



BUNDESPATEENTGERICHT

25 W (pat) 517/20

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 30 2016 036 419

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 23. Januar 2024 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Prof. Dr. Kortbein, des Richters Dr. Nielsen und der Richterin Fehlhammer beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe:

I.

Die am 22. Dezember 2016 angemeldete Bezeichnung

TRIPLEVIR

ist am 9. Februar 2017 unter der Nummer 30 2016 036 419 als Wortmarke für die Waren der Klasse 5:

„Pharmazeutische Präparate, nämlich Antivirenmittel“

in das beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) geführte Markenregister eingetragen worden.

Gegen die Eintragung der am 17. März 2017 veröffentlichten Marke hat die Widersprechende als Inhaberin der am 13. Juni 2000 eingetragenen Unionsmarke 1 175 868

TRIZIVIR

am 5. Mai 2017 Widerspruch erhoben.

Die Unionsmarke 1 175 868 genießt Schutz für die Waren der Klasse 5:

Pharmazeutische Präparate und Substanzen; alle vorstehend genannten Waren, soweit sie in Klasse 5 enthalten sind.

Das Deutsche Patent- und Markenamt, Markenstelle für Klasse 5, hat mit Beschluss vom 30. Oktober 2019 durch eine Beamtin des gehobenen Dienstes den Widerspruch zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, dass die Widerspruchsmarke „TRIZIVIR“ trotz der beschreibenden Anklänge ihrer Bestandteile „TRI“ (im Sinne von „drei“) und „VIR“ (im Sinne von „Virus“) in ihrer maßgeblichen Gesamtheit über eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft verfüge. Sie wirke durch die Zwischensilbe „zi“ hinreichend phantasievoll und individuell. Diese weise entgegen der Auffassung der Inhaberin der angegriffenen Marke nicht auf den Wirkstoff „Zidovudin“ hin, da die Buchstabenkombination „zi“ keine gebräuchliche Abkürzung für einen bestimmten Wirkstoff sei. Ausgehend von der vorliegend maßgeblichen Registerlage könnten sich die beiden Marken auf identischen Vergleichswaren begegnen, nämlich auf Antivirenmitteln (Virostatika). Unter Berücksichtigung einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der älteren Marke und Warenidentität habe die jüngere Marke einen deutlichen Zeichenabstand einzuhalten. Diesen strengen Anforderungen werde sie jedoch in jeder Hinsicht gerecht. Klanglich stünden sich die Lautfolgen wie „tri-pel-wir“ und „tri-zi-wir“ gegenüber, wobei sie jeweils auf der ersten Silbe betont würden. Die identischen Silben „tri“ und „vir“ fielen wegen ihrer beschreibenden Anklänge im Sinne von „drei“ (z. B. als Hinweis auf die Kombination von drei Wirkstoffen in einem Präparat) und im Sinne von „Virus“ weniger ins Gewicht. Der angesprochene Verkehr werde daher maßgeblich auf die Unterschiede in der Wortmitte achten. Schriftbildlich unterschieden sich die Vergleichszeichen durch die eher gerundeten Buchstaben der jüngeren Marke gegenüber der markanten Zick-Zack-Schreibweise der älteren Marke. Auch der markante, leiterartige Buchstabe „E“ in der Mitte der angegriffenen Marke wirke sich verwechslungsmindernd aus. Eine begriffliche Ähnlichkeit wegen

der Buchstabenfolgen „TRI-“ und „-VIR“ komme aufgrund ihrer beschreibenden Anklänge aus Rechtsgründen nicht in Betracht.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Widersprechende mit ihrer Beschwerde, mit der sie geltend macht, dass die Markenstelle die beteiligten Verkehrskreise unzutreffend bestimmt habe. Im Ergebnis sei allein auf die Sichtweise des Durchschnittsverbrauchers abzustellen, weil Arzneimittel letztlich zum Erwerb durch diesen bestimmt seien. Weiterhin habe die Markenstelle die Frage der Markenähnlichkeit in einer analysierenden und damit unzulässigen Art und Weise geprüft, indem sie einen angeblichen begrifflichen Sinngehalt der Vergleichszeichen bzw. ihrer Bestandteile berücksichtige. Selbst wenn davon ausgegangen werde, dass die Mittelsilbe der Widerspruchsmarke als markanter Zischlaut ausgesprochen werde, sei eine markenrechtlich relevante klangliche Ähnlichkeit auch zwischen den jeweiligen Mittelsilben „tsi“ und „ple“ zu bejahen, zumal die grundsätzliche Ähnlichkeit zwischen den Vordergaumenvokalen „e“ und „i“ allgemein anerkannt sei. Im Übrigen komme es bei der Prüfung der klanglichen Zeichenähnlichkeit weniger auf einzelne Laute als vielmehr auf die Silbengliederung und die Vokalfolge der Kollisionszeichen an. Zudem würden Wortanfänge im Allgemeinen stärker beachtet als die übrigen Markenteile, wobei insbesondere klangliche Abweichungen im Wortinneren in der Regel nicht geeignet seien, eine Verwechslungsgefahr auszuschließen. Weiterhin sei vorliegend auch eine schriftbildliche Zeichenähnlichkeit zu bejahen. Dementsprechend hätten andere nationale Markenämter in der Schweiz, in Österreich und im Benelux die Eintragung der angegriffenen Marke auf den Widerspruch aus der älteren Marke gelöscht.

Die Widersprechende beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Deutschen Patent- und Markenamts, Markenstelle für Klasse 5, vom 30. Oktober 2019 aufzuheben und wegen des Widerspruchs aus der Unionsmarke 1 175 868 die Löschung der Eintragung der angegriffenen Marke 30 2016 036 419 anzuordnen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt sinngemäß,

die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.

Sie hat sich in der Sache nicht geäußert.

Der Senat hat die Verfahrensbeteiligten mit Schreiben vom 23. Juli 2021 darauf hingewiesen, dass nach seiner vorläufigen Auffassung eine Verwechslungsgefahr nicht zu bejahen sei. Auf diesen Hinweis hat die Widersprechende ergänzend vorgetragen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle für Klasse 5, auf die Schriftsätze der Beteiligten, den schriftlichen Hinweis des Senats vom 23. Juli 2021 sowie auf den weiteren Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die nach § 64 Abs. 6 Satz 1 i. V. m. § 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthafte und auch ansonsten zulässige Beschwerde der Widersprechenden hat in der Sache keinen Erfolg. Ausgehend von einer unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und einer erhöhten Aufmerksamkeit des angesprochenen Verkehrs hält die jüngere Marke auch in Verbindung mit identischen Vergleichswaren den erforderlichen Abstand in jeder Hinsicht ein, so dass zwischen den Vergleichsmarken keine Verwechslungsgefahr im Sinne von §§ 119 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG i. V. m. § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG besteht. Die Markenstelle hat den Widerspruch daher zu Recht nach § 43 Abs. 2 Satz 2 MarkenG zurückgewiesen.

1. Im Laufe des Widerspruchsverfahrens haben sich die Vorschriften des Markengesetzes mit Wirkung zum 14. Januar 2019 geändert. Eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage folgt daraus nicht. Da die angegriffene Marke am 22. Dezember 2016 und somit zwischen dem 1. Oktober 2009 und dem 14. Januar 2019 angemeldet worden ist, ist gemäß § 158 Abs. 3 MarkenG auf den gegen ihre Eintragung erhobenen Widerspruch § 42 Abs. 1 und Abs. 2 MarkenG in der bis einschließlich 13. Januar 2019 jeweils geltenden Fassung anzuwenden (vgl. auch Ströbele/Hacker/Thiering, Markengesetz, 14. Auflage, § 158 Rn. 7).

2. Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr für das Publikum ist nach ständiger Rechtsprechung sowohl des Europäischen Gerichtshofes als auch des Bundesgerichtshofes unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen (vgl. hierzu z. B. EuGH GRUR 2010, 933 Rn. 32 - BARBARA BECKER; GRUR 2010, 1098 Rn. 44 - Calvin Klein/HABM; BGH GRUR 2012, 64 Rn. 9 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2012, 1040 Rn. 25 - pjur/pure; GRUR 2013, 833 Rn. 30 - Culinaria/Villa Culinaria; GRUR 2016, 382 Rn. 19 - BioGourmet; GRUR 2018, 79 Rn. 9 - Oxford/Oxford Club). Von maßgeblicher Bedeutung sind insoweit insbesondere die Identität oder Ähnlichkeit der relevanten Vergleichsprodukte (Waren und/oder Dienstleistungen), die Identität oder Ähnlichkeit der Marken sowie die Kennzeichnungskraft und der daraus folgende Schutzzumfang der Widerspruchsmarke. Diese einzelnen Faktoren sind zwar für sich gesehen voneinander unabhängig, bestimmen aber in ihrer Wechselwirkung den Rechtsbegriff der Verwechslungsgefahr (vgl. dazu EuGH GRUR 2008, 343 Rn. 48 - Il Ponte Finanziaria Spa/HABM; BGH GRUR 2020, 1202 Rn. 19 - YOOFood/YO; GRUR 2020, 870 Rn. 25 - INJEKT/INJEX; GRUR 2019 1058 Rn. 17 - KNEIPP; GRUR 2019, 173 Rn. 17 - combit/Commit; GRUR 2018, 79 Rn. 7 - OXFORD/Oxford Club; GRUR 2012, 64 Rn. 9 - Maalox/Melox-GRY; GRUR 2012, 1040 Rn. 25 - pjur/pure; siehe auch Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 9 Rn. 44 ff. m. w. N.). Darüber hinaus können für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr weitere

Faktoren entscheidungserheblich sein, wie u. a. etwa die Art der Ware, die im Einzelfall angesprochenen Verkehrskreise und die daraus folgende Aufmerksamkeit sowie das zu erwartende Differenzierungsvermögen dieser Verkehrskreise bei der Wahrnehmung der Kennzeichen.

Nach diesen Grundsätzen besteht zwischen der angegriffenen Wortmarke

TRIPLEVIR

und der Unionswiderspruchsmarke

TRIZIVIR

in Verbindung mit den verfahrensgegenständlichen Waren der Klasse 5 keine Verwechslungsgefahr gemäß §§ 119 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 2, 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

a) Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat im Verfahren vor der Markenstelle die mit Schriftsatz vom 11. September 2017 erhobene Einrede der Nichtbenutzung nach Prüfung der von der Widersprechenden danach eingereichten Unterlagen mit Schriftsatz vom 20. März 2018 zurückgenommen, so dass vorliegend von der Registerlage auszugehen ist. Dabei können sich die Vergleichszeichen im Verkehr auf identischen Waren begegnen. Die von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren „pharmazeutische Präparate, nämlich Antivirenmittel“ lassen sich unter den Oberbegriff „pharmazeutische Präparate, soweit sie in Klasse 5 enthalten sind“ subsumieren, für den die Widerspruchsmarke u. a. Schutz beansprucht.

b) Die jeweils beanspruchten Waren sind sowohl für Endverbraucher als auch für Fachkreise aus dem Bereich der Gesundheitsfürsorge bestimmt. Entgegen der Auffassung der Widersprechenden ist bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr

nicht allein auf die Wahrnehmung der Erstgenannten abzustellen. Pharmazeutische Präparate bzw. Arzneimittel werden nicht nur von Endverbrauchern, sondern auch - etwa für Krankenhäuser und Kliniken - von Fachleuten erworben. Auf deren Verständnis kann vorliegend bereits für sich genommen abgestellt werden (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 9 Rn. 268). Weiterhin ist davon auszugehen, dass der angesprochene Verkehr Waren und Dienstleistungen, die die Gesundheit betreffen, insbesondere pharmazeutischen Produkten, grundsätzlich einen höheren Grad an Aufmerksamkeit zukommen lässt (vgl. BGH GRUR 1995, 50, 53 - INDOREKTAL/INDOHEXAL; vgl. auch Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 9 Rn. 264). Dieser Umstand wirkt sich vorliegend verwechslungsmindernd aus.

c) Der Widerspruchsmarke kommt wegen ihrer deutlich erkennbaren beschreibenden Anklänge insgesamt nur eine originär unterdurchschnittliche Kennzeichnungskraft zu. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass sie durch umfangreiche Benutzung eine Steigerung zumindest zum Zeitpunkt vorliegender Entscheidung erfahren hat.

(1) Die originäre Kennzeichnungskraft einer Marke wird durch ihre Eignung bestimmt, sich unabhängig von der jeweiligen Benutzungslage als Unterscheidungsmittel für die Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens bei den beteiligten Verkehrskreisen einzuprägen und die Waren und Dienstleistungen damit von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. BGH GRUR 2017, 75 Rn. 19 - Wunderbaum II; GRUR 2016, 283 Rn. 10 - BSA/DSA DEUTSCHE SPORTMANAGEMENTAKADEMIE). Bei der Bestimmung der Kennzeichnungskraft sind alle relevanten Umstände zu berücksichtigen, zu denen insbesondere die Eigenschaften, die die Marke von Haus aus besitzt, der von der Marke gehaltene Marktanteil, die Intensität, die geografische Verbreitung und die Dauer der Benutzung der Marke, der Werbeaufwand des Unternehmens für die Marke und der Teil der beteiligten Verkehrskreise gehören, die die Waren oder

Dienstleistungen auf Grund der Marke als von einem bestimmten Unternehmen stammend erkennen (vgl. u. a. EuGH GRUR Int 1999, 734 - Lloyd; GRUR Int 2000, 73 - Chevy; GRUR 2005, 763 - Nestle/Mars; BGH GRUR 2013, 833 Rn. 41 - Culinaria/Villa Culinaria; GRUR 2007, 1071 Rn. 27 - Kinder II; GRUR 2007, 1066 Rn. 33 - Kinderzeit; GRUR 2009, 766 Rn. 30 - Stofffähnchen I; GRUR 2009, 672 Rn. 21 - OSTSEE-POST).

Gemessen an diesen Maßstäben wird der angesprochene Verkehr die Widerspruchsmarke in ihrer maßgeblichen Gesamtheit nicht mehr als reine Phantasiebezeichnung wahrnehmen. Zumindest der bereits für sich genommen maßgebliche Fachverkehr wird der Widerspruchsmarke in Verbindung mit den einschlägigen Waren der Klasse 5 einen sachbezogenen Hinweis auf ein Kombinationspräparat zur Bekämpfung von Viren entnehmen. Ihr Bestandteil „TRI“ kommt aus dem Griechischen und wird in zahlreichen Wörtern der deutschen Sprache mit der Bedeutung „drei“ verwendet (z.B. Trimester, Triangel, Triathlon). Auch bei pharmazeutischen Präparaten bzw. Arzneimitteln wird das Präfix „Tri“ regelmäßig benutzt, um auf etwas Dreifaches hinzuweisen. So können sie drei verschiedene Wirkstoffe enthalten oder eine aus drei anellierten Ringen bestehende chemische Struktur aufweisen. Dies ist beispielsweise bei einem trizyklischen Antidepressivum der Fall (vgl. Anlage 2 zum gerichtlichen Hinweis vom 23. Juli 2021). Für die Funktion einer Sachangabe spricht auch der Umstand, dass in der Roten Liste neben dem Produkt „Trizivir“ noch 19 andere pharmazeutische Präparate zu finden sind, deren Produktbezeichnung mit der Buchstabenfolge „Tri“ beginnt (vgl. Anlage 3 zum gerichtlichen Hinweis vom 23. Juli 2021).

Der Bestandteil „VIR“ hat seinen Ursprung in dem lateinischen Wort „virus“ für „Gift“ und ist nicht nur im Bereich der Computerprogramme (vgl. „Avira AntiVir“ als Anlage 4 zum gerichtlichen Hinweis vom 23. Juli 2021), sondern auch der pharmazeutischen Präparate das allgemein verständliche Kürzel für „Virus“ oder „Viren“. So enthalten die Namen zahlreicher antiviraler Wirkstoffe (Virostatika) das Suffix „vir“, um deren spezifische Eigenschaft deutlich zu machen. In diesem

Kontext wird auf den Wikipedia-Artikel zu dem Stichwort „Virostatikum“ Bezug genommen, in dem mehr als 50 entsprechend gebildete Bezeichnungen virostatisch wirksamer Stoffe aufgelistet sind (vgl. Anlage 5 zum schriftlichen Hinweis vom 23. Juli 2021).

Die Widerspruchsmarke „TRIZIVIR“ kombiniert damit zwei sachbeschreibende Wortbildungselemente, nämlich „TRI“ im Sinne von „drei“ oder „dreifach“ und „VIR“ im Sinne von „Viren betreffend/bekämpfend“, die durch die Mittelsilbe „ZI“ miteinander verbunden sind. Dieser kommt für sich genommen kein konkreter Begriffsinhalt zu, was einen gewissen Verfremdungseffekt zur Folge hat. Er kommt aber kaum zur Geltung, so dass er allenfalls geringfügig von den rein sachbezogenen Aussagen des Prä- und Suffixes der Widerspruchsmarke wegführt. Selbst wenn ein Großteil der Endverbraucher die Bedeutungen der Kürzel „TRI“ und „VIR“ nicht kennen sollte, so wird sich zumindest dem Fachverkehr bei der Wahrnehmung der Widerspruchsmarke in Verbindung mit den beanspruchten Waren der Klasse 5 das Verständnis aufdrängen, dass es sich bei dem so bezeichneten Produkt um ein Virostatikum handelt, in dem drei Wirkstoffe kombiniert sind.

(2) Die in das Verfahren eingeführten Unterlagen reichen zur Begründung einer Steigerung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke nicht aus.

In einem Widerspruchsverfahren geht es um die Beseitigung eines bestehenden Störungszustandes, also um die Durchsetzung eines zukunftsgerichteten Anspruchs gegenüber einer jüngeren Registermarke. Dies hat zur Folge, dass bei der Bestimmung der Kennzeichnungskraft sowohl auf den Prioritätszeitpunkt der jüngeren Marke als auch auf den Entscheidungszeitpunkt abzustellen ist (vgl. Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 9 Rn. 233). Die von der Widersprechenden zur Glaubhaftmachung der Benutzung ihrer Marke eingereichten Unterlagen sprechen zwar für eine Erhöhung der Kennzeichnungskraft. Insbesondere die eidesstattliche

Versicherung vom 20. Dezember 2017 von Frau G... als Vizepräsidentin der Unternehmensgruppe G1..., zu der die Beschwerdeführerin gehört, weist für Deutschland beträchtliche Umsätze in den Jahren 2012 bis 2017 aus, die allein in Deutschland mit Pharmazeutika unter dem Namen „Trizivir“ zur Behandlung von Infektionen mit dem humanen Immundefizienz-Virus (HIV) bei Erwachsenen erzielt wurden. Aus den bis 2017 reichenden Benutzungunterlagen kann jedoch allenfalls auf die Situation zum Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke, nicht jedoch zum Zeitpunkt vorliegender Entscheidung im Januar 2024 geschlossen werden. Sie betreffen einen über sechs Jahre zurückliegenden Zeitraum und lassen somit keine hinreichenden Rückschlüsse auf die maßgeblichen Verhältnisse in der Gegenwart zu. Weitere Belege hat die Beschwerdeführerin nicht eingereicht. Damit ist der Umfang der Benutzung der Widerspruchsmarke zum Entscheidungszeitpunkt nicht bekannt, was der Anerkennung einer Steigerung ihrer Kennzeichnungskraft entgegensteht.

d) Die sich gegenüberstehenden Marken weisen in ihrer Wortmitte so deutliche Unterschiede auf, dass die jüngere Marke trotz der übrigen, übereinstimmenden Wortbestandteile den zu fordernden Abstand in jeder Hinsicht einhält.

Die Frage der Ähnlichkeit einander gegenüberstehender Zeichen ist nach deren Ähnlichkeit im (Schrift-)Bild, im Klang und im Bedeutungs- oder Sinngehalt zu beurteilen, weil Marken auf die von ihnen angesprochenen Verkehrskreise in bildlicher, klanglicher und begrifflicher Hinsicht wirken können. Dabei genügt für die Bejahung der Zeichenähnlichkeit regelmäßig bereits die Ähnlichkeit in einem der genannten Wahrnehmungsbereiche. Bei der Beurteilung der Zeichenähnlichkeit ist auf den durch die Zeichen hervorgerufenen Gesamteindruck abzustellen, wobei insbesondere ihre unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (vgl. z. B. BGH GRUR 2018, 79 Rn. 37 - Oxford/Oxford Club). Abzustellen ist dabei auf die Wahrnehmung des angesprochenen Durchschnittsverbrauchers, der eine Marke regelmäßig in ihrer Gesamtheit erfasst

und nicht auf die verschiedenen Einzelheiten achtet (so z. B. BGH GRUR 2016, 283 Rn. 37 - BioGourmet). Maßgebend für die Beurteilung der Ähnlichkeit der Zeichen ist ihr Gesamteindruck unter Berücksichtigung der unterscheidungskräftigen und dominierenden Elemente. Soweit die Wortbildungselemente „TRI“ und „VIR“ im Bereich der vorliegend einschlägigen Waren zumindest vom auch angesprochenen Fachverkehr für sich genommen als Sachhinweise verstanden werden, dürfen sie bei der Prüfung der Ähnlichkeit gleichwohl nicht von vornherein außer Betracht bleiben. Vielmehr sind die sich gegenüberstehenden Marken jeweils als Ganzes miteinander zu vergleichen, so dass auch etwaige beschreibende Bestandteile in die Betrachtung mit einzubeziehen sind (vgl. BGH GRUR 2020, 870 Rn. 71 - INJEKT/INJEX; BPatG 25 W (pat) 22/20 - Neurovan/Neurexan).

(1) Soweit die Kollisionszeichen in klanglicher Hinsicht gegenübergestellt werden, ist zum einen die Variante einer zweisilbigen Aussprache der angegriffenen Marke zu berücksichtigen. Sie ist in Betracht zu ziehen, da der Begriff „TRIPLEVIR“ als die Zusammensetzung des englischen Wortes „TRIPLE“ für das Dreifache und der Buchstabenfolge „VIR“ angesehen werden kann. In diesem Fall stehen sich die Lautfolgen „tripl - vir“ und „tri - zi - vir“ gegenüber, die eine unterschiedliche Anzahl an Vokalen („i-i“ gegenüber „i-i-i“) und damit auch an Silben (zwei gegenüber drei) aufweisen. Dies führt zu deutlich wahrnehmbaren klanglichen Unterschieden. Zum anderen kann die angegriffene Marke auch dreisilbig wie „tri - ple - vir“ ausgesprochen werden, so dass sich die Zeichen zwar mit gleicher Silbenzahl gegenüberstehen. Allerdings weichen sie im mittleren Vokal voneinander ab („e“ gegenüber „i“). Zudem begründet der Konsonant „p“ in der Wortmitte der angegriffenen Marke als stimmloser Sprenglaut gegenüber dem stimmhaften Frikativ „z“ in der Wortmitte der älteren Marke einen deutlich hörbaren Unterschied. Insofern reichen bei beiden Aussprachevarianten der angegriffenen Marke die klanglichen Differenzen aus, um einen ausreichenden Zeichenabstand herzustellen, auch wenn sich die Abweichungen nicht am grundsätzlich stärker beachteten Wortanfang befinden.

(2) Im schriftbildlichen Vergleich stehen sich die Buchstabenfolgen

„TRIPLEVIR“

und

„TRIZIVIR“

bzw.

„Triplevir“

und

„Trizivir“

gegenüber. Hierbei ist festzustellen, dass die jüngere Marke einen Buchstaben mehr enthält. Zudem weist die ältere Marke dreimal den „schlanken“ Vokal „l“ bzw. „i“ auf. Weiterhin fallen die Konsonanten „p“ einerseits und „z“ andererseits deutlich auf. Darüber hinaus ist beim visuellen Vergleich zu berücksichtigen, dass der Verkehr das Schriftbild von Zeichen meist genauer wahrnimmt und, anders als das schnell verklingende Wort, länger und/oder wiederholt betrachten kann, was dazu führt, dass auch das visuelle Erinnerungsbild in der Regel genauer ausfällt als das klangliche (vgl. BGH GRUR 2015, 1004 Rn. 31 - IPS/ISP; BPatGE 43, 108 ff. - Ostex/OSTARIX; BPatG GRUR 2004, 950 ff. - ACELAT/Acesal). Insofern wirkt sich vorliegend sowohl die unterschiedliche Wortlänge als auch das abweichende Konsonantengerüst in der Wortmitte hinreichend Verwechslungshindernd aus.

(3) Auch in begrifflicher Hinsicht besteht zwischen den Vergleichszeichen keine relevante Ähnlichkeit. Soweit sie auf eine dreifache Wirkstoffkombination und die Eigenschaft als Virostatikum der mit ihnen gekennzeichneten Produkte hinweisen, ist eine Verwechslungsgefahr schon aus Rechtsgründen ausgeschlossen. Sie stimmen in einer beschreibenden und damit schutzunfähigen Aussage überein, die alleine eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr nicht begründen kann. Zudem

wird der Verkehr dadurch nicht veranlasst werden, die beiden Marken demselben Unternehmen zuzuordnen (vgl. BPatG 25 W (pat) 57/15 - TRAVO/Travomed; vgl. dazu auch Ströbele/Hacker/Thiering, a. a. O., § 9 Rn. 317 m. w. N.). Der Senat hat daher bei vergleichbar enger Zeichenlage und gegebener Warenidentität im Arzneimittelbereich bereits in der Vergangenheit eine begriffliche Verwechslungsgefahr verneint, wenn die beiden Marken deutliche Annäherungen an eine Wirkstoffangabe aufgewiesen haben und demzufolge eine Kennzeichnungsschwäche der Widerspruchsmarke zu bejahen war (vgl. dazu BPatG 25 W (pat) 72/12 - PANTOPREM/PANTOPAN; 25 W (pat) 516/10 - Panprazol/PANTOZOL; 25 W (pat) 536/13 - Diclo/Diclac).

(4) Anhaltspunkte dafür, dass die sich gegenüberstehenden Marken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht und insbesondere mittelbar verwechselt werden könnten, sind nicht ersichtlich.

e) Unter Abwägung aller relevanten Umstände des Einzelfalls, insbesondere der unterdurchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und des erhöhten Grads der Aufmerksamkeit des angesprochenen Verkehrs, hält die jüngere Marke den erforderlichen Abstand auch im Kontext identischer Waren ein.

3. Zur Auferlegung der Kosten aus Billigkeitsgründen bietet der Streitfall keinen Anlass, so dass es bei der Regelung verbleibt, dass jede Beteiligte die ihr erwachsenen Kosten des Beschwerdeverfahrens selbst trägt (§ 71 Abs. 1 Satz 2 MarkenG).

4. Der Senat konnte ohne mündliche Verhandlung entscheiden. Die Widersprechende hat mit Schriftsatz vom 21. September 2021 ihren zunächst

hilfsweise gestellten Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung zurückgenommen (§ 69 Nr. 1 MarkenG). Auch hat der Senat eine solche nicht für sachdienlich erachtet (§ 69 Nr. 3 MarkenG).

III.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss können die am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde einlegen. Da sie der Senat nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch eine beim Bundesgerichtshof zugelassene Rechtsanwältin oder einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt in elektronischer Form einzulegen.

Kortbein

Nielsen

Fehlhammer