

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

WZG § 31

Bei Beurteilung der Verwechslungsgefahr zwischen Warenzeichen für Arzneimittel kommt der Verschiedenheit der Indikationsgebiete dann Bedeutung zu, wenn auch der Laie die Arzneimittel schon äußerlich aufgrund verschiedenen Verwendungszwecks und Aussehens klar auseinanderhalten kann.

BGH, Urt. v. 10. April 1968 - I ZR 15/66 - OLG Frankfurt/Main
LG Frankfurt/Main

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

I ZR 15/66

URTEIL

Verkündet am

10. April 1968

Zug,

Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma L [REDACTED] Kommanditgesellschaft, F [REDACTED],
vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesell-
schafter,

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Fabrik pharmazeutischer Präparate Karl E [REDACTED],
F [REDACTED], S [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -.

- 2 -

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. April 1968 unter Mitwirkung der Bundesrichter Pehle, Dr. Mösl, Alff, Dr. Simon und Trüstedt

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main vom 28. Oktober 1965 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen hat. In diesem Umfange wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Inhaberin des am 6. November 1920 in die Warenzeichenrolle bei dem Deutschen Patentamt unter Nr. 255 373 eingetragenen, zuletzt im Jahre 1960 erneuerten Warenzeichens *P r o s p a n*. Das Warenverzeichnis umfaßt u.a. Arzneimittel, chemische Erzeugnisse für Heilzwecke und Gesundheitspflege, pharmazeutische Drogen, Pflaster und Verbandstoffe. Von 1926 bis 1939 und wieder seit 1950 vertrieb bzw. vertreibt die Klägerin unter diesem Warenzeichen ein Therapeuticum gegen Keuchhusten, Bronchitis und Hustenkrampf.



Die Beklagte, eine der größten Pflaster- und Verbandstofffabriken in Deutschland, vertreibt seit etwa 1963 eine längs- und querelastische Pflasterbinde unter dem nicht eingetragenen Zeichen P o r o p a n . Die Beklagte hatte dieses Zeichen im Jahre 1957 für die Warenklasse 2 zur Eintragung in die Warenzeichenrolle angemeldet; auf Widerspruch der Klägerin und zweier weiterer Zeicheninhaber hatte das Deutsche Patentamt die Eintragung versagt. Im Verfahren über die dagegen erhobene Beschwerde hatte die Beklagte mit diesen weiteren Zeicheninhabern einen Vergleich geschlossen, durch den sie sich zur Zurücknahme der Anmeldung ihres Zeichens verpflichtete, während sie das Recht erhalten sollte, das Zeichen Poropan im Geschäftsverkehr für gewisse Waren zu benutzen. Die Klägerin war an diesem Vergleich nicht beteiligt gewesen.

Die Pflasterbinde der Beklagten kann, mindestens bei der ersten Verwendung, nur von einem Arzt oder ärztlichem Hilfspersonal angelegt werden; sie wird deshalb hauptsächlich an Ärzte und Krankenhäuser vertrieben. Soweit Patienten selbst die Binde in der Apotheke einkaufen, geschieht dies meist unter Vorlage eines ärztlichen Rezepts. Die Beklagte ist Inhaberin von 7 Warenzeichen, die mit den Silben Poro beginnen, und verwendet diese Zeichen seit Jahren für Verbandstoffe. Andere Unternehmen sind auf dem einschlägigen Warengbiet Inhaber von Zeichen, die mit den Vorsilben Pros bzw. Pro beginnen. Diese Zeichen werden im Geschäftsverkehr benutzt. Die Endsilbe pan wird bei einer großen Zahl von Bezeichnungen für Arzneimittel im Geschäftsverkehr verwendet.

Die Parteien streiten darüber, ob die von ihnen hergestellten Waren gleichartig sind und ob die dafür benutzten Zeichen verwechselbar sind.

Die Klägerin hat behauptet, ihr Zeichen Prosopan sei in den beteiligten Verkehrskreisen bekannt. Ihr Umsatz an den damit gekennzeichneten Waren habe seit 1953 über 1 Million DM, seit 1959 über 2 Millionen DM jährlich betragen. Sie werde wie schon bis 1940 zu gegebener Zeit auch selber wieder Verbandstoffe herstellen. Sie hat beantragt,

1. der Beklagten bei Meidung fiskalischer Strafen zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr Pflaster- und Verbandstoffe, insbesondere Pflasterbinden, deren Verpackungen oder Umhüllungen, Preislisten, Ankündigungen, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit der Warenbezeichnung "Poropan" zu versehen oder derart gekennzeichnete Erzeugnisse in den Verkehr zu bringen oder feilzuhalten;
2. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, ihr den Schaden zu ersetzen, der ihr durch jede Zuwiderhandlung gegen den Antrag zu 1 entstanden ist und entstehen wird;
3. die Beklagte zu verurteilen, ihr Auskunft über sämtliche in nicht rechtsverjährter Zeit erfolgten Zuwiderhandlungen gegen den Antrag zu 1 zu erteilen und zwar wöchentlich und getrennt nach Lieferzeiten, Liefermengen, Lieferorten und Lieferpreisen.

Die Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt und behauptet, Warenzeichen, die dem Klagezeichen ähnlich seien, wie z.B. Prolan, seien im Verkehr für gleichartige Waren im Gebrauch; die Hersteller von Arzneimitteln und chemischen Erzeugnissen für Heilzwecke

stellten regelmäßig keine Verbandstoffe her, wie auch Arzneimittel nicht in Fabriken für Verbandstoffe hergestellt würden. Deshalb fehle es schon an der Gleichartigkeit der beiderseitigen Waren, erst recht aber an der Verwechslungsgefahr.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten mit der Maßgabe kostenpflichtig zurückgewiesen, daß aus dem dem Klageantrag zu 3 entsprechenden Teil der Urteilsformel des Landgerichts die Worte "in nicht rechtsverjährter Zeit", "für jede Woche getrennt" und "Lieferorten" gestrichen werden.

Mit der hiergegen erhobenen Revision, um deren Zurückweisung die Klägerin bittet, erstrebt die Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Frage der **W a r e n - g l e i c h a r t i g k e i t** zwischen dem Hustenmittel der Klägerin und den Pflasterbinden der Beklagten bejaht. Das wird von der Revision mit der Sachrüge und mit Verfahrensrügen angegriffen. Diesen Angriffen hält das Berufungsurteil nicht stand.

Das Verbotungsrecht des Inhabers eines Warenzeichens richtet sich gegen die Verwendung des gleichen oder eines verwechselbaren Zeichens für gleiche oder "gleichartige" Waren. Auch im Verletzungsstreit ist die Frage der Warengleichheit oder -gleichartigkeit grund-

sätzlich hinsichtlich aller Waren zu prüfen, für die das Klagezeichen eingetragen ist. Auszuscheiden sind dabei jedoch Waren, die der Zeicheninhaber überhaupt nicht führt und von denen er auch nicht nachweist, daß er seinen Geschäftsbetrieb in angemessener Zeit auf diese Waren ausdehnen wird (sog. Vorratswaren).

1. Von diesem in der Rechtsprechung feststehenden Grundsatz (BGH GRUR 1964, 86, 89 - Schwarzer Kater - m.w.Nachw.) ausgehend, hat das Berufungsgericht hinsichtlich des Warenverzeichnisses, für das das Klagezeichen eingetragen ist, zunächst die Warengruppe "Pflaster- und Verbandstoffe" herangezogen, die mit den Pflasterbinden der Beklagten im zeichenrechtlichen Sinne als gleich anzusehen ist. Einen Schutz hieraus hat das Berufungsgericht jedoch deshalb versagt, weil die Klägerin nicht nachgewiesen habe, daß sie diese Waren führe oder alsbald führen werde, und daß diese Waren daher als unzulässige Vorratswaren anzusehen seien. Das begegnet keinen rechtlichen Bedenken und wird von der Revision als ihr günstig auch nicht angegriffen.

2. Ob die Klägerin weitere Waren - außer dem unter dem Klagezeichen vertriebenen Hustenmittel - führt, die unter das für dieses Zeichen eingetragene Warenverzeichnis fallen würden, hat das Berufungsgericht nicht erörtert; die Klägerin hatte Entsprechendes behauptet (Schriftsatz vom 20. November 1964, S. 3, GA 22). Das Berufungsgericht hat die Frage der Warengleichartigkeit vielmehr allein als zwischen dem Hustenmittel der Klägerin und der Pflasterbinde der Beklagten gestellt angesehen und diese Frage bejaht. Wie bereits hervorgehoben, muß die

Frage der Warengleichartigkeit hinsichtlich aller eingetragenen Waren geprüft werden, die von der Zeicheninhaberin geführt werden, auch wenn sie das Zeichen nicht für diese Waren benutzt. Auszuscheiden sind nur die unzulässigen Vorratswaren (s.o.I). Wenn die Klägerin auch andere Arzneimittel als das vom Berufungsgericht allein in Betracht gezogene Hustenmittel herstellt, so muß der Warengleichartigkeitsbereich daher unter Berücksichtigung auch dieser weiteren Arzneimittel bestimmt werden, die möglicherweise der von der Beklagten geführten Ware (Pflasterbinden) näher stehen. Für die Entscheidung wäre dies nur dann unerheblich, wenn dem Berufungsgericht darin beizutreten wäre, daß auch Hustenmittel und Pflasterbinden als gleichartig anzusehen seien. Diese Annahme ist jedoch nicht frei von Rechtsirrtum.

a) Das Berufungsgericht betrachtet die Frage der Warengleichartigkeit "in erster Linie" als R e c h t s - f r a g e , über die ein Sachverständiger ebensowenig etwas aussagen könne, wie eine Auskunft des Bundesverbandes der pharmazeutischen Industrie oder des Fachverbandes für Verbandmittelhersteller. Mit dieser Begründung hat es die entsprechenden Gegenbeweisangebote der Beklagten, deren weiteren Antrag auf Veranstaltung einer demoskopischen Umfrage über die Verbraucherauffassung darüber hinaus auch als verspätet zurückgewiesen.

Das kann schon deshalb nicht gebilligt werden, weil die Frage, ob Warenarten zeichenrechtlich gleichartig sind, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts im wesentlichen auf dem Gebiete der tatsächlichen Beurteilung liegt, und zwar insofern, als sie weitgehend von

objektiven Voraussetzungen tatsächlicher Art abhängt, die für die Bildung der maßgebenden Verkehrsauffassung über die wirtschaftliche Nähe der zu vergleichenden Warenarten von Bedeutung sind (BGH GRUR 1958, 437, 441 - Tricoline; 1962, 522, 524 - Ribana; 1963, 572, 573 - Certo; 1964, 26 - Milburan; Baumbach-Hefermehl, Warenzeichenrecht, 9. Aufl., § 5 Rdz. 21 und 25; Tetzner, Warenzeichenrecht, § 5 Rdz. 24; von Gamm, Warenzeichenrecht, § 5 Rdz. 51). Waren sind zeichenrechtlich als gleichartig anzusehen, wenn innerhalb der beteiligten Verkehrskreise der Durchschnittsabnehmer bei gleichen Zeichen (bei denen normale Kennzeichnungskraft zu unterstellen ist) annehmen würde, die Waren entstammten derselben Herkunftsstätte (Hefermehl aaO § 5 Rdz. 22 und 21). Die hiernach maßgebende Verkehrsauffassung bildet sich regelmäßig anhand verschiedener tatsächlicher Umstände, vor allem danach, ob beide Waren regelmäßig von denselben Unternehmen hergestellt werden; daneben können auch die stoffliche Beschaffenheit und der Verwendungszweck der Waren, sowie der Umstand von Bedeutung sein, daß beide in denselben Verkaufsstätten angeboten werden. Die oft schwierige Feststellung der entsprechenden Warenkenntnis der Käuferkreise muß sich daher möglichst an objektiven Merkmalen orientieren, denn grundsätzlich bildet der Verkehr seine Vorstellungen nach den tatsächlichen Verhältnissen auf den betreffenden Warengebieten (BGH GRUR 1958, 393, 394 - Ankerzeichen; Reimer, Warenzeichenrecht, 4. Aufl., Kap. 14 Rdz. 5 und 18). In Grenzfällen - und um einen solchen handelt es sich im vorliegenden Streit - stellt es deshalb einen Verstoß gegen § 286 ZPO dar, wenn auf entsprechende geeignete Beweisangebote nicht eingegangen

wird, die von der Beklagten gestellt waren (Schriftsätze vom 14. November 1964, GA 15, und vom 28. Juni 1965, GA 64).

b) Auf eine feststehende Rechtspraxis, die ein solches Eingehen hätte entbehrlich erscheinen lassen können, konnte das Berufungsgericht sich für die Frage der Warengleichartigkeit von Hustenmitteln und Pflasterbinden nicht stützen. Der erkennende Senat hat zwar die zur Gruppe der Arzneimittel rechnenden Waren als u n - t e r e i n a n d e r gleichartig angesehen (GRUR 1963, 572, 573 - Certo). Die von der Beklagten vertriebenen Pflasterbinden sind jedoch nicht zu den Arzneimitteln zu rechnen.

Weiter hat der erkennende Senat die Warengleichartigkeit auch bezüglich Monatsbinden und Arzneimitteln bejaht (aaO). Daraus kann aber nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß auch Pflasterbinden mit einem Hustenmittel gleichartig seien, denn in jenem Falle handelte es sich um den Widerspruch gegen die Anmeldung eines Warenzeichens für Arzneimittel a l l g e m e i n. Deshalb waren dort alle Arzneimittel in Betracht zu ziehen, auch solche, die der für das Widerspruchszeichen eingetragenen Ware Monatsbinden möglicherweise erheblich näher standen als das Hustenmittel der Klägerin. Insoweit stellt sich die Frage der Warengleichartigkeit im Verletzungsstreit anders als im Eintragungsverfahren, nämlich beschränkt auf die Waren, die der Inhaber des Klagezeichens tatsächlich führt oder in angemessener Zeit führen wird (s. oben I). Deshalb ist auch die von der Klägerin angeführte Entscheidung des DPA aus dem Jahre 1904 (nach Richter, Warengleichartigkeit 4. Aufl., S. 115) für den vorliegenden Verletzungsstreit nicht unmittelbar einschlägig.

Zur Bejahung der Warengleichartigkeit genügt auch nicht der vom Berufungsgericht besonders hervorgehobene Umstand, daß beide Warenarten zur "großen Gruppe der Mittel zur Gesundheitspflege" gehören. Die Revision verweist mit Recht darauf, daß dieser Bereich viel zu umfassend gezogen wäre, weil er z.B. auch orthopädisches Schuhwerk, Zahnbürsten, Rheumadecken und dergl. erfassen würde, Waren also, die einem Hustenmittel zweifelsfrei nicht gleichartig sind.

c) Den für die Verkehrsauffassung in erster Linie maßgebenden tatsächlichen Umstand, in welchen Betrieben die in Vergleich zu setzenden Waren regelmäßig hergestellt werden, hat das Berufungsgericht mit der Begründung offen gelassen, von "den einzelnen Herstellern" werde heute eine unübersehbare Fülle von Arzneimitteln produziert. Das ist nach dem bereits Ausführten rechtsfehlerhaft. Zunächst ist hierbei übersehen worden, daß Pflasterbinden nicht zu den Arzneimitteln zu rechnen sind. Davon abgesehen bleibt für die Frage der Warengleichartigkeit immer maßgebend, von welcher Vorstellung der in Betracht kommende Durchschnittsabnehmer ausgeht. Diese Vorstellung aber richtet sich nicht ohne weiteres nach dem ihm im einzelnen vielleicht nicht bekannten Herstellungsprogramm großer Werke.

d) Art und Zweck der Verwendung der Waren können für die Vorstellung der Verbraucher eine unterstützende Bedeutung haben und zwar bei großer Verschiedenheit im Sinne der Verneinung, bei geringer Verschiedenheit im Sinne der Bejahung der Warengleichartigkeit. Die Behandlung dieser Frage im Berufungsurteil ist jedoch nicht frei von Widerspruch. Einerseits führt es

aus, die Verschiedenheit des Verwendungszwecks sei für sich allein nicht geeignet, die Warengleichartigkeit auszuschließen. Das ist an sich rechtlich nicht zu beanstanden. An anderer Stelle sucht das Berufungsgericht jedoch die Warengleichartigkeit damit zu begründen, die Waren ständen sich ihrer Verwendung nach nahe. Das aber steht mit den früheren Ausführungen in Widerspruch und kann für die hier fraglichen Warenarten nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht als richtig anerkannt werden.

c) Zu Unrecht legt das Berufungsgericht ferner besonderes Gewicht auf die Nähe der regelmäßigen Verkaufsstätten beider Erzeugnisse. Diesem Umstand kommt je nach der Art der Waren sehr verschiedene Bedeutung zu, im allgemeinen tritt diese jedoch infolge der veränderten Verhältnisse im Handel mehr und mehr zurück (BGH GRUR 1959, 25 - Triumph; BPatG Mitt. 1962, 104; anders noch RGZ 118, 201, 203 - Goldkrone). Der Verkehr begegnet heute in einer und derselben Verkaufsstätte regelmäßig einem so vielfältigen Angebot völlig verschiedener Warenarten, daß er allein aus dem Vertriebsweg nicht mehr ohne weiteres auf eine wirtschaftliche Warennähe im Sinne des Gleichartigkeitsbegriffs schließt. Das gilt in erheblichem Maße auch für Apotheken und Drogerien, da in diesen heute weitgehend Waren verschiedenster Art angeboten werden. Anders kann es bei ausgesprochenen Spezialgeschäften mit begrenzterem Warenbereich liegen.

Es ist aber überdies mit den übrigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht vereinbar, im Streitfall die

7

Apotheken und Drogerien als die r e g e l m ä ß i g e n Verkaufsstätten für die beiderseitigen Erzeugnisse anzusehen. Unstreitig werden die Pflasterbinden der Beklagten "hauptsächlich" an Ärzte und Krankenhäuser geliefert. Aus dem gleichen Grunde bestehen auch rechtliche Bedenken dagegen, für die Verkehrsauffassung zur Frage der Warengleichartigkeit auf das allgemeine Publikum abzustellen. Sollte die Abgabe an Nichtfachleute aus Gründen, die in der Art der Ware und ihrer Verwendung liegen, so geringfügig sein, daß sie praktisch nicht ernstlich ins Gewicht fällt, so würde bei der Frage der Warengleichartigkeit auf die Vorstellungen der Fachleute abzustellen sein (BGH GRUR 1963, 524 - Digesta), denn es wäre zeichenrechtlich nicht sinnvoll, die Vorstellungen des allgemeinen Publikums daraufhin zu untersuchen, wie sie bezüglich der wirtschaftlichen Warennähe von Hustenmitteln und Pflasterbinden beschaffen sind, wenn das Publikum der einen dieser Warenarten selten oder nie als Käufer begegnet.

f) Gegenüber meiner mißverständlichen Wendung im Berufungsurteil (S. 8 unten) ist schließlich klarzustellen, daß nicht die Beklagte, sondern die Klägerin die Beweislast für die tatsächlichen Umstände trägt, aus denen die Annahme der Warengleichartigkeit herzuleiten wäre. Da über die bestrittenen Behauptungen der Klägerin insoweit Beweis nicht erhoben war, fehlt es deshalb an einer ausreichenden Begründung auch für die Zurückweisung der entsprechenden Gegenbeweisanträge der Beklagten als verspätet. Das Berufungsgericht hat, wie die Revision zutreffend rügt, hierzu auch keine Begründung gegeben.

Nach alledem muß das angefochtene Urteil aufgehoben werden, weil es die Annahme der Warengleichartigkeit nicht rechtsfehlerfrei begründet hat.

II. Auch die Ausführungen, mit denen das Berufungsgericht die **V e r w e c h s l u n g s g e f a h r** bejaht hat, halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Die Zeichen Prospan und Poropan weisen zwar im Schriftbild eine weitgehende Ähnlichkeit auf. Insoweit ist dem Berufungsgericht und dem Patentamt zuzustimmen, das die Übereinstimmung nur nach dem Schriftbild bejaht hat, dabei allerdings von gleichen Waren ausgehen konnte.

Das Berufungsurteil setzt sich jedoch nicht mit der für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr erheblichen Frage auseinander, ob trotz dieser Zeichenähnlichkeit die Gefahr einer betrieblichen Herkunftstäuschung im Hinblick auf die recht weitgehende Verschiedenheit der beiden Warenarten zu verneinen ist. Dieser Frage ist der Tatrichter nicht schon dadurch überhoben, daß er die Gleichartigkeit der Waren bejaht hat, denn der Bereich der Warengleichartigkeit ist sehr weit gesteckt, um auch den Fall der Verwendung **g l e i c h e r** Zeichen zu erfassen (BGHZ 19, 23, 26 - Magirus -, st. Rspr.). Das ist erforderlich, weil andernfalls der Zeicheninhaber gegenüber einer identischen Benutzung seines Zeichens keinen ausreichenden Schutz genießen würde. Hieraus und aus der Tatsache, daß die Begriffe der Warengleichartigkeit und der Verwechslungsgefahr gleichermaßen auf die Vorstellung der Abnehmerkreise hinsichtlich der betrieblichen Herkunft der Waren abgestellt sind, folgt aber

weiter, daß die Gefahr der Herkunftsverwechslung bei nicht identischen, sondern nur ähnlichen Zeichen, mit dem Maße der wirtschaftlichen Entfernung der beiderseitigen Waren abnimmt. Bei geringer Warennähe können daher schon geringere Unterschiede der Warenzeichen ausreichen, um eine ernstliche Gefahr betrieblicher Herkunftsverwechslungen auszuschließen (BGH aaO und BGHZ 19, 367, 381 - W 5).

Was insoweit den Bereich der zur Gesundheitspflege bestimmten Waren betrifft, so liegen in mehrfacher Hinsicht besondere Verhältnisse vor, die das Berufungsgericht nicht ausreichend berücksichtigt hat.

In besonderem Maße dienen Warenzeichen auf diesem Gebiete neben der Funktion, die betriebliche Herkunft zu kennzeichnen, auch dem Zweck, die Beschaffenheit des Erzeugnisses schon im Warenzeichen selbst anzudeuten. Diese verbreitete Gepflogenheit hängt nicht nur mit der außerordentlichen Fülle dieses Warenangebots, sondern auch damit zusammen, daß die richtige Auswahl der Warenart auf diesem Gebiete eine besonders große Bedeutung hat. Es muß davon ausgegangen werden, daß der Durchschnittskäufer seine Gesundheit fördern und nicht aufs Spiel setzen will. Eine besondere Schwierigkeit besteht weiter darin, daß der Laie die oft aus Fremdsprachen hergeleiteten Zeichenbestandteile in ihrer Bedeutung nicht immer erkennt und daß es andererseits auf diesem Gebiete sogar besonders wichtig ist, Irrtümern vorzubeugen, damit Arzneimittel nicht in verhängnisvoller Weise unmittelbar miteinander verwechselt werden. Man kann

deshalb nicht ohne weiteres sagen, die Verwechslungsgefahr scheide aus, wenn die Indikationsgebiete sehr weit auseinander liegen (so Moser von Filseck in der Anmerkung zu BGH GRUR 1961, 413 - Dolex); oft erkennt der Laie die Indikationsgebiete überhaupt nicht und selbst, wenn er sie erkennt, unterliegt er der Gefahr, bei verwechselbaren Warenbezeichnungen die Waren als solche zu verwechseln, vielfach auch deshalb, weil die Erzeugnisse sich äußerlich kaum voneinander unterscheiden (Pillen, Flüssigkeiten). Der Verschiedenheit der Indikationsgebiete, also des Verwendungszwecks, kommt aber jedenfalls dann Bedeutung für die Frage der Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt der unmittelbaren Warenverwechslung zu, wenn auch der Laie die Waren als solche schon äußerlich auf Grund verschiedenen Verwendungszwecks und Aussehens klar auseinanderhalten kann. So aber liegt es im Streitfall zwischen dem Hustenmittel und der Pflasterbinde. Der Erfahrungssatz, daß der Käufer eines der Gesundheitspflege dienenden Erzeugnisses dessen Bezeichnung besondere Aufmerksamkeit widme, um mit Sicherheit das Richtige zu erhalten (BGH GRUR 1958, 81, 83 - Thymopect), vermag deshalb für Fälle dieser Art zu einer Einschränkung der unmittelbaren Warenverwechslung auf Grund von Ähnlichkeiten ihrer Bezeichnungen zu führen. Eine ernstliche Gefahr, daß die beteiligten Verkehrskreise die Zeichen und damit auch die Waren verwechseln, kann deshalb im Streitfall als ausgeschlossen angesehen werden.

Der zeichenrechtliche Begriff der Verwechslungsgefahr umfaßt allerdings auch den weiteren Fall, daß die beteiligten Verkehrskreise aus der Übereinstimmung der Warenzeichen auf die Herkunft der Waren aus demselben

Betrieb selbst dann schließen, wenn sie die Waren als solche nicht verwechseln, sei es, daß sie dabei die zwischen den beiden Zeichen bestehenden Unterschiede überhaupt nicht bemerken, sei es auch, daß sie diese zwar feststellen, aber das angegriffene Zeichen als weiteres Zeichen desselben Herstellers oder als das eines mit diesem in wirtschaftlichen oder organisatorischen Beziehungen stehenden Unternehmens ansehen. Dieser Art von Verwechslungsgefahr wirkt aber entgegen, daß der Verkehr auf dem Gebiete der Mittel zur Gesundheitspflege daran gewöhnt ist, einer außerordentlich hohen Zahl von Warenzeichen zu begegnen. Das hat ihn dazu geführt, aus Ähnlichkeiten von Warenzeichen nicht vorschnell auf eine Identität der Herkunftsstätten oder auf organisatorische oder wirtschaftliche Beziehungen zwischen diesen zu schließen. Dies gilt auch dann, wenn der Durchschnittskäufer bestimmte übereinstimmende Zeichenbestandteile zwar nicht versteht, aber häufig antrifft. Auf keinem Warengbiet kommen übereinstimmende Zeichenbestandteile so oft vor, wie auf dem Gebiete der Arzneimittel. Solche Silben weisen deshalb auch gegenüber dem breiten Publikum keine Kennzeichnungskraft auf (BGH GRUR 1957, 339, 341 - Venostasin; 1957, 435, 436 - Eucerin).

2. Die Frage der Verwechslungsgefahr kann jedoch vom Revisionsgericht nicht abschließend entschieden werden, weil zu dem bestrittenen Vorbringen der Klägerin in zwei entscheidungserheblichen Punkten ausreichende Feststellungen fehlen.

Die Klägerin hat geltend gemacht, ihrem Klagezeichen komme auf Grund lang dauernder starker Benutzung eine gesteigerte Kennzeichnungskraft zu. Bei sehr be-

kannten medizinischen Erzeugnissen kann eine von dem bereits Erörterten abweichende Beurteilung geboten sein (Moser von Filseck aaO).

Auch die Frage der Warennähe ist insofern nicht völlig geklärt, als nicht feststeht, in welchem Maße die Waren der Beklagten unmittelbar an Laien abgegeben werden. Sollten sie weit überwiegend an Fachleute verkauft werden, so wäre die Gefahr einer Verwechslung im Rechtssinne zu verneinen, denn Fachleute unterliegen der Gefahr von Verwechslungen erfahrungsgemäß weniger leicht als Laien.

Darüber, ob eines der beiden in Vergleich zu setzenden Erzeugnisse nur auf Rezept abgegeben wird, ist nichts festgestellt. Die Beklagte hatte dies hinsichtlich der unter dem angegriffenen Zeichen vertriebenen Pflasterbinden behauptet (Schriftsatz vom 14. November 1964, GA 16). Nach der Rechtsprechung des früheren Ersten Zivilsenats des Bundesgerichtshofs kommt es allerdings für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr von Warenzeichen für Arzneimittel, auch wenn diese rezept- oder apothekenpflichtig sind, nicht nur auf die Auffassung der Ärzte und Apotheker an (BGH GRUR 1955, 415, 416 - Arctuvan/Artesan; 1957, 339, 340 - Venostasin). Daraus folgt aber nicht, daß diesem Umstand überhaupt keine Bedeutung für die Verwechslungsgefahr beizumessen wäre. Nach Auffassung des erkennenden Senats wird die Gefahr von Verwechslungen durch den Umstand, daß ein Erzeugnis nur auf ärztliches Rezept abgegeben wird, jedenfalls im Regelfall herabgesetzt, oft auch ganz beseitigt, wenn auch andere Umstände dieser Gefahr bereits entgegenwirken.

Das Berufungsgericht wird ferner prüfen müssen, inwieweit die Kennzeichnungskraft des Klagezeichens Prospan durch Benutzung der Silben pro und pan auf dem in Betracht kommenden Warengobiet beeinträchtigt ist.

Klarzustellen ist endlich, daß es für die Frage der Verwechslungsgefahr - anders als für die Frage der Warengleichartigkeit - unerheblich ist, ob die Klägerin noch andere, nicht mit dem Klagezeichen versehene Arzneimittel herstellt oder vertreibt, die der Ware der Beklagten näher stehen, als das Hustenmittel, für das allein sie das Klagezeichen verwendet (BGHZ 19, 367, 381 - W 5).

III. Die Sache war hiernach unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen war.

Pehle

Mösl

Alff

Simon

Trüstedt