

Angehörigen nicht nur die im gesetzlichen Sinne Blutsverwandten und Verschwägerten, sondern alle Personen, die auf Grund gleich bewerteter Beziehungen zu dem Familienverbannde des Erblassers gerechnet zu werden pflegen. So kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Verlobte des Erblassers als dessen Angehörige zu gelten hat. Aber auch die Verschwägerten des Ehegatten des Erblassers gehören nach der Volksmeinung zu dessen Angehörigen. Sie werden gemeinhin als „Schwippschwager“ und „Schwippschwägerin“ bezeichnet, eine Bezeichnung, die erkennen läßt, daß sie, obwohl man sich des Mangels der echten, gesetzlichen Schwägerschaft bewußt ist, als Familienangehörige betrachtet werden. Eine rechtliche Anerkennung dieser Volksauffassung findet sich in den Anfechtungsbestimmungen der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes (§ 31 Ziff. 2 KO, § 3 Ziff. 2 AG), indem diese – unter gewissen weiteren Voraussetzungen – nicht nur Verträge des Gemeinschuldners (Schuldners) mit seinen und seiner Ehegatten Geschwistern, sondern auch mit dem Ehegatten einer dieser Personen für anfechtbar erklären. Erscheint es danach unbedenklich, den Antragsteller als Angehörigen des Erblassers zu behandeln, so beurteilt sich die weitere Frage, ob er als *naber* Angehöriger im Sinne der VO zu gelten hat, rein nach den tatsächlichen Verhältnissen. Ist, wie das Amtsgericht unterstellt, eine dem verwitweten Erblasser blutsverwandte oder verschwägte Person nicht vorhanden, und hat der Antragsteller, wie er behauptet, dem Erblasser persönlich nahe gestanden, so kann ihm die Berechtigung zur Stellung des Antrags nach § 1 der VO nicht abgesprochen werden.

Der auf irrtümlicher Gesetzesauslegung beruhende Beschluß ist aufzuheben und die Angelegenheit zur Entscheidung an das Amtsgericht zurückzuverweisen.

gez. Dr. Günther Balve

89. Zur Verwendung eines Warenzeichens und zu dessen Benutzung im geschäftlichen Verkehr.

WZG §§ 15, 24.

II. Zivilsenat. Urt. v. 11. Dezember 1944 (II 27/1944).

I. Landgericht Hamburg.

II. Oberlandesgericht Hamburg.

In Sachen der Gemeindeverwaltung der Hansestadt Hamburg, Beklagten und Revisionsklägerin, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Fuchslocher in Leipzig,

gegen

die Chemische Fabrik E. Merck, Darmstadt, Kläger und Revisionsbeklagten, Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Benkard in Leipzig,

hat das Reichsgericht, II. Zivilsenat, auf die mündliche Verhandlung vom 15. September 1944 durch den Vizepräsidenten beim Reichsgericht Kolb und die Reichsgerichtsräte Frings, Dr. Neumerkel, Dr. Schulze und Schuster für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das Urteil des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Hamburg vom 8. Dezember 1943 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß in Ziffer 2 der Formel des Berufungsurteils die Worte „in der Form des Schriftsatzes der Beklagten vom 15. Juni 1943 S. 2 (Bl. 220 act.) – die erste Form mit oder ohne die Vormerkung „A. K. St. Georg“ – oder wie im Schriftsatz der Klägerin vom 4. November 1943 (Bl. 240 act.)“ fortfallen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Beklagte.

Die Beklagte hat dem Kläger an Gerichtskosten 805 RM und an außergerichtlichen Kosten 2.330 RM zu erstatten. – Von Rechts wegen.

Tatbestand

Der Kläger erzeugt und vertreibt pharmazeutische Präparate. Er ist Inhaber der folgenden in die Warenzeichenrolle des Reichspatentamts eingetragener Warenzeichen:

- a) Eukodal, eingetragen am 18. Mai 1916 unter der Nr. 210 347,
- b) Ephetonin, eingetragen am 28. Oktober 1926 unter der Nr. 358 668,
- c) Doryl, eingetragen am 18. Dezember 1928 unter der Nr. 395 902,
- d) E. Merck, eingetragen am 9. April 1934 unter der Nr. 464 877.

Bei den ersten drei Zeichen sind die Waren für die die Zeichen bestimmt sind, dahin beschrieben „ein chemisches Präparat für pharmazeutische Zwecke“, „ein chemisches Präparat für medizinische Zwecke“ und „ein chemisch-pharmazeutisches Präparat“. Zu dem Zeichen E. Merck ist eine große Anzahl von Waren angeführt, darunter Arzneimittel, chemische Produkte für medizinische und hygienische Zwecke, pharmazeutische Drogen und Präparate. Die hier in Betracht kommenden Erzeugnisse des Klägers werden von ihm unter den ihm geschützten Bezeichnungen in der Form von Tabletten, Perlen und Salben, weiter als Lösungen mit bestimmten gebräuchlichen Dosierungen in Ampullen und endlich als sogenannte „Substanz“ für Zwecke der Rezeptur in den Handel gebracht.

Die Beklagte unterhält eine Anzahl gemeindeeigener Krankenhäuser; mit ihrem Krankenhaus St. Georg ist eine Apotheke verbunden, im folgenden kurz „Apotheke St. Georg“ genannt, die von der Klägerin mit sogenannter „Substanz“ beliefert wird. Die Apotheke St. Georg stellt mit der Substanz der unter den Wortzeichen des Klägers in den Verkehr gebrachten Präparate Lösungen

her, wie sie von dem Kläger in Ampullen geliefert werden, und füllt sie ihrerseits in Ampullen von 1 ccm Inhalt ab. Diese Ampullen werden nicht nur im Betriebe des Krankenhauses St. Georg verwendet, sondern auch an eine Reihe anderer der Verwaltung der Beklagten unterstellter Krankenhäuser gegen Verrechnung abgegeben. Die Ampullen sind mit Beschriftungen versehen, in denen die Wortzeichen des Klägers enthalten sind. In den Krankenhäusern werden die Ampullen von den dort tätigen Ärzten für die Behandlung der Kranken verwendet. Die Behauptung des Klägers, solche Ampullen würden auch an Stellen außerhalb der von der Beklagten unterhaltenen Krankenhäuser abgegeben und dort verwendet, hat die Beklagte bestritten.

Der Kläger erblickt in diesem Verfahren der Beklagten eine Verletzung seiner Zeichenrechte. Er hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es zu unterlassen, Arzneimittel, insbesondere in Ampullen, mit den Bezeichnungen Eukodal, Ephetonin, Doryl und Merck zu versehen und die mit diesen Bezeichnungen versehenen Waren im Betriebe des Krankenhauses St. Georg sowie im Betriebe der von der Krankenhaus-Apotheke St. Georg belieferten anderen Krankenhäuser zu verwenden. Weiter hat der Kläger Ansprüche auf Auskunftserteilung und Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten erhoben.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Sie hat vorgetragen, sie sei zu der Bezeichnung der Ampullen in der beanstandeten Form gesetzlich verpflichtet, die Beschriftung der Ampullen sei nur Beschaffenheits- und Inhaltsangabe, die in keinem geschäftlichen Betriebe vorgenommen würde, sondern nur der Erleichterung des inneren Betriebes ihrer öffentlich- und gemeinde-rechtlichen Anstalten diene, die Bezeichnungen würden in dem allgemein üblichen und rechtmäßigen Verfahren der Rezeptur benutzt, das von dem Kläger durch die Abgabe der Substanz selbst gebilligt und allen mit den Ampullen in Berührung kommenden Ärzten und Krankenhausbediensteten bekannt sei, und der Kläger habe seine Ansprüche nur erhoben, um mit den von ihm in den Verkehr gebrachten Arzneimitteln höhere Gewinne zu erzielen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im zweiten Rechtszuge hat die Beklagte eine schriftliche Erklärung des verantwortlichen Leiters der Apotheke St. Georg, des Apothekendirektors Burger vorgelegt, nach der die Ampullen seit dem 1. Juni 1943 in einer Weise beschriftet sind, die nach Ansicht der Beklagten den Charakter einer bloßen Inhalts- und Beschaffenheitsangabe einwandfrei zum Ausdruck bringt. Der Apothekendirektor hat zugleich erklärt, daß sich seit dem 5. Juni 1943 keine Ampullen mit irgendeiner anderen Beschriftung auf irgendeiner Station derjenigen Krankenhäuser befinden, die von der Apotheke St. Georg beliefert würden. Die Beklagte hat geltend gemacht, daß nunmehr dem Unterlassungsanspruch in vollem Umfang genügt worden sei und daß eine Wiederholungsgefahr nicht mehr bestehe.

Das Berufungsgericht hat die Beklagte unter Änderung des Urteils des Landgerichts verurteilt, es zu unterlassen, Arzneimittel, insbesondere Ampullen mit den Bezeichnungen Eukodal, Ephetonin, Doryl oder Merck in der Form des Schriftsatzes der Beklagten vom 15. Juni 1943 S. 2 Bl. 220 – die erste Form mit oder ohne die Vormerkung „A. K. St. Georg“ – oder wie im Schriftsatze des Klägers vom 4. November 1943 Bl. 240 warenzeichenmäßig zu versehen und die mit diesen Bezeichnungen versehenen Waren im Betriebe des Krankenhauses St. Georg sowie in den Betrieben der von der Krankenhaus-Apotheke St. Georg belieferten anderen Krankenhäuser zu verwenden. Weiter hat das Berufungsgericht die Beklagte verurteilt, dem Kläger über den Umfang, insbesondere Menge und Preis der von der Apotheke St. Georg mit den vier Wortzeichen versehenen und zur Verwendung ausgelieferten Ampullen Auskunft zu erteilen, und festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den durch die Zuwiderhandlungen seit dem Jahre 1939 entstandenen Schaden zu ersetzen.

Mit der Revision beantragt die Beklagte, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Berufung des Klägers zurückzuweisen. Der Kläger beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

1. Die Revision erklärt zunächst die Formel des Berufungsurteils deshalb für bedenklich, weil sie die für unzulässig erklärte Form der Benutzung der streitigen Bezeichnungen nicht in sich selbst enthalte, sondern dafür auf Schriftsätze Bezug nehme. Da die Schriftsätze mit dem Berufungsurteil nicht verbunden seien, so sei dieses keine zur Zwangsvollstreckung geeignete Urkunde. Die Revision macht weiter geltend, soweit die Verurteilung sich auf die im Schriftsatz vom 4. November 1943 bezeichnete Form beziehe, sei nicht festgestellt, daß die Beklagte diese Form benutzt habe.

Der Revision ist darin beizutreten, daß eine Bezugnahme auf dem Urteil nicht angeschlossene Schriftstücke, wie sie das Berufungsurteil enthält, jedenfalls unzulässig ist. Die Urteilsformel nimmt auf die in den Schriftsätzen der Beklagten vom 15. Juni 1943 und des Klägers vom 4. November 1943 angegebenen Beschriftungen Bezug. Die dort wiedergegebenen Beschriftungen lauten:

a. Im Schriftsatz vom 15. Juni 1943 Bl. 220: „A. K. St. Georg, Datum ..., Eukodal 2%ig B (oder E) W. Z. Merck 1 ccm“,

und „2%ig 1 ccm Lösung aus Original (z. B.) Eukodal hergestellt im A. K. St. Georg Kontrollziffer.“

b. Im Schriftsatz vom 4. November 1943, Bl. 240: „060739 Doryl 0,00025 : 1 ccm.“

Der Wortlaut dieser Beschriftungen ist nur aus den Schriftsätzen, nicht dagegen aus dem sonstigen Urteilsinhalt zu entnehmen. Das Berufungsurteil genügt somit nicht dem Erfordernis, daß die Urteilsformel, d. h. der verfügende

Teil des Urteils, aus der Urteilsurkunde allein oder in Verbindung mit den hier angeschlossenen Anlagen verständlich sein muß. Die Anführung der einzelnen, aus den Schriftsätzen vom 15. Juni und 4. November 1943 ersichtlichen Beschriftungen war aber nicht notwendig und nur geeignet, Mißverständnisse hervorzurufen. Die Begründung des Urteils des zweiten Rechtszuges ergibt, daß das Gericht der Beklagten die *warenzeichenmäßige* Verwendung der Worte „Merck“, „Doryl“, „Eukodal“ und „Ephetonin“ zur Bezeichnung von Arzneimitteln, insbesondere von Ampullen, untersagen wollte, und daß hierin die Begrenzung des Verbotes liegt. Zur Beseitigung des Mangels genügt es deshalb, die Revision der Beklagten mit der Maßgabe zurückzuweisen, daß der unnötige und irreführende Zusatz in der Urteilsformel wegfällt, und daß diese, entsprechend der Begründung des Berufungsurteils und den weiteren Entscheidungsgründen des gegenwärtigen Urteils, klar und aus der Urteilsurkunde allein ersichtlich gefaßt wird.

Die Aufschrift: „060739 Doryl 0,00025:1 ccm“ findet sich auf einer Ampulle, die der Kläger mit Schriftsatz vom 8. Juni 1943 Bl. 218 zusammen mit einer weiteren Ampulle vorgelegt hat, die die Aufschrift trägt: „1 ccm 941 Doryl 0,00025 g E. Merck Darmstadt“.

Dazu hat der Kläger erklärt, das sei eine seiner Originalampullen, die andere Ampulle sei bei der Beklagten hergestellt mit der Beschriftung, wie sie seinerzeit zu den Beanstandungen Veranlassung gegeben habe. Das Berufungsgericht hat darauf, durch Verfügung vom 18. Oktober 1943 den Parteien aufgegeben, zu erklären, welches die von der Apotheke St. Georg hergestellte Ampulle sei. Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 4. November 1943 Bl. 240 die Ampulle mit der zuerst angegebenen Beschriftung als solche bezeichnet. Die Beklagte hat dem nicht widersprochen, sie hat aber vorher auf S. 3 des Schriftsatzes vom 31. Oktober 1943 Bl. 235 wegen der Beschriftung der Ampullen auf ihre Klagebeantwortung vom 22. Juni 1942 S. 2 Bl. 44 verwiesen. Danach hat sie der Beschriftung den Vermerk: „A. K. St. Georg“ vorangestellt. Entsprechend stellt auch das – durch die zahlreichen Verweisungen wenig klare – Berufungsurteil in den Entscheidungsgründen auf S. 5 ff. fest, die Angaben der Parteien gingen darüber auseinander, in welcher Form in der Apotheke die von ihr hergestellten Ampullen beschriftet worden seien. Die Beklagte wolle den für den Kläger geschützten Bezeichnungen die Angabe „A. K. St. Georg“ und eine Kontrollnummer vorangestellt haben. Danach hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, daß die Beklagte Beschriftungen ohne den Zusatz „A. K. St. Georg“ und ohne Kontrollnummer verwendet hat. Für die Gesamtbeurteilung ist der Punkt aber, wie die folgenden Darlegungen ergeben, ohne Bedeutung.

2. Zu der Frage, ob das Verhalten der Beklagten als ein Vorgang des geschäftlichen Verkehrs oder als ein eine Warenzeichenverletzung nicht enthaltender innerer Betriebsvorgang anzusehen sei, führt das Berufungsurteil auf S. 13 f.

aus: Schon das Versehen der Ampullen als Warenhüllungen mit Warenzeichen erfülle den Tatbestand des § 24 Abs. 1 WZG, falls nicht eine Inverkehrsetzung zuverlässig ausgeschlossen werde. Sie sei mithin auch ohne nachfolgende Inverkehrsetzung unzulässig. Im übrigen bedeute die Aushändigung der Ampullen an die verschiedenen Krankenhäuser zur Verwendung in deren Betrieben eine Inverkehrsetzung im Sinne des § 24 WZG. Es handele sich um einen „geschäftlichen Verkehr“. Entscheidend für diesen nicht zu eng auszulegenden Begriff sei nicht ein innerer Betriebsvorgang – der hier auch auf die Apotheke St. Georg zu beschränken und nicht auf die Krankenhäuser auszudehnen wäre –, sondern ein eine Warenzeichenverletzung ausschließender rein privater häuslicher Eigengebrauch. Ein solcher würde nur dann gegeben sein, wenn die Apotheke St. Georg die Ampullen lediglich zu ihrer eigenen Unterrichtung, zu Studienzwecken, Laboratoriumsversuchen und ähnlichem in ihren Räumen verwendete. Auch die Bezeichnung der Standgefäße falle nicht unter den Begriff des „inneren Privatgebrauches“; das Deutsche Arzneibuch lasse insoweit den Gebrauch von sinnverwandten Worten (Synonymen) zu. Die Abgabe der Ampullen an die Krankenhäuser zur Verbilligung des Betriebes sei ein typischer Vorgang des rein geschäftlichen Verkehrs. Die Art und Weise der Verrechnung zwischen der Apotheke St. Georg und den Krankenhäusern sei dabei unerheblich. Deshalb erübrige es sich, auf das unter Beweis gestellte Vorbringen des Klägers dafür einzugehen, daß solche Ampullen auch außerhalb der Krankenhäuser zu Heilzwecken abgegeben worden seien. Insoweit sei auch eine wirksame Überwachung kaum durchführbar. Ein geschäftlicher Betrieb im Sinne des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb werde auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß die von der Beklagten betriebenen Anstalten öffentlich-rechtliche Einrichtungen auf dem Gebiete des Gesundheitswesens seien.

Die Revision tritt dem entgegen und führt aus, die Klage bezwecke nur, die Beklagte zu zwingen, von dem Kläger anstatt der billigeren „Substanz“ die teureren Ampullen zu beziehen. Die Beklagte habe die streitigen Bezeichnungen nicht in unzulässiger Weise warenzeichenmäßig gebraucht, sondern nur eine ihren inneren Betrieb berührende Inhaltsbezeichnung vorgenommen, zu deren Anbringung sie sogar gesetzlich verpflichtet sei. Die städtische Gesundheitsverwaltung sei eine einheitlich geleitete und betriebene gemeindliche Wohlfahrts-einrichtung. Die eigene Herstellung von Waren innerhalb eines einheitlichen Betriebes für den eigenen Bedarf sei kein auf Warenumsatz gerichteter Geschäftsbetrieb, die Kennzeichnung solcher Waren nicht die Benutzung eines Warenzeichens. Die Apotheke St. Georg sei nur eine Betriebsabteilung der Beklagten. Wenn die Beklagte in dieser Betriebsabteilung Erzeugnisse herstellen lasse, die in anderen Betriebsabteilungen, den Stationen der verschiedenen Krankenhäuser, benötigt und dort verbraucht würden, so handele es sich um rein innere Betriebsvorgänge. Deshalb handele es sich auch nicht um einen „geschäftlichen

Verkehr“. Dafür spreche auch die von der Beklagten behauptete und unter Beweis gestellte Unterrichtung der Ärzte und des Pflegepersonals. Das Berufungsgericht habe die insoweit angetretenen Beweise erheben müssen. Die Medikamente seien nur an die Anstaltsorgane, die Ärzte und Schwestern, nicht aber an die Kranken abgegeben, sondern diesen unmittelbar zum Zwecke der Heilung zugeführt worden.

Zu dem Revisionsangriff ist zunächst zu bemerken, daß das Warenzeichen dem Schutz des Zeicheninhabers im geschäftlichen Wettbewerb und damit seinen wirtschaftlichen und geldlichen Belangen, insbesondere der Erhaltung und Wahrung seines geschäftlichen Rufs und Ansehens dient. In diesem Rahmen hält sich offensichtlich auch die Klage. Jedenfalls fehlt es an jeder Unterlage für die Annahme einer rechtsmißbräuchlichen Ausnutzung des Zeichenrechts.

Von Bedeutung für die Entscheidung ist, daß der Kläger der Beklagten die „Substanz“ seiner warenzeichenmäßig geschützten chemisch-pharmazeutischen Präparate in größeren Mengen verkauft und dadurch sein Einverständnis mit der Verwendung dieser Substanz in den Krankenanstalten der Beklagten erklärt hat. Dementsprechend wendet er sich auch nicht dagegen, daß die Beklagte unter Verwendung der Substanz Lösungen hergestellt und diese in Ampullen abgefüllt hat, sondern nur gegen einen etwaigen Eingriff in sein Zeichenrecht durch die Art der Beschriftung der Ampullen. Die Eintragung eines Warenzeichens hat nach § 15 WZG die Wirkung, daß allein seinem Inhaber das Recht zusteht, Waren der angemeldeten Art oder ihre Verpackung oder Umhüllung mit dem Warenzeichen zu versehen. Die Beschriftung befindet sich auf den Ampullen, mithin auf der Verpackung und Umhüllung der Waren, und sie enthält die für den Kläger geschützten Warenzeichen. Die durch die Eintragung geschützten Bezeichnungen müssen als *Warenzeichen* verwendet werden. Sie werden zeichenmäßig verwendet, wenn sie durch die Art ihrer Verwendung auf die Herkunft der Ware von einem bestimmten Hersteller oder Händler hinweisen. Dazu genügt es auch schon, daß die Art der Beschriftung in beachtlichem Umfange die Gefahr von Verwechslungen und Irrtümern über den Hersteller der Ware aufkommen läßt. Diese Gefahr ist bei allen von dem Kläger beanstandeten Beschriftungen gegeben. Das trifft ohne weiteres für etwaige Beschriftungen zu, die die Wortzeichen des Klägers ohne jeden weiteren Herkunftshinweis wiedergeben. Auch der Vermerk „A. K. St. Georg“ ist viel zu unbestimmt, um klarzustellen, daß die Herstellung der Lösung und deren Abfüllung in die Ampullen nicht in dem Betriebe des Klägers, sondern in der Apotheke St. Georg vorgenommen worden ist. Schon äußerlich sind die Worte „Doryl“, „Eukedal“ usw. in sehr viel größeren Buchstaben gehalten als das darüber befindliche „A. K. St. Georg“. Vor allem läßt der Vermerk durchaus den Schluß zu, daß die Lösung im Betriebe des Klägers gebrauchsfertig hergestellt ist und daß der Vermerk nur darauf hinweist, daß ihre Abgabe über die Apotheke St. Georg statt-

gefunden hat. Dieser Schluß ist sogar der näher liegende, und ein Unbefangener wird kaum auf den Gedanken kommen, daß es sich um Lösungen handelt, die in der Apotheke St. Georg hergestellt und abgefüllt worden sind.

Aber auch die von der Beklagten neu eingeführte Beschriftung: „0,025 % Lösung 1 ccm aus Original-Doryl (WZ Merck) hergestellt in A. K. St. Georg, Kontrollziffer“, und entsprechend für Eukodal usw., wie sie sich auf den vorgelegten Ampullen befindet, ist irreführend. Auch hier sind die Worte „Doryl“, „Eukodal“ usw. durch größere Buchstaben besonders hervorgehoben. Es mag sein, daß ein Kundiger, der die neue Aufschrift auf den Ampullen genau liest, daraus entnehmen kann, daß die Lösung in der Apotheke der Beklagten hergestellt und abgefüllt worden ist. Darauf kommt es aber nicht an. Auch die neue Beschriftung führt notwendig dazu, daß die in die Ampullen eingeschlossenen Lösungen als „Doryl“, „Eukodal“ usw. schlechthin bezeichnet werden und daß Personen, die die wenig augenfällige Beschriftung auf den kleinen Ampullen nicht genau durchlesen, in den Glauben versetzt werden, es handele sich um in dem Betriebe des Klägers gebrauchsfertig hergestellte Arzneimittel, wie dieser sie unter seinem Warenzeichen in den Verkehr bringt.

Danach hat die Beklagte in allen von dem Kläger beanstandeten Beschriftungen die für diesen geschützten Bezeichnungen warenzeichenmäßig benutzt.

Die Ware muß weiter mit dem Zeichen versehen sein, um sie in den Verkehr zu bringen. RGZ Bd. 110 S. 176 (178); RGSt Bd. 43 S. 87. Die Revision wendet sich mit Unrecht dagegen, daß die Benutzung der Warenzeichen des Klägers durch die Beklagte im geschäftlichen Verkehr geschehen sei. Die Beklagte ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die ihr unterstellten Krankenhäuser sind gemeindeeigen. Sie dienen öffentlichen Belangen der Gesundheitspflege und nicht dem Gelderwerb. Das hindert aber nicht, daß auch in diesen Krankenhäusern in größtem Maßstabe Heilmittel an die Kranken abgegeben werden. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob diese Heilmittel einzeln und besonders bezahlt werden, oder ob die Abgeltung durch eine von den Kranken erhobene Gebühr, für die Unterbringung und Behandlung im Krankenhaus geleistet wird. Indem die Heilmittel den Kranken, und zwar einem unbegrenzten, ständig wechselnden Kreise von Kranken verabfolgt werden, werden sie auch in den Verkehr gesetzt. Die Apotheke St. Georg beliefert nicht weniger als 16 Krankenhäuser der Beklagten mit einer Zahl von Patienten, die sicherlich in die Tausende geht. Die mit den warenzeichenmäßig angebrachten Beschriftungen versehenen Ampullen gehen durch die Hände eines, gerade in der gegenwärtigen Zeit wechselnden und zahlenmäßig sehr erheblichen Ärzte- und Pflegepersonals. Es ist durchaus möglich, jedenfalls nicht ausgeschlossen, daß auch der Kranke selbst die Ampulle vor oder nach ihrer Entleerung in die Hand bekommt und von der darauf befindlichen Beschriftung Kenntnis erhält. Für die Frage der Verwechslungsfähigkeit kommt es auch bei Arzneimit-

teln, die nur auf ärztliches Rezept und in Apotheken abgegeben werden dürfen, auf die Anschauung der Verbraucher an. RGZ Bd. 156 S. 355 (359). Soweit die von der Beklagten verwendeten Beschriftungen infolge des warenzeichenmäßigen Gebrauches der Bezeichnungen Eukodal usw. zu Verwechslungen Anlaß geben können, und die damit versehenen Ampullen in größtem Umfange in den Krankenanstalten der Beklagten zu Heilzwecken verwendet und auf diese Weise in den Verkehr gebracht werden, besteht für den Zeichenberechtigten eine Gefahr, gegen die er durch die Vorschriften des Warenzeichengesetzes gerade geschützt werden soll. Diese Gefahr wird dadurch nicht ohne weiteres beseitigt, daß die beteiligten Krankenhausärzte sowie das Pflegepersonal regelmäßig darüber unterrichtet werden, daß die Lösungen von der Apotheke St. Georg aus sogenannter „Substanz“ hergestellt und in die Ampullen abgefüllt werden. Es mag sein, daß dies von der Beklagten behauptete und unter Beweis gestellte Verfahren die für die zeichenrechtlichen Belange des Klägers durch das Verhalten der Beklagten geschaffene Gefahr zum großen Teil wieder zu beseitigen geeignet ist; völlig ausgeschaltet kann sie bei dem Umfange der in Frage stehenden gemeindeeigenen Krankenanstalten, dem Wechsel des Ärzte- und Pflegepersonals und der Möglichkeit einer Kenntnisnahme auch der Kranken von den Beschriftungen nicht werden. Dazu tritt die weitere Gefahr, die bei dem Umfange der Anstalten der Beklagten besonders groß ist, daß mit den Ampullen gelegentlich Mißbrauch getrieben wird, und daß sie auch an außerhalb der gemeindeeigenen Krankenhäuser befindliche Personen verabfolgt werden, etwa auf dem Wege der Aushilfe aus Gefälligkeit gegenüber einer selbständigen Apotheke. Vor allen diesen nach den gesamten Umständen des Falles durchaus nicht fern liegenden Gefahren will das Warenzeichengesetz den Zeicheninhaber schützen. Die Beklagte kann sich somit nicht darauf berufen, daß es sich nur um eine Benutzung der Zeichen im inneren Betriebe gehandelt habe. Ebenso ist darin kein verfahrensrechtlicher Verstoß des Berufungsgerichts zu erblicken, daß es die von der Beklagten über die Unterrichtung der Ärzte und des Pflegepersonals angetretenen Beweise nicht erhoben hat.

3. Das Berufungsurteil führt auf S. 8 f. aus, die Beklagte vertrete den Standpunkt und der Kläger bestreite grundsätzlich nicht, daß die Beklagte in der „Rezeptur“ die Warenzeichen des Klägers gebrauchen dürfe. Das Verfahren der Beklagten falle aber nicht unter den Begriff der Rezeptur. Rezeptur bedeute die auf Grund einer in aller Regel schriftlichen ärztlichen Anordnung für eine bestimmte Heilbehandlung erfolgende, unter der Verantwortung des Apothekers für die pharmazeutisch einwandfreie Ausführung stehende Anfertigung eines Heilmittels (Arznei). Die von der Apotheke St. Georg in großem Maßstab geübte Herstellung der Ampullen (bis 1000 Stück täglich) falle nicht unter den Begriff der Rezeptur, weil die Herstellung nicht auf Grund eines für einen be-

stimmten Krankheitsfall ausgestellten ärztlichen „Rezeptes“ erfolge. Es handele sich vielmehr um „Defektur“, sogar um „Groß-Defektur“. Für eine solche dürfe die Beklagte das Warenzeichen des Klägers nicht benutzen.

Die Revision führt demgegenüber aus, zur Rezeptur gehöre auch die Verordnung von reinen Lösungen einer bestimmten Stärke, und die Herstellung solcher Lösungen gehöre zur Ausführung der Rezeptur. Andere Substanzen als destilliertes Wasser brauchten nicht beigegeben zu werden, damit ein Rezept vorliege. Gerade wenn die Zusammensetzung der in den Ampullen des Klägers in den Verkehr gebrachten Lösungen von denen der Beklagten abweichen sollte, handele es sich bei dem Verfahren der Beklagten um reine Rezeptur. Dabei sei es bedeutungslos, daß die Apotheke St. Georg auf Vorrat arbeite. Ein Arbeiten auf Vorrat sei unerlässlich und sogar vorgeschrieben. Entscheidend sei, daß sowohl die Lieferung der selbst gefertigten Medikamente an die Stationen der Krankenhäuser, als auch insbesondere deren Verabreichung an die Kranken nur auf ärztliche Verordnung hin geschehe.

Der Angriff der Revision ist nicht begründet. Der Kläger hat der Beklagten zwar eine größere Menge sogenannter „Substanz“ für Zwecke der Rezeptur abgegeben. Dadurch, daß er die „Substanz“ für Zwecke der Rezeptur in den Verkehr gebracht und an die Beklagte verkauft hat, hat er ihr aber nicht die Ermächtigung erteilt, die warenzeichenrechtlich geschützten Bezeichnungen der Substanzen für die Rezeptur und deren Ergebnisse zu verwenden. Soweit die Apotheke St. Georg auf Grund öffentlich-rechtlicher Vorschriften zur Kennzeichnung des Inhalts der Ampullen verpflichtet ist, muß das in einer Weise geschehen, die die Möglichkeit einer Verwechslung mit den im Betriebe des Klägers hergestellten und in Ampullen abgefüllten Lösungen ausschließt. Nach den vorstehenden Darlegungen ist diese Gewähr bei dem von der Beklagten geübten Verfahren nicht gegeben.

Im übrigen kann das Verfahren der Beklagten auch nicht mehr als Rezeptur bezeichnet werden. Unter Rezeptur ist die Tätigkeit des Apothekers zu verstehen, die durch ein Rezept, d.h. durch eine schriftliche, mit Datum und Unterschrift versehene Anweisung eines Arztes, Zahnarztes oder Tierarztes zur Anfertigung eines Heilmittels ausgelöst wird. Wenn der Arzt dagegen ein Heilmittel verschreibt, das von einer pharmazeutischen Fabrik schon gebrauchsfertig zubereitet, dosiert und verpackt in den Verkehr gebracht und von der Apotheke vorrätig gehalten oder im Bedarfsfalle gebrauchsfertig bezogen wird, so kommt eine Rezepturtätigkeit des Apothekers nicht in Frage. Ebenso kann man von einer Rezeptur nicht mehr sprechen, wenn eine Apotheke ein Heilmittel in größeren Mengen dosiert und verpackt auf Vorrat herstellt, um es in den Verkehr zu bringen, auch wenn das nur für den eigenen Betrieb beabsichtigt ist und die Abgabe nur auf ärztliche Verordnung hin stattfindet. Die Rezepturtätigkeit des Apothekers erfordert schon nach allgemeinem Sprachgebrauch,

jedenfalls aber in dem Sinne, in dem der Kläger seine Substanz für Zwecke der Rezeptur abgibt, eine gewisse Verbindung mit dem Einzelfall, mit der einzelnen ärztlichen Anweisung, die fortfällt, sobald ein Heilmittel völlig dosiert und gebrauchsfertig von der Apotheke im Großen hergestellt und, gewissermaßen auf ärztlichen Abruf, zu Heilzwecken abgegeben wird. Das Letzte hat die Beklagte in der Apotheke St. Georg getan; sie hat Heilmittel in großem Maßstabe auf Vorrat hergestellt, bevor die ärztlichen Anordnungen für den Einzelfall vorlagen. Dabei ist es ohne Belang, daß nach § 32 Abs. 2 der Hamburger Apothekenbetriebsordnung in jeder Apotheke Eukodal in einer Menge vorrätig zu halten ist, wie es etwa dem dreimonatlichen Bedarf der Apotheke an diesem Mittel entspricht. Zur Erfüllung dieser Vorschrift würde es genügen, daß die Apotheke St. Georg eine entsprechende Menge von Substanz oder eine entsprechende Menge von dem Kläger fertig bezogener Ampullen vorrätig hält. Mit der Herstellung der Lösungen und ihrer Abfüllung in Ampullen, also der Einzeldosierung auf Vorrat, hat das nichts zu tun.

4. Da die Beklagte nach den vorstehenden Darlegungen die Zeichenrechte des Klägers durch ihr Vorgehen ständig verletzt hat und auch in der Gegenwart noch verletzt, ist die Wiederholungsgefahr ohne weiteres zu bejahen. Die Angriffe der Revision gegen die Annahme einer Wiederholungsgefahr gehen davon aus, daß die von der Beklagten eingeführte neue Beschriftung der Ampullen keinen Eingriff in den Rechtskreis des Klägers mehr bedeutet. Da das, wie gezeigt, nicht zutrifft, erübrigt es sich, insoweit auf die Ausführungen der Revision näher einzugehen.

5. Endlich führt das Berufungsurteil aus, daß die Beklagte fahrlässig gehandelt habe. Der Verwaltung der Apotheke St. Georg seien die Warenzeichen des Klägers unstreitig bekannt gewesen. Ebenso sei das Wesen des Warenzeichenrechts, nämlich der Schutz des Zeicheninhabers gegen widerrechtliche Benutzung seiner Warenzeichen durch andere, jeder Apothekenverwaltung bekannt. Die persönliche Überzeugung, durch die gewählte Handhabung und Beschriftungsart der Ampullen die Warenzeichen des Klägers nicht zu verletzen, schließe eine Fahrlässigkeit nicht aus, wenn die Apothekenverwaltung sich diese Auffassung ohne hinreichende Erkundigung bei den zuständigen Stellen oder bei sonstigen, im Warenzeichenrechte erfahrenen Personen (Rechtswahrern) gebildet habe. Über solche vorab eingezogenen Erkundigungen habe die Beklagte nichts Beachtliches vorgetragen. Hätte die Apothekenverwaltung, wie das bei dem Umfange der Herstellung der Ampullen unbedingt geboten gewesen sei, einen im Warenzeichenrecht erfahrenen Rechtswahrer oder den Kläger selbst befragt, so würden ihr Vorentscheidungen zugänglich gemacht worden sein, aus denen sie das Unzulässige oder zum wenigsten Bedenkliche ihres Verhaltens hätte entnehmen können. Die Beklagte habe somit insoweit auf eigene Gefahr einer Schadensersatzpflicht gehandelt.

Die Revision meint dagegen, daß eine Fahrlässigkeit der Beklagten verneint werden müsse. Sie führt aus, die Beklagte habe ihren Syndikus, der sorgfältig ausgewählt und ein erfahrener Jurist sei, auch auf dem Gebiete des Wettbewerbs und des Warenzeichenrechts. Wenn die Beklagte der Rechtsauffassung ihres Syndikus gefolgt sei, so könne ihr daraus um so weniger ein Vorwurf gemacht werden, als sich das Landgericht dieser Auffassung gleichfalls angeschlossen habe.

Die Revision ist insoweit nicht begründet. Nach § 276 Abs. 1 S. 2 BGB handelt fahrlässig, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht läßt. Nach den Grundsätzen von der Fahrlässigkeit beurteilt es sich auch, ob ein Irrtum entschuldbar ist, wobei ein Irrtum tatsächlicher und ein Irrtum rechtlicher Art einander gleichstehen. Deshalb kann auch ein Rechtsirrtum die Fahrlässigkeit ausschließen. Im gegenwärtigen Falle war die Zweifelhaftigkeit der Rechtslage bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennbar, und bei Anwendung eben dieser Sorgfalt ließen sich auch Beschriftungen für die Ampullen finden, die den Belangen der Beklagten genügten, ohne in die Zeichenrechte des Klägers einzugreifen. Wenn die Beklagte von dieser Möglichkeit trotz der erkennbaren Zweifelhaftigkeit der Rechtslage keinen Gebrauch machte, sondern es darauf ankommen ließ, so verletzte sie damit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und handelte fahrlässig.

6. Danach ist die Revision, entsprechend den Darlegungen unter 1. mit der aus der Urteilsformel ersichtlichen Maßgabe zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO in Verbindung mit § 60 der Zweiten Kriegsmaßnahmenverordnung vom 27. September 1944.

90. 1. Die einseitige Aufhebung der wechselbezüglichen Verfügung eines Ehegatten durch eine neue Verfügung von Todes wegen ist durch § 2271 Abs. 1 Satz 2 ausdrücklich ausgeschlossen. Diese Vorschrift ist unabdingbar, doch ist es möglich, die Bindung der Ehegatten an wechselbezügliche Bestimmungen eines gemeinschaftlichen Testaments in diesem selbst abweichend von der gesetzlichen Regelung durch gegenseitige Einräumung der Testierfreiheit oder anderweite Gestaltung des Widerrufs zu regeln.

2. Den Gegensatz zur einseitigen Aufhebung der wechselbezüglichen Verfügung eines Ehegatten bei Lebzeiten des anderen Ehegatten im Sinne des § 2271 Abs. 1 Satz 2 bildet aber nur die Aufhebung durch gemeinschaftliches Testament. Dafür kommen die §§ 2254, 2258 in Frage. Danach kann die in der Errichtung eines neuen Testaments liegende (§ 2258), nicht einseitige, sondern gemeinschaftliche Aufhebung der in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen wechselbezüglichen