



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 251/03

(Aktenzeichen)

An Verkündungs Statt
zugestellt am:
16. Januar 2006

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 398 30 151

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 8. Dezember 2005 unter Mitwirkung ...

beschlossen:

1. Der Inhaberin der angegriffenen Marke wird Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr gewährt.
2. Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

Loradin

ist am 28. August 1998 in das Markenregister eingetragen worden und beansprucht nach einer Teillöschung im Verfahren vor der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts Schutz noch für

„Pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich Arzneimittel mit dem Wirkstoff Loradin zur Behandlung allergischer Erkrankungen“.

Die Eintragung wurde am 1. Oktober 1998 veröffentlicht.

Hiergegen hat die Inhaberin der älteren Marke DD 605 481

Lyorodin

die seit dem 1. April 1955 für

„Arzneimittel, chemische Erzeugnisse für Heilzwecke und Gesundheitspflege, pharmazeutische Drogen, Tier- und Pflanzenvertilgungsmittel, Entkeimungs- und Entwesungsmittel (Desinfektionsmittel)“

geschützt ist, Widerspruch erhoben.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat im Verfahren vor der Markenstelle mit Schriftsatz vom 17. Juni 1999 die Einrede der Nichtbenutzung der Widerspruchsmarke für andere Waren als ein „rezeptpflichtiges Psychopharmakon“ erhoben.

Die Markenstelle hat in zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, eine Verwechslungsgefahr bejaht und die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet. Nach der Begründung des Erstprüfers gehörten die jeweils speziellen Arzneimittel zwar unterschiedlichen Hauptgruppen der Roten Liste an, könnten aber nebeneinander und gleichzeitig eingesetzt werden, zumal Psychopharmaka auch Sedativa umfassten. Diese seien häufig in Mitteln enthalten, die gegen Allergien angewendet würden. Bei normaler Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und entsprechend eher höheren Anforderungen an den markenrechtlichen Abstand reichten die Unterschiede in den Markenwörtern nicht aus, um Verwechslungsgefahr zu verneinen. Die Übereinstimmungen in der Lautfolge „L-or-din“ prägten den klanglichen Gesamteindruck, wobei der Laut „y“ in der Widerspruchsmarke nur kurz als „j“ oder „i“ anklinge und die Unterschiede in

den Vokalen „o“ gegenüber „a“ verwischt seien. Hinzu komme die Betonung der Marken auf der übereinstimmenden Endung „-din“, so dass neben der Sprech-Silbenzahl auch die Betonungs- und Sprechweise übereinstimme.

Die hiergegen eingelegte Erinnerung hatte keinen Erfolg. Nachdem die Benutzung der Widerspruchsmarke von der Inhaberin der angegriffenen Marke grundsätzlich anerkannt worden sei, so die Begründung der Erinnerungsprüferin, sei nicht von einer bestimmten Indikation oder einer etwa bestehenden Rezeptpflicht, sondern allenfalls von der entsprechenden Hauptgruppe der Roten Liste auszugehen. Trotz der unterschiedlichen Indikation gegenüber den Arzneimitteln der angegriffenen Marke bestehe daher eine noch entscheidungserhebliche Ähnlichkeit. Im Hinblick auf die normale Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und den zu berücksichtigenden allgemeinen Verkehrskreisen bestehe auch eine Ähnlichkeit der Marken. Dabei sei jede Aussprachemöglichkeit der Widerspruchsmarke – „y“ wie „ü“, „j“ oder „i“ – zugrunde zu legen, die aber in allen Fällen auch wegen desselben Klanggerüsts eine Verwechslungsgefahr mit der angegriffenen Marke begründe.

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

die Beschlüsse der Markenstelle vom 4. April 2001 und vom 5. September 2004 aufzuheben und den Widerspruch aus der Marke DD 405 681 zurückzuweisen.

Nachdem die Zahlung einer Beschwerdegebühr nicht ermittelt werden konnte und dies dem Vertreter mit Bescheid vom 30. Dezember 2003 mitgeteilt wurde, stellte die Inhaberin der angegriffenen Marke mit Schriftsatz vom 20. Januar 2004 Antrag auf Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr. Die versäumte Handlung wurde per Einzugsermächtigung, die beim Gericht am 23. Januar 2004 eingegangen ist, nachgeholt. Zur Begründung trägt der Vertreter

vor, soweit erinnerlich, habe das Diktat zur Fertigung des Beschwerdeschriftsatzes die Anforderung an die Sachbearbeiterin enthalten, einen entsprechenden Abbuchungsauftrag auszustellen und ihn zusammen mit dem Beschwerdeschriftsatz zur Unterschrift vorzulegen. Warum der Abbuchungsauftrag nicht vorgelegen habe, habe nicht mehr aufgeklärt werden können. Dass der Vertreter aber eine besondere Aufmerksamkeit auf eine stets gleichzeitig erfolgende Unterschrift von Beschwerdeschriftsatz und Abbuchungsauftrag verwendet habe, werde anwaltlich versichert. Dieser Vortrag wurde durch die Eidesstattliche Versicherung der Sachbearbeiterin vom 21. Januar 2004 bestätigt.

Der Senat hat in der Sitzung vom 3. März 2004 beraten und beiden Vertretern mit Bescheid vom 4. März 2004 mitgeteilt, dass der Senat zur Gewährung der beantragten Wiedereinsetzung neige und Gelegenheit bestehe, die Beschwerde zu begründen.

Hierzu trägt die Inhaberin der angegriffenen Marke vor, entgegen der Ansicht der Erinnerungsprüferin werde die Widerspruchsmarke nicht wie „Ljorodin“, sondern wie „Ly-o-ro-din“ ausgesprochen, entsprechend den Wörtern „lyophil“, „lyophob“ oder „Lyon“. Dadurch ergäben sich deutliche Abweichungen auch in der Silbenzahl. Hinzu komme, was von der Markenstelle ebenfalls nicht beachtet worden sei, der Begriffsanklang im Wortanfang der angegrM „Lora-“, der auf Loratadin-haltige Arzneimittel hinweise und vom Verkehr nicht mit der Marke der Widersprechenden in Verbindung gebracht werde. Verwechslungsgefahr bestehe daher nicht.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei wegen des Phantasiegehalts durchschnittlich. Im Gegensatz zur Ansicht der Inhaberin der angegriffenen Marke sei die Erinnerungsprüferin durchaus von allen denkbaren Aussprache-

möglichkeiten ausgegangen, die nach allgemeinen Sprachregeln möglich seien. Dies entspreche der Kommentarstelle bei Ströbele/Hacker, 7. Aufl., § 9, Rdnr. 200. Auch sei die im Beschluss zugrunde gelegte Aussprache der Widerspruchsmarke wie „Ljo-ro-din“ weder regel- noch erfahrungswidrig, zumal es deutsche Wörter mit dem Wortanfang „lyo-“ und von daher feste Ausspracheregeln nicht gebe. Im Übrigen entspreche die Aussprache des „y“ wie „i“ der französischen Aussprache. Zwischen den Marken bestehe somit bei der hochgradigen Warenähnlichkeit die Gefahr von Verwechslungen.

In ihrer Erwiderung trägt die Inhaberin der angegriffenen Marke ergänzend vor, die Ausführungen der Widersprechenden erweckten den Eindruck, als würden die Anfangssilben „Lyo-“ in Worten wie „Lyoner“ oder „Lyonese“ einsilbig ausgesprochen werden. Die sei nicht der Fall, üblich sei die getrennte Aussprache wie „Lyon“. Die Widerspruchsmarke erscheine danach als viersilbiges Wort.

II.

1. Der Inhaberin der angegriffenen Marke war Wiedereinsetzung in die versäumte Frist zur Zahlung der Beschwerdegebühr zu gewähren, § 91 MarkenG.

Der Antrag auf Wiedereinsetzung ist statthaft, § 91 Abs. 1 MarkenG, und zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt, § 91 Abs. 2 und Abs. 3 MarkenG.

Der Antrag ist gemäß § 91 Abs. 2 MarkenG rechtzeitig innerhalb von zwei Monaten nach Wegfall des maßgeblichen Hindernisses gestellt worden. Ein Hinderungsgrund zur Wahrung der Frist ist dabei insbesondere auch die fehlende Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die Fristversäumung ergibt (vgl. dazu Ströbele/Hacker MarkenG, 7. Aufl., § 91 Rdn. 28; Thomas/Putzo, ZPO, 27. Aufl., § 234 Rdn. 5 und 6). Das Hindernis wird durch Kenntnis oder Kennenmüssen behoben. Durch den Bescheid des Rechtspflegers vom 30. Dezember 2003 hat

der Verfahrensbevollmächtigte erfahren, dass die Beschwerdegebühr nicht bezahlt worden war. Hierauf hat er am 20. Januar 2004 und damit rechtzeitig innerhalb der Zweimonatsfrist des § 91 Abs. 2 MarkenG den Wiedereinsetzungsantrag gestellt.

Dieser ist auch begründet. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat hinreichend dargelegt, dass sie ohne Verschulden i. S. d. § 91 Abs. 1 MarkenG verhindert war, die Beschwerdegebühr rechtzeitig innerhalb der Monatsfrist des § 66 Abs. 2 MarkenG i. V. m. § 82 Abs. 1 Satz 3 MarkenG, Nr. 431 200 GebVerz zu § 2 Abs. 1 PatKostG einzuzahlen.

Eine Frist ist dann ohne Verschulden versäumt, wenn die übliche Sorgfalt aufgewendet worden ist, deren Beachtung im Einzelfall zumutbar war (vgl. hierzu Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 91 Rdn. 15). Dabei muss sich die Inhaberin der angegriffenen Marke zwar auch ein Verschulden ihres Verfahrensbevollmächtigten gemäß § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG i. V. m. § 85 Abs. 2 ZPO zurechnen lassen, aber auch für diesen war die Fristversäumung unverschuldet. Es handelte sich um ein Versehen der Kanzleiangestellten, das sich weder die Inhaberin der angegriffenen Marke noch deren Vertreter zurechnen lassen muss, sofern bei der Auswahl und Beaufsichtigung der Hilfskräfte keine Obliegenheitsverletzung vorgelegen hat (vgl. hierzu Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 91, Rdnr. 17).

Der Umstand, dass die Kanzleiangestellte bei der Einreichung der Beschwerde möglicherweise den dafür vorgesehenen Abbuchungsauftrag nicht mit eingereicht hat, stellt sich als typisches Versehen einer Hilfskraft dar. Nach der Darstellung im Schriftsatz vom 20. Januar 2004 waren seitens des Verfahrensbevollmächtigten der Inhaberin der angegriffenen Marke alle Vorkehrungen getroffen worden, dass sowohl die Beschwerdeschrift als auch die Beschwerdegebühr rechtzeitig beim Deutschen Patent- und Markenamt eingehen konnten. Der vom Vertreter unterzeichnete Beschwerdeschriftsatz vom 10. Oktober 2003 nimmt ausdrücklich auf

einen beigefügten Abbuchungsauftrag Bezug. Die Beschwerdeerklärung selbst war rechtzeitig eingereicht worden.

Darüber hinaus war nach dem Sachvortrag die Kanzleiangestellte ausreichend geschult und überwacht, so dass auch hieraus keine Obliegenheitsverletzung seitens des Verfahrensbevollmächtigten hergeleitet werden kann.

Sämtliche tatsächlichen Angaben sind durch die anwaltliche Versicherung des Vertreters und die Eidesstattliche Versicherung der Sachbearbeiterin vom 21. Januar 2004 i. S. d. § 91 Abs. 3 Satz 2 MarkenG ausreichend glaubhaft gemacht worden.

2. In der Sache hat die Beschwerde jedoch keinen Erfolg, denn auch nach Auffassung des Senats besteht zwischen den Marken (noch) die Gefahr von Verwechslungen im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG, auch wenn es sich hier um einen Grenzfall handeln mag.

Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr richtet sich nach der Ähnlichkeit der Waren oder Dienstleistungen, der Ähnlichkeit der Marken sowie nach der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, wobei der Gesamteindruck der Marken eine maßgebliche Rolle spielt.

Nachdem die Inhaberin der angegriffenen Marke mit Schriftsatz vom 17. Juni 1999 im Verfahren vor der Markenstelle die Benutzung der Widerspruchsmarke für ein „rezeptpflichtiges Psychopharmakon“ anerkannt hat, ist nach den Grundsätzen der so genannten erweiterten Minimallösung von der Benutzung der älteren Marke für „Psychopharmaka“ generell entsprechend der Hauptgruppe 71 der Roten Liste auszugehen (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 26, Rdnr. 212 m. w. N.), wobei die Widersprechende unabhängig von der tatsächlichen Verwendung nicht auf einen bestimmten Wirkstoff, eine bestimmte Darreichungsform oder eine bestehende Rezeptpflicht festgelegt werden kann (vgl. BPatG GRUR 2004,

954 – Circanetten). Eine weitergehende Benutzung hat die Widersprechende nicht geltend gemacht.

Mit den Waren der angegriffenen Marke, die Schutz für Arzneimittel mit dem Wirkstoff Loratadin zur Behandlung allergischer Erkrankungen beansprucht, besteht grundsätzlich Ähnlichkeit, auch wenn es sich um Präparate handelt, die zur Behandlung unterschiedlicher Erkrankungen bestimmt sind. Im vorliegenden Fall reicht dies nach Auffassung des Senats jedoch nicht aus, um bei der an sich gegebenen Indikationsverschiedenheit der Mittel von einem größeren Warenabstand auszugehen. Der Wirkstoff Loratadin gehört zu den Antihistaminika, die generell sedierend wirken, wobei jedoch Loratadin nur eine geringe oder sogar keine sedierende Wirkung zugeschrieben wird. Im Zusammenhang mit der Behandlung von Allergien werden Antihistaminika teilweise sogar als Sedativa eingesetzt (vgl. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, de Gruyter, 259. Aufl.). Sedativa, die als Tranquillantia/Anxiolytika eine Untergruppe von Psychopharmaka darstellen (vgl. Rote Liste 2005, Hauptgruppe 71, Untergruppe B.4.), werden häufig aber auch zusätzlich zu Antihistaminika in demselben funktionellen Zusammenhang angewendet, wie sich aus der genannten Fundstelle ergibt. Eine solche Anwendung kommt vor allem bei Loratadin in Betracht, das selbst nicht oder nur in geringem Umfang sedierend wirkt. Unter diesen Voraussetzungen besteht damit kein solcher Warenabstand, der eine erhebliche Verringerung der Anforderungen rechtfertigen würde.

Da die Präparate keiner Rezeptpflicht unterliegen, sind die allgemeinen Verbraucherkreise in die Beurteilung der Verwechslungsgefahr mit einzubeziehen. Der Senat legt dabei das vom EuGH entwickelte Verbraucherleitbild zugrunde, das auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und interessierten Verbraucher abstellt und der allem, was mit der Gesundheit zu tun hat, mit größerer Aufmerksamkeit begegnet als vielen anderen Produkten des täglichen Lebens (vgl. zum veränderten Verbraucherleitbild BGH MarkenR 2002, 124 – Warsteiner III; EuGH MarkenR 2002, 231 – Philips/Remington; zur Aufmerksamkeit im Gesundheitsbereich BGH GRUR 1995, 50 – INDOREKTAL / INDOHEXAL; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 9, Rdnr. 156 m. w. N.). Mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist der Widerspruchsmarke eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft zuzumessen.

Unter Berücksichtigung der genannten Umstände sind an den markenrechtlichen Abstand daher keine geringen Anforderungen zu stellen, denen die angegriffene Marke nicht (mehr) gerecht wird.

Soweit Fachleute allein wie Ärzte, Apotheker und deren Hilfspersonal mit den Marken in Berührung kommen, können Verwechslungen zwar eher ausgeschlossen sein, da dieser Personenkreis im Hinblick auf die verschiedenen Arzneimittel besondere Fachkenntnisse hat, die ein Auseinanderhalten der Kennzeichnungen eher erleichtern können.

Der Senat hat aber erhebliche Zweifel, dass auch dem Durchschnittsverbraucher trotz der unterstellten größeren Aufmerksamkeit ein sicheres Auseinanderhalten der Markenwörter möglich ist. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass die Verwechslungsgefahr grundsätzlich nach dem Gesamteindruck zu beurteilen ist, zu dem in erster Linie die Übereinstimmungen beitragen (vgl. BGH GRUR 2004, 783 – NEURO-FIBRAFLEX / NEURO-VIBOLEX). In der Lautfolge „Lor-din“, aus der sich eine ähnliche Vokal- und Konsonantenfolge ergibt, stimmen die Wörter in den Silbenanlauten und in der Endung überein. Die Abweichungen in

dem zusätzlichen Laut „y“ der angegriffenen Marke sowie im Mittelvokal „a/o“ reichen nach Ansicht des Senats nicht mehr aus, um gegenüber den Übereinstimmungen eine deutliche Unterscheidung zu gewährleisten. Besteht zwischen den Vokalen „a“ und „o“ wegen der eher dunklen Klangfarbe bereits eine Klangverwandtschaft, könnte eine Verwechslungsgefahr letztlich nur ausgeschlossen werden, wenn dem Laut „y“ der älteren Marke eine herausragende Bedeutung für den klanglichen Gesamteindruck zukäme.

Davon ist nicht durchwegs auszugehen. Abgesehen davon, dass die Aussprache dieses Lautes in der deutschen Sprache nicht eindeutig ist – insoweit ist eine Aussprache als „ü“ ebenso zu berücksichtigen wie als „i“ –, könnte die markenrechtliche Übereinstimmung allenfalls verneint werden, wenn dieser Laut betont würde, so dass die Widerspruchsmarke sehr deutlich als viersilbiges Wort erschiene. Zwar handelt es sich bei beiden Markenwörtern um Phantasiewörter, die keinen festen Betonungsregeln folgen. Legt man den natürlichen Sprechrhythmus zugrunde, wird bei der angegriffenen wie auch bei der älteren Marke jeweils die übereinstimmende Endung „-din“ hervorgehoben, während die vorangehenden Wortteile weniger betont und relativ kurz gesprochen werden. Dementsprechend klingt die Anfangssilbe der angegriffenen Marke eher wie „Lüo-“ oder „Lio-“, wobei sich bei der im Alltag üblichen, nicht prononcierten Sprechweise die Laute „ü“ bzw. „i“ eher mit dem weiteren Vokal „o“ verbinden, wie es z. B. auch bei dem Wort „Lyoner“ der Fall ist. Damit liegt die Betonung mehr auf dem „o“ und weniger auf dem voranstehenden Laut „y“ als „ü“ bzw. „i“, und es entsteht der Eindruck eines aus drei Silben bestehenden Wortes. Unter diesem Gesichtspunkt ist die klangliche Nähe zwischen den Wörtern „Lo-ra-dín“ und „Lü(i)o-ro-dín“ noch zu groß, als dass Verwechslungen der Verbraucher mit der notwendigen Sicherheit ausgeschlossen werden könnten.

Die Beschwerde konnte daher keinen Erfolg haben.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bestand kein Anlass, § 71
Abs. 1 MarkenG.

gez.

Unterschriften