

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 9/00

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
15. Februar 2001

...

BESCHLUSS

...

betreffend die angegriffene Marke 2 075 928

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. November 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richter Knoll und Engels

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke wird der Beschluß der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 18. Oktober 1999 in der Hauptsache aufgehoben.

Der Widerspruch aus der Marke 2 102 575 wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

Orbicin

ist am 25. August 1994 gemäß § 6a WZG vorläufig für "pharmazeutische Erzeugnisse für die Human- und Veterinärmedizin sowie Erzeugnisse für die Gesundheitspflege von Mensch und Tier" in das Markenregister eingetragen worden. Die Veröffentlichung der Eintragung erfolgte am 30. September 1994. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat im Beschwerdeverfahren das Warenverzeichnis auf "rezeptpflichtige, pharmazeutische Erzeugnisse für die Humanmedizin, ausgenommen Penicillin-Präparate; Erzeugnisse für die Gesundheitspflege von Menschen" beschränkt.

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der älteren, am 14. Mai 1994 angemeldeten und seit dem 19. Dezember 1996 für "veterinärmedizinische Erzeugnisse, nämlich verschreibungspflichtige Penizillin-Präparate" eingetragenen Marke 2 102 575

ORBENIN.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat in einem Beschluß die Verwechslungsgefahr zwischen den Marken bejaht und die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet. Ausgehend von einer normalen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und der nach der Registerlage möglichen Warenidentität seien strenge Anforderungen an den Zeichenabstand zu stellen, wobei sich verwechslungsmindernd die im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke verankerte Rezeptpflicht auswirke, da hierdurch als beteiligte Verkehrskreise Fachleute im Vordergrund stünden. Dennoch müsse wegen der übereinstimmenden Lautfolge "Orb--in" von einer relevanten klanglichen Verwechslungsgefahr ausgegangen werden.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke mit dem Antrag,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und den Widerspruch zurückzuweisen.

Zur Begründung verweist die Inhaberin der angegriffenen Marke auf das bisherige Vorbringen und führt ergänzend aus, daß die Markenstelle hinsichtlich der nicht identischen Waren unberücksichtigt gelassen habe, daß insoweit eine Verwechslungsgefahr nur in Betracht kommen könne, wenn es sich um fast identische Marken handeln würde, was vorliegend aber nicht gegeben sei. Hierbei sei auch zu berücksichtigen, daß die übereinstimmende Endung "in" wegen ihrer häufigen Verwendung in Arzneimittelkennzeichnungen kennzeichnungsschwach und "ver-

braucht" sei. Auch sei die Vokalfolge in der Wortmitte, der Sprechrhythmus und die Betonung der Wörter unterschiedlich, so daß keine klangliche Verwechslungsgefahr bestehe. Im Schriftbild unterschieden sich die Worte ebenfalls wegen der abweichenden Kontur der Buchstaben deutlich, so daß selbst bei einer sehr unleserlichen handschriftlichen Wiedergabe die beiden Markenwörter auseinandergehalten würden. Im übrigen hätte die Markenstelle jedenfalls nur eine Teillöschung vornehmen dürfen, da hinsichtlich der pharmazeutischen Erzeugnisse für die Humanmedizin sowie der Erzeugnisse für die Gesundheitspflege höchstens von einer mittleren Warenähnlichkeit zu verschreibungspflichtigen veterinärmedizinischen Penicillinpräparaten auszugehen sei. Nunmehr seien aufgrund der Beschränkung des Warenverzeichnisses im Beschwerdeverfahren zusätzlich Penicillinpräparate ausdrücklich ausgenommen. Hier sei auch besonders von Bedeutung, daß derartige verschreibungspflichtige Präparate von den vorliegend maßgeblichen Verkehrskreisen auch deswegen nicht mit den für die jüngere Marke beanspruchten rezeptpflichtigen humanmedizinischen Arzneimitteln verwechselt werden könnten, weil Human- und Veterinärmediziner unterschiedliche Praxen betrieben und verschreibungspflichtige veterinärmedizinische Erzeugnisse ausschließlich von Tierärzten selbst ausgegeben würden.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die von der Gegenseite vorgenommene Beschränkung des Warenverzeichnisses führe nicht zu einer relevanten Veränderung des Warenabstandes, da das Warenverzeichnis der angegriffenen Marke auch nach der erfolgten Beschränkung noch weitere Antibiotika umfasse, wie zB Cephalosporine- oder andere β -Lactam-Antibiotika, die wie Penicilline wirkten und verwendet würden.

Die Marken würden entgegen der Annahme der Markenstelle überwiegend auch in demselben Sprechrhythmus wiedergeben und wiesen neben der identischen Laut-

folge "orb--in" die auch hochgradig ähnlichen Vokale "e" und "i" auf, so daß eine klangliche Verwechslungsgefahr begründet sei. Aber auch im Schriftbild seien die Markenwörter wegen der identischen Buchstabenfolge "Orb--in", derselben Oberlänge sowie der Ähnlichkeit der Buchstaben "i" und "e" verwechselbar.

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

II.

Die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke ist zulässig, insbesondere statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt (§ 66 Abs 1 Satz 1, Abs 2 MarkenG).

Die Beschwerde ist auch in der Sache begründet, da nach Auffassung des Senats unter Berücksichtigung der im Beschwerdeverfahren erfolgten Beschränkung des Warenverzeichnisses der angegriffenen Marke und der hiernach maßgeblichen Warenkonstellation keine Verwechslungsgefahr zwischen den sich gegenüberstehenden Marken im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG besteht. Der Widerspruch ist deshalb zurückzuweisen, §§ 42 Abs 2 Nr 1, 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG.

Der Senat geht bei seiner Entscheidung mangels entgegenstehender Anhaltspunkte von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft und einem normalen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke aus.

Nach der im Beschwerdeverfahren maßgeblichen Registerlage können sich die Marken nicht mehr auf identischen Waren begegnen. Allerdings sind die von der jüngeren Marke nunmehr beanspruchten Waren "rezeptpflichtige pharmazeutische Erzeugnisse für die Humanmedizin, ausgenommen Penicillin-Präparate", welche den auf Seiten der Widerspruchsmarke geschützten Waren "veterinärmedizinische Erzeugnisse, nämlich verschreibungspflichtige Penizillin-Präparate" am nächsten

kommen, nach dem für die markenrechtlichen Warenähnlichkeit maßgeblichen Kriterium ihrer betrieblichen Zuordnung ohne weiteres ähnlich. Auch können grundsätzlich Humanarzneimittel und Tierarzneimittel, insbesondere wenn sich - anders als hier - weite Warenbegriffe gegenüberstehen, wegen der in zahlreichen Fällen identischen Wirkstoffe und der bei vergleichbarer Indikation teilweise üblichen Verwendung von Humanarzneimitteln auch zur Behandlung von Tieren im Einzelfall Überschneidungen und enge Berührungspunkte aufweisen (vgl hierzu BPatG GRUR 2000, 1052, 1055 - Rhoda-Hexan / Sota-Hexal). Dies gilt auch hier insoweit, als die Beschränkung des Warenverzeichnisses der jüngeren Marke zwar eine Warenidentität ausschließt, andererseits aber Penicilline nur eine Gruppe von bakterizid wirkenden Antibiotika bilden, die wie zB Ampicillin oder Amoxicillin in der Wirkweise mit sonstigen Antibiotika vergleichbar sind und ein vergleichbares Wirkungsspektrum besitzen (vgl MSD-MANUAL der Diagnostik und Therapie, 5. Aufl S 1311) und als Human- wie auch als Tierarzneimittel eingesetzt werden (vgl hierzu BPatG aaO - Rhoda-Hexan / Sota-Hexal). Wenn danach auch die Eigenart der vorliegend in Betracht kommenden Waren als miteinander konkurrierende oder einander ergänzende Produkte (vgl BGH GRUR 1999, 158, 159 – GARIBALDI; MarkenR 1999, 61, 63 - LIBERO; MarkenR 1999, 93 ff) und die Erwartung des Verkehrs von einer Verantwortlichkeit desselben Unternehmens (vgl EuGH MarkenR 1999, 22, 24, Ziff 28, 29 - CANON; BGH MarkenR 1999, 242, 245 – Canon II mwN) durchaus naheliegen können, muß andererseits berücksichtigt werden, daß das Austauschverhältnis der Waren nur in einer Richtung besteht, da ein Erwerb von Tierarzneimitteln zur humanmedizinischen Anwendung ausgeschlossen ist. Hinzu kommt, daß Tierarzneimittel selbst für den Laien erkennbar durch einen entsprechenden Aufdruck auf der Verpackung eine abweichende Aufmachung besitzen und die regelmäßig unterschiedlichen Vertriebswege, die gruppenmäßige Verschiedenheit der Arzneimittel sowie diejenige der verordnenden Ärzte eher gegen eine gemeinsame betriebliche Zuordnung der unterschiedlichen Arzneimittel sprechen.

Zu berücksichtigen ist aber insbesondere auch, daß nunmehr in beiden Warenverzeichnissen eine Rezeptpflicht festgeschrieben ist. Mag der Verschreibungspflicht für die Beurteilung der Warenähnlichkeit auch nur geringere Bedeutung zukommen (vgl hierzu BPatG Pharma Recht 2000, 217, 219 - Taxanil), ist eine davon zu unterscheidende und wesentliche Frage, inwieweit dieser im Rahmen der Beurteilung der Verwechslungsgefahr wegen der Zusammensetzung der beteiligten Verkehrskreise eine ganz erheblich kollisionsmindernde Bedeutung zukommt, zumal es sich hier auch in tatsächlicher Hinsicht bei Penicillinen bzw ähnlich wirkenden Antibiotika um Arzneimittel handelt, die sämtlich der Rezeptpflicht unterliegen und erst nach ärztlicher Konsultation erworben werden. So entspricht es auch gefestigter Rechtsprechung, daß bei rezeptpflichtigen Präparaten - selbst bei nur einseitig festgeschriebener Rezeptpflicht (vgl hierzu BGH MarkenR 1999, 154, 156 – Cefalone) - für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr in erster Linie auf die Fachkreise wie Ärzte und Apotheker abzustellen ist (BGH GRUR 1995, 50, 52 – Indorektal / Indohehexal; BGH MarkenR 2000, 138, 139 Ketof / ETOP; BPatG Pharma Recht 2000, 217, 219 - Taxanil), die aufgrund ihrer beruflichen Praxis und Erfahrung im Umgang mit Arzneimitteln sehr sorgfältig und in ihrem Unterscheidungsvermögen geschult sind. Dies wirkt nicht nur der klanglichen, sondern auch der hier im Vordergrund stehenden schriftlichen Verwechslungsgefahr deutlich verwechslungsmindernd entgegen, da die berufliche Praxis und der vertraute Umgang mit Arzneimittelmarken sowie die Fachkenntnis eine Erfassung etwaiger Sinngehalte der Wörter oder einzelner Wortbestandteile wesentlich erleichtert und ganz allgemein auch die Wahrnehmungs- und Unterscheidungsfähigkeit fördern. Soweit im übrigen in Einzelfällen trotz beiderseitiger Rezeptpflicht Markenbenennungen durch medizinisches Fachpersonal, deren Hilfskräfte oder durch Laien nicht ausgeschlossen werden können (vgl BGH GRUR 1993, 118, 119 - Corvaton/Corvasal; BGH GRUR 1998, 815, 817 - Nitrangin), kommt diesen von vorneherein nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Aber selbst insoweit ist grundsätzlich nicht auf einen sich nur flüchtig mit der Ware befassenden, sondern auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher abzustellen, dessen Aufmerksamkeit je nach Art der Ware oder Dienstleistung unter-

schiedlich hoch sein kann (vgl BGH MarkenR 2000, 140, 144 ATTACHÉ / TISSERAND; BGH GRUR 1998, 942, 943 li Spalte - ALKA-SELTZER; EuGH MarkenR 1999, 236, 239 unter 24. - Lloyd / Loints) und der insbesondere allem, was mit der Gesundheit zusammenhängt eine gesteigerte Aufmerksamkeit beizumessen pflegt (vgl BGH GRUR 1995, 50, 53 - Indorektal/Indohexal).

Unter Berücksichtigung dieser Umstände sind jedenfalls keine strengen Anforderungen an den einzuhaltenden Markenabstand zu stellen. Diesen wird die jüngeren Marke gerecht, da die mit der Widerspruchsmarke bestehenden Ähnlichkeiten nach Auffassung des Senats in keiner Richtung so ausgeprägt sind, daß die Gefahr von Verwechslungen im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG zu bejahen wäre.

So weisen die wie "or-bi-zin" und "or-be-nin" gesprochenen Markenwörter in klanglicher Hinsicht mit Ausnahme der Eingangssilbe deutliche Abweichungen sowohl in der Vokalbildung der zweiten Sprechsilbe als auch im konsonantischen, wie "z" gesprochenen Anlaut "c" der Schlußsilbe auf, wobei insbesondere der markant, wie "z" klingende Zischlaut in der angegriffenen Marke unüberhörbar von dem in der Widerspruchsmarke gegenüberstehenden weichen "n" abweicht. Nach Auffassung des Senats unterscheiden sich die Marken jedenfalls in der Gesamtheit ihrer Lautunterschiede und losgelöst von einer formalen Betrachtungsweise trotz der in einzelnen Lautelementen, im Sprechrhythmus sowie in der Silbenanzahl bestehenden Gemeinsamkeiten hinreichend deutlich voneinander, auch wenn die Auffassung des Verkehrs eher von einem undeutlichen Erinnerungsbild bestimmt wird (st Rspr - vgl EuGH MarkenR 1999, 236, 239 - Lloyd / Loints). Insoweit darf nicht vernachlässigt werden, daß insoweit nicht nur die Gemeinsamkeiten der Wörter im Vordergrund stehen, sondern insbesondere auch die sie unterscheidenden und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (EuGH GRUR 1998, 387, 390 – Springende Raubkatze; MarkenR 1999, 236, 239 - Lloyd / Loints). Insgesamt wirken die Abweichungen deshalb auch im jeweiligen Gesamteindruck der Wörter den bestehenden Gemeinsamkeiten hinreichend deutlich entgegen und gewährleisten eine sichere Unterscheidung, zumal es sich um klanglich gut erfaßbare Wör-

ter handelt. Dies gilt selbst dann, wenn man vernachlässigt, daß wegen der hier im Vordergrund stehenden Fachkreise die Bedeutung einer klanglichen Verwechslungsgefahr von vorneherein reduziert ist.

Noch etwas knapper sieht der Senat die Entscheidung im Vergleich der Schriftbilder, wobei der Markenvergleich jede übliche Schreibweise einzubeziehen und verkehrsübliche Wiedergabeformen zu berücksichtigen hat (vgl zu den Grenzen vgl BPatG MarkenR 2000, 280, 284 CC 1000/Cec). Dies wird insbesondere für die Groß- und Kleinschreibung sowie für den Wechsel gebräuchlicher Schrifttypen angenommen (vgl Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 1998, § 14 Rdn 345), wozu unter besonderen Voraussetzungen auch die handschriftliche Wiedergabe zählen kann (vgl Althammer/Ströbele, Markengesetz, 6. Aufl, § 9 Rdn 77, 106), die auf dem Arzneimittelbereich insbesondere bei der Rezeptierung in Betracht kommt. Allerdings erfolgt die handschriftliche Rezeptierung wegen der heute regelmäßig in Arztpraxen vorhandenen EDV Ausstattung nur noch in sehr reduziertem und zudem zunehmend an Bedeutung verlierendem Umfang. Die handschriftliche Wiedergabe besitzt somit für die Beurteilung der schriftbildlichen Verwechslungsgefahr nur eingeschränkte Bedeutung (vgl zB PAVIS PROMA, Kliems, BPatG 25 W (pat) 23/99 DEPRUN # Depuran; PAVIS PROMA, Kliems, BPatG 25 W (pat) 220/95 Glinnda # GIANDA), wobei im übrigen der Beurteilung der Markenähnlichkeit nur eine normal leserliche Schrift zugrunde zu legen ist (vgl Althammer/Ströbele Markenrecht, 6. Aufl, § 9 Rdn 107). Danach reichen bei der Gegenüberstellung der Wörter die Unterschiede in der Kontur der abweichende Buchstaben noch zu einer hinreichenden Unterscheidung der Wörter aus. Auch wenn sich die Abweichungen nicht am eher beachteten Wortanfang befinden und im Vergleich mit den übereinstimmenden Buchstaben quantitativ deutlich geringer sind, so muß andererseits berücksichtigt werden, daß die bildlichen Abweichungen der Buchstaben nicht nur bei einer Wiedergabe in Versalien, sondern auch bei handschriftlicher Wiedergabe oder in Normalschrift deutlich ausfallen, da sowohl "i"("I") zu "e"("E") als auch "c"("C") zu "n"("N") jeweils eine markant abweichende Linienführung aufweisen, die auch in der jeweiligen Wortmitte nicht unbemerkt bleibt, zu-

mal es sich hier um noch gut überschaubare Zeichen handelt und der geschulte Fachverkehr deutlich im Vordergrund steht.

Nach alledem war auf die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke der angefochtene Beschluß aufzuheben und der Widerspruch zurückzuweisen.

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

Kliems

Knoll

Engels

Pü