

2546 019

Nachschlagewerk: ja
Antliche Sammlung: nein

WZG § 5 Abs. 4

M i l b u r a n

Zur Frage der Warengleichartigkeit von Arzneimitteln und Pflanzenschutzmitteln.

BGH, Beschl. v. 19. Juni 1963 - Ib ZB 7/62

Bundespatentgericht

B e s c h l u ß

In Sachen

der Aktiengesellschaft in Firma N [REDACTED] A [REDACTED],
Ha [REDACTED], Al [REDACTED], gesetzlich vertreten
durch ihren Vorstand, bestehend aus den Herren Paul
Ho [REDACTED], Ernst L [REDACTED] und Walter A. G [REDACTED], in Ha [REDACTED],

Anmelderin und Rechtsbeschwerde-
führerin

- Bevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma Fa [REDACTED] H [REDACTED] Aktiengesellschaft, vormals
Meister Lu [REDACTED] & B [REDACTED], vertreten durch den Vorstand,
F [REDACTED] (H [REDACTED]) - H [REDACTED],

Widersprechende und Rechts-
beschwerdegegnerin

- Bevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] -

hat der Ib-Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in der
Sitzung vom 19. Juni 1963 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Prof. Dr. h. c. Wilde und der Bundes-
richter Dr. Krüger-Nieland, Jungbluth, Pehle
und Dr. Mösl

b e s c h l o s s e n :

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

Von Rechts wegen

- 2 -

G r ü n d e :

- I. Die Anmelderin und Rechtsbeschwerdeführerin hat zur Eintragung in die Warenzeichenrolle das Wortzeichen "Milburan" für Pflanzenschutz- und Schädlingsbekämpfungsmittel und Desinfektionsmittel angemeldet. Im Laufe des Verfahrens hat sie das Warenverzeichnis auf Pflanzenschutzmittel und Mittel zur Bekämpfung von Schädlingen von Pflanzen beschränkt.

Gegen die Anmeldung hat die Inhaberin des für Arzneimittel, chemische Erzeugnisse für Heilzwecke und Gesundheitspflege, pharmazeutische Drogen, Pflaster, Verbandstoffe eingetragenen Zeichens "Mirulban" - Warenzeichenrolle Nr. 602 695 - Widerspruch erhoben. Sie hat das Warenverzeichnis für dieses Zeichen im Laufe des Verfahrens auf Arzneimittel beschränkt.

Durch Beschluß vom 11. März 1957 hat die Prüfungsstelle des Deutschen Patentamts die Übereinstimmung des angemeldeten Zeichens mit dem Widerspruchszeichen festgestellt und dem angemeldeten Zeichen die Eintragung versagt. Gegen diesen Beschluß hat die Anmelderin form- und fristgerecht Beschwerde eingelegt. Sie hat die Beschwerde darauf gestützt, daß die Prüfungsstelle, die dabei der ständigen Übung des Deutschen Patentamts gefolgt war, zu Unrecht die Warengleichartigkeit zwischen Pflanzenschutzmitteln und Mitteln zur Bekämpfung von Schädlingen von Pflanzen einerseits sowie Arzneimitteln



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

andererseits bejaht habe. Die Widersprechende ist dieser Auffassung schriftsätzlich beigetreten, hat aber den Widerspruch aufrechterhalten, um eine grundsätzliche Entscheidung über die Frage der Warengleichartigkeit herbeizuführen.

Der 25. Senat (Warenzeichen-Beschwerdesenat II) des Bundespatentgerichts, bei dem das Verfahren am 1. Juli 1961 rechtshängig geworden war, hat durch Beschluß vom 2. November 1961 die Beschwerde zurückgewiesen, dabei aber die Rechtsbeschwerde zugelassen, weil es sich nach seiner Ansicht bei der Frage, ob Pflanzenschutzmittel und Arzneimittel auch weiterhin als gleichartige Waren anzusehen seien, um eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung handelt.

- II. 1. Die darauf von der Anmelderin eingelegte Rechtsbeschwerde ist verfahrensrechtlich bedenkenfrei. Wie sich ergeben wird, hängt allerdings die Beurteilung der Frage, ob die hier sich gegenüberstehenden Waren gleichartig sind, entgegen der Meinung des Beschwerdesenats letztlich nicht von rechtlichen Erwägungen, sondern von der Würdigung tatsächlicher Verhältnisse ab. Die vom Beschwerdesenat ausgesprochene Zulassung der Rechtsbeschwerde ist jedoch außer unter besonderen, hier nicht vorliegenden Umständen für die Rechtsbeschwerdeinstanz bindend (Löschner in Benkard, Patentgesetz, 4. Aufl., § 41 p Anm. 8 S. 807).
2. In sachlicher Hinsicht kann die Rechtsbeschwerde keinen Erfolg haben.

- a) Der Beschwerdesenat geht zutreffend davon aus, daß das angemeldete Zeichen "Milburan" mit dem Widerspruchszeichen "Mirulban" klanglich und bildlich in hohem Grade verwechselbar sei und die Entscheidung daher allein von der Beantwortung der Frage abhängt, ob zwischen den in Betracht kommenden Waren Gleichartigkeit besteht. Insoweit erhebt die Rechtsbeschwerde gegen den angefochtenen Beschluß auch keine Einwände.
- b) Zur Frage der Gleichartigkeit hat der Beschwerdesenat nach einer Umfrage bei einer größeren Zahl von Verbänden der Industrie, des Handels und der Verbraucherschaft unter Bezugnahme auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 19, 23) dargelegt, ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und Verwendungsweise nach seien die sich gegenüberstehenden Waren allerdings verschieden; es möge auch sein, daß sie, wie die Anmelderin behauptete, regelmäßig nicht in den gleichen Fabrikationsstätten erzeugt würden, obwohl die Anmelderin habe einräumen müssen, daß namentlich in den pharmazeutischen Großunternehmen neben der Herstellung von Arzneimitteln auch diejenige von Pflanzenschutzmitteln in erheblichem Umfange betrieben werde. Wie hoch der Marktanteil dieser Hersteller beider Warenarten für die Waren der Anmeldung sei, habe sich freilich nicht ermitteln lassen. Dies könne aber auf sich beruhen; denn nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung stehe jedenfalls fest, daß die beiden Warenarten zu einem erheblichen Teil in den gleichen Verkaufsstätten angeboten würden. Wenn auch der Bedarf der Großver-

braucher von Pflanzenschutzmitteln unmittelbar beim Hersteller oder bei landwirtschaftlichen Genossenschaften und Fachgeschäften gedeckt werde, so würden solche Mittel nach den Auskünften der Arbeitsgemeinschaft der Berufsvertretungen Deutscher Apotheker, des Deutschen Raiffeisenverbandes, des Bundesverbandes der Pharmazeutischen Industrie und des Industrieverbandes Pflanzenschutz- und Schädlingsbekämpfungsmittel doch in kleinen Gebinden für den Haus- und Gartenbedarf, insbesondere zur Pflege von Hausgärten und Zimmerpflanzen, neben Arzneimitteln auch in Apotheken und Drogerien verkauft. Es möge sich dabei zwar um einen nur geringen Bruchteil der Gesamtproduktion an Pflanzenschutzmitteln handeln; der Personenkreis jedoch, der seinen Bedarf in diesen Verkaufsstätten decke, sei so groß, daß er bei der Beurteilung der Warengleichartigkeit nicht außer Betracht bleiben dürfe.

Die danach zeichenrechtlich erhebliche Berührung der beiderseitigen Waren in Apotheken und Drogerien rechtfertige zwar allein noch nicht die Feststellung der Warengleichartigkeit; denn der Verkehr wisse, daß nicht alle in diesen Vertriebsstätten geführten Artikel in dem gleichen Fabrikationsbetriebe erzeugt seien. Bei den hier in Rede stehenden Waren liege jedoch ein dahingehender Schluß ohne weiteres nahe, weil jeder Abnehmer sie schon nach ihrer Beschaffenheit für Erzeugnisse der chemischen bzw. chemisch-pharmazeutischen Industrie halten werde, und da weithin bekannt sei, daß jedenfalls von einigen großen Firmen dieses Geschäftszweiges Ware sowohl der einen als auch der anderen Art hergestellt werde.

Bei dieser Sachlage müsse an der jahrzehntelangen ständigen Spruchpraxis des Patentamts festgehalten werden, nach der Pflanzenschutzmittel und pharmazeutische Präparate gleichartig seien; denn die Annahme der Anmelderin, bei den Vergleichswaren habe sich in neuerer Zeit in Produktion und Vertrieb eine klare Trennung vollzogen, habe sich nicht als richtig erwiesen.

Die Rechtsbeschwerde beanstandet, daß der Beschwerdesenat sich im wesentlichen nur mit der Bedeutung der Verkaufsstätte befaßt, die übrigen für die Beurteilung der Warengleichartigkeit rechtserheblichen Merkmale dagegen vernachlässigt und hierbei auch wesentliches Vorbringen beider Verfahrensbeteiligten nicht hinreichend berücksichtigt habe.

Im einzelnen macht sie geltend, die massenweise Herstellung von Pflanzenschutzmitteln habe sich als neuer selbständiger Wirtschaftszweig entwickelt, der sich von der übrigen Wirtschaft deutlich abhebe. Die Verwendung dieser Mittel zum Schutz gerade nur von Pflanzen sei von der Verwendung der zur Behandlung von Menschen bestimmten Arzneimittel wesensverschieden. Daß die Fabrikationsstätten von Pflanzenschutzmitteln andere als die von Arzneimitteln seien, habe das Beschwerdegericht selbst unterstellt. Die Erzeugnisse der großen chemischen Fabriken aber, in denen beide Arten von Waren hergestellt würden, seien so unterschiedlich, daß der Verkehr sie nicht als gleichartig ansehe. Die Verteilung der Pflanzenschutzmittel ferner liege ganz

überwiegend in Händen der Fachorganisationen. Soweit ein Verkauf in Apotheken und Drogerien in Betracht komme, sei zu beachten, daß angesichts der Mannigfaltigkeit der dort insgesamt feilgehaltenen Waren das Publikum überhaupt nicht auf den Gedanken komme, die Waren stammten alle vom gleichen Hersteller. Die Feststellung des Beschwerdesenats, der Vertrieb von Pflanzenschutzmitteln in diesen Verkaufsstätten könne ungeachtet des geringen Anteils an der Gesamtproduktion wegen der Größe des Käuferkreises nicht außer Betracht bleiben, entbehre zudem einer hinreichenden tatsächlichen Grundlage. Der Beschwerdesenat habe schließlich die verschiedenen, für die Frage der Waren-gleichartigkeit bedeutsamen Umstände auch nicht in ihrer wechselseitigen Beeinflussung gewertet und daher die Verkehrsauffassung unrichtig beurteilt.

Der Auffassung der Rechtsbeschwerde kann nicht beigetreten werden. Der Beschwerdesenat ist bei seiner Prüfung von der üblich gewordenen Umschreibung des Begriffs der zeichenrechtlichen Waren-gleichartigkeit ausgegangen, wonach es darauf ankommt, ob die einander gegenüberzustellenden Waren ihrem Ursprung, ihrer Herkunft, der regelmäßigen Fabrikations- oder Verkaufsstätte oder ihrer Verwendungsweise nach einander so nahe stehen, daß bei den Durchschnittskäufer die Meinung aufkommen kann, sie stammten aus demselben Geschäftsbetrieb (BGH GRUR 1954, 123 - Auto-Fox; 1954, 457 - Irus/Urur; BGHZ 19, 23 - Magirus; BGH GRUR 1957, 126 - Troika; 1957, 288 - Plasticum-Männchen; 1958, 340 - Technika; 1959, 26 - Triumph). Die von der Rechtsbeschwerde

erhobenen Rügen laufen im Kern darauf hinaus, die hier angeführten Merkmale seien in der angefochtenen Entscheidung im einzelnen und in ihrer Gesamtheit nicht hinreichend gewürdigt worden. Indessen enthält die wiedergegebene Umschreibung keine starre Begriffsbestimmung, die für die Beurteilung in allen Fällen maßgebend wäre, sondern sie stellt lediglich eine für den typischen Fall entwickelte Hilfe bei der Gesetzesanwendung dar (BGH GRUR 1958, 441 - Tricolore; 1961, 343, 344 - Messmer-Tee). Wenn die angegebenen Merkmale vorliegen, so ist dies zwar regelmäßig ein sicherer Anhaltspunkt dafür, daß die betreffenden Waren gleichartig sind. Es ist aber für die Annahme der Warengleichartigkeit nicht erforderlich, daß diese Merkmale überhaupt oder doch im wesentlichen vorhanden sind; vielmehr kann die Gleichartigkeit auch aus nur einem von ihnen oder aus anderen Umständen hergeleitet werden. Entscheidend ist stets, ob die Gefahr besteht, daß die in Betracht kommenden Verkehrskreise nach der Lage des Falles dem Irrtum unterliegen können, die Ursprungsstätte der mit übereinstimmenden oder mit verwechselbaren Zeichen versehenen Waren sei die gleiche (BGH aaO; vgl. dazu auch den Beschluß des Senats vom 6. März 1963 - Ib ZB 2/63 - Digesta). Wenn es sich bei diesen Verkehrskreisen, wie hier, in erster Linie um Letztverbraucher handelt, wird dabei vor allem die Vorstellung von Bedeutung sein, die der auch in diesem Punkte oberflächliche Durchschnittskäufer sich aufgrund der ihm zugänglichen Tatsachen über die Herkunft der Waren gebildet hat.

Diese Überlegung liegt auch der angefochtenen Entscheidung zugrunde. Der Beschwerdesenat hat dabei

die Beurteilung keineswegs, wie die Rechtsbeschwerde meint, im wesentlichen nur auf den Umstand abgestellt, daß die beiden sich gegenüberstehenden Arten von Erzeugnissen gemeinsam in gleichen Vertriebsstätten angeboten werden. Vielmehr hat er außerdem noch die besondere Art der Vertriebsstätten - Apotheken und Drogerien -, ferner die Vorstellung der Verbraucher von der gemeinsamen Beschaffenheit der beiden Warenarten als Erzeugnisse der chemischen bzw. chemisch-pharmazeutischen Industrie und die Tatsache berücksichtigt, daß jedenfalls einige Großunternehmen dieser Industrien auch heute noch sowohl Arzneimittel als auch Pflanzenschutzmittel herstellen und daß dies weithin bekannt ist.

Gegen diese Betrachtungsweise können aus Rechtsgründen keine Bedenken erhoben werden. Wenn auch das bloße Zusammentreffen von Erzeugnissen verschiedener Art in den gleichen Verkaufsstätten meist noch keinen Schluß auf die Gleichartigkeit der Erzeugnisse im zeichenrechtlichen Sinne rechtfertigt, so ist dieser Umstand für die Beurteilung der Gleichartigkeit doch jedenfalls dann beachtlich, wenn der Verbraucher zwischen den in Betracht kommenden Waren aus sonstigen Gründen Zusammenhänge vermuten kann, die auf einen gemeinsamen Ursprung hindeuten würden. In einem solchen Falle können die tatsächlichen Fabrikationsverhältnisse und ihre Entwicklung, deren genauere Kenntnis beim Publikum nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden kann, für die Verbrauchervorstellung und damit für die zu entscheidende Frage an Bedeutung zurücktreten, während der

Vertrieb in den gleichen Verkaufsstätten hier geeignet ist, die Vorstellung vom gemeinsamen Ursprung der Waren zu verstärken.

Die Erwägungen, aus denen der Beschwerdesenat von seinem hiernach rechtlich einwandfreien Ausgangspunkt aus zur Bejahung der Gleichartigkeit von Pflanzenschutzmitteln und Mitteln zur Bekämpfung von Schädlingen von Pflanzen einerseits und Arzneimitteln andererseits gelangt ist, sind tatsächlicher Art und mit der Rechtsbeschwerde nicht angreifbar. Die angefochtene Entscheidung läßt auch nicht erkennen, daß der Beschwerdesenat rechtserhebliche tatsächliche Gesichtspunkte übersehen, den Sachverhalt unzureichend aufgeklärt oder gegen die Lebenserfahrung oder die Denkgesetze verstoßen hat. Wenn der Beschwerdesenat seine Beurteilung auf die Auskünfte der Arbeitsgemeinschaft der Berufsvertretungen Deutscher Apotheker, des Deutschen Raiffeisenverbandes, des Bundesverbandes der Pharmazeutischen Industrie und des Industrieverbandes Pflanzenschutz- und Schädlingsbekämpfungsmittel gestützt und demgegenüber andere Auskünfte und Unterlagen, insbesondere die Angaben der Parteien über das zahlenmäßige Verhältnis einerseits der nur Arzneimittel und nur Pflanzenschutzmittel und andererseits der beide Warenarten herstellenden Betriebe für nicht durchschlagend erachtet hat, so hat er sich dabei im Rahmen der ihm vorbehaltenen tatsächlichen Würdigung gehalten, die in der Instanz der Rechtsbeschwerde nicht nachzuprüfen ist. Aus den von ihm zugrunde gelegten Auskünften konnte der Beschwerdesenat jedenfalls

ohne Rechtsfehler entnehmen, daß eine klare Trennung der Absatzwege der beiden Warenarten sich nicht feststellen läßt, daß die Erzeugnisse vielmehr, wenn auch in kleineren Mengen und mit regional unterschiedlichen Marktanteil, so doch nach wie vor gemeinsam in Apotheken und Drogerien abgegeben werden, deren Kundenkreis bei der Beurteilung der Verkehrsauffassung nicht außer Betracht gelassen werden kann. Der Meinung der Rechtsbeschwerde, die Mannigfaltigkeit der in diesen Verkaufsstätten geführten Waren schließe den Gedanken an eine gleiche Warenherkunft aus, kann in diesem Falle nicht gefolgt werden. Bei Apotheken und Drogerien handelt es sich im Gegenteil um Verkaufsstätten, deren Warensortiment stark spezialisiert ist. Die Vermutung, Erzeugnisse mit übereinstimmender oder verwechselbarer Bezeichnung stammten aus demselben Herstellerbetrieb, wird daher mindestens bei einem bedeutenden Teil dieses Sortiments in besonderem Maße nahegelegt. Die Beschaffenheit der Waren, die sich im vorliegenden Falle gegenüberstehen, vermag diese Vermutung nicht zu entkräften; denn wenn Pflanzenschutzmittel und Arzneimittel auch unterschiedlichen Zwecken dienen, die sich allerdings bei der Bekämpfung tierischer Parasiten gleichwohl berühren können (vgl. dazu die Auskünfte des Industrieverbandes Pflanzenschutz- und Schädlingsbekämpfungsmittel und des Verbandes der Chemischen Industrie), so sind doch die Waren beider Arten Produkte der chemischen bzw. chemisch-pharmazeutischen Industrie. Zwar würde dieser Umstand für sich allein betrachtet

für die Annahme der Warengleichartigkeit wiederum nicht ausreichen, weil die genannten Industriezweige sich mit der Herstellung der unterschiedlichsten Erzeugnisse befassen. In Verbindung mit der Tatsache, jedoch, daß Arzneimittel und Pflanzenschutzmittel auch in den gleichen, spezialisierten Verkaufsstätten angeboten werden, konnte der Beschwerdesenat darin ohne Rechtsfehler ein Anzeichen für die Gleichartigkeit dieser Waren sehen. Es entsprach ferner dem festgestellten Sachverhalt, wenn der Beschwerdesenat gegenüber der Behauptung der Anmelderin, die Fabrikation der beiden Warenarten habe sich getrennt, auf die gemeinsame Herstellung beider Arten von Erzeugnissen in einer Reihe von Großunternehmen hingewiesen hat. Der Beschwerdesenat ist hierbei ersichtlich der Auskunft des Bundesverbandes der Pharmazeutischen Industrie, wonach die Zahl der letztgenannten Unternehmen zwar klein, der Produktionsanteil jedes dieser Unternehmen an Pflanzenschutzmitteln aber wesentlich höher ist, sowie der mit Schriftsatz vom 8. August 1961 überreichten Zusammenstellung des Ergebnisses der von der Anmelderin selbst durchgeführten Ermittlungen gefolgt, wonach es gerade besonders bedeutende und - was hier entscheidend ist - in Verbraucherkreisen weithin bekannte Unternehmen der chemisch-pharmazeutischen Industrie sind, die außer Arzneimitteln auch Pflanzenschutzmittel in einem im Verhältnis zu den Arzneimitteln sehr erheblichen Umfange auf den Markt bringen. Gegen die Schlüsse, die der Beschwerdesenat aus diesen Umständen gezogen hat, können keine rechtlichen Einwände erhoben werden.

Der Beschwerdesenat hat bei seiner Entscheidung schließlich mit Recht noch die Tatsache berücksichtigt, daß das Patentamt die Gleichartigkeit von Pflanzenschutzmitteln mit pharmazeutischen Präparaten in jahrzehntelanger ständiger Spruchpraxis bejaht hat. Wenn durch diese Amtsübung auch keine Rechtsnorm geschaffen worden ist, die durch eine zukünftige abweichende Amtsübung verletzt werden würde (vgl. den Beschluß des Senats vom 6. März 1963 - Ib ZB 2/62 - Digesta), so kann sie doch auf die Verkehrsauffassung nicht ohne Einfluß geblieben sein; denn sie hatte zur Folge, daß in der Vergangenheit Arzneimittel einerseits und Pflanzenschutzmittel andererseits niemals unter übereinstimmenden oder verwechselbaren Warenzeichen im Verkehr erscheinen und die für beide Warenarten gleichen Verkehrskreise sich mithin auch nicht daran gewöhnen konnten, die Herkunft der beiden Arten von Erzeugnissen trotz etwaiger Zeichenübereinstimmung auseinanderzuhalten. Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, wenn der Beschwerdesenat bei einer solchen Sachlage als Voraussetzung für eine geänderte Verkehrsauffassung, die eine abweichende Beurteilung der Frage der Warengleichartigkeit hätte rechtfertigen können, eine vollzogene klare, d.h. namentlich, für die beteiligten Verkehrskreise offenkundige Trennung sowohl in der Produktion als auch im Vertrieb gefordert hat, an der es nach den ohne Rechtsverstoß getroffenen tatsächlichen Feststellungen fehlt.

Die Rechtsbeschwerde der Anmelderin mußte nach alledem erfolglos bleiben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 13 Abs. 5 WZG in Verbindung mit § 41 y Abs. 1 Satz 2 PatG.

Wilde Krüger-Nieland Jungbluth Pehle Mösl