

23. Kommt es für die Frage der Verwechslungsfähigkeit von Arzneimitteln, die nur auf ärztliches Rezept und nur in Apotheken abgegeben werden dürfen, neben der Anschauung der Ärzte, Apotheker und Großhändler auch auf die Auffassung der Verbraucher an?

WBG. § 9 Abs. 1 Nr. 1, § 20.

II. Zivilsenat. Urst. v. 1. März 1929 i. S. S. (R.) w. B. (Bekl.).  
II 342/28.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Für die Klägerin ist in der Zeichenrolle des Patentamts seit dem Jahre 1915 das Warenzeichen „Solbigal“, für die Beklagte seit dem Jahre 1925 das Warenzeichen „Pandigal“ eingetragen. Als Waren, für die das Zeichen bestimmt ist, wurden ursprünglich für beide Zeichen angegeben: Arzneimittel, chemische Produkte für medizinische und hygienische Zwecke, pharmazeutische Drogen und Präparate, Pflaster, Verbandstoffe, Tier- und Pflanzenvergiftungsmittel, Desinfektionsmittel, Konservierungsmittel für Lebensmittel. Während des vorliegenden Rechtsstreits wurde auf Antrag der Beklagten durch Eintragung vom 11. Oktober 1927 das Warenverzeichnis für das Zeichen der Beklagten beschränkt auf ein Digitalis-Arzneimittel, das nur gegen ärztliche Verordnung abgegeben werden darf. Beide Parteien verwenden ihr Zeichen für ein von ihnen in den Handel gebrachtes Digitalis-Präparat.

Auf Grund ihrer früheren Anmeldung und mit der Behauptung, daß die Gefahr der Verwechslung im Verkehr vorliege, hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zu verurteilen, sie habe in die Löschung ihres Zeichens „Pandigal“ zu willigen, auf die Sperrfrist des § 4

Abf. 3 WZG. zu verzichten und es zu unterlassen, Arzneimittel, insbesondere Digitalis- und sonstige Herzpräparate oder deren Verpackung, Ankündigungen u. dgl. mit der Bezeichnung „Bandigal“ zu versehen oder derartig gekennzeichnete Waren in Verkehr zu bringen.

Das Landgericht erkannte nach dem Klageantrag. Das Kammergericht dagegen wies die Klage ab. Die Revision der Klägerin führte zur Wiederherstellung des ersten Urteils.

#### Gründe:

Der Berufungsrichter geht davon aus, daß das von der Beklagten allein hergestellte und mit ihrem Warenzeichen „Bandigal“ in den Verkehr gebrachte Digitalis-Präparat ausschließlich in Apotheken verkauft und nur gegen ärztliches Rezept abgegeben werden dürfe. Das Präparat befinde sich also nicht im freien Handelsverkehr. Zu den Kreisen der Abnehmer, nach deren Anschauungen sich die Frage der Verwechslungsgefahr beurteile, gehörten hiernach diejenigen Kreise nicht, die bei andern, im Verkauf und Vertrieb nicht beschränkten Waren ausschlaggebend seien, nämlich die große Menge der Verbraucher. Als Personen, die im Verkehr durch das angegriffene Zeichen getäuscht werden könnten, kämen nur Ärzte, Apotheker und Großhändler in Frage. Von diesen Personen könne man ohne weiteres eine besonders sorgfältige Prüfung auch geringfügiger Unterschiede in der Bezeichnung der verschiedenen Präparate erwarten. Somit bestehe keine Gefahr einer Verwechslung des Zeichens der Beklagten mit dem der Klägerin, und der Anspruch aus § 9 Abf. 1 Nr. 1, § 20 WZG. sei daher unbegründet. Der Berufungsrichter stützt seine Entscheidung auf das Urteil des erkennenden Senats vom 13. April 1915 II 606/14, abgedruckt in Markenschutz und Wettbewerb XIV S. 360. Die dort aufgestellte Unterscheidung zwischen Heilmitteln, die nur auf ärztliche Verordnung und in Apotheken zu haben sind, und anderen Waren, die im freien Verkehr stehen, kann aber nicht aufrechterhalten werden. Vielmehr ist der nunmehr auch von der österreichischen Rechtsprechung vertretenen Auffassung (vgl. Entscheidung des Österr. Obersten Verwaltungsgerichtshofs vom 14. November 1928, Gewerbl. Rechtsschutz und Urheberrecht 1929 S. 162) der Vorzug zu geben. Denn auch bei Ärzten, Apothekern und Großhändlern mit Heilmitteln besteht die Gefahr

der Verwechslung. Allerdings wird bei diesen Kreisen auf Grund der Fachbildung und des mit der Berufsausübung verbundenen erhöhten Verantwortungsgefühls ihrer Angehörigen mit einer genaueren Prüfung gerechnet werden können, so daß auch geringe Abweichungen in der Warenbezeichnung leichter beachtet werden. Jedoch ist dadurch kein ausreichender Schutz gegen jede Verwechslungsgefahr gegeben. Der Arzt wird zwar sorgfältig prüfen, ob ein von ihm zu verordnendes Heilmittel der erstrebten Heilung oder Erleichterung des Kranken dient. Zur Anwendung besonderer Sorgfalt besteht aber kein Anlaß, wenn zum gleichen Zweck mehrere gleichartige Heilmittel zur Verfügung stehen, wenn es also vom Standpunkt der Heilkunde aus gleichgültig ist, welches Mittel gewählt wird. Zu einer genauen Unterscheidung wird der Arzt um so weniger Anlaß haben, wenn aus der Bezeichnung mehrerer zur Verfügung stehender Mittel der in ihnen wirksame Stoff ersichtlich ist. Der Arzt wird dann, ohne gegen seine Pflichten zu verstoßen, mehr den Hinweis auf den Heilerfolg des Mittels als das unterscheidende Merkmal in der Warenbezeichnung beachten. Er wird also auch seinerseits der Gefahr der Täuschung ausgesetzt sein. Insbesondere wird dies zutreffen, wenn der unterscheidende Zusatz ein reines Phantasiewort darstellt, dem Arzt jedenfalls als ein solches erscheint.

So liegt die Sache bei den Warenzeichen der Parteien. Die Silben „Digal“ deuten dem Arzte an, daß es sich bei beiden Mitteln um ein Digitalis-Mittel handelt, das ein Spezialmittel zur Bekämpfung von Herzleiden ist. Daneben bedeuten die unter sich verschiedenen Vorsilben „Sol“ und „Pan“ auch für den Arzt kein ausreichendes Unterscheidungsmerkmal. Selbst dem Arzt, der die Herkunft der Vorsilben aus dem Lateinischen oder Griechischen kennt, wird nicht ohne Erläuterung ersichtlich oder doch nicht jederzeit gegenwärtig sein, welcher Unterschied in der Zusammensetzung der Präparate durch die erste Silbe zum Ausdruck kommt. Auch Apotheker und besonders Großhändler mit Heilmitteln werden ihr Augenmerk hauptsächlich auf den ihnen bekannten Heilzweck des Mittels richten. Deshalb ist es leicht möglich, daß der Apotheker, der auf Grund des Rezepts wegen schlechter Lesbarkeit nicht unterscheiden kann, ob „Solbigal“ oder „Panbigal“ verordnet ist, statt des einen das andere — im wesentlichen dem gleichen Zweck dienende — Heilmittel abgibt.

Wenn man aber auch annähme, daß in den Kreisen, die berufsmäßig mit dem Vertrieb oder der Anwendung der beiden Heilmittel zu tun haben, eine Verwechslungsgefahr nicht besteht, so würde dies der Klage doch nicht entgegenstehen. Zunächst können die Vorschriften, daß gewisse Heilmittel nur in Apotheken und auf ärztliches Rezept abgegeben werden dürfen, jederzeit im Verordnungsweg geändert werden. Aber auch bei Heilmitteln, welche Verkehrsbeschränkungen der angegebenen Art unterliegen, kann es auf die Auffassung der Verbraucher ankommen. Die einem bestimmten Heilzweck dienenden Mittel werden auch ihnen bekannt. Fehlt ein sicheres Unterscheidungsmerkmal in der Bezeichnung, so kann dies den Patienten veranlassen, von seinem Arzt irrtümlich die Verordnung des einen statt des andern Mittels zu erbitten, und der Arzt wird wegen der Gleichartigkeit der Mittel keinen Anlaß haben, dem Wunsch des Kranken nicht zu entsprechen, wenn er auch sonst regelmäßig das andere Mittel verwenden sollte. Zu beachten ist noch, daß die Krankenkassen aus finanziellen Gründen vielfach einen großen Einfluß auf die Verordnung bestimmter Heilmittel ausüben in der Weise, daß bei gleichartigem Verwendungszweck die billigeren Mittel verordnet werden. Die Organe der Krankenkassen werden also nur auf die Heilkraft und den Preis des Mittels sehen und sich durch gleichartige Bezeichnungen leicht täuschen lassen.

In diesen Fällen spielt somit die Auffassung der Nichtfachleute eine nicht unbedeutende Rolle. Daß die beiden Zeichen nach ihrem Gesamteindruck für den flüchtigen Betrachter verwechslungsfähig sind, ist von den Vorinstanzen angenommen worden und nicht zu bezweifeln.