



BUNDESPATENTGERICHT

25W(pat)226/02

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 397 19 167.7

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 25. März 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterinnen Sredl und Bayer

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

G r ü n d e

I.

Die Bezeichnung

EPREX

ist am 18. August 1997 unter der Nummer 39719167 für die nunmehr noch beanspruchten Waren "Arzneimittel, ausgenommen Analgetika, Hypnotika, Sedativa, Tranquilizer, Psychopharmaka, Muskelrelaxantia, Antirheumatika, Herz-Kreislaufpräparate" in das Markenregister eingetragen worden.

Dagegen hat ua die Inhaberin der für die Ware "Verschreibungspflichtiges Arzneimittel zur Behandlung der erektilen Dysfunktion, in Ampullenform zur Injektion, ausschließlich zu menschlichem Gebrauch bestimmt" geschützten Marke Nr 2019136

EDEX

Widerspruch erhoben.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat mit Beschlüssen vom 18. September 2000 und vom 30. Mai 2002, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, den Widerspruch aus der Marke Nr 2019136 zurückgewiesen.

Ausgehend von einem durchschnittlichen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke und engerer Warenähnlichkeit sieht die Markenstelle keine Verwechslungsgefahr. Die Rezeptpflicht der Widerspruchsmarke setze die Verwechslungsgefahr herab, da verstärkt Fachpersonal in den Erwerbsvorgang eingeschaltet sei, welches weniger zu Verwechslungen neige. Der unterschiedliche Konsonantenaufbau – bei der jüngeren Marke der harte Lippenlaut „P“ in Verbindung mit dem Zäpfchenlaut „R“, bei der Gegenmarke der weiche Zahnlaut „D“ am jeweiligen Anfang der betonten Zweitsilben – prägten die Marken ganz typisch unterschiedlich. Schließlich dürfe nicht unberücksichtigt bleiben, dass die übereinstimmenden Endungen auf pharmazeutischem Gebiet häufig vorkommen und deshalb verstärkt auf die übrigen Markenbestandteile geachtet werde. In schriftbildlicher Hinsicht könne die unterschiedliche Zeichenlänge nicht übersehen werden. Bei normal leserlicher Handschrift differierten auch die Wortkonturen wegen der Oberlänge des Buchstabens "d" und der Unterlänge des Buchstabens "p" erheblich.

Die Widersprechende hat Beschwerde erhoben und beantragt nunmehr (sinngemäß),

die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben, soweit der Widerspruch aus der Marke Nr 2019136 zurückgewiesen worden ist, und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

In rein förmlicher Hinsicht seien die beiden Marken nahezu identisch aufgebaut, und die Unterschiede befänden sich im Wortinnern, wo sie nicht ausreichend unterscheidend wirkten. Obwohl die angegriffene Marke für eine Anzahl von Indikationen nicht mehr benutzt werden könne, decke der verbleibende Teil durchaus vergleichbare Bereiche ab, die von der Widerspruchsmarke angesprochen würden. Die einseitige Rezeptpflicht bedeute für die angegriffene Marke keine Entlastung, denn im Sinne einer Abgrenzung könne eine Rezeptpflicht nur dann eine Verwechslungsgefahr herabsetzen, wenn sie auf beiden Seiten bestehe.

Der Inhaber der angegriffenen Marke hat sich nicht geäußert.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

Zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke Nr 2019136 besteht nicht die Gefahr von Verwechslungen im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG, so dass die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen war (§ 43 Abs. 2 Satz 2 MarkenG).

Der Senat geht wie bereits die Markenstelle von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke aus.

Die Benutzungsschonfrist läuft für die Widersprechende erst am 9. September 2004 ab. Soweit mit Schriftsatz vom 2. Dezember 1998 die Einrede der mangelnden Benutzung erhoben worden ist, ist dem Inhaber der angegriffenen Marke bereits von der Markenstelle mitgeteilt worden, dass die Einrede nicht zulässig ist, da sich die Widerspruchsmarke selbst noch im

Widerspruchsverfahren befindet. Dem ist der Inhaber der angegriffenen Marke auch nicht entgegengetreten.

Für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist nach der hier maßgeblichen Registerlage teilweise von möglicher Warenidentität auszugehen, da die Waren der Widerspruchsmarke vom Anwendungsbereich der angegriffenen Arzneimittel nicht ausdrücklich ausgenommen sind.

Der Gesamteindruck der Zeichen, auf den es maßgeblich ankommt (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 152), ist jedoch so verschieden, dass selbst bei Kennzeichnung identischer Waren nicht mit rechtserheblichen Verwechslungen zu rechnen ist.

Wegen der Rezeptpflicht der Waren der Widerspruchsmarke ist stärker auf die Betrachtungsweise des Fachverkehrs abzustellen, der erfahrungsgemäß im Umgang mit Arzneimitteln sorgfältiger ist und deshalb seltener Verwechslungen unterliegt (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 168). Dieser Erfahrungssatz ist auch bei einer einseitigen Rezeptpflicht zu beachten (vgl BGH, GRUR 1999,587 – Cefallone), da auch dann die Fälle einer Begegnung der Zeichen ohne Einschaltung eines Arztes stark reduziert sind. Zudem kommt bei einer Rezeptpflicht der Frage der schriftbildlichen Ähnlichkeit eine größere Bedeutung zu. Allerdings darf auch für den Erwerb von verschreibungspflichtigen Arzneimitteln die Gefahr mündlicher Benennungen durch den Patienten nicht völlig vernachlässigt werden. Insoweit ist auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen, dessen Aufmerksamkeit je nach Art der Waren unterschiedlich hoch sein kann und allem, was mit Gesundheit zusammenhängt, eine gesteigerte Aufmerksamkeit beizumessen pflegt (Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl, § 9 Rdn 168).

In schriftbildlicher Hinsicht sind die Unterschiede zwischen den Buchstaben "PR" und "D" in der Mitte der aus vier bzw fünf Buchstaben bestehenden Zeichen in

jeder Schreibweise deutlich zu erkennen. Auch wenn der Anfangsbuchstabe "E" und die Endung "EX" übereinstimmen, fallen die Unterschiede im Zentrum der relativ kurzen Wörter auf, da der Verkehr die Zeichen mit einem Blick erfassen kann. Bei einer Wiedergabe der Marken in Kleinbuchstaben mit großem Anfangsbuchstaben oder handschriftlich auf Rezepten kommt hinzu, dass wegen der Unterlänge des Buchstabens "p" und der Oberlänge des Buchstabens "d" auch das Umrissbild deutlich verschieden ist. Im schriftbildlichen Gesamteindruck differieren die Marken so erheblich, dass mit Verwechslungen nicht zu rechnen ist.

Auch in klanglicher Hinsicht reichen die Unterschiede aus, eine Verwechslungsgefahr selbst unter Laien und aus der Erinnerung heraus zu verhindern. Dabei ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass es sich um relativ kurze Wörter mit vier bzw fünf Buchstaben handelt. Die vorhandenen Unterschiede fallen dadurch stärker auf als bei einem längeren und unübersichtlicheren Zeichen und führen zu einem deutlich unterschiedlichen Gesamtklangbild. Die Marken stimmen zwar in Vokalfolge und Sprechsilbenzahl sowie dem klangstarken Konsonanten "X" am Wortende überein, jedoch sind sie durch die Konsonanten "PR" gegenüber "D" im Zentrum der relativ kurzen Zeichen so unterschiedlich, dass im Gesamtklangbild keine Verwechslungsgefahr besteht. "P" ist ein harter klangstarker Sprenglaut, der mit dem nachfolgenden Konsonanten "R" eine auffällige Konsonantenverbindung eingeht. Diese hebt sich erheblich von dem weichen Sprenglaut "D" der Widerspruchsmarke ab, welcher umrahmt von den Vokalen "E" zu einem weichen Klangbild am Wortanfang führt. Diese Unterschiede in den Konsonanten sind auffällig, unabhängig davon, ob die Marken auf der ersten oder zweiten Silbe betont werden, denn bei den bloß zweisilbigen Wörtern beeinflussen auch die Konsonanten in der Zeichenmitte das Gesamtklangbild in entscheidungserheblichem Maße.

Nach alledem war die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlass,
§ 71 Abs. 1 MarkenG.

Kliems

Sredl

Bayer

Na