

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 253/99

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 396 31 186

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 2. November 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richter Brandt und Engels

beschlossen:

Die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke wird zurückgewiesen.

G r ü n d e :

I.

Die Bezeichnung **FORMEL 1A** ist am 25. Oktober 1996 für

"pharmazeutische Präparate zur Behandlung urologischer Erkrankungen"

in das Markenregister eingetragen worden. Die Veröffentlichung der Eintragung erfolgte am 30. Januar 1997. Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der älteren, am 8. November 1996 ua für

"Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege"

eingetragenen Marke **Formel 1**.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat durch zwei Beschlüsse, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, die Ver-

wechslungsgefahr zwischen den Marken bejaht und die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet.

Die Erstprüferin hat im Beschluß vom 3. Dezember 1998 ausgeführt, dass aufgrund möglicher Warenidentität zur Vermeidung der Verwechslungsgefahr hohe Anforderungen an den Markenabstand zu stellen seien. Beide Marken verfügten über eine reduzierte Kennzeichnungskraft, da der Bestandteil "Formel" auf dem chemisch-pharmazeutischen Gebiet ein Fachwort darstelle, das auf chemische Reaktionen und Verbindungen hinweise. Die Marken unterschieden sich lediglich durch das "A" am Ende der angegriffenen Marke. Dieser Bestandteil habe keine prägende Bedeutung und werde, soweit nicht übersehen oder überhört, lediglich als Untergruppierung des eigentlichen Produkts angesehen.

Die Erinnerungsprüferin hat die Entscheidung der Erstprüferin mit Beschluß vom 18. August 1999 bestätigt. Bei möglicher Warenidentität und allenfalls durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei ein deutlicher Markenabstand zu fordern. Verwechslungsmindernd wirke sich aus, dass auch die angesprochenen allgemeinen Verkehrskreise beim Erwerb von Waren, die die Gesundheit betreffen, eine gewisse Sorgfalt anwendeten. Der Buchstabe "A" sei nicht prägend für die angegriffene Marke und werde als bloßer beschreibender Zusatz zB für die Packungsgröße gesehen. Die Bezeichnung "Formel 1" für pharmazeutische Erzeugnisse sei nicht kennzeichnungsschwach, da chemische Formeln anders benannt würden. Der minimale Unterschied der Marken in dem Buchstaben "A" reiche nicht aus, um eine klangliche Verwechslungsgefahr zu vermeiden.

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

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts aufzuheben und den Widerspruch zurückzuweisen.

Die Kennzeichnungskraft beider Marken sei gering. Das Wort "Formel" in der Widerspruchsmarke stelle keinen prägenden Bestandteil dar. Zum einen finde sich dieses Wort neben einer klassischen Verwendung im pharmazeutisch-chemischen Bereich auch in vielen Marken der Klasse 5, wie zB "Formel-3 Kapseln", "SX FORMEL", "MEERWERT FORMEL Plus" und "Contra-Vermyn-Formel-S". Zum anderen werde die Assoziation der Verkehrskreise durch die hinzugefügte Zahl 1 unweigerlich zu der Elite-Motorrennsportklasse gelenkt. Da der Verkehr diese Bezeichnung nur als zusammengehörig ansehe, komme eine prägende Bedeutung eines Markenbestandteils nicht in Betracht. Die angegriffene Marke besitze dagegen in "1A" einen prägenden Bestandteil, der als Herkunftskennzeichnung geeignet und als herausragender Firmen- oder Markenbestandteil genutzt werde. Es ständen sich daher die Marken-/Markenbestandteile "FORMEL 1" und "1A" gegenüber. Verwechslungsmindernd wirke sich auch der unterschiedliche Sinngehalt von "Formel 1" im Sinne eines "schnell" wirkenden Präparates einerseits und von "1A" als auch werblich oft verwendetes Synonym für "hervorragend, von bester Qualität" andererseits aus. Eine klangliche Verwechslungsgefahr sei daher zu verneinen, zumal der Betonungsschwerpunkt bei der angegriffenen Marke auf dem Schlussvokal "A" liege. Eine schriftbildliche Unterscheidbarkeit könne ebenfalls angenommen werden, da auch davon auszugehen sei, dass das angesprochene Publikum Waren zunehmend auf Sicht kaufe. Besonders falle ins Gewicht, dass es üblich geworden sei, bestimmte Arzneimittel durch die Anhängung großer Endbuchstaben von anderen unterscheidbar zu machen, wie zB "Thomapyrin C", "Aspecton N", "Gastral S" und Hoevenol A". Die Benutzung von Großbuchstaben an Wortenden sei auch bei Vitaminen geläufig. Die Widersprechende hat im Beschwerdeverfahren keinen Antrag gestellt und sich auch zur Sache nicht geäußert.

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

II.

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

Die Markenstelle hat auf den nach § 42 Abs 2 Nr 1 MarkenG erhobenen Widerspruch aus der älteren Marke zu Recht die Löschung der angegriffenen Marke gemäß § 43 Abs 2 Satz 1 MarkenG angeordnet. Es besteht auch nach Auffassung des Senats die Gefahr von Verwechslungen im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG.

Nach der hier maßgeblichen Registerlage können sich die jeweiligen Präparate auch auf identischen Produkten begegnen, da die speziellen "pharmazeutischen Präparate zur Behandlung urologischer Erkrankungen" auf Seiten der angegriffenen Marke von den im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke enthaltenen weiten Oberbegriffen "Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege" umfaßt sind. Da eine Rezeptpflicht in keinem der Warenverzeichnisse festgeschrieben ist, können die jeweiligen pharmazeutischen Mittel auch rezeptfrei erworben werden, so dass Endverbraucher als Verkehrskreise sowie mündliche Markenbenennungen uneingeschränkt zu berücksichtigen sind.

Bei seiner Entscheidung geht der Senat von einer etwas unterdurchschnittlichen, aber nicht so geschwächten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke aus, dass der geringfügige Unterschied zwischen den Marken bereits ausreichte, um die Verwechslungsgefahr zu verneinen. Zwar kann auf eine erhebliche Minderung

der Kennzeichnungskraft nicht allein aufgrund des Umstands geschlossen werden, dass der Bestandteil "Formel" auf dem chemisch-pharmazeutischen Gebiet ein Fachwort darstellt, das auf chemische Reaktionen und Verbindungen hinweist. Insbesondere die Waren "Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse" der Widerspruchsmarke umfassen regelmäßig Mittel, die Wirkstoffe oder andere chemische Stoffe enthalten, die ihrerseits mit Hilfe von chemischen Formeln beschrieben werden können. In bezug auf die unter diese Warenoberbegriffe fallenden einzelnen Arzneimittel oder gar auf die Oberbegriffe selbst stellt der Begriff "Formel" für sich allein damit jedoch keine konkret und unmittelbar beschreibende Angabe über die Art, Eigenschaften, Wirkung oder Zusammensetzung dar. Gleichwohl wird der Ausdruck "Formel" in diesem Sinnzusammenhang durchaus in der Werbung verwendet. So finden sich etwa in den Internet-Anzeigen für "Wellaflex Schaumfestiger" die Wendungen "Verbesserte Formel", "Die milde Formel ohne Alkohol ..." oder für "Colgate-Zahncreme" der Hinweis auf eine "patentiertere Wirkformel". Schließlich ist der Bestandteil "Formel" in immerhin ca 20 im Markenregister eingetragener Kennzeichen der Klassen 3 und 5 enthalten. Auch wenn von den eingetragenen bzw angemeldeten Marken tatsächlich nicht alle benutzt werden, kann die Drittzeichenlage schon für sich genommen nicht gänzlich unbeachtet bleiben (vgl dazu BGH GRUR 1967, 246, 250 reSp aE "Vitapur" sowie MarkenR 1999, 57, 59 "Lions") und ist ein Hinweis darauf, dass der Bestandteil "Formel" als Element für die Markenbildung auch auf dem hier vorliegenden Warengbiet nicht unbeliebt und unüblich ist.

Soweit der Widerspruchsmarke "Formel 1" insgesamt im Hinblick auf die gleichnamige Klasse des Motorrennsports in bezug auf die eingetragenen Waren "Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege" eine Bedeutung im Sinne eines "schnell" wirkenden Präparates beigemessen werden könnte, ist die Annahme einer erheblich verminderten Kennzeichnungskraft ebenfalls nicht gerechtfertigt. Zwar mag die schnell einsetzende Wirkung von pharmazeutischen und veterinärmedizinischen Erzeugnisse

sowie Präparaten für die Gesundheitspflege zum Teil von erheblicher Bedeutung sein. Die Andeutung dieser Wirkungsweise und Eigenschaft bei derartigen Erzeugnissen und Präparaten der Klasse 5 durch die Bezeichnung der allseits bekannten Automobil-Rennsportklasse "Formel 1" erfolgte dann aber lediglich mittelbar aufgrund gedanklicher Zwischenschritte und gibt daher keinen Anlaß für eine weitergehende Einschränkung des Schutzzumfangs für die genannten Waren der Klasse 5.

Selbst wenn man zugunsten der Inhaberin der angegriffenen Marke eine etwas verminderte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke unterstellt, sind unter Berücksichtigung der vorgenannten weiteren Umstände, insbesondere der Warenlage und der angesprochenen Verkehrskreise an den Markenabstand zur Vermeidung der Kollisionsgefahr eher strenge Anforderungen zu stellen, die hier nicht erfüllt sind. Die Vergleichsmarken sind nach Auffassung des Senats in ihrem Gesamteindruck so stark angenähert, dass eine hinreichend sichere Unterscheidung nicht gewährleistet und eine Verwechslungsgefahr iSv § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG zu bejahen ist.

Es besteht bereits die Gefahr der Gefahr unmittelbarer Verwechslungen, da die jüngere Marke die Widerspruchsmarke vollständig enthält und sich allein durch das am Ende angefügte "A" unterscheidet. Dabei kann für die Entscheidung letztlich dahingestellt bleiben, ob die weitreichenden Annäherungen der Marken in klanglicher, schriftbildlicher und begrifflicher Hinsicht schon jeweils für sich ausreichen, um zu einer Verwechslungsgefahr zu führen, wofür nach Auffassung des Senats allerdings gute Gründe sprechen. Jedenfalls ist aber zu erwarten, dass aufgrund des Zusammenwirkens dieser Gemeinsamkeiten zumindest ein erheblicher Teil der hier uneingeschränkt zu berücksichtigenden allgemeinen Verkehrskreise die Verschiedenheit der Marken nicht erkennen wird, so dass in dem hier vorliegenden Fall eine Verwechslungsgefahr unter dem Gesichtspunkt der sog. komplexen Markenähnlichkeit zu bejahen ist (vgl Althammer/Ströbele, Markenge-

setz, 6. Aufl, § 9 Rdn 113). Dies gilt auch dann, wenn insoweit auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen ist (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) der zudem allem, was mit der Gesundheit zusammenhängt eine gesteigerte Aufmerksamkeit beizumessen pflegt (vgl BGH GRUR 1995, 50, 53 - Indorektal/Indohexal).

Diese Art der Verwechslungsgefahr ist entgegen der Ansicht der Inhaberin der angegriffenen Marke auch nicht schon deshalb ausgeschlossen, weil dem Bestandteil "1A" eine die angegriffene Marke prägende Bedeutung zukomme, und sich daher die Marken-/Markenbestandteile "FORMEL 1" und "1A" gegenüberstünden. Dagegen spricht zum einen, dass es sich nach ihrem eigenen Vortrag bei "1A" um ein auch werblich oft verwendetes Synonym für "hervorragend, von bester Qualität" handelt. In dieser Bedeutung ist die Bezeichnung "1A" aber auch für die "pharmazeutischen Präparate zur Behandlung urologischer Erkrankungen" der angegriffenen Marke eine beschreibende Angabe, der als Markenbestandteil keine prägende Kraft beigemessen werden kann, weil sie vom Verkehr regelmäßig nur als Sach- und nicht als Herkunftshinweis verstanden wird (vgl BGH BI 2000, 334, 335 liSp "Carl Link" mwN). Im übrigen wäre auch ein den Gesamteindruck der Widerspruchsmarke nicht prägender Bestandteil "Formel" bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr mitzuberücksichtigen, wenn gerade darin eine Übereinstimmung besteht.

Weiterhin steht der Annahme einer Prägung des Gesamteindrucks der jüngeren Marke allein durch den Bestandteil "1A" entgegen, dass in der angegriffenen Bezeichnung "Formel 1A" der am Ende angefügte Buchstabenbestandteil "A" vom überwiegenden oder jedenfalls von einem entscheidungserheblichen Teil des Verkehrs nur als beschreibender Zusatz und nicht als markenrechtlich kennzeichnender Bestandteil verstanden wird. Der Verkehr ist nämlich - worauf die Inhabe-

rin der angegriffenen Marke ebenfalls grundsätzlich zu Recht hinweist - bei Arzneimittelmarken in großem Umfang an Zahlen- und Buchstabenzusätze gewöhnt, die ihm warenbeschreibende Informationen über Packungsgrößenklassifizierungen (N 1, N 2 N 3), Wirkstoffangaben (ASS für Acetylsalicylsäure), Darreichungsformen (zB: TS für Trockensubstanz, FT für Filmtabletten, SF für Ampullen bzw Injektionslösungen, SL für "schnell/langsam" wirkende Präparate als spezielle "retard-Präparate") vermitteln sollen oder auch für die Bezeichnung von Vitaminen stehen. Dabei rechtfertigt allein der Umstand, dass in der angegriffenen Marke die Zahlen-Buchstabenkombination "1A" ohne Zwischenraum wiedergegeben ist, schon deshalb keine andere Bewertung, weil diese Schreibweise bei mündlicher Benennung der Marke ohnehin nicht zum Tragen kommt.

Schließlich können Buchstabenzusätze in Arzneimittel-Bezeichnungen auf Änderungen der arzneilich wirksamen Bestandteile nach Art und Menge gemäß § 105 Abs 3a Satz 2 und Satz 3 Arzneimittelgesetz (AMG) hinweisen (vgl zu diesen Zusätzen nach AMG Kloesel/Cyran Kommentar zum Arzneimittelrecht, 3. Aufl 71. Ergänzungslieferung, Anmerkung 37 zu § 105 AMG). Da diese Zusätze nur dem Zweck dienen, aus Gründen der Arzneimittelsicherheit das in der Zusammensetzung geänderte Präparat von dem ursprünglichen Präparat zu unterscheiden und sie nach einer Dauer von fünf Jahren wieder entfallen können (§ 105 Abs 3a Satz 3 AMG), dient dieser Zusatz zumindest für einen gewissen Zeitraum der Unterscheidung von Nachfolge- und Vorgängerpräparat und damit auch der Produktidentifizierung. Er wird jedoch - insoweit entgegen der Ansicht der Inhaberin der angegriffenen Marke - nicht im markenrechtlichen Sinne als betriebliches Kennzeichnungsmittel und damit als Markenbestandteil, sondern nur als entsprechender Sachhinweis verstanden werden. Auch wenn die allgemeinen Verkehrskreise die genaue Bedeutung solcher Zusätze häufig nicht erfassen, werden sie in einem Einzelbuchstaben, der einem normal kennzeichnungskräftigen Zeichenwort folgt, aufgrund der vielfachen Übung ohne weiteres einen beschreibenden Hinweis vermuten. Neben den von der Inhaberin selbst genannten Kennzeichnungen

können beispielhaft aus der Rote Liste 2000 Nr 28 104 Aarane[®] N Dosieraerosol zur Inhalation; Nr 60 378 Abdomilon[®] N Liquidum; Nr 27 117 Adalat[®] T Filmtabletten; Nr 05 116 Aequiton[®]-P Filmtabletten; Nr 46 074 Aureomycin[®] N Vaginaltabletten; Nr 32 267 Citemul[®] S Salbe oder auch mit dem Buchstaben C Nr 29 051 Neurochol[®] C Dragees) genannt werden, wobei sich diese Aufstellung mit verschiedenen Buchstaben aus dem Alphabet beliebig fortsetzen ließe. Die als relevanter Verkehrskreis zu berücksichtigenden Ärzte und Apotheker müssen im übrigen schon aus Gründen der Arzneimittelsicherheit den Inhalt der Vorschrift des § 105 Abs 3a Satz 2 und Satz 3 AMG kennen und sie werden im Zweifel in einem Buchstabenzusatz, der aus einem Buchstaben besteht, einen entsprechenden arzneimittelrechtlichen Hinweis vermuten.

Der an diese Praxis der Hinzufügung von Großbuchstaben an Arzneimittelbezeichnungen in der Klasse 5 gewöhnte Verkehr wird daher in "FORMEL 1A" lediglich eine durch den angefügten Buchstaben "A" bezeichnete Produktvariante der mit "Formel 1" gekennzeichneten Erzeugnisse der Widerspruchsmarke vorzugsweise für einen bestimmten Indikationsbereich, mit einer speziellen oder auch in gewisser Hinsicht noch besseren bzw vorteilhafteren Eigenschaft sehen. Ein solches Verständnis liegt gerade dann nahe, wenn man von der auch von der Inhaberin der angegriffenen Marke vorgenommenen zutreffenden Bewertung ausgeht, der Verkehr sehe die Widerspruchsmarke "Formel 1" nur als zusammengehörig ohne einen allein prägenden Bestandteil an und messe ihr einen Begriffsgehalt im Sinne eines "schnell" wirkenden Präparates bei, so dass "FORMEL 1A" dann für ein "besonders schnell" wirkendes Mittel stehen könnte. Hinzu kommt, dass sich auch in der Hauptgruppe 82 "Urologika", der die Präparate der angegriffenen Marke zuzuordnen sind, Bezeichnungen mit angefügtem Buchstaben "A" finden (Nr 82 207 Emasex A Dragees, Nr 82 232 Resonium A Pulver).

Unabhängig vom konkreten Verständnis der Marken im Einzelfall wird jedenfalls die gemeinsame begriffliche Gesamtaussage durch die Abweichung nicht verändert. Der Widerspruchsmarke "Formel 1" wird man nämlich zum einen die im Hinblick auf die gleichnamige Automobil-Rennsportklasse von der Inhaberin der angegriffenen Marke selbst genannte Bedeutung eines entsprechenden "schnell wirkenden Präparates" entnehmen können (vgl hierzu etwa die Werbung für "3M Dental Scotchbond" mit dem Slogan "Der Formel-1-Erfolg ist Perfekt. Jetzt können Sie beim Bonding richtig Tempo machen"). In Anbetracht dessen, dass es sich dabei um die von ihr so bezeichnete "Elite-Motorrennsportklasse", also um die Rennsportklasse mit dem größten Prestige und öffentlichen Interesse handelt, liegt ein allgemeines Verständnis der Bezeichnung "Formel 1" im Sinne von "höchster, bester Qualität" der damit gekennzeichneten Produkte oder von "die Nr 1 unter den bestimmten Mitteln" - unter anderem möglicherweise wegen der schnellen Wirkung - ebenso nahe. Ein solcher auch schon allein durch die Zahl "1" vermittelter Sinngehalt entspricht aber der Bedeutung des Bestandteils "1A" der jüngeren Marke "FORMEL 1A", welches - worauf deren Inhaberin ebenfalls zutreffend hingewiesen hat - auch in der Werbung schlagwortartig in bezug auf verschiedene Waren und Dienstleistungen als Synonym für "hervorragend, von bester Qualität" verwendet wird. Entsprechendes gilt, wenn man die Vergleichsmarken jeweils als Hinweis auf eine besondere Wirkstoff-Formel versteht.

Die Marken vermitteln danach durch die Gemeinsamkeiten in klanglicher, schriftbildlicher und begrifflicher Hinsicht sowie die Annäherung in der Art der Zeichenbildung einen so stark angenäherten Gesamteindruck, dass nicht nur Endverbraucher, sondern auch Fachleute der Gefahr unterliegen, diese nicht auseinanderhalten zu können. Auch Fachkreise werden nämlich ungeachtet ihrer grundsätzlichen Gewöhnung an ähnliche Bezeichnungen im Arzneimittelbereich nicht damit rechnen, dass identische Präparate von unterschiedlichen Herstellern unter Bezeichnungen angeboten werden, die wie die vorliegenden Vergleichsmarken in mehrfacher Hinsicht sehr weitgehende Annäherungen aufweisen (vgl BGH GRUR

1995, 50 "Indorektal/Indohexal"), zumal die einzige Abweichung in Form des Hinzufügens eines Großbuchstabens einer auf dem entsprechenden Warengbiet weit verbreiteten Übung entspricht.

Nach alledem war die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke zurückzuweisen.

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

Kliems

Engels

Brandt

Fa