

Nachschlagewerk: ja
Antliche Sammlung: nein

2546 029

C e r t o

WZG § 5 Abs. 4; § 13 Abs. 5

- a) Zur Frage der Warengleichartigkeit von Monatsbinden und Arzneimitteln.
- b) Die Beurteilung der Warengleichartigkeit liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet und ist insoweit der Nachprüfung im Rahmen der Rechtsbeschwerde entzogen. Nachzuprüfen ist die Beschwerdeentscheidung lediglich daraufhin, ob sie einen zutreffenden Begriff der Warengleichartigkeit zugrunde gelegt hat und ob der maßgebliche Sachverhalt frei von Verfahrensfehlern festgestellt worden ist, soweit solche Fehler von der Rechtsbeschwerde in zulässiger Weise geltend gemacht sind.

BGH, Beschl. v. 6. März 1963 - IbZB 13/62 - Bundespatentgericht -

B e s c h l u ß

In der Rechtsbeschwerdesache

der Firma V [REDACTED] P [REDACTED] Sch [REDACTED] & Co.,
N [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Widersprechende und Rechtsbeschwerde-
führerin,

- vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma Vo [REDACTED] & Sohn, W [REDACTED]-B [REDACTED],
O [REDACTED] L [REDACTED] Straße [REDACTED],

Anmelderin und Rechtsbeschwerde-
gegnerin,

- vertreten durch Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

betr. das Warenzeichen Nr. 689 532

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs am 6. März 1963
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Prof. Dr. h.c. Wilde
und der Bundesrichter Pehle, Ebel, Claßen und Sprenkmann

beschlossen:

Auf die Rechtsbeschwerde wird der Beschluß
des 25. Senats (Warenzeichen-Beschwerdesenat II)
des Bundespatentgerichts vom 18. Januar 1962 aufge-
hoben, soweit darin die Beschwerde der Widerspre-
chenden zurückgewiesen worden ist. In diesem Umfange
wird die Sache zur anderweiten Entscheidung, auch
über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens, an
das Bundespatentgericht zurückverwiesen.

191

- 2 -

G r ü n d e :

Gegen das nach § 6a WZG vorläufig eingetragene Wortzeichen 689 532 "Certo" hat die Inhaberin des älteren Zeichens 700 063 "Cito", das u.a. für Damenbinden und Tampons eingetragen ist, hinsichtlich der Waren "Arzneimittel, chemische Erzeugnisse für Heilzwecke und Gesundheitspflege, pharmazeutische Drogen, Pflaster, Verbandstoffe, Entkeimungs- und Entwesungsmittel" Widerspruch erhoben. Die Prüfungsstelle hat die Übereinstimmung der Zeichen im Sinne der §§ 5 Abs. 4, 31 WZG verneint, weil sie nicht verwechselbar seien.

Auf die Beschwerde der Widersprechenden hat die angefochtene Entscheidung die Verwechselbarkeit der Zeichen bejaht und der Beschwerde stattgegeben, soweit die Übereinstimmung der Zeichen hinsichtlich der Waren "Pflaster, Verbandstoffe" verneint worden war. In bezug auf die übrigen Waren, nämlich

"Arzneimittel, chemische Erzeugnisse für Heilzwecke und Gesundheitspflege, pharmazeutische Drogen, Entkeimungs- und Entwesungsmittel"

hat das Beschwerdegericht hingegen die Beschwerde mit der Begründung zurückgewiesen, insoweit sei die Warengleichartigkeit mit Damenbinden und Tampons zu verneinen. Zur Begründung ist im wesentlichen ausgeführt, die Spruchpraxis des Patentamts habe zwar seit etwa 1906 Damenbinden und pharmazeutische Präparate als gleichartige Waren bewertet; schon bisher sei jedoch die gemeinsame Herstellung dieser Waren in den gleichen Betrieben nie die Regel gewesen; neuerdings würden Damenbinden und Tampons aus Zellstoff hergestellt; nach ihrer stofflichen Beschaffenheit, ihrer Form und ihrem Verwendungszweck unterschieden sich diese Waren damit grundlegend von Arzneimitteln usw., die aus chemischen oder pflanzlichen Stoffen oder



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



Gemengen bestehen und in Form von Flüssigkeiten, Pulvern, Tabletten und Salben in den Verkehr gelangten. Dementsprechend seien auch die Erzeugungsstätten in aller Regel verschieden; drei festgestellte Ausnahmefälle seien nicht maßgebend; die Beschwerdeführerin selbst stelle Erzeugnisse der Gesundheitspflege und der Hygiene nur in verhältnismäßig geringem Umfang her. Das nicht zu leugnende Zusammentreffen der in Frage kommenden Waren im Handel begründe die Warengleichartigkeit gleichfalls nicht, denn die Verbraucher seien sich darüber klar, daß nicht alle in Apotheken und Drogerien vertriebenen Erzeugnisse demselben Herstellerbetriebe entstammen; im allgemeinen vermuteten sie vielmehr infolge gleicher oder ähnlicher Beschaffenheit eine gleiche betriebliche Herkunft nur, wenn die Waren nach ihrer Vorstellung demselben Produktionszweige angehörten; die im Streitfall gegebene evidente stoffliche Verschiedenheit lasse solche Vermutungen nicht aufkommen. Aus diesen Gründen habe die Rechtsprechung schon bisher die Gleichartigkeit von Damenbinden oder Tampons mit kosmetischen Erzeugnissen verneint. Dieser Beurteilung stehe schließlich auch nicht entgegen, daß Damenbinden und Tampons häufig mit chemisch-pharmazeutischen Präparaten getränkt würden, da diese Behandlung den Charakter der Ware nicht ändere. Es sei auch ohne Bedeutung, daß es Tampons für rein medizinische Zwecke gebe, denn solche Tampons seien im Warenverzeichnis des Widerspruchszeichens nicht gemeint. Im übrigen wird wegen der Begründung des angefochtenen Beschlusses auf den Abdruck in Mitt. 1962 S. 104 verwiesen.

Die - im angefochtenen Beschluß zugelassene - Rechtsbeschwerde begehrt Aufhebung dieses Beschlusses, soweit darin die Beschwerde zurückgewiesen worden ist. Die Anmelderin bittet um Zurückweisung der Rechtsbeschwerde.

Soweit die Rechtsbeschwerde Gründe der Rechtssicherheit zugunsten der Beibehaltung einer über 50jährigen Amtsübung ins Feld führt, braucht auf sie nicht eingegangen zu werden, da die angefochtene Entscheidung den übrigen Angriffen der Rechtsbeschwerde nicht standhält.

Die Beurteilung der Warengleichartigkeit liegt im wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet und ist insoweit der Nachprüfung im Rahmen der Rechtsbeschwerde entzogen (vgl. für die Revision: BGH GRUR 1962, 522, 524 - Ribana); nachzuprüfen ist die Beschwerdeentscheidung lediglich daraufhin, ob sie einen zutreffenden Begriff der Warengleichartigkeit zugrunde gelegt hat und ob der maßgebliche Sachverhalt frei von Verfahrensfehlern festgestellt worden ist, soweit solche Fehler von der Rechtsbeschwerde in zulässiger Weise geltend gemacht worden sind.

Der Beschwerdesenat ist zutreffend von dem Rechtsbegriff der Warengleichartigkeit ausgegangen, der in der Magirus-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 19, 23, 25) formuliert und von ihm seither stets festgehalten worden ist (vgl. GRUR 1957, 287, 288 - Plasticummännchen -; GRUR 1958, 393 - Ankerzeichen -; GRUR 1959, 25, 26 - Triumph -; GRUR 1961, 343 f - Meßmer Tee - und S. 231 - Hapol). Danach sind Waren dann als gleichartig anzusehen, wenn sie ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und Verwendungsweise nach - insbesondere hinsichtlich ihrer regelmäßigen Fabrikations- oder Verkaufsstätten - so enge Berührungspunkte haben, daß (nach der Vorstellung der beteiligten Verkehrskreise: BGH GRUR 1961, 343 f) der Schluß naheliegt, die Waren entstammten dem gleichen Geschäftsbetriebe. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde liegt hiernach ein Rechtsverstoß des Beschwerdegerichts nicht schon darin, daß es den weitgehend gemeinsamen Vertriebsweg der beiderseitigen Waren (ihren Verkauf

in Apotheken und Drogerien) für sich allein nicht als ausreichend ansieht, um Warengleichartigkeit zu bejahen. Es muß davon ausgegangen werden, daß es sich um ein sogenanntes Fabrik-Zeichen handelt; bei solchen Zeichen genügt aber ein Zusammentreffen in denselben Verkaufsgeschäften und eine Identität der Käuferkreise dann nicht, wenn - was das Beschwerdegericht hier annimmt - Verwendungszweck, verarbeitetes Material und regelmäßige Fabrikationsstätten nach der Vorstellung des Publikums unterschiedlich sind (BGH GRUR 1959, 25, 26 - Triumph).

Die angefochtene Entscheidung wendet den Begriff der Gleichartigkeit jedoch auf den gegebenen Sachverhalt nicht rechtsirrtumsfrei an; sie stellt vielmehr zu strenge Anforderungen an die Voraussetzung, daß der Schluß auf gleiche Herkunftsstätten "naheliegen" muß. Um dieses Merkmal zutreffend abzugrenzen, ist jeweils zu fragen, ob der beteiligte Verkehr die in Rede stehenden Waren jedenfalls dann derselben Herstellungsstätte zuschreiben würde, wenn sie mit identischen Zeichen versehen wären (BGH GRUR 1958, 393 - Ankerzeichen).

Der vom Beschwerdesenat festgestellte Sachverhalt reicht nicht aus, um die Gefahr eines Schlusses des Publikums auf gleiche Herstellungsbetriebe zu verneinen. Darüber hinaus beruhen einzelne der vom Beschwerdesenat getroffenen tatsächlichen Feststellungen auf Verfahrensverstößen, die von der Rechtsbeschwerde gerügt worden sind und die gleichfalls zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung führen müssen, soweit sie zum Nachteil der Beschwerdeführerin erkannt hat.

a) Die vom Beschwerdegericht hervorgehobene, an sich nicht zu bestreitende Tatsache, daß die in Apotheken und Drogerien einkaufenden Personen wissen, daß nicht alle dort

angebotenen Erzeugnisse dem gleichen Herstellerbetriebe entstammen, gibt, wie die Rechtsbeschwerde zutreffend rügt, keinen Hinweis für die allein rechtserhebliche Frage, ob die Verbraucherkreise gerade bei Damenbinden bzw. Tampons und den angegriffenen Waren auf den gleichen Herstellerbetrieb schließen, wenn diese Waren unter identischen Zeichen feilgehalten werden. Unzweifelhaft werden in diesen Verkaufsstätten nämlich viele Waren angeboten, die den Arzneimitteln und pharmazeutischen Erzeugnissen ferner stehen als die für die Beschwerdeführerin eingetragenen Waren. Außerdem hätte die Fragestellung des Beschwerdegerichts lauten müssen, ob das Wissen der Käuferkreise, daß nicht alle in den betreffenden Verkaufsstätten angebotenen Waren von demselben Hersteller stammen, einem Schluß auf gleiche Herkunftsstätten auch dann entgegensteht, wenn die Waren mit demselben Zeichen versehen sind.

b) Der Übergang der Fabrikation der fraglichen Erzeugnisse von textiler Watte auf Zellstoffwatte ist, wie die Rechtsbeschwerde weiter rügt, gleichfalls kein Beweisgrund dafür, die Gefahr irriger Herkunftsannahme bei identischer Bezeichnung nunmehr eher als bisher zu verneinen; denn es ist nicht festgestellt und nach der allgemeinen Lebenserfahrung auch nicht anzunehmen, daß die angesprochenen Verbraucherkreise die Herstellung solcher Waren auf Zellstoffgrundlage als der Herstellung von Arzneimitteln und Pharmazeutika ferner liegend ansehen werden als die früher übliche Herstellung derselben Waren etwa aus Baumwollfaser. Die Beweismäßigkeit verstößt deshalb insoweit gegen § 286 ZPO. Wollte das Beschwerdegericht dieser Stoffverschiedenheit eine erhebliche, die frühere Amtsübung außer Kraft setzende Bedeutung beimessen, so wäre es ferner von Amts wegen verpflichtet gewesen, die tatsächlich bestehende Lage näher aufzuklären; insoweit hat die Rechtsbeschwerde unter Bezeichnung von sieben Her-

stellerbetrieben geltend gemacht, es gebe zahlreiche pharmazeutische Betriebe, die Verbandstoffe herstellen, die aus demselben Werkstoff wie Damenbinden bestehen. Die Feststellung, das Publikum schließe schon aus dieser Stoffverschiedenheit auf getrennte Herstellerbetriebe, ist daher ebenfalls nicht verfahrensrechtlich einwandfrei getroffen worden.

c) Auch die Annahme des Beschwerdegerichts, die Waren ständen sich nach der Vorstellung der Verbraucherkreise wegen der Verschiedenheit ihrer stofflichen Beschaffenheit völlig fern, entbehrt der ausreichenden Grundlage. Wenn, wie die Rechtsbeschwerde geltend macht, Verbandstoffe, Brandbinden usw., also Erzeugnisse der ausgesprochenen Gesundheitspflege mit Flüssigkeiten oder Salben für Heilzwecke und für die Gesundheitspflege getränkt zu sein pflegen, so ist nicht ohne weiteres einzusehen, weshalb es dennoch nach der Vorstellung des kaufenden Publikums fernliegen soll, Waren dieser stofflichen Beschaffenheit als von dem Hersteller eines watteartigen Erzeugnisses stammend anzusehen. Das gilt erst recht, wenn, wovon auch die angefochtene Entscheidung in tatsächlicher Hinsicht ausgeht, Damenbinden häufig mit chemisch-pharmazeutischen Präparaten getränkt werden. Die Annahme, schon die stoffliche Beschaffenheit werde vom kaufenden Publikum als Zeichen dafür angesehen, daß die Waren nicht aus demselben Betriebe stammen können, widerspricht angesichts dieser Tatsache der Lebenserfahrung. Es liegt vielmehr die Annahme nahe, das Publikum werde mit der Möglichkeit rechnen, daß der Betrieb, der die bezeichneten Waren mit den angegebenen Mitteln trinkt, auch die hierzu notwendigen Präparate selbst herstellt.

d) Das Beschwerdegericht meint ferner, die Vorstellung des kaufenden Publikums gehe dahin, ein Hersteller von

Zellstoff werde nicht zugleich die übrigen für die Anmel-
derin eingetragenen Waren herstellen. Dabei zieht es den
Umstand heran, es gäbe im Gebiet der Bundesrepublik hunderte
von Herstellern dieser beiden Gruppen; innerhalb der Gruppe
der Zellstoffhersteller bildeten die Hersteller von
Damenbinden aber nur eine kleine Ausnahmegruppe, eine
"Überlappungszone", auf die nach der Rechtsprechung nicht
abgestellt werden dürfe. - Diese Betrachtungsweise ist zwar
im Ansatzpunkt richtig, aber in der Durchführung nicht frei
von Rechtsirrtum. Es ist darauf abzustellen, welchem Her-
stellerkreise das kaufende Publikum die hier in Rede stehen-
den Waren zuschreibt. Das Publikum schließt aber, worauf die
eingangs vorausgeschickte Begriffsbestimmung der Warengleich-
artigkeit Rücksicht nimmt, vielfach schon aus der Ähnlichkeit
des Verwendungszwecks der Waren auf gleiche Herkunft; aus
diesem Grunde empfindet der Verkehr z.B. trotz der im einzel-
nen recht bedeutenden Verschiedenheit die Waren der großen
Gruppe Arzneimittel als gleichartig. Wenn das Publikum ver-
schiedene, von ihm als Mittel der Gesundheitspflege, der
Hygiene, als Heilmittel oder als pharmazeutische Erzeugnisse
angesehene Waren unter demselben Warenzeichen vorfindet, so
ist es deshalb geneigt, sie demselben Herstellerbetriebe zu-
zuschreiben. So müßte beispielsweise, wenn ein gegen Kopf-
schmerzen wirkendes Mittel unter dem für Monatsbinden verwen-
deten Zeichen "Camelia" in den Verkehr gebracht würde, mit
der Möglichkeit gerechnet werden, daß die beteiligten Ver-
kehrskreise beide Waren als aus demselben Herstellerbetriebe
stammend ansehen. Wenn das Publikum ferner weiß, daß eine
aus Zellstoff durch Verarbeitung gewonnene Watte mit des-
infizierenden pharmazeutischen Stoffen getränkt wird, so
ist deshalb die entscheidende Frage nicht dahin zu stellen,
ob nach der Vorstellung des Publikums der den Grundstoff für
die Watte (also den Zellstoff) herstellende Betrieb auch die
pharmazeutischen Stoffe herstellt. An den Grundstoff und
deren Hersteller pflegt die entsprechende Gedankenverbindung

des kaufenden Publikums nämlich nicht durchwegs anzuknüpfen, wenn es sich um einen Grundstoff mit vielseitigen Anwendungsmöglichkeiten handelt und nach wirtschaftlicher Betrachtung das Wesen der Ware erst durch den Verarbeitungsvorgang bestimmt wird. Es geht deshalb fehl, für Damenbinden und Tampons die Gesamtheit der Hersteller von Zellstoff schlechthin als die "regelmäßigen" Herkunftsstätten anzusehen.

e) Die Rechtsbeschwerde rügt es schließlich als eine Folge der Verletzung der richterlichen Fragepflicht (§ 139 ZPO), daß das Beschwerdegericht aus der Auskunft des Bundesverbandes der pharmazeutischen Industrie entnommen hat, nur drei als Ausnahmefälle zu würdigende Firmen stellten zugleich Damenbinden bzw. Tampons und Arzneimittel bzw. pharmazeutische Erzeugnisse her. Die Rüge ist begründet, denn die drei Unternehmen sind in der Auskunft nur beispielsweise genannt worden und die Rechtsbeschwerdeführerin macht geltend, sie würde, vom Gericht befragt, noch zwei weitere Unternehmen genannt haben; damit stelle praktisch die gesamte Damenbinden erzeugende Industrie auch Arzneimittel her.

f) Das Beschwerdegericht hätte sich schließlich aber auch mit den eingeforderten Auskünften näher auseinanderzusetzen müssen und es hätte nicht ohne eingehende Begründung unter den fünf eingereichten Auskünften zwei Stellungnahmen von Industrieverbänden als ausschlaggebend ansehen dürfen. In der Regel vermag, worauf die Rechtsbeschwerde zutreffend hinweist, der Handel die Auffassung der Verbraucherkreise eher festzustellen. Unter den befragten Verbänden des Handels hatte derjenige des Arzneimittel- und Drogengroßhandels Damenbinden und Tampons als hygienische Hilfsmittel und als Verbandstoffe eingeordnet, der Bundesverband des pharmazeutischen Großhandels darauf hingewiesen, daß die Erzeuger der

erstgenannten Waren auch weitere Verbandstoffe herstellten, die Trouhandstelle der Zellstoff- und Papierindustrie die Tendenz hervorgehoben, diese Waren als Träger desinfizierender Zusätze zu benutzen und ihnen heilende, also eindeutig pharmazeutische Präparate beizufügen, und dazu bemerkt, zahlreiche Hersteller dieser Waren brächten auch pharmazeutische Präparate auf den Markt. Im übrigen war auch die vom Beschwerdegericht entscheidend herangezogene Stellungnahme der vom Bundesverband der pharmazeutischen Industrie befragten Unternehmen geteilt; sie enthielt beachtenswerte Gesichtspunkte tatsächlicher Art, die für die Frage der Warengleichartigkeit von Bedeutung sind, so z.B., daß es eine ganze Reihe von Tampons mit Arzneimitteln zur Behandlung der weiblichen Geschlechtsorgane gebe. Eindeutig verneinend lautete nur die Auskunft des Verbandes der chemischen Industrie, der den in Betracht kommenden Verbraucherkreisen erkennbar fern steht.

Angesichts der aus diesen Auskünften hervorgehenden Tendenz der neueren Entwicklung hätte es durchschlagender Gründe bedürft, um darzutun, daß die langjährige Praxis des Patentamts, in der die Warengleichartigkeit bejaht worden war (vgl. Richter, Warengleichartigkeit, 2. Aufl), zwischen

Binden und Arznei- und Desinfektionsmitteln (B 04)
Monatsbinden und pharmazeutischen Präparaten (B 06)
Monatsbinden und medizinischen Apparaten (B 26)
Damenbinden, auch nicht imprägnierten, und
pharmazeutischen Präparaten (B 26)
Monatsbinden und Verbandstoffen (B 29)
Damenbinden und Gummiwaren für medizinische und
hygienische Zwecke (B 31),

nicht mehr den heutigen Verhältnissen entspreche.

Die Sache war hiernach unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung an das Beschwerdegericht zur anderweiten Entscheidung zurückzuverweisen (§ 13 Abs. 5 WZG, § 41 x PatG).

Die Entscheidung über die Kosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens war dem Beschwerdegericht vorzubehalten; diese Kosten wird das Beschwerdegericht nach Maßgabe des Obsiegens und Unterliegens der beiden Beteiligten in dem noch streitigen Umfange der Anmeldung zu verteilen haben, da diese Verteilung, soweit es sich um das Rechtsbeschwerdeverfahren handelt, der Billigkeit entspricht (§ 13 Abs. 5 WZG, § 41 y Abs. 1 PatG).

Wilde

Pehle

Ebel

Claßen

Sprenkmann