-

ben und Zahlen zuspochen, so würde dies - wie dargelegt - praktisch zu einer Aushöhlung des Verbotes der Eintragung von Buchstaben oder Zahlen als Warenzeichen führen und damit dem Zweck dieser Verbotsvorschrift, diese Bezeichnungsmittel dem Verkehr freizuhalten, zuwiderlaufen. Dies erkennt das Berufungsgericht, indem es allein auf die Unterscheidungskraft solcher Buchstaben-Zahlen-Zusammenstellungen abstellt. Gerade weil der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, daß auch Zahlen- oder Buchstabenbezeichnungen unterscheidungskräftig sein können, hat er es im Interesse des Freihaltebedürfnisses der Allgemeinheit für geboten erachtet, die Eintragungsfähigkeit dieser Bezeichnungen ausdrücklich auszuschließen; denn wenn Zahlen und Buchstaben in Alleinstellung eine Unterscheidungskraft ihrem Wesen nach fehlte, so hätte es dieser Bestimmung nicht bedurft (vgl Halbsatz 1 von § 4 Abs 2 Nr 1 WZG).

Der erkennende Senat ist nach alledem im Gegensatz zu dem Berufungsgericht der Auffassung, daß für den Bestandteil W-5 nur dann ein selbständiger zeichenrechtlicher Schutz in Betracht käme, wenn die Beklagte für diesen Teil ihres Warenzeichens Verkehrsgeltung in dem Sinne erworben hätte, daß ein nicht unerheblicher Teil beteiligter Verkehrskreise allein in der Bezeichnung W-5 einen Hinweis auf eine bestimmte Herkunftsstätte erblickt. Hierbei kann dahinstehen, ob die weitergehenden Voraussetzungen einer umfassenden Verkehrsgeltung, wie sie im Rahmen des § 4 Abs 3 WZG für die Eintragung einer Buchstaben-Zahlen-Verbindung verlangt wird, erfüllt sind, da auch für nur aus Zahlen und Buchstaben bestehende Kennzeichnungen ein Ausstattungsschutz gemäß § 25 WZG in Betracht kommen kann, für dessen Erwerb eine Durchsetzung innerhalb beteiligter

Verkehrskreise ausreicht (RGZ 167, 171; RG MuW 1933, 182).

2. Das Berufungsgericht hat auf Grund der Beweiserhebungen festgestellt, daß die Beklagte für den Zeichenbestandteil W 5 - jedenfalls im Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Warenzeichen der Klägerin, also im Jahre 1950 - keine Verkehrsgeltung im Sinne des § 25 WZG errungen habe. Das Berufungsgericht hat damit eine dem Tatsachengebiet angehörende Feststellung getroffen, der gegenüber nur zu prüfen ist, ob sie auf zutreffenden rechtlichen Erwägungen beruht und ob der Sachverhalt erschöpfend gewürdigt ist. Dies muß entgegen den insoweit erhobenen Revisionsangriffen bejaht werden. Das Berufungsgericht hat aus der Auskunft der Arbeitsgemeinschaft der Berufsvertretungen deutscher Apotheker, die 25 Apotheken verschiedener Betriebsgröße und -lage befragt hat, entnommen, daß in Apothekerkreisen eine solche Verkehrsgeltung nicht erreicht sei, da lediglich einer einzigen der befragten Apotheken das Präparat der Klägerin aus der Zeit vor 1941 - also vor der Einstellung des Vertriebes - bekannt gewesen sei. Es läßt keinen Rechtsirrtum erkennen, wenn das Berufungsgericht hieraus weiterhin folgert, daß die Warenbezeichnung W-5 auch in Kreisen der Letztabnehmer eine Verkehrsgeltung nicht erworben habe. Wenn das Berufungsgericht eine Verkehrsdurchsetzung von W-5 allein im pharmazeutischen Großhandel nicht als ausreichend erachtet, einen Ausstattungsschutz für diese Bezeichnung zu begründen, so ist dies angesichts der besonderen Fachkenntnisse des Großhandels und unter Berücksichtigung des Umstandes, daß die Beklagte sich mit ihrem sogenannten Hautregenerationsmittel nicht nur an einen eng begrenzten Verbraucherkreis, sondern an alle älteren Menschen mittlerer und gehobener

Einkommensverhältnisse wendet, gleichfalls rechtlich nicht zu beanstanden. Hierbei ist zu berücksichtigen, daß an den Nachweis der Verkehrsdurchsetzung von an sich nicht schutzfähigen Zeichenbestandteilen besonders strenge Anforderungen zu stellen sind (RGZ 167, 171 [175] Alpenmilch).

Auch die Rückschlüsse, die das Berufungsgericht aus dem Umfang der Werbung der Beklagten für ihre W-5-Dragees sowie der Größe des Umsatzes gezogen hat, lassen eine fehlerhafte rechtliche Betrachtungsweise nicht erkennen. Insbesondere ist die Auffassung des Berufungsgerichts rechtlich nicht zu beanstanden, daß bei einem für weite Käuferschichten in Betracht kommenden Präparat ein Umsatz von etwa 1 Million Reichsmark in zehn Jahren gegenüber dem sonstigen - negativen - Beweisergebnis kein entscheidendes Beweiszeichen für eine Verkehrsdurchsetzung sein kann, zumal wenn man berücksichtigt, daß die Einzelpackungen im Einzelhandel pro Stück 8,82 DM bzw. 22,95 DM kosten. Es läßt auch keinen Rechtsirrtum erkennen, wenn das Berufungsgericht aus dem für die Einführung des Mittels angeblich aufgewendeten Werbebetrug von ca. 40.000 RM im Jahr angesichts auch der in damaliger Zeit schon hohen Anzeigenpreise keinen ausreichenden Anhaltspunkt für die von der Beklagten nachzuweisende Verkehrsdurchsetzung entnommen hat.

3. Ob etwa das Widerklagebegehren auf eine in der Entwicklung begriffene Ausstattung der Beklagten aus dem Rechtsgedanken des Schutzes der Ausstattungsanwaltschaft gestützt werden kann (vgl. Baumbach-Hefermehl § 25 WZG Anm 2 B; Reimer 3. Aufl Kap 40 Anm 2 und die dort angeführte Rechtsprechung) hat das Berufungsgericht nicht erörtert. Es lag hierzu vom Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts,

wonach dem Zeichenbestandteil W-5 auch ohne Verkehrsgeltung ein selbständiger zeichenrechtlicher Schutz zuzubilligen sei, auch keine Veranlassung vor. Es bedarf jedoch insoweit keiner weiteren rechtlichen Erörterungen und auch keiner Aufklärung in tatsächlicher Richtung, weil die Erwägungen, aus denen das Berufungsgericht eine Verwechslungsgefahr verneint hat, die Abweisung der Widerklage in jedem Fall rechtfertigen, gleichgültig unter welchen rechtlichen Gesichtspunkten einer Ausstattungsanwartschaft überhaupt Schutz zu gewähren ist.

Bei Prüfung der Verwechslungsgefahr ist das Berufungsgericht zu Recht allein von der Art ausgegangen, in der die Klägerin die Kombination des Buchstabens W mit einer einstelligen Zahl tatsächlich benutzt - nämlich in Verbindung mit Bezeichnungen wie Tonicum W [REDACTED], Panaminon, Aminon-Hepan, Pan-Aminon und Robaminon -, und hat unerörtert gelassen, wie etwa die Rechtslage zu beurteilen wäre, wenn die Beklagte diese Buchstaben-Zahlen-Verbindung zur Kennzeichnung ihrer Waren in Alleinstellung herausstellen würde. Es ist auch rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht hinsichtlich der Zusammenstellung W-5 die Gefahr eines drohenden künftigen Eingriffs nicht als gegeben erachtet hat, da die Klägerin diese Buchstaben-Zahlen-Verbindung nicht verwendet und zu Protokoll erklärt hat, dies auch in Zukunft nicht tun zu wollen.

Dem Berufungsgericht ist auch darin beizupflichten, daß der Schutzbereich für eine reine Buchstaben-Zahlen-Kombination in der Regel eng zu begrenzen ist. Eine solche enge Grenzziehung für den Schutzzumfang des Zeichenbestandteils W-5 läßt sich zwar nicht, wie das Berufungsgericht

anzunehmen scheint, mit der Erwägung rechtfertigen, daß infolge der besonders großen Unterscheidungskraft von Zahlen, insbesondere kleinerer Zahlen, der Verkehr gewohnt sei, beim Anblick von Zahlen auf feinere Unterschiede zu achten. Wenn das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auf Straßenbahnzahlen, Hausnummern, Uhrzeiten usw. hinweist, so bestätigt dies allein die Erfahrung des täglichen Lebens, daß sich ganz allgemein Zahlen als Unterscheidungszeichen für gewisse Lebensbereiche besonders eignen. Dies gilt vor allem auch für Größen- und Gewichtsverhältnisse von Waren, die aus dem gleichen Geschäftsbetrieb stammen. Hierin liegt gerade der gesetzgeberische Grund für die Anerkennung des Freihaltebedürfnisses der Allgemeinheit für reine Zahlen- und Buchstabenzusammenstellungen durch § 4 Abs 2 Ziff 1 WZG. Dieser Wert der Zahl als allgemein gebräuchliches Unterscheidungszeichen rechtfertigt aber noch nicht die Folgerung, daß auch eine Zahl, die als Herkunftszeichen einer Ware aus einem bestimmten Geschäftsbetrieb verwendet wird, mit einer anderen, gleichfalls als Herkunftszeichen benutzten Zahl nicht leicht zu verwechseln sei, weil der Verkehr bei Zahlen gewohnt sei, auf Unterschiede zu achten. Würde tatsächlich auch bei einem warenzeichenmäßigen Gebrauch von Zahlen von einer von Haus aus gesteigerten Kennzeichnungskraft auszugehen sein, so könnte dies, wie die Revision zu Recht hervorhebt, entgegen der vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung nach den im Zeichenrecht entwickelten Grundsätzen auch nur zu einer Stärkung, nicht zu einer Schwächung des Schutzbereiches führen.

Zutreffend ist es dagegen, wenn das Berufungsgericht eine Einengung des Schutzbereiches reiner Buchstaben-Zah-

len-Verbindungen für den pharmazeutischen Warenssektor aus der Tatsache folgert, daß derartige Bezeichnungen auf dem betreffenden Gebiet weitgehend üblich sind. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats, daß die Kennzeichnungskraft eines Zeichens durch übereinstimmende oder ähnliche Zeichen, die auf dem gleichen oder einem nach der Vorstellung des Verkehrs nicht klar abgehobenen benachbarten Warengelbiet benutzt werden, eine Schwächung erleiden kann und daß bei einem solchen Sachverhalt bereits geringfügige Abweichungen genügen können, eine Verwechslungsgefahr auszuschließen (BGH in GRUR 1954, 192 [193] Dreikern; GRUR 1955, 415 Aretuvan; GRUR 1955, 486 Luxor; GRUR 1955, 579 Sonne; Entscheidung vom 29. November 1955 - I ZR 4/54 - Dreipunkt). Es ist dies eine Folge, die sich aus dem gewählten Zeichen als solchem und seiner Stellung im Wirtschaftsverkehr ergibt. Bei Zeichenbestandteilen nun, denen das Gesetz mit Rücksicht auf das Freihaltebedürfnis der Allgemeinheit in Alleinstellung die Eintragungsfähigkeit versagt, liegt es aber naturgemäß von vornherein besonders nahe, daß sich ähnliche Bezeichnungen im Verkehr befinden, die den Schutzbereich dieser Zeichenbestandteile, die einen selbständigen zeichenrechtlichen Schutz überhaupt nur auf Grund einer Verkehrsgeltung erlangen können, schmälern.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts benutzten mehrere Unternehmen den Buchstaben W in Verbindung mit einer Zahl warenzeichenmäßig für pharmazeutische Präparate, so die Firma I. [REDACTED] Werk, R. [REDACTED], W 1 und W 2 für ihre Wurmmittel, die Firma H. [REDACTED], H. [REDACTED], W 17 für eine Salbe, die Firma Dr. G. [REDACTED], S. [REDACTED], W 22 für Tabletten. Die Beklagte hat nun zwar behauptet, daß es sich bei den Waren, zu deren Kennzeichnung ein W in Verbindung mit einer Ein-

stelligen Zahl verwendet werde, um unbedeutende, im Verkehr nicht bekannte Präparate handele. Demgegenüber hebt das Berufungsgericht hervor, daß die Wurmmittel W 1 und W 2 der Firma I-Werk in der Auskunft des Verbandes des pharmazeutischen Großhandels sogar als bekannt besonders erwähnt seien. Abgesehen hiervon müssen aber für die Abgrenzung des Schutzbereichs von W 5 unter dem Gesichtspunkt des Schutzes einer Ausstattungsanwartschaft auch im Verkehr noch nicht durchgesetzte ähnliche Kennzeichnungen herangezogen werden.

Auf die Angriffe der Revision, die sich dagegen wenden, daß das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang auch ein von der Firma F, M, unter der Bestellnummer W 1 angegebenes homöopathisches Complexmittel berücksichtigt hat, obwohl es eine warenzeichenmäßige Benutzung dieser Bestellnummer W 1 nicht festgestellt hat, braucht nicht eingegangen zu werden, da bereits die vorstehend erörterten Fälle im Zusammenhang mit den folgenden Darlegungen die Auffassung des Berufungsgerichts tragen. Für die Abgrenzung des Schutzbereichs des Warenzeichens der Beklagten sind nämlich nicht nur die den Buchstaben W in Verbindung mit einer Zahl aufweisenden Kennzeichnungen heranzuziehen, sondern auch die große Menge weiterer Buchstaben-Zahlen-Bezeichnungen, die sich für pharmazeutische Artikel unstreitig im Verkehr befinden. Hierbei fällt vor allem ins Gewicht, daß sich mehrere aus verschiedenen Geschäftsbetrieben stammende pharmazeutische Mittel im Verkehr befinden, die mit dem gleichen Buchstaben, aber jeweils in Zusammenstellung mit unterschiedlichen Zahlen gekennzeichnet sind. Dies läßt es als unwahrscheinlich erscheinen, daß etwa beteiligte Verkehrskreise bei Buchstaben-Zahlen-

Kombinationen auf diesem Warengbiet allein aus der Übereinstimmung im Buchstabenelement - trotz eines abweichenden Zahlenbestandteils - geneigt sein könnten, auf gleiche Erzeugungsstätten zu schließen. Anders könnte die Verwechslungsgefahr zu beurteilen sein, wenn die Beklagte den Buchstaben W in Verbindung mit verschiedenen Zahlen für unterschiedliche Präparate verwendete und eine in der Entwicklung begriffene Verkehrsgeltung solcher Zahlenkombinationen mit dem Buchstaben W als warenzeichenmäßige Serienbezeichnungen hätte dartun können. So aber liegt es nicht. Die Beklagte benutzt vielmehr die Bezeichnung W 5 allein für das von ihr hergestellte Hautregenerationsmittel und will auf Grund dieses Bestandteils ihres eingetragenen Warenzeichens der Klägerin für alle Arzneimittel und gleichartige Waren die Verwendung des Buchstabens W in Verbindung mit jeder einstelligen Zahl schlechthin untersagen, obwohl die Klägerin nur von dem Zeichenbestandteil W 5 der Beklagten abweichende Zahlenkombinationen mit W benutzt, und zwar in Zusammenhang mit Wortbezeichnungen wie Tonicum, Aminohepan, Panaminon oder Robaminon. Hinsichtlich dieser für die Entscheidung des Rechtsstreits allein bedeutsamen konkreten Benutzungshandlungen der Klägerin hat aber das Berufungsgericht eine Verwechslungsgefahr zu Recht verneint; denn infolge der zahlreichen Buchstaben-Zahlen-Kombinationen, die sich zur Warenkennzeichnung auf dem chemisch-pharmazeutischen Sektor im Verkehr befinden, liegt es für die beteiligten Verkehrskreise fern, allein daraus, daß in einem zusammengesetzten Zeichen neben einer einstelligen Zahl der Buchstabe W erscheint, auf die Beklagte als Erzeugungsstätte zu schließen.

Sollte es der Klägerin, die nach ihrem eigenen Sachvortrag beabsichtigt, ihre Warenbezeichnungen als sogenannte W-Reihe fortzusetzen, gelingen, für die Kombination von W mit einer einstelligen Zahl - unter Aussparung der Zahl 5 - Verkehrsgeltung im Sinne eines Herkunftshinweises auf ihren Betrieb zu erringen, so ist freilich die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, daß Beteiligte auch ein Präparat, das unter der Bezeichnung W 5 auf dem Markt erscheint, der Klägerin zurechnen. Solche Verwechslungsmöglichkeiten aber müßte die Beklagte hinnehmen, da sie durch die Wahl ihres Zeichens, das von ähnlichen Kennzeichnungen nur einen geringen Abstand hält und das ohne Verkehrsgeltung in Alleinstellung nicht eintragungsfähig ist, hierfür selbst die Voraussetzungen geschaffen hat.

Der Angriff der Revision schließlich, das Berufungsgericht habe die Gleichartigkeit der miteinander zu vergleichenden Waren nicht verneinen dürfen, geht schon deshalb fehl, weil das Berufungsgericht sich mit dem Begriff der Warengleichartigkeit im Sinne des Warenzeichengesetzes überhaupt nicht auseinandergesetzt hat und hierzu auch keine Veranlassung hatte. Hätte das Berufungsgericht eine Warengleichartigkeit verneint, so wäre damit von vornherein ein zeichenrechtlicher Schutz entfallen. Wenn das Berufungsgericht die W-5-Dragees der Beklagten als "Kosmetikum" charakterisiert und dieser Ware die Präparate der Klägerin als "typisch pharmazeutische" Mittel gegenüberstellt, so sollte hiermit lediglich der verschiedene Verwendungszweck der zu vergleichenden Mittel verdeutlicht werden. Es kann dahinstehen, ob das Mittel der Beklagten, obwohl es apothekenpflichtig ist und innerlich eingenommen wird, nach dem allgemeinen Sprachgebrauch als "kosmetisches" Mittel zu be-

zeichnen ist. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang allein, daß die W-5-Dragees nach der eigenen Werbung der Beklagten der Hautregeneration dienen sollen, während die Mittel der Klägerin zur Heilung von Leberkrankheiten und Anämien bzw. das W 3 Tonicum W [REDACTED] als allgemeines Stärkungsmittel angepriesen werden. Diesen in der Werbung der Parteien herausgestellten unterschiedlichen Verwendungszweck der zu vergleichenden Präparate hat aber das Berufungsgericht zu Recht für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr als bedeutsam erachtet; denn auch bei Warengleichartigkeit kann die Verwechslungsfähigkeit ähnlicher Zeichen je nach der wirtschaftlichen Nähe der Vergleichsware, die auch von ihrem Verwendungszweck abhängig ist, unterschiedlich zu beurteilen sein.

Die Beklagte hat zwar ihr Warenzeichen Nr 424 247 nicht nur für kosmetische Mittel, sondern darüber hinaus ganz allgemein für Arzneimittel eintragen lassen. Da sie aber für den Bestandteil W-5 dieses Zeichens nur auf Grund einer Verkehrsdurchsetzung einen selbständigen Zeichenschutz beanspruchen könnte, sie dieses Zeichen aber nur für das fragliche Hautregenerationsmittel tatsächlich benutzt hat, war bei Prüfung der Verwechslungsgefahr allein dieses Mittel mit dem von der Klägerin auf den Markt gebrachten Erzeugnissen zu vergleichen (RG GRUR 1935, 14 Trockenwolle).

Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß die Verwechslungsgefahr im Falle einer starken Verkehrsgeltung des Zeichenbestandteils W-5 anders zu beurteilen sein könnte. Da aber die Beklagte im Zeitpunkt der Eintragung der Warenzeichen der Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht einmal eine für die Begründung eines

Ausstattungsschutzes ausreichende Verkehrsgeltung errungen hatte, läßt die Begründung, mit der das Berufungsgericht eine Verwechslungsgefahr im Streitfall verneint hat, einen Rechtsirrtum nicht erkennen.

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

Wilde

Bock

Krüger-Nieland

Christoph

Nörr