

Nachschlagewerk: ja
Amtliche Sammlung: nein

WZG § 5 Abs. 4

"Digesta"

2546 017

Tritt von zwei Warenarten im Verkehr die eine nur Fachkreisen, die andere sowohl Fachkreisen als auch Laien gegenüber, so ist für die Frage nach der zeichenrechtlichen Gleichartigkeit beider Warenarten auf die Auffassung innerhalb der Fachkreise abzustellen.

BGH, Beschl.v. 6. März 1963 - IbZB 2/62 Bundespatentgericht

B e s c h l u ß

In Sachen

der Firma I [REDACTED]-Werk Chemisch-pharmazeutische Fabrik,
M [REDACTED], Z [REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED],

Widersprechenden und Rechtsbeschwerdeführerin,
- vertreten durch: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] in [REDACTED] -

g e g e n

die Firma G [REDACTED] Dr. H [REDACTED] GmbH., F [REDACTED]/B [REDACTED],
Ge [REDACTED]straße [REDACTED],

Anmelderin und Rechtsbeschwerdegegnerin,
- vertreten durch: Rechtsanwalt Prof.Dr. [REDACTED] in [REDACTED] -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der Sitzung
vom 6. März 1963 unter Mitwirkung von Senatspräsident
Prof.Dr.h.c. Wilde und der Bundesrichter Pehle, Ebel,
Dr. Sprenkman und Claßen

beschlossen:

Die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluß
des 25. Senats (Warenzeichen = Beschwerde-
senats II) des Bundespatentgerichts vom
23. November 1961 wird auf Kosten der
Rechtsbeschwerdeführerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

G r ü n d e :

I. Die Anmelderin hat das Wortzeichen "Digesta" für die Waren "Arzneimittel gegen Magen- und Verdauungsbeschwerden" zur Eintragung in die Zeichenrolle angemeldet. Die Widersprechende hat auf Grund ihres Warenzeichens Nr. 482 546 "Digestase", das u.a. für die Waren "Abdruckmasse für zahnärztliche Zwecke" eingetragen ist, Widerspruch erhoben.

Auf den Widerspruch hin hat die Prüfungsstelle des Deutschen Patentamtes die Übereinstimmung des angemeldeten Zeichens mit dem Widerspruchszeichen festgestellt und die Eintragung versagt. Sie hat die Auffassung vertreten, das angemeldete Zeichen "Digesta" komme dem Widerspruchszeichen "Digestase" insbesondere klanglich so nahe, daß Verwechslungen im Verkehr zu befürchten seien. Zur Frage der Warengleichartigkeit hat sich die Prüfungsstelle auf die Feststellung beschränkt, die Waren seien "unbedenklich als gleichartig zu erachten".

Der 25. Senat (Warenzeichen-Beschwerdesenat II) des Bundespatentgerichts hat mit Beschluß vom 23. November 1961 auf die Beschwerde der Anmelderin hin den Beschluß der Prüfungsstelle aufgehoben und die Gleichartigkeit der Waren des angemeldeten Zeichens mit den Waren des Zeichens Nr. 482 546 verneint. Von einer Kostenauflegung wurde abgesehen; die Rechtsbeschwerde wurde zugelassen.

Die Widersprechende hat daraufhin die hier zur Entscheidung stehende Rechtsbeschwerde eingelegt. Die Anmelderin hat beantragt, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen.



II. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft und in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden. Sie erweist sich jedoch als unbegründet.

1. Der Beschwerdesenat des Bundespatentgerichts hat in dem angefochtenen Beschluß dahingestellt gelassen, ob die Zeichen "Digesta" und "Digestase" verwechselbar sind. Er hat den Widerspruch schon deshalb nicht für gerechtfertigt erachtet, weil es an dem Erfordernis der Warengleichartigkeit (§ 5 Abs. 4 WZG) zwischen den Waren der Anmeldung "Arzneimittel gegen Magen- und Verdauungsbeschwerden" und den Waren "Abdruckmasse für zahnärztliche Zwecke" des Widerspruchszeichens fehle.

2. Die von der Rechtsbeschwerdeführerin (Widersprechenden) erhobenen Rügen können nicht durchgreifen.

a) Der Beschwerdesenat ist in dem angefochtenen Beschluß ausdrücklich von der ständigen, ersichtlich auf einen nicht mehr zugänglichen Beschluß der Beschwerdeabteilung des Reichspatentamts aus dem Jahre 1929 (vgl. Richter, Warengleichartigkeit, 2. Aufl. S. 1 linke Spalte) zurückzuführenden Spruchpraxis des Patentamts abgegangen, die die Gleichartigkeit der Ware Abdruckmasse für zahnärztliche Zwecke mit Arzneimitteln aller Art für gegeben gehalten hatte. Er vertritt die Auffassung, daß es bei einer derart summarischen Betrachtungsweise jedenfalls dann nicht bewenden könne, wenn nicht Arzneimittel schlechthin, d.h. Arzneimittel als Sammelbegriff, sondern Arzneimittel bestimmter Art Gegenstand der Anmeldung seien. Solchenfalles bedürfe es der Prüfung, ob diese Waren nach den insoweit gültigen Kriterien als gleichartig mit Abdruckmasse für zahnärztliche Zwecke zu erachten seien.

Die Rechtsbeschwerdeführerin rügt demgegenüber, der Beschwerdesenat habe von der bisherigen Spruchpraxis nicht abgehen dürfen, weil es zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führe, wenn Arzneimittel nicht mehr als eine Gesamtgruppe behandelt würden, sondern eine Unterscheidung nach den einzelnen Indikationsgebieten vorgenommen werde. Mit diesem Angriff kann die Beschwerdeführerin jedoch keinen Erfolg haben.

Gemäß §§ 13 Abs. 5 WZG, 41 q Abs. 2 PatG kann die Rechtsbeschwerde mit Erfolg nur darauf gestützt werden, daß der angefochtene Beschluß auf einer Verletzung des Gesetzes d.h. auf der Verletzung einer Rechtsnorm beruht. Darin, daß sich der Beschwerdesenat der seitherigen Spruchpraxis nicht ohne weiteres angeschlossen, sondern im einzelnen geprüft hat, ob die sich gegenüberstehenden Waren gleichartig sind, kann jedoch eine Rechtsverletzung nicht erblickt werden. Eine langjährige Amtsübung begründet für sich allein kein Recht, das verletzt sein könnte; Gleiches hat von dem Gedanken der Rechtssicherheit zu gelten, der zwar gerade für die Frage der Warengleichartigkeit ein Rechtsprinzip von nicht zu unterschätzender Bedeutung, jedoch keine Rechtsnorm darstellt. Eine ständige Spruchpraxis entbindet das Gericht auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit davon, anders zu entscheiden, wenn sich diese Spruchpraxis nach seiner richterlichen Überzeugung als nicht haltbar erweist. Darin allein, daß der Beschwerdesenat die seitherige Spruchpraxis des Patentamts nicht unbesehen übernommen, sondern die Frage, ob ein Arzneimittel bestimmter Art gleichartig ist mit der Ware "Abdruckmasse für zahnärztliche Zwecke", einer näheren Prüfung unterzogen hat, liegt daher kein Rechtsverstoß im Sinne der §§ 13 Abs. 5 WZG, 41 q Abs. 2 PatG.

Die Ausführungen der Rechtsbeschwerdeführerin, mit denen sie darzutun sucht, daß die Aufgabe der bisherigen Praxis der Warenzeichensenate des Patentamts zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit bei den mit Warenzeichen Beteiligten führen müsse, können daher in diesem Zusammenhang keine Berücksichtigung finden.

b) Bei der sachlichen Prüfung, ob die sich gegenüberstehenden Waren "Abdruckmasse für zahnärztliche Zwecke" und "Arzneimittel gegen Magen- und Verdauungsbeschwerden" gleichartig sind, ist der Beschwerdesenat von der von der Rechtsprechung im Einklang mit der Praxis des Patentamts entwickelten Umschreibung des Begriffes der Waren-gleichartigkeit ausgegangen. Hiernach ist, wie der erkennende Senat im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts wiederholt ausgesprochen hat, zu fragen, ob die miteinander zu vergleichenden Waren ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und Verwendungsweise nach, insbesondere hinsichtlich ihrer regelmäßigen Fabrikations- und Verkaufsstätten, so enge Berührungspunkte haben, daß der Schluß naheliegt, die unter der gleichen oder einer verwechselbaren Kennzeichnung vertriebenen Waren entstammten dem gleichen Geschäftsbetrieb (vgl. u.a. BGH GRUR 1958, 437, 439 m.w.Nachw. aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs - "Tricoline"; BGH GRUR 1961, 343, 344 - "Messmer-Tee").

Diese Voraussetzungen sind nach Auffassung des Beschwerdesenats bei Arzneimitteln gegen Magen- und Verdauungsbeschwerden einerseits und Abdruckmasse für zahnärztliche Zwecke andererseits nicht gegeben. Dies wird in der angefochtenen Entscheidung im einzelnen wie folgt begründet: Nach den eingeholten Auskünften habe es zwar

den Anschein, daß schon die Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke herstellenden Betriebe in der Regel oder überwiegend nicht die gleichen seien, die auch Arzneimittel gegen Magen- und Verdauungsbeschwerden erzeugten. Genaue zahlenmäßige Anhaltspunkte fehlten allerdings; insbesondere habe sich in der mündlichen Verhandlung nicht klären lassen, wie hoch der Marktanteil der (Groß-) Firmen sei, die Hersteller von Waren beider Art seien. Diese Frage habe jedoch, so heißt es in der Begründung der angefochtenen Entscheidung weiter, nicht endgültig geklärt zu werden brauchen, weil nach dem weiteren Ergebnis der Verhandlung hinsichtlich der beteiligten Verkehrskreise (Groß- und Einzelhandel, Endabnehmer) eine klare Trennung der Vergleichswaren jedenfalls für den Regelfall mit Sicherheit festgestellt werden könne. Der Weg der Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke gehe nach den übereinstimmenden Auskünften der befragten Stellen und den Herstellerfirmen über den Zahnwaren-Großhandel (die sog. "Dental-Depots") an die Zahnärzte, der Vertriebsweg der Arzneimittel gegen Magen- und Verdauungsbeschwerden dagegen vom Herstellerbetrieb über den pharmazeutischen Großhandel zu den Apotheken und Drogerien und weiter zum Kranken selbst. Weiter stehe auf Grund der Auskunft des Bundesverbandes der deutschen Zahnärzte e.V. fest, daß für die Zwecke einer zahnärztlichen Praxis Arzneimittel gegen Magen- und Verdauungsbeschwerden nicht gebraucht würden. Aus alledem folgert der Beschwerdesenat, daß sich die Vergleichswaren im Verkehr nicht berühren und daher gleiche oder verwechselbar ähnliche Kennzeichnungen auch nicht zu dem Schlusse führen können, die Waren entstammten dem gleichen Geschäftsbetrieb. Eine Begegnung der Waren sei, so führt der Beschwerde-

senat noch aus, allenfalls denkbar, wenn ein Zahnarzt für den privaten Gebrauch ein Mittel gegen Magen- oder Verdauungsbeschwerden benötige. Die Möglichkeit einer solchen Berührung sei indessen im Hinblick darauf, daß die Zahnärzte im Bundesgebiet nur einen winzigen Bruchteil der Gesamtbevölkerung bildeten und nur ein Teil von ihnen gelegentlich ein Mittel gegen Magen- oder Verdauungsbeschwerden benötige, so selten, daß sie zeichenrechtlich keine Rolle spielen könne. Dasselbe gelte für den Einwand der Widersprechenden, daß manche Zahnärzte auch die allgemein-ärztliche Approbation besäßen. Nach der Auskunft der Bayerischen Landeszahnärztekammer sei die Zahl dieser Ärzte sehr gering; überdies sei gerichtskundig, daß ein Arzt mit Doppel-Approbation in der Regel entweder nur die allgemein-ärztliche oder nur die fachärztliche Berufstätigkeit (diese zumeist) ausübe. Fälle, in denen beiden Berufen nachgegangen werde, seien so selten, daß sie für die Beurteilung der Warengleichartigkeit außer Betracht bleiben müßten.

Die Rechtsbeschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, da der Beschwerdesenat die Frage, wie hoch der Marktanteil der beide Waren erzeugenden Firmen sei, letztlich dahingestellt gelassen habe, sei für das Verfahren vor dem Bundesgerichtshof zu unterstellen, daß die Hersteller regelmäßig die gleichen seien. Dann aber bleibe, so führt die Rechtsbeschwerdeführerin weiter aus, zur Begründung des angefochtenen Beschlusses allein noch die Erwägung, daß hinsichtlich der beteiligten Verkehrskreise jedenfalls für den Regelfall mit Sicherheit eine klare Trennung der Vergleichswaren festgestellt werden könne. Diese Ableitung werde jedoch dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Bestimmungen aus mehreren Gründen

nicht gerecht. Die Rechtsbeschwerdeführerin rügt insoweit Nichtausschöpfung des vorgetragenen Streitstoffes, Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht, der allgemeinen Erfahrung und der Denkgesetze sowie der §§ 5, 31 WZG. Ihre Rügen erweisen sich jedoch nicht als gerechtfertigt.

Durch die Gewährung des Schutzes für eingetragene Warenzeichen und die Ausdehnung dieses Schutzes auf die den angemeldeten Waren gleichartigen Waren will das Gesetz verhindern, daß der Verkehr Waren, die nicht aus dem Betriebe des Zeicheninhabers stammen, wegen eines daran angebrachten gleichen oder verwechslungsfähigen Zeichen als aus dessen Betrieb stammend ansehen könnte. Ob Waren gleichartig sind, ist daher nach der Auffassung der in Betracht kommenden Verkehrskreise zu beurteilen. Die von der Rechtsprechung entwickelte Umschreibung des Begriffes der Warengleichartigkeit beruht auf der Berücksichtigung von Umständen, die für die Verkehrsauffassung häufig von Bedeutung sind; sie soll lediglich eine im Hinblick auf typische Fälle entwickelte Hilfe für die Anwendung des Gesetzes darstellen (BGH GRUR 1961, 343, 344 - "Messmer-Tee"). Entscheidend bleibt immer, ob die Gefahr besteht, daß die in Frage kommenden Verkehrskreise nach den Umständen des Falles irrigerweise annehmen, die Waren stammten aus der gleichen Ursprungsstätte. Eine solche Gefahr ist in der Regel aber dann nicht gegeben, wenn die Abnehmerkreise beider Waren - durch deren Verwendungszweck bedingt - so verschieden sind, daß ein Bedarf für beide Waren bei dem gleichen Abnehmerkreis nicht besteht oder doch nur in bedeutungslosen Ausnahmefällen auftritt (vgl. RG GRUR 1922, 61; Kohler, Warenzeichenrecht, § 36 XIII; Busse, Warenzeichengesetz, 3. Aufl. Anm. 10 zu § 5 WZG). Da sich solchenfalls die Waren bei

dem gleichen Abnehmerkreis nicht begegnen, kommt die Gefahr, daß die Abnehmer einer Täuschung unterliegen, schlechthin nicht in Betracht.

Daß sich die Vergleichswaren im hier gegebenen Fall nicht berühren und zwar weder bei den Vertriebsstätten noch bei den Endabnehmern, hat der Beschwerdesenat ohne Rechtsverstoß festgestellt. Die Angriffe, die die Rechtsbeschwerde gegen diese im wesentlichen auf dem tatsächlichen Gebiete liegende Feststellung des Beschwerdesenats richtet, sind nicht gerechtfertigt.

Die Rechtsbeschwerdeführerin rügt als Verletzung der allgemeinen Erfahrung, der Beschwerdesenat habe nicht beachtet, daß sich "Arzneimittel" allgemein mit Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke bei den Herstellerkreisen, Vertriebs- und Abnehmerkreisen in erheblichem Ausmaß miteinander berührten. Sie verweist u.a. darauf, daß der Zahnarzt neben Abdruckmassen die verschiedensten Arzneimittel vorrätig halte, wie z.B. schmerzstillende Mittel, blutstillende Präparate und dergl., daß die Dental-Depots dem Zahnarzt neben Abdruckmassen eine große Anzahl von Arzneimitteln lieferten und daß schließlich auch verschiedentlich Apotheken Dental-Pharmaka vorrätig hätten und Zahnärzte diese Dental-Präparate über Apotheken bezögen. Abgesehen davon, daß es sich hierbei im Grunde im wesentlichen um neues tatsächliches Vorbringen handelt, das in der Rechtsbeschwerdeinstanz keine Berücksichtigung finden kann, könnte es darauf, ob sich Arzneimittel allgemein oder bestimmte sonstige Arzneimittelspezialitäten mit Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke überschneiden, nicht ankommen.

Die Rechtsbeschwerde macht allerdings auch geltend, es gebe Arzneimittel für Magen- und Darmerkrankungen

- also Mittel, die dem von der Rechtsbeschwerdegegnerin hergestellten Mittel gegen Magen- und Verdauungsbeschwerden naheständen -, die zugleich in der zahnärztlichen Praxis, und zwar zur Verhinderung der Speichelsekretion bzw. zur Behandlung therapieresistenter Gingivitiden (Zahnfleisch-erkrankungen) angewandt würden. Es handle sich dabei um die Präparate EUMYDRIN und BENUTREX. Unterstellt man hier-nach, daß auch die Anwendungsgebiete von Arzneimitteln für Magen- und Darmerkrankungen sich in einem gewissen Umfange sowohl auf die ärztliche, als auch auf die zahn-ärztliche Praxis erstrecken, so führt das gleichwohl nicht zur Annahme der Warengleichartigkeit mit Abdruckmassen für zahnärztliche Zwecke. Entscheidend ist, ob Fachleute, die über die Verschiedenartigkeit der Herkunft und des Verwendungszwecks der von ihnen anzuwendenden konkreten Erzeugnisse unterrichtet sind, der Gefahr unterliegen, aus einer Übereinstimmung der Kennzeichnungen den irrigen Schluß auf die Herkunftsstätte oder auf zwischen den Her-stellern bestehende Beziehungen zu ziehen (BGH GRUR 1956, 172, 174 - Magirus). Die Rechtsbeschwerde meint nun allerdings weiter, nicht nur Fachleute, nämlich Zahnärzte, sondern auch Zahnkranke, also Laien, lernten das für Ab-druckmassen verwendete Warenzeichen anlässlich ihrer zahn-ärztlichen Behandlung kennen; wenn sie dann später in der Apotheke beim Einkauf eines Verdauungsmittels dem fast gleichen Warenzeichen wieder begegneten, würden sie an das Zeichen für Abdruckmassen erinnert.

Dieser Angriff beruht auf der tatsächlichen Behauptung, der vom Zahnarzt Behandelte werde das Warenzeichen der Ab-druckmasse kennen lernen. Aus dem Zusammenhang der ange-fochtenen Entscheidung ergibt sich jedoch mit Sicherheit als die Auffassung des Beschwerdegerichts, daß dieses Waren-

zeichen dem Patienten nicht gegenübertritt; wenn die Gründe der Entscheidung sich über diesen Punkt nicht besonders aussprechen, so beruht das erkennbar darauf, daß eine entsprechende Behauptung im Tatsachenrechtzuge nicht aufgestellt worden ist und nach der allgemeinen Lebenserfahrung kein Anlaß bestand, diese Frage überhaupt für zweifelhaft zu halten.

Es muß hiernach von folgender Sachlage ausgegangen werden: Die Ware und das Zeichen der Widersprechenden treten nur Fachleuten, das angemeldete Zeichen und die damit bezeichneten Waren sowohl Fachleuten als Laien gegenüber. Die Frage der für die Warengleichartigkeit ausschlaggebenden Verbraucherauffassung kann daher im Streitfall nur für Fachleute gestellt werden, weil nur sie mit beiden Zeichen und Waren in Berührung kommen. Die Kreise der Fachleute, denen beide Zeichen und Waren begegnen, mögen sich nun allerdings, wie die Rechtsbeschwerde geltend macht, bis zu einem gewissen Grade, nämlich insofern "überschneiden", als es Zahnärzte geben wird, die bei eigenen Magen- oder Darmbeschwerden das Mittel der Anmelderin kennen lernen, und solche, die sich im Rahmen ihrer auch allgemeinmedizinische Dinge nicht ausschließenden Berufskenntnisse auch beruflich für Mittel gegen Magen- und Darmerkrankungen interessieren. Auch solche Überschneidungen der Verbraucherkreise zweier Waren genügen jedoch nicht unter allen Umständen, um Warengleichartigkeit zu begründen (BGH GRUR 1956, 172, 174 - Magirus). Für die als Patienten in Betracht kommenden Zahnärzte hat bereits die angefochtene Entscheidung zutreffend ausgeführt, daß sie ihrer Zahl nach im Rahmen des gesamten Abnehmerkreises der Waren der Anmelderin nicht ernstlich in Rechnung zu stellen sind. Soweit die Zahnärzte dagegen

ihr Interesse auch im beruflichen Rahmen der Ware der Anmelderin zuwenden, kommt es entscheidend darauf an, ob anzunehmen ist, daß sie der oben bezeichneten Gefahr irriger Schlüsse unterliegen. Das ist für die hier in Betracht kommenden Waren vom Beschwerdegericht im Ergebnis ohne Rechtsirrtum verneint worden. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde kann dieses Ergebnis namentlich auch nicht aus Gründen der allgemeinen Lebenserfahrung angezweifelt werden, zumal da das Beschwerdegericht sein Ergebnis auf der Grundlage von Auskünften sachkundiger Berufsvertretungen gewonnen hat. Auch die weiteren Verfahrensrügen der Rechtsbeschwerde treffen nicht den die Entscheidung tragenden Punkt; sie können nicht in Frage stellen, daß die als beteiligte Kreise allein in Betracht zu ziehenden Zahnärzte - wie übrigens auch die bei dem Vertrieb der Vergleichswaren tätigen, ebenfalls fachkundigen Personen - einer Gefahr, die Waren als aus demselben Betriebe stammend anzusehen, nicht unterliegen.

Die Rechtsbeschwerde war deshalb mit der sich aus § 13 Abs. 5 WZG in Verbindung mit § 41 y Abs. 1 Satz 2 PatG ergebenden Kostenfolge zurückzuweisen.

Wilde

Sprenkmann

Pehle

Claßen

Ebel