

46. Kommt es für die Verwechslungsfähigkeit von Arzneimitteln, die verschiedenen Heilzwecken dienen, auf die Auffassung der Verbraucher an, wenn die Arzneimittel nur auf ärztliches Rezept und nur in Apotheken abgegeben werden dürfen?

Warenzeichengesetz vom 5. Mai 1936 (RGBl. II S. 134) § 31.

II. Zivilsenat. Ur. v. 21. Dezember 1937 i. S. P. Gesellschaft m. b. H. (Kf.) w. Dr. R. und Dr. D. W. Arzneimittelfabrik GmbH. u. a. (Bekl.). II 90/37.

- I. Landgericht Frankfurt a. M.
- II. Oberlandesgericht daselbst.

Für S. und dessen Schwiegersohn Sch., den Geschäftsführer der Klägerin, ist seit dem 19. November 1908 das Warenzeichen „Pivako“ für ein Mittel gegen Gonorrhoe und Fluor albus unter der Nr. 112364 in die Warenzeichentolle des Reichspatentamts eingetragen. Das Mittel wird von der Klägerin seit ihrer im Jahre 1922 erfolgten Gründung unter der Bezeichnung Pivako in flüssiger Form in den Handel gebracht.

Seit dem 28. Juli 1934 ist für die Zweitbeklagte unter der Nr. 468032 das Warenzeichen „Pabhyco“ für ein Mittel zur Behandlung von Magen-, Darm- und Gallenleiden und Leiden des Urogenitalsystems eingetragen. Die Beklagten vertreiben das Mittel, das in Gestalt von Püpfchen und Tabletten sowie in Ampullen zu Injektionen abgegeben wird, unter der geschützten Bezeichnung. Es ist nur auf Grund ärztlicher Verordnung in Apotheken erhältlich und soll der Beseitigung von Krampfzuständen und Koliken sowie der Schmerzlinderung dienen.

Die Klägerin hat mit der Behauptung, von den Zeicheninhabern zum Gebrauch des Warenzeichens Pivako und zur klageweisen Geltendmachung sich daraus ergebender Ansprüche ermächtigt worden zu sein, Klage erhoben mit dem Antrag auf Verurteilung 1. der

Zweitbeklagten, in die Löschung des Zeichens Pabyco zu willigen, 2. beider Beklagten, jeden wie immer gearteten Gebrauch des Zeichens Pabyco zu unterlassen. Sie macht geltend, daß zwischen den Zeichen Pivako und Pabyco Verwechslungsgefahr bestehe und der Gebrauch des Zeichens Pabyco deshalb die ihr zur Wahrnehmung übertragenen Rechte aus dem Warenzeichen Pivako verleze.

Die Beklagten haben um Klageabweisung gebeten. Sie haben die Sachbefugnis der klagenden Gesellschaft bestritten, auch das Bestehen einer Verwechslungsgefahr der streitigen Zeichen in Abrede gestellt und behauptet, die Klägerin habe ihre Ansprüche verwirkt, weil sie es habe geschehen lassen, daß sich das Zeichen Pabyco im Verkehr durchgesetzt und in kurzer Zeit im In- und Ausland einen Ruf erworben habe.

Das Landgericht hat der Klage insoweit stattgegeben, als es die Zweitbeklagte zur Bewilligung der Löschung des beanstandeten Zeichens als eines solchen für Mittel zur Behandlung von Leiden des Urogenitalsystems verurteilt und beiden Beklagten den Gebrauch des Zeichens für Mittel zur Behandlung derartiger Leiden untersagt hat. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin wurde zurückgewiesen. Ihre Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Gründe:

Das Berufungsgericht stellt auf Grund der Angaben des Geschäftsführers der klagenden Gesellschaft fest, daß dieser von den Inhabern des Warenzeichens „Pivako“ das Recht zum Zeichengebrauch eingeräumt und die Ermächtigung erteilt worden sei, die Ansprüche geltend zu machen, welche die Zeicheninhaber aus der Verletzung ihres Zeichenrechts durch die Beklagten herleiten. Es erachtet damit die Klagebefugnis der Gesellschaft trotz der lediglich schuldrechtlichen Wirkung der Gebrauchsüberlassung für gegeben, weil diese ein eigenes rechtliches Interesse der Gesellschaft an der Verfolgung der Ansprüche begründe. Gegen diese Ansicht des Berufungsgerichts, die mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts im Einklang steht (vgl. RGZ. Bd. 91 S. 390, Bd. 148 S. 146), sind rechtliche Bedenken nicht zu erheben.

Da die Beklagten das landgerichtliche Urteil nicht angefochten haben, handelte es sich im Berufungsverfahren lediglich um die Frage, ob die Klage auch insoweit begründet sei, als sie sich gegen das Bestehen und die Benützung des beanstandeten Warenzeichens

Pabhyco als eines solchen für Mittel zur Behandlung von Magen-, Darm- und Gallenleiden richtet. Das Berufungsgericht ist in Übereinstimmung mit dem Landgericht der Auffassung, daß insoweit eine Verletzung des Zeichens Pivako, deren sich die Klägerin erwehren könnte, nicht vorliege, weil es an einer Verwechslungsgefahr fehle. Während es dahingestellt läßt, ob von einer Gleichartigkeit der Waren gesprochen werden könne, oder ob auch sie zu verneinen sei, weil der Verwendungszweck der unter den Bezeichnungen Pivako und Pabhyco vertriebenen Mittel verschieden sei, hält es für ausgeschlossen, daß ein auch nur irgendwie in Betracht kommender Teil der Abnehmer durch die Ähnlichkeit der beiden Zeichen über die Herkunft der damit bezeichneten Waren irreführt und in den Glauben versetzt werden könne, es handle sich um solche aus einem und demselben Geschäftsbetrieb. Das Berufungsgericht geht hierbei davon aus, daß beide Mittel, wie unter den Parteien unstrittig sei, im freien Verkehr nicht erhältlich seien, sondern nur in Apotheken auf Grund ärztlicher Verordnung abgegeben werden dürften, und zwar das Mittel Pivako auf Grund des Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 18. Februar 1927, das jede Behandlung dieser Krankheiten durch andere als Medizinalpersonen verbiete, eine Abgabe von Heilmitteln gegen sie nur auf ärztliche Verordnung und ihre Anpreisung lediglich gegenüber Ärzten, Apothekern und Großhändlern zulasse, das Mittel Pabhyco zufolge seiner Zusammensetzung. Als Abnehmer beider Mittel kämen deshalb, so führt das Berufungsgericht aus, nur Ärzte, Apotheker und Großhändler in Betracht. Bei diesen sei aber ein Irrtum über die Herkunft der Mittel nur wegen des Gleichklangs ihrer Bezeichnungen völlig unwahrscheinlich. Möge, wie in R.G.Z. Bd. 124 S. 101 ausgesprochen werde, eine zeichenrechtliche Verwechslungsgefahr auch bei diesen Personen bestehen, wenn es sich um Heilmittel handle, die zur Bekämpfung gleicher oder doch ähnlicher Krankheiten bestimmt seien, so könne dies keinesfalls auch dann gelten, wenn, wie hier, der Verwendungs- und Heilzweck der Mittel gänzlich verschieden sei. Es sei undenkbar, daß ein Arzt durch die bloße Ähnlichkeit in der Bezeichnung veranlaßt werden könnte, an Stelle eines ihm seiner Wirkungsweise nach bekannten Mittels ein anderes zu verordnen, das zur Bekämpfung der zu behandelnden Krankheit weder bestimmt noch geeignet sei. Dazu könne es auch dann nicht kommen, wenn ein Patient die Verordnung eines bestimmten Mittels ver-

lange. Bleibe in solchem Falle, wie in der angeführten Entscheidung angenommen werde, für eine Verwechslung Raum, wenn das verlangte Mittel demselben Heilzweck diene wie ein ähnlich bezeichnetes anderes, so entfalle diese Möglichkeit, wenn die in Betracht kommenden Mittel zur Behandlung ganz verschiedener Krankheiten bestimmt seien. Ebensovienig wie der Arzt unterliege in solchem Falle auch der Apotheker oder der Großhändler der Gefahr einer Täuschung über die Herkunft der Mittel lediglich wegen der Ähnlichkeit ihrer Bezeichnungen. Denn auch sie seien gewohnt, nicht so sehr auf den Warennamen als auf den Verwendungszweck und die Herstellerfirma zu achten. Aber auch das Publikum wisse beim Kauf von Heilmitteln mehr als sonst auch nach geringen Abweichungen in der Bezeichnung zu unterscheiden. Ihm sei bekannt, daß die Namen pharmazeutischer Erzeugnisse, mit denen es einen bestimmten Sinn meist nicht verbinden könne, häufig dem Klange nach ähnlich seien, und es habe sich daran gewöhnt, die einzelnen Mittel nach den, wenn auch nur geringfügigen Unterschieden in ihrer Bezeichnung und vor allem nach ihrem Verwendungszweck auseinanderzuhalten, während ihm der Hersteller im allgemeinen nicht bekannt und in der Regel auch gleichgültig sei. Auch das Publikum werde deshalb bei Heilmitteln verschiedenen Verwendungszwecks nicht schon durch einen gewissen Gleichklang der Bezeichnungen über die Herkunft der Waren getäuscht. Fehle es aber sonach an einer Verwechslungsgefahr zwischen dem Klagezeichen und dem Zeichen Badyco jedenfalls insoweit, als dieses zur Kennzeichnung eines Mittels zur Behandlung von Magen-, Darm- und Gallenleiden bestimmt sei und von den Beklagten benutzt werde, so sei die Klägerin auch nicht berechtigt, insoweit von diesen die Löschung des Zeichens und die Unterlassung seines Gebrauchs zu verlangen.

Die Revision macht demgegenüber geltend, es sei rechtsirrig, wenn das Berufungsgericht bei Heilmitteln, die einer Verkehrsbeschränkung unterliegen, das Bestehen einer Verwechslungsgefahr wegen des Gleichklangs der Bezeichnungen dann für ausgeschlossen halte, wenn der Verwendungszweck der Mittel verschieden sei. Habe es sich zwar in der von ihm angeführten Entscheidung RGZ. Bd. 124 S. 101 um Arzneimittel gehandelt, deren Verwendungszweck derselbe gewesen sei, so seien doch die dort ausgesprochenen Grundsätze in dem späteren Urteil des erkennenden Senats vom 12. Juli 1932 II 62/32

(GRUR. 1932 S. 1119) auch dann für anwendbar erklärt worden, wenn mehrere gleichartige Mittel zur Bekämpfung verschiedener Krankheiten bestimmt seien. Wie dort ausgeführt werde, komme es auch in einem solchen Falle für die Frage der Verwechslungsgefahr nicht nur auf die Auffassung der Ärzte, Apotheker und Großhändler, sondern auch auf die des verbrauchenden Publikums an. Es sei denkbar, daß ein Patient vom Arzte die Verordnung eines ihm bekannt gewordenen, zur Behandlung seines Leidens geeigneten und bestimmten Mittels verlange und erreiche, weil er es infolge der Ähnlichkeit seiner Bezeichnung für das ihm bekannte, wenn auch in Wirklichkeit einem anderen Heilzweck dienende Mittel eines anderen Herstellers halte. Damit sei aber die Gefahr einer zeichenrechtlichen Verwechslung hinreichend begründet. Sie bestehe auch im vorliegenden Falle. Im übrigen komme es darauf, daß es sich bei „Badyco“ und „Bivako“ um Heilmittel zu verschiedenen Zwecken handle, für die Frage der Verwechslungsgefahr nicht an. Diese bestehe bei der großen Ähnlichkeit beider Bezeichnungen schon um deswillen, weil die beiden zum Einnehmen bestimmten Mittel nach ihrer ganzen Art nicht derart verschieden seien, daß bei einem irgendwie beachtlichen Teile der Abnehmerkreise nicht der Gedanke einer gemeinsamen Herkunftsstätte aufkommen könnte.

Diesem Vorbringen der Revision ist zuzustimmen. Der Senat hatte in seiner auch vom Berufungsgericht angeführten Entscheidung vom 1. März 1929 II 342/28 (RGZ. Bd. 124 S. 101) ausgeführt, daß es für die Frage der Verwechslungsfähigkeit von Arzneimitteln, die nur auf ärztliches Rezept und nur in Apotheken abgegeben werden dürfen, nicht nur auf die Anschauung der Ärzte, Apotheker und Großhändler, sondern auch auf die Auffassung der Verbraucher ankomme. In jenem Falle hatte es sich um die in ihren wesentlichen Teilen übereinstimmenden Bezeichnungen zweier Heilmittel gehandelt, die dem gleichen Heilzweck dienten. Es war ausgeführt worden, daß selbst bei Verneinung einer immerhin möglichen Täuschung der Ärzte, Apotheker und Großhändler die Gefahr einer Verwechslung auch bei Mitteln, die dem Rezeptzwang unterliegen, jedenfalls insofern begründet sein könne, als ein Kranker beim Fehlen eines sicheren Unterscheidungsmerkmals in der Bezeichnung veranlaßt werden könne, von seinem Arzt irrtümlich die Verordnung des einen statt des anderen Mittels zu erbitten, und als

der Arzt wegen der Gleichartigkeit der Mittel möglicherweise kein Bedenken tragen werde, dem Wunsche des Kranken zu entsprechen. War hiernach neben der Anschauung der Ärzte, Apotheker und Großhändler auch die Auffassung des Publikums als für das Bestehen einer Verwechslungsgefahr bedeutsam bezeichnet worden, wenn es sich um Heilmittel mit gleichem Verwendungszweck handle, so ist in der von der Revision angeführten weiteren Entscheidung des Senats (GRUR. 1932 S. 1119 = MuW. 1932 S. 523) die in der Auffassung der Verbraucher begründete Möglichkeit einer Verwechslung auch für solche dem Rezeptzwang unterworfenen Heilmittel bejaht worden, die zur Behandlung verschiedener Krankheiten dienen. Die Gefahr einer Täuschung des Publikums über die Herkunft der Waren ist in diesem Falle darin erblickt worden, daß ein Kranker den Arzt um die Verordnung eines bestimmten, zur Behandlung seines Leidens geeigneten Heilmittels bitte, weil er irrtümlich annehme, es handle sich dabei um ein ihm bekanntes, ähnlich bezeichnetes Erzeugnis eines anderen Herstellers. Daß solchenfalls der Arzt keinen Grund hat, die Verordnung des erbetenen Mittels abzulehnen, liegt auf der Hand. Denn er braucht nicht zu wissen, welche irrige Vorstellung den Kranken bewogen hat, ihn um die Verordnung anzugehen, und er wird auch bei Beachtung der ihm obliegenden Sorgfaltspflicht kein Bedenken tragen, dem Verlangen nachzukommen, wenn er eine Anwendung des erbetenen Mittels für sachgemäß hält. Der in der angeführten Entscheidung vertretenen Auffassung kann deshalb nicht entgegengehalten werden, daß der Einfluß einer Verwechslung beim Kranken offenbar ohne Wirkung auf den Arzt und deshalb unbeachtlich sei (vgl. Pinzger WZG. 2. Aufl. § 31 Anm. 6, S. 267 unten). Dieser Einwand wäre nur dann begründet, wenn die Möglichkeit, daß ein Arzt Wünschen seiner Kranken in der Anwendung von Heilmitteln Beachtung schenke, ganz allgemein zu verneinen wäre. Soweit diese Meinung im Schrifttum vertreten und mit dem Hinweis darauf begründet wird, daß die gegenteilige Auffassung dem ärztlichen Pflichtbewußtsein nicht gerecht werde, ist zu bemerken, daß von einer Verletzung beruflicher Pflichten keine Rede sein kann, wenn ein Arzt ein auch von ihm für geeignet gehaltenes Mittel oder von mehreren geeigneten das eine oder das andere deshalb verschreibt, weil der Kranke es wünscht. Gerade das auch von ärztlicher Seite als dem Heilerfolg günstig bezeichnete Vertrauen des Kranken auf die Wirkam-

keit des Mittels wird ihn häufig veranlassen, dem geäußerten Wunsche zu willfahren. Nur für Fälle der erwähnten Art ist aber in den beiden oben angeführten Entscheidungen des Senats der Auffassung des Verbrauchers von einer Verwechslungsgefahr auch bei Mitteln, die nur auf ärztliche Verordnung abgegeben werden dürfen, Bedeutung beigemessen worden. Nun könnte freilich bei Heilmitteln verschiedenen Verwendungszwecks der Irrtum eines Kranken über ihre Bezeichnung nur dann eine Verwechslungsmöglichkeit begründen, wenn sich der Kranke auch über den Heilzweck des ihm bereits bekannten Mittels im unklaren wäre. Denn er könnte unmöglich vom Arzte die Verordnung eines bestimmten Mittels für seine Krankheit erbitten, wenn er wüßte, daß das von ihm wegen seiner ähnlichen Bezeichnung hiermit verwechselte Mittel der Behandlung anderer Leiden dient. Das Berufungsgericht ist der Meinung, daß schon aus diesem Grunde ein Irrtum des verbrauchenden Publikums auch bei ähnlicher Bezeichnung mehrerer Heilmittel ausgeschlossen sei, weil selbst der Laie in erster Linie auf den Verwendungszweck des einzelnen Mittels achte und deshalb auch geringere Unterschiede in der Bezeichnung bemerke. Diese Auffassung trägt jedoch der Flüchtigkeit, mit der der Verkehr an ihn herantretende Warenbezeichnungen aufzufassen pflegt, nicht ausreichend Rechnung. Handelt es sich, wie hier, um Heilmittel zum Einnehmen, deren Bezeichnungen große Ähnlichkeit aufweisen, so kann einem Kranken die Erinnerung an ein ihm als gut und wirksam bekannt gewordenes Mittel die Anwendung des von ihm damit verwechselten Mittels auch dann als wünschenswert erscheinen lassen, wenn er selbst jenes Mittel nicht erprobt hat, sondern es nur von anderer Seite hat rühmen hören oder seinen Namen aus einem sonstigen Grunde in der Erinnerung behalten hat. Die Ähnlichkeit der Bezeichnungen wird ihn glauben lassen, das ihm entgegentretende Mittel sei das ihm bekannte, müsse sich also bei Leiden wie dem seinigen bewährt haben. Ein solcher Irrtum wird weder dadurch ausgeschlossen, daß beide Mittel, wie in vorliegenden Falle, in verschiedener Form eingenommen werden, noch durch den Umstand, daß sie nur in Apotheken und auf ärztliches Rezept erhältlich sind. Ist schon danach die Möglichkeit einer Verwechslung der hier in Betracht kommenden Mittel im Sinne einer Täuschung der Verbraucher auch wegen ihrer Herkunft gegeben, so kann diese auch nicht, wie die Revisionsbeantwortung meint, um deswillen verneint werden, weil

die Bezeichnungen *Pivako* und *Pabvco* an sich nicht verwechslungsfähig seien. Daß zwischen ihnen nach ihrer Klang- und Bildwirkung eine die Verwechslungsgefahr begründende große Ähnlichkeit besteht, nimmt das Berufungsgericht an. Soweit es hierbei auch auf die Auffassung der Verbraucher ankommt, ist ohne Belang, daß das Zeichen *Pabvco* aus dem Wortstamm eines seiner Bestandteile — *Papavhydrin* — gebildet worden ist. Denn der Allgemeinheit ist weder dies noch der Name des Bestandteils bekannt. Wenn die Revisionsbeantwortung geltend macht, daß eine derartige Wortzusammenziehung einem gerade in der pharmazeutischen Industrie herrschenden Brauche entspreche, und hieraus herleiten will, daß schon danach eine Verwechslbarkeit des Zeichens *Pabvco* mit dem nicht in gleicher Weise gebildeten Zeichen *Pivako* abzulehnen sei, so könnte dies nur dafür von Bedeutung sein, ob sachkundige Personen der Gefahr einer Täuschung ausgesetzt sind. Wie oben ausgeführt worden ist, kommt es aber für die Frage der Verwechslungsgefahr auf deren Anschauung allein nicht an. Im übrigen hat die Klägerin behauptet, daß auch das Zeichen *Pivako* aus einer Umbildung der Bezeichnung eines seiner Bestandteile, des *Copaiva-Balsams*, entstanden sei.

Die Revision bemängelt das angefochtene Urteil auch insofern, als es dem Lösungsanspruch wegen eines Teiles der Waren stattgegeben hat, für die das beanstandete Zeichen eingetragen ist. Rechtliche Bedenken gegen die Zulässigkeit eines solchen Ausspruches sind aber nicht begründet. Das Zeichen als solches ist zwar unteilbar und kann deshalb weder in seinen Bestandteilen noch in seiner räumlichen Geltung einer Beschränkung unterliegen. Es steht aber bei der Beschränkbarkeit des Warenverzeichnisses nichts entgegen, einzelne Waren als durch das Zeichen nicht gedeckt zu löschen (vgl. R. G. B. Bd. 114 S. 276, Bd. 118 S. 201). Dem entspricht es, wenn die Zweitbeklagte zur Bewilligung der Löschung des Zeichens *Pabvco* verurteilt worden ist, soweit es für ein Mittel zur Behandlung von Leiden des Urogenitalsystems eingetragen ist.

Hat sonach das Berufungsgericht das Bestehen einer Verwechslungsgefahr der streitenden Zeichen zu Unrecht insoweit verneint, als das Zeichen *Pabvco* für ein Mittel eingetragen ist und benutzt wird, das der Behandlung von Magen-, Darm- und Gallenleiden dient, so könnte der Klage in diesem Umfang der Erfolg auch nicht deshalb versagt werden, weil es an einer Gleichartigkeit der Waren

fehle. Wenn es das Berufungsgericht für möglich hält, daß der verschiedene Verwendungszweck der beiden Mittel und ihre verschiedene Wirkungsweise die Annahme einer Warengleichartigkeit verbiete, so ist demgegenüber darauf hinzuweisen, daß Heilmitteln, die nur in Apotheken erhältlich sind, im allgemeinen für die gleichen Käuferkreise feilgehalten werden und in ihrer Anwendungsweise einander ähneln, die Gleichartigkeit im zeichentrechtlichen Sinne nicht schon deshalb abgesprochen werden kann, weil ihr Verwendungszweck nicht völlig übereinstimmt. Bei der flüchtigen Betrachtungsweise des Verkehrs schließt dies angesichts der sonstigen Merkmale wirtschaftlicher Zusammengehörigkeit nicht aus, daß zum mindesten ein nicht ganz unerheblicher Teil der Käuferkreise der Gefahr ausgesetzt ist, aus der Ähnlichkeit und Verwechslungsfähigkeit der Zeichen auf eine gemeinsame Herkunftsstätte der Waren zu schließen. Nur hierauf kommt es aber für die zeichentrechtliche Gleichartigkeit an. Wäre hiernach der Klage nach § 11 Abs. 1 Nr. 1, §§ 15, 24, 31 WZG. in vollem Umfang stattzugeben, so bleibt doch für eine Entscheidung des Revisionsgerichts in der Sache selbst kein Raum, weil das Berufungsgericht zu dem von den Beklagten erhobenen Verwirkungseinwand noch keine Stellung genommen hat.