

BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 98/00

(Aktenzeichen)

Verkündet am
15. Januar 2001

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Marke 397 47 383

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 15. Januar 2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Buchetmann sowie der Richterinnen Winter und Schwarz-Angele

beschlossen:

Die Beschwerde der Markeninhaberin wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

APROZIDE

ist nach Teillöschung noch für die Waren

"rezeptpflichtige pharmazeutische Erzeugnisse zur Vorbeugung
und zur Behandlung von kardiovaskulären Erkrankungen"

im Markenregister eingetragen.

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der rangälteren Marke 1 180 693

ACCUZIDE,

die für die Waren

"Arzneimittel, nämlich Herz-Kreislaufmittel"

geschützt ist.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat durch Beschluß einer Beamtin des höheren Dienstes Verwechslungsgefahr bejaht und die Löschung der jüngeren Marke angeordnet. Maßgebend seien die allgemeinen Verkehrskreise, die wegen der identischen oder sehr ähnlichen Erzeugnisse die Vergleichsmarken nicht ausreichend deutlich auseinanderhalten könnten. Denn die Abweichungen in der Wortmitte würden die deutliche Übereinstimmung in den Eckbestandteilen A...ZIDE nicht ausgleichen.

Die Inhaberin der jüngeren Marke hat Beschwerde erhoben. Sie trägt vor, der Bestandteil "ZIDE" sei beschreibend, denn er weise auf eine abtötende oder eine Säure enthaltende (acid) Substanz hin. Auch enthalte die Widerspruchsmarke einen Hinweis auf das Diuretikum "Hydrochlorothiazid", womit der Verkehr den übrigen Markenbestandteilen erhöhte Aufmerksamkeit zuwende. "ACCU" und "APRO" aber seien klanglich gut auseinanderzuhalten, dies insbesondere, weil "ACCU" auf "Batterie" und damit auf ein Präparat für Herzerkrankungen deute.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

den Beschluß der Markenstelle aufzuheben und den Widerspruch zurückzuweisen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält in erster Linie eine gedankliche Verwechslungsgefahr für gegeben. Beide Marken könnten Präparate im gleichen Indikationsbereich kennzeichnen. Die Widerspruchsmarke "ACCUZIDE" werde zusammen mit einer ebenfalls der Widersprechenden zustehenden Marke "ACCUPRO" gleichsam als Geschwisterpaar angeboten und entsprechend beworben. Zunächst werde "ACCUPRO" als das mildere Arzneimittel verabreicht, bei anhaltenden Beschwerden werde "ACCUZIDE" als stärkeres Medikament verordnet. Die Widersprechende legt hierfür eine Werbeanzeige vor. Treffe der Verbraucher nunmehr auf "APROZIDE", so könnte er annehmen, daß die Produktpalette der Widersprechenden um ein drittes Medikament - für eben denselben Krankheitsbereich aber zB mit anderen Wirkstoffen - erweitert worden sei. Es liege aber auch eine unmittelbare klangliche Verwechslungsgefahr vor, denn der Bestandteil "ZIDE" sei nicht verbraucht und die klanglichen Unterschiede beider Marken seien angesichts der identischen Indikationsgebiete zu gering.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluß der Markenstelle sowie auf die Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Der nach § 42 Abs 2 Nr 1 MarkenG erhobene Widerspruch ist von der Markenstelle zu Recht gemäß § 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG zurückgewiesen worden. Es besteht auch nach Auffassung des Gerichts keine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG.

Nach der Registerlage können die Marken zur Kennzeichnung identischer Waren verwendet werden, denn der weite Indikationsbereich "Herz-Kreislaufmittel" der

Widerspruchsmarke umfaßt die Präparate zur Behandlung der "kardiovaskulären Erkrankungen" seitens der jüngeren Marke. Wegen der dort bestehenden Rezeptpflicht ist aber bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr überwiegend auf die Auffassung der verordnenden Ärzte abzustellen, die eigenverantwortlich die Auswahl von Arzneimitteln treffen und dabei entsprechende Sorgfalt aufwenden (vgl. BGH MarkenR 2000, 138 - Ketof/ETOP). Dennoch bedingt der verwechslungsfördernde Umstand der Warenidentität - der ja auch eine Übereinstimmung in den Wirkstoffen bedeuten kann, was hier durchaus nicht fernliegend ist - entweder einen deutlichen Abstand der jeweiligen Kennzeichnungen oder aber sonstige Umstände, die die Anforderungen an den Markenabstand sinken lassen könnten. Beides liegt nicht vor.

Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke "ACCUZIDE" ist durchschnittlich, denn "ACCU" mag auf "Batterie" oder "Akkumulation" hinweisen (wobei die Verbindung zu "Herz-Kreislauf" nicht ohne weiteres ersichtlich ist), eine Kennzeichnungsschwäche der Gesamtmarke ergibt sich hieraus aber nicht. Ebenso wenig kann dies der weitere Bestandteil "ZIDE" bewirken. "Zid" ist im medizinischen Bereich in der Regel ein Wortteil mit der Bedeutung "töten" (vgl. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 257. Aufl., S. 1694). Bei "Herz-Kreislaufmittel" aber ist ein solch beschreibender Anklang kaum sinnvoll. Naheliegender und von der Widersprechenden auch eingeräumt ist die Anlehnung dieses Markenteils an den INN-Wirkstoff "Hydrochlorothiazid" (der im übrigen auch in dem mit der Marke gekennzeichneten Präparat enthalten ist). Dieser Wirkstoff gehört zu den Thiaziddiuretika, einer Gruppe mittelstark und potrahiert wirkender Diuretika, die eine erhöhte Ausscheidung von Elektrolyten und Wasser bewirken (vgl. Pschyrembel aaO S. 1526). Da die Marke aber lediglich die letzten drei Buchstaben dieses INN übernommen hat, kann hieraus eine Beeinträchtigung der kennzeichnenden Wirkung nicht entstehen. Allerdings gibt es weitere Arzneimittel, die mit dem Bestandteil "zid" bzw. "zide" auf eben den selben INN hinweisen (zB "amilozid von ct", "Thiazid Comp. Wolff", "Spironothiazid", "Capozide mite", "triazid von ct" ua, vgl. Rote Liste 1999). Dies führt jedoch allenfalls zur Bejahung von beschreibenden Anklängen

dieses Markenteils, für eine Schwächung des Gesamtzeichens reicht dies nicht aus. Die Widersprechende kann vielmehr einen im oberen Bereich des Durchschnitts liegenden Schutzzumfang beanspruchen. Im Verfahren vor der Markenstelle hat sie eine erhöhte Kennzeichnungskraft behauptet, dies für das Jahr vor der Anmeldung mit einem Umsatz von über ... Millionen DM substantiiert und mit einem Umfrageergebnis zur Verordnungshäufigkeit des Präparats belegt (Markterhebungsdaten der Fa M...). Danach wird das Präparat ACCUZIDE von über ... % der verordnenden Ärzte bei Herzkreislauferkrankungen verschrieben. Demgegenüber ist das pauschale Bestreiten der Inhaberin der jüngeren Marke unbeachtlich, da es sich nur auf die Rechtsfolge und nicht auf die dieser zugrundeliegenden Tatsachen bezieht (vgl BPatG, GRUR 1997, 840 – Lindora/Linola), so daß davon auszugehen ist, daß es sich bei der Widerspruchsmarke um eine den in diesem Indikationsbereich tätigen Ärzten gut bekannte und auch gut benutzte Marke handelt.

Die jüngere Marke greift in den Schutzbereich der Widerspruchsmarke ein. "APROZIDE" und "ACCUZIDE" stimmen im ersten sowie in den letzten vier Buchstaben vollständig überein, wobei die Wortendung "ZIDE", wie oben dargelegt, zwar beschreibende Anklänge hat, markenrechtlich jedoch nicht verbraucht ist. Auch wenn die Gleichheit in den beschreibenden Anklang aufweisenden Markenteilen geringes Gewicht zukommt als reinen Phantasiezeichenteilen, so führt hier die Gesamtbetrachtung zur Verwechslungsgefahr, da die Marken auch in den übrigen Bestandteilen Ähnlichkeiten aufweisen. "APRO" und "ACCU" haben zwar nur einen von insgesamt vier Buchstaben übereinstimmend, die Vokale "O" und "U" sind jedoch beide klangdunkel, bei "C" (gesprochen wie "k") und "P" handelt es sich jeweils um Verschlusslaute, und die etwas deutlicheren Abweichungen zwischen "R" und "C" sind angesichts dieser Übereinstimmungen nicht mehr ausreichend, um die Klanggemeinschaften aufzuheben.

Diese unmittelbare Verwechslungsgefahr wird bestätigt durch die gedanklichen Verbindungen, die bei den Vergleichsmarken vorliegen. Zwar genügt für eine ge-

dankliche Verwechslungsgefahr nicht jegliche gedankliche Assoziation und Erinnerung an die eine Marke, wenn man die andere Marke antrifft. Sind die Umstände aber so, daß der Verbraucher aufgrund objektiver Anhaltspunkte annehmen kann und darf, der Hersteller des einen Produkts habe die Qualitätsverantwortung auch für das andere Produkt übernommen, so ist ein rechtlich beachtliches gedankliches miteinander in Verbindung Bringen der Marken gemäß § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG nicht ausgeschlossen. Kennt der Verbraucher die beiden Marken der Widersprechenden "ACCUPRO" und "ACCUZIDE" und ist ihm bekannt, daß die damit gekennzeichneten Arzneimittel im gleichen Indikationsbereich eingesetzt werden, teilweise aber andere Wirkstoffe haben, so ist es nicht ausgeschlossen, daß er beim Antreffen der angegriffenen Marke "APROZIDE" eine Verbindung zu den beiden jüngeren Marken herstellt. Die Art der Markengestaltung könnte nämlich den Gedanken aufkommen lassen, daß ein drittes Arzneimittel mit einem neuen zusätzlichen Wirkstoff als Folgepräparat der älteren Medikamente unter der Verantwortung des selben Herstellers gefertigt worden ist. Ob derartige Überlegungen grundsätzlich für die Bejahung einer gedanklichen Verwechslungsgefahr ausreichend sind bzw ob sie im vorliegenden Fall für sich allein genügen, um eine Verwechslungsgefahr in rechtserheblichem Ausmaß zu bejahen, kann hier dahingestellt bleiben. Es erscheint jedoch zulässig, bei der vorliegenden sehr speziellen Konstellation eine solche Gedankennähe auch bei der unmittelbaren Verwechslungsgefahr nicht unberücksichtigt zu lassen, in dem Sinn, daß die Unterscheidbarkeit zusätzlich erschwert ist, wenn der sich von der Widerspruchsmarke unterscheidende Zeichenteil an ein anderes auf demselben Einsatzgebiet verwendetes "Vormittel" der Widersprechenden erinnert.

Die Beschwerde ist demnach ohne Erfolg.

Zu einer Auferlegung von Kosten besteht kein Anlaß (§ 71 Abs 1 MarkenG).

Dr. Buchetmann

Winter

Schwarz-Angele

Mü/Hu