

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 85/99

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung L 36 789/5 Wz

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 17. Februar 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richter Knoll und Brandt

beschlossen:

Die Beschwerde des Anmelders wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

LEMOCAIN

soll nach Einschränkung des Warenverzeichnisses zuletzt im Beschwerdeverfahren noch für "Arzneimittel, nämlich Lokalanästhetika in Form von Injektionslösungen" in das Markenregister eingetragen werden. Die Bekanntmachung der Anmeldung ist am 14. August 1993 erfolgt. Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der älteren, seit dem 24. Juli 1984 für "Arzneimittel, nämlich Mund- und Rachen-desinfizientia" eingetragenen Marke 1 066 217

LEMOCIN.

Der Anmelder hat bereits im Verfahren vor der Markenstelle des Deutschen Patent- und Markenamts die Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten. Die Widersprechende hat daraufhin Benutzungsunterlagen vorgelegt.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent und Markenamts hat die Verwechslungsgefahr zwischen den Marken bejaht und der angemeldeten Marke die

Eintragung versagt. Eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für Lutschtabletten und eine Gurgellösung zur antiseptischen Behandlung des Mund- und Rachenraumes sei glaubhaft gemacht worden. Die Vergleichswaren wiesen eine überdurchschnittliche Ähnlichkeit auf. Den sich daraus bei anzunehmender normaler Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ergebenden strengeren Anforderungen an den Markenabstand werde die angemeldete Marke weder in schriftbildlicher noch in klanglicher Hinsicht gerecht. Vor allem die Schriftbilder lieferten einen sehr ähnlichen Gesamteindruck. Der einzige Unterschied bestehe in dem Mehrbuchstaben "A" der angemeldeten Marke. Diese geringfügige, im weniger beachteten hinteren Wortbereich auftretende Abweichung sei nicht ausreichend. Auch in klanglicher Hinsicht bestehe eine beträchtliche Ähnlichkeit.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Anmelders mit dem Antrag,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben.

Zwischen den Marken bestehe keine Verwechslungsgefahr. Diese könne jedenfalls nach der zuletzt vorgenommenen Beschränkung des Warenverzeichnisses der Anmeldung ausgeschlossen werden. Die Widersprechende habe eine Benutzung ihrer Marke für Lutschtabletten und eine Gurgellösung behauptet. Die Lutschtabletten enthielten "Tyrothricin" als Hauptwirkbestandteil. Dies sei ein Antibiotikum und kein Desinfizientium, so daß die Widerspruchsmarke nicht für die eingetragenen Waren "Mund- und Rachendesinfizientia" und demzufolge insoweit nicht rechtserhaltend benutzt worden sei. Die Markenstelle hätte deshalb bei ihrer Entscheidung nur die in wesentlich geringerem Umfang benutzte Gurgellösung "LEMOCIN CX" berücksichtigen dürfen. Ausgehend davon seien die Indikationsbereiche der Vergleichswaren ganz unterschiedlich, weshalb auch keine strengeren Anforderungen an den Markenabstand zu stellen seien. Die für die Widerspruchsmarke maßgeblichen Anwendungsbereiche gehörten außerdem ausschließlich in die Hand des Arztes, so daß die Verwechslungsgefahr nur aus der Sicht des Fachverkehrs zu beurteilen sei. Für diesen reiche bereits der zusätzliche

Silbenlaut "KA" bei der angemeldeten Marke zur sicheren Unterscheidung aus, zumal die Widerspruchsmarke an entsprechender Stelle den wie "Z" gesprochenen markant abweichenden Konsonanten "C" enthalte. Durch die unterschiedliche Silbenzahl ergebe sich ein abweichender Sprechrhythmus. Im übrigen entnehme der Fachverkehr dem Bestandteil "CAIN" einen Hinweis auf Lokalanästhetika, da diese Endung typisch für die Namen zahlreicher anästhsierender Wirkstoffe sei.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hat sich im Beschwerdeverfahren in der Sache nicht geäußert. Vor der Markenstelle hatte sie vorgetragen, daß zwischen den Marken Verwechslungsgefahr in klanglicher und schriftbildlicher Hinsicht bestehe. Die Markenwörter stimmten in sieben von acht Buchstaben überein, wobei die Vokal- und Konsonantenfolge weitgehend identisch sei. Angesichts der Länge der Vergleichsbezeichnungen sei die Abweichung in nur einem Buchstaben nicht geeignet, Zeichenverwechslungen zu verhindern.

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

II.

Die Beschwerde des Anmelders ist zulässig, insbesondere statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt, § 66 Abs 1 Satz 1, Abs 2 MarkenG.

In der Sache konnte die Beschwerde jedoch keinen Erfolg haben. Die Markenstelle hat auf den Widerspruch aus der älteren Marke hin der noch nach § 5 Abs 2 WZG bekanntgemachten Anmeldung die Eintragung zu Recht versagt gemäß § 158 Abs 5 Satz 1 MarkenG. Es besteht auch nach Auffassung des Senats we-

gen der Ähnlichkeit der Waren und der Ähnlichkeit der Marken die Gefahr von Verwechslungen im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG, der nach §§ 152, 158 Abs 2 Satz 2, 42 Abs 2 Nr 1 MarkenG Anwendung findet.

Es kann dahinstehen, ob die Benutzung der Widerspruchsmarke für "Tyrothricin"-enthaltende Lutschtabletten sich als rechtserhaltend darstellt. Der Umstand, daß es sich bei diesem konkreten Präparat um ein Kombinationspräparat handelt, das weitere Wirkstoffe enthält - unter anderem das Desinfizienz Cetrimoniumbromid - schließt nicht von vornherein aus, das konkrete Produkt unter den im Warenverzeichnis enthaltenen Begriff "Arzneimittel, nämlich Mund- und Rachendesinfizientia" zu subsumieren. Diese Frage braucht aber nicht weiter vertieft zu werden, da die mit der Widerspruchsmarke gekennzeichnete Gurgellösung jedenfalls unter den eingetragenen Warenbegriff fällt. Dies wird auch von der Widersprechenden nicht in Zweifel gezogen. Soweit auf den vorgelegten, die Gurgellösung betreffenden Benutzungsunterlagen teilweise neben der Bezeichnung LEMOCIN[®] noch die Buchstaben "CX" aufgeführt sind, wird der aufmerksame Betrachter schon im Hinblick auf das unmittelbar neben der Bezeichnung "LEMOCIN" befindliche "R" im Kreis erkennen können, daß dies die maßgebliche markenrechtliche Bezeichnung sein soll. Auch wenn die konkrete Benutzungsform mit dem Zusatz "CX" als eine von der Eintragung abweichende Form aufgefaßt wird, führt dies zu keiner anderen Beurteilung. Der kennzeichnende Charakter wird nämlich durch diesen Zusatz nicht verändert, so daß auch eine solche Benutzungsform rechtserhaltend ist, § 26 Abs 3 MarkenG. Der Verkehr ist bei Arzneimittelmarken an Buchstabenzusätze gewöhnt, die meist beschreibende Informationen vermitteln. Es bedarf im übrigen keiner weiteren Ausführungen, daß die für die Gurgellösung glaubhaft gemachten Jahresumsatzzahlen zwischen DM ... und DM ... auch vom Umfang her eine ausreichende Benutzung belegen. Davon geht offensichtlich auch der Anmelder selbst aus.

Für die Entscheidung wäre es nicht sachgerecht, die Widersprechende auf das konkret benutzte Präparat - hier eine Gurgellösung mit einem bestimmten Wirk-

stoff - festzulegen. Vielmehr ist im Rahmen der Integrationsfrage zur Vermeidung einer unangemessenen Einschränkung in der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit zugunsten der Widersprechenden von einem größeren Warenbereich auszugehen. Sofern bei einer für einen weiten Oberbegriff - etwa Arzneimittel - eingetragenen Marke die Benutzung für eine Spezialware unstreitig oder glaubhaft gemacht ist, wird bei der Entscheidung regelmäßig eine Benutzung der Widerspruchsmarke einen weitergehenden Warenbereich berücksichtigt, bei Arzneimittel regelmäßig ein Warenbereich der einer Hauptgruppe der Roten Liste entspricht (so ständige Rechtsprechung, die schlagwortartig mit dem Stichwort erweiterte Minimallösung beschrieben werden kann; vgl dazu BPatG Mitt 1979, 223 - Mastu; GRUR 1995, 488 - APISOL/Aspisol; vgl allgemein zur Integrationsfrage BGH GRUR 1990, 39 ff - Taurus in einem Lösungsverfahren). Ausgehend von dieser Rechtsprechung und dem damit verfolgten Zweck, unangemessene Einschränkungen der Widersprechenden in ihrer wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit zu vermeiden, ist es vorliegend sachgerecht, die eingetragenen Waren "Arzneimittel, nämlich Mund- und Rachendesinfizientia" gemäß § 43 Abs 1 Satz 3 MarkenG ohne jede Einschränkung zu berücksichtigen, da dieser Warenbereich ohnehin kein größeres Spektrum an Waren umfaßt, als sie in den Hauptgruppen der Roten Liste durchschnittlich enthalten sind.

Demzufolge stehen sich "Arzneimittel, nämlich Lokalanästhetika in Form von Injektionslösungen" einerseits und "Arzneimittel, nämlich Mund- und Rachendesinfizientia" andererseits gegenüber. Diese Waren sind als Arzneimittel ohne weiteres ähnlich im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG, die Indikationsverschiedenheit wirkt sich aber in gewissem Umfang verwechslungsmindernd aus. Allerdings weisen die Waren keinen ausgeprägten Indikationsabstand auf. Vielmehr können sie unter Umständen sogar in einem funktionalen Zusammenhang angewendet werden, wenn etwa vor einer Lokalanästhesie im Mund- und Rachenraum ein entsprechender Schleimhautbereich desinfiziert wird.

Verwechslungsmindernd ist zu berücksichtigen, daß bei Anwendung der Anmeldeverfahren regelmäßig Fachleute eingeschaltet sind. Dies führt dazu, daß bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr - ähnlich wie bei einer Rezeptpflicht - überwiegend auf das Unterscheidungsvermögen von Fachleuten abzustellen ist. Die Zahl der mündlichen Benennungen - insbesondere durch die Verbraucher - ist erheblich reduziert, weshalb die Gefahr von Verwechslungen im Regelfall herabgesetzt ist (vgl. zur Rezeptpflicht BGH GRUR 1968, 550 ff, 552 - Poropan; GRUR 1993, 118, 119 - Corvaton/Corvasal; GRUR 1995, 50, 52 - Indorektal/Indohexal). Ausgehend davon sind die Anforderungen an den Markenabstand zu reduzieren, da Fachleute berufsbedingt im Umgang mit Arzneimitteln regelmäßig sehr sorgfältig sind und deshalb Markenverwechslungen weniger unterliegen als Laien, zumal Fachleute fast immer auch über profunde Markt- und Markenkenntnisse verfügen.

Bei seiner Entscheidung geht der Senat von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft und damit einem normalen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke aus, da entgegenstehende Anhaltspunkte nicht ersichtlich sind.

Unter Berücksichtigung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und der Warenlage sind an den zur Vermeidung von Verwechslungen erforderlichen Markenabstand noch mittlere Anforderungen zu stellen, die in schriftbildlicher Hinsicht nicht erfüllt sind. Dies gilt schon bei maschinenschriftlicher Wiedergabe, und zwar sowohl bei Normalschreibweise mit großem Anfangsbuchstaben und nachfolgender Kleinschreibung als auch bei einer Schreibweise in Versalien

Lemocain

LEMOCAIN

Lemocin

LEMOCIN

Die Vergleichsmarken weisen nach Auffassung des Senats im maßgeblichen schriftbildlichen Gesamteindruck zu große Annäherungen auf. Sie stimmen in den

ersten fünf und in den letzten beiden Buchstaben überein. Dabei ist von Bedeutung, daß die Umrißcharakteristik von Markenwörtern durch die Anfangs- aber auch Endbestandteile regelmäßig stärker geprägt werden als durch die Buchstaben im Wortinnern. Die Widerspruchsmarke ist vom Buchstabenbestand her vollständig in der angemeldeten Marke enthalten, wobei diese an drittletzter Buchstabenstelle lediglich den zusätzlichen Vokal "a" aufweist. Angesichts der Länge der Vergleichsbezeichnungen mit sieben bzw acht Buchstaben führt der Mehrbuchstabe in der angemeldeten Marke zu keiner signifikanten Abweichung in der Wortlänge. Auch wenn berücksichtigt wird, daß Marken im Schriftbild erfahrungsgemäß präziser wahrgenommen werden können als dem Klang nach, weil das Schriftbild sehr viel besser eine ruhige oder auch wiederholte Wahrnehmung der Bezeichnung gestattet als das schnell verklingende gesprochene Wort, sind die schriftbildlichen Übereinstimmungen vorliegend zu ausgeprägt, als daß die Verwechslungsgefahr verneint werden könnte. Dies gilt insbesondere dann, wenn berücksichtigt wird, daß die Marken im Verkehr nicht nebeneinander aufzutreten pflegen und dann ein Vergleich aufgrund eines undeutlichen Erinnerungsbildes erfolgt (vgl hierzu Althammer/Ströbele MarkenG, 5. Aufl, § 9 Rdn 72). Auch eine stärkere oder gar ausschließliche Berücksichtigung von Fachleuten als Verkehrsbeteiligte führt zu keiner anderen Beurteilung, denn auch diese unterliegen bei hochgradiger Markenähnlichkeit - wie sie nach Auffassung des Senats vorliegend gegeben ist - der Gefahr von Verwechslungen (vgl dazu auch BGH GRUR 1995, 50, 52 liSp vorletzter Absatz - Indorektal/Indohexal).

Der im Endbestandteil "cain" der angemeldeten Marke enthaltene warenbeschreibende Hinweis auf ein Lokalanästhetikum kann der Verwechslungsgefahr nicht in entscheidungserheblichem Umfang entgegenwirken. Angesichts der hochgradigen Markenähnlichkeit besteht nämlich die Gefahr, daß die Marken schon dann direkt füreinander gelesen werden, wenn das Erinnerungsbild etwas verschwommen ist oder beim Lesen bzw bei der Wahrnehmung der Bezeichnung nicht die allerhöchste Aufmerksamkeit aufgewendet wird. In diesen Fällen können Bedeutungsanklänge nicht unterscheidungserleichternd zum Tragen kommen, da

sie im Hinblick auf die vermeintlich erfaßte bekannte Bezeichnung entweder gar nicht wahrgenommen werden oder irrtümlich mitgelesen werden, obwohl sie tatsächlich gar nicht vorhanden sind.

Nach alledem konnte die Beschwerde des Anmelders keinen Erfolg haben.

Da bereits die schriftbildliche Verwechslungsgefahr zu bejahen war, kann im übrigen dahinstehen, ob auch in klanglicher Hinsicht Verwechslungsgefahr besteht. Wegen der unterschiedlichen Aussprache des Buchstabens "C" und aufgrund der Abweichung in der Silbenzahl und damit im Sprech- und Betonungsrhythmus heben sich die hier zu beurteilenden Markenwörter in klanglicher Hinsicht allerdings weitaus deutlicher voneinander ab, als im Schriftbild.

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

Kliems

Brandt

Knoll

Pü