

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 239/99

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die angegriffene Marke 395 45 318

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 3. August 2000 unter Mitwirkung des Richters Knoll als Vorsitzenden sowie der Richter Brandt 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 9. Juni 1999 insoweit aufgehoben, als wegen der Widersprüche aus den Marken 915 818 und 612 360 die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet worden ist.

Diese Widersprüche werden zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

Thymin

ist am 16. Juli 1997 für "pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich Erkältungspräparate mit der Substanz "Thymian" eingetragen worden. Die Veröffentlichung der Eintragung erfolgte am 20. August 1997.

Widerspruch erhoben haben die Inhaberin der am 7. März 1974 ua für "pharmazeutische Erzeugnisse..." eingetragenen Marke 915 818

DRYLIN

und die Inhaberin der am 8. Oktober 1951 für "Arzneimittel, pharmazeutische Drogen und Präparate" eingetragenen Marke 612 360

Tridin.

Die Benutzung der Widerspruchsmarken ist nicht bestritten.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat in dem angefochtenen Beschluß ua die Verwechslungsgefahr zwischen den jeweiligen Vergleichsmarken bejaht und die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet. Ausgehend von jeweils möglicher Warenidentität, einer normalen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken und der uneingeschränkten Einbeziehung von Laien als mögliche Verkehrskreise seien strenge Anforderungen an den Markenabstand zu stellen. Diesen werde die jüngere Marke nicht gerecht, da die Mar-

ken in ihrer klanglichen Wiedergabeform "Tümin" und "Drülin" bzw "Tridin" phonetisch wegen der gemeinsamen, den Wortklang bestimmenden Silbenanzahl, der Betonung und der Endung "in" so stark angenähert seien, daß eine hinreichende sichere Unterscheidung nicht gewährleistet sei. Hinsichtlich der Widerspruchsmarke "Drylin" sei zudem auch die Vokalfolge identisch, wobei auch die sich gegenüberstehenden Anfangslaute "t" und "d" wegen ihrer engen Klangverwandtschaft zu einem übereinstimmenden Klangeindruck beitragen. Auch die weitere Widerspruchsmarke "Tridin" weise selbst in dem von der jüngeren Marke abweichenden Vokal "i" noch eine starke klangliche Annäherung und insgesamt einen sehr ähnlichen Klangeindruck auf, zumal der dem gemeinsamen Anfangslaut "t" folgende Konsonant "r" entscheidend an Klangwirkung einbüße und deshalb leicht überhört werde. Ebenso bewirkten die klangschwachen Mittellaute "m" zu "d" keinen markanten Klanggegensatz, der ein sicheres Auseinanderhalten der Marken gewährleiste.

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

den Beschluß aufzuheben, soweit die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet worden ist, sowie die Widersprüche aus den Marken 915 818 und 612 360 zurückzuweisen.

Selbst bei einer Benutzung der Widerspruchsmarken zur Kennzeichnung identischer Waren, reiche der Abstand zwischen den Marken aus. Entgegen der auf einer zergliedernden Betrachtung der Buchstabenfolgen beruhenden Entscheidung der Markenstelle trete in den Widerspruchsmarken der jeweils dem Anfangskonsonanten folgende, zusätzliche Laut "r" nicht in seiner Klangwirkung zurück, sondern rufe einen deutlichen Klangunterschied hervor. Zudem sei zu berücksichtigen, daß nach gefestigter Rechtsprechung Wortanfänge im Verkehr stärker beachtet werden als die übrigen Markenteile. Dies gelte insbesondere dann, wenn - wie vorliegend - die ersten Silben betont würden und die Endungen weniger

markant und einprägsam gebildet seien. Eine Verwechslungsgefahr bestehe deshalb nicht.

Die Widersprechende und Beschwerdegegnerin zu 1 hat sich im Beschwerdeverfahren nicht geäußert und keinen Antrag gestellt.

Die Widersprechende und Beschwerdegegnerin zu 2 beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Wegen der möglichen Warenidentität seien strenge Anforderungen an den von der jüngere Marke einzuhaltenden Abstand zu stellen, die in klanglicher Hinsicht wegen der starken Ähnlichkeit zur Widerspruchsmarke nicht einhalten würden. Wie sich aus den zur Akte gereichten Unterlagen und den daraus für den Zeitraum 1995-1999 ersichtlichen Umsatzzahlen und Werbeaufwendungen ergebe, handele es sich bei der Widerspruchsmarke auch um eine im Arzneimittelbereich sehr bekannte Marke, die einen erhöhten Schutzzumfang beanspruchen könne.

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). Sie ist auch in der Sache begründet, da nach Auffassung des Senats keine Verwechslungsgefahr zwischen den sich gegenüberstehenden Marken im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG besteht. Die Widersprüche sind deshalb unter Aufhebung des insoweit angefochtenen Beschlusses zurückzuweisen, §§ 42 Abs 2 Nr 1, 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG.

Der Senat geht bei seiner Entscheidung mangels entgegenstehender Anhaltspunkte von einer ursprünglich durchschnittlichen Kennzeichnungskraft und einem normalen Schutzzumfang der Widerspruchsmarken aus. Auch kann nicht von einer nachträglich gesteigerten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke "Tridin" ausgegangen werden. Die Widersprechende zu 2 hat zwar behauptet, daß ihre Marke einen durch Verkehrsbekanntheit erworbenen, weit über dem Durchschnitt liegenden Schutzzumfang besitze, wogegen sich die Inhaberin der angegriffenen Marke auch nicht gewendet hat. Gleichwohl kann dies der Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden, da die Kennzeichnungskraft bzw der Schutzzumfang einer Marke keine Tatsache darstellt, die als solche behauptet oder bestritten werden könnte, sondern eine rechtliche Wertung erfordert, die dem Gericht aufgrund des Sach- und Streitstandes bzw der präsenten Beweis- oder sonstigen Glaubhaftmachungsmittel obliegt (vgl hierzu BPatG GRUR 1997, 840, 842 reSp - Lindora / Linola).

Ausreichende tatsächliche Umstände, aus denen sich eine erhöhte Verkehrsbekanntheit und ein gesteigerter Schutzzumfang der Widerspruchsmarke "Tridin" ergibt, sind aber nicht liquide. Allein aus der langjährigen Benutzung und den vorgelegten Umsatzzahlen sowie getätigten Werbeaufwendungen, auf welche sich auch die eidesstattliche Versicherung vom 12. Juli 2000 bezieht, kann ein solcher Schluß nicht gezogen werden. So stellen Umsatzzahlen bereits regelmäßig - so auch hier - keine ausreichende Grundlage für die Beurteilung der Kennzeichnungskraft einer Marke dar, zumal diese in dem maßgebenden Zeitraum bis zur Entscheidung (vgl hierzu Althammer/Ströbele, MarkenG, 5. Aufl, § 9 Rdn 21; BPatG GRUR aaO - Lindora / Linola) deutlich rückläufig sind und auch bei absoluter Betrachtung für den Arzneimittelbereich mit ca ... Mio DM im Jahr 1999 nicht außergewöhnlich hoch erscheinen. Aber selbst umsatzstarke Marken müssen nicht besonders bekannt sein, wie andererseits Marken trotz relativ geringer Umsatzzahlen der damit gekennzeichneten Produkte sehr bekannt sein können (vgl hierzu Althammer/Ströbele, MarkenG, 5. Aufl, § 9 Rdn 116; BPatG GRUR aaO - Lindora / Linola).

Dies gilt auch hinsichtlich der ohne nähere Spezifizierung angegebenen Werbeeinblendungen, die nicht erkennen lassen, auf welche einzelnen Werbemaßnahmen sie sich beziehen und welche Auswirkung ihnen auf die Verkehrsauffassung zukommen soll (vgl auch PAVIS PROMA, Knoll, BPatG, 25 W (pat) 105/96 - espalat ≠ Ipalat), zumal die Widersprechende auch keine weiteren Unterlagen vorgelegt hat, die eher Rückschlüsse auf die maßgebliche Verkehrsgeltung der Widerspruchsmarke zulassen (vgl hierzu EuGH MarkenR 1999, 236, 239 Lloyds / Loints; Althammer/Ströbele, MarkenG, 5. Aufl, § 9 Rdn 116; BPatGE - Lindora/Linolola -, aaO, jeweils mwN). Eine gesteigerte Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ist schließlich auch nicht gerichtsbekannt. Gleichwohl kann der Widerspruchsmarke ein gewisser Bonus eingeräumt werden, der ihr innerhalb der Bandbreite normaler Kennzeichnungskraft eine gute Position verschafft und der sie von nur eingetragenen, unbenutzten Marken abhebt.

Nach der maßgebenden Registerlage können sich die jeweils gegenüberstehenden Marken auf identischen Waren begegnen, für die eine Rezeptpflicht in den Warenverzeichnissen nicht festgeschrieben ist und für welche auch in tatsächlicher Hinsicht nicht der Fachverkehr im Vordergrund steht, so daß die allgemeinen Verkehrskreise uneingeschränkt für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr zu berücksichtigen sind. Auch insoweit ist allerdings davon auszugehen, daß grundsätzlich nicht auf einen sich nur flüchtig mit der Ware befassenden, sondern auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher abzustellen ist, dessen Aufmerksamkeit je nach Art der Ware oder Dienstleistung unterschiedlich 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).

Auch wenn danach an den zur Vermeidung einer Verwechslungsgefahr erforderlichen Markenabstand strenge Anforderungen zu stellen sind, so ist die Ähnlichkeit der Marken nach Auffassung des Senats in keiner Richtung derart ausgeprägt, daß die Gefahr von Verwechslungen im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG zu bejahen wäre. Die angegriffene Marke hält vielmehr in jeder Hinsicht noch einen zur Vermeidung von Verwechslungen ausreichenden Markenabstand zu beiden Widerspruchsmarken ein.

Die sich gegenüberstehenden noch relativ kurzen und leicht erfaßbaren Markennamen "Thymin" und "DRYLIN" unterscheiden sich in klanglicher Hinsicht bereits deutlich in ihren jeweiligen Anfangsteilen, die den jeweiligen Gesamteindruck wesentlich mitbestimmen und zudem erfahrungsgemäß stärker beachtet werden als die übrigen Markenteile (vgl hierzu Althammer/Ströbele MarkenG, 5. Aufl, § 9 Rdn 83; BGH GRUR 1998, 924, 925 – salvent / Salventerol). Hinzu kommt, daß auch die jeweils zweite Sprechsilbe "min" bzw "lin" durch unterschiedliche - wenn auch für sich betrachtet eher schwach klingende - konsonantische Anlaute eingeleitet werden, so daß insgesamt auch bei ungünstigen Übermittlungsbedingungen oder flüchtiger Aussprache bereits aufgrund der klanglichen Unterschiede eine sichere Unterscheidbarkeit der im übrigen übereinstimmenden Markennamen gewährleistet ist, auch wenn zu berücksichtigen ist, daß erfahrungsgemäß die Auffassung des Verkehrs eher von einem undeutlichen Erinnerungsbild bestimmt wird (st Rspr, vgl BGH GRUR 1993, 972, 974 - Sana / Schosana; EuGH MarkenR 1999, 236, 239 - Lloyd / Loints).

Ebenso weisen die Marken im Schriftbild in jeder üblichen Schreibweise bereits aufgrund der markant abweichenden Kontur der Anfangsteile einen hinreichenden Abstand auf, wobei in Normalschrift oder bei handschriftlicher Wiedergabe die unterschiedlichen Oberlängen der Wörter eine zusätzliche Unterscheidungshilfe bieten, zumal das Schriftbild der Marken erfahrungsgemäß sehr viel besser eine ruhige oder auch wiederholte Wahrnehmung der Bezeichnung gestattet als das schnell verklingende gesprochene Wort.

Nicht unberücksichtigt bleiben darf schließlich, daß die in der jüngeren Marke vorhandene eindeutige Anspielung auf die in den beanspruchten Erkältungspräparaten enthaltene Wirksubstanz "Thymian" häufig erkannt werden wird. Wenn diese auch eine Verwechslungsgefahr nicht von vorneherein auszuschließt im Sinne der Rechtsprechung des BGH "Bally / BALL" (GRUR 1992, 130, 132; vgl auch GRUR 1959, 182 - Quick / Glück), so wirkt eine begriffliche Unterscheidungshilfe jedenfalls in gewissem Umfang verwechslungsmindernd.

Ebenso erweist sich hinsichtlich des Widerspruchs aus der Marke "Tridin" der von der angegriffenen Marke "Thymin" eingehaltene Abstand als in jeder Hinsicht ausreichend. In klanglicher Hinsicht weisen die Marken zwar identische Anfangs- und Endbestandteile auf. Sie unterscheiden sich aber deutlich durch die abweichend gebildete erste Sprechsilbe der Widerspruchsmarke mit ihrem zusätzlichen Konsonanten "r" und dem hellen "i", dem auf Seiten der jüngeren Marke das eher wie "ü" gesprochenen "y" gegenüber steht. Hinzu kommt, daß auch der unterschiedliche Klang der jeweiligen Anlaute der zweiten Sprechsilbe ("d" zu "m") zu einer Unterscheidbarkeit der im übrigen auch klanglich gut erfaßbaren und nur zweisilbigen Wörter beitragen und die Unterschiede im Gesamtklang der Wörter deshalb selbst bei ungünstigen Übermittlungsbedingungen nicht unbemerkt bleiben werden. Auch im Schriftbild wirken die auffällig abweichende Kontur der unterschiedlichen Buchstaben und die in Normalschrift oder bei handschriftlicher Wiedergabe hinzukommende Abweichung in der Umrißcharakteristik der Wörter hinreichend den Gemeinsamkeiten entgegen.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, daß auch hinsichtlich der Widerspruchsmarke "Tridin" dem Sinngehalt der jüngeren Marke aus den bereits genannten Gründen zusätzlich eine erheblich verwechslungsmindernde Bedeutung zukommt, da auch insoweit die Vergleichsbezeichnungen weder in dieselbe Richtung weisen noch klanglich oder schriftbildlich so deutlich aneinander angenähert sind, daß sie

direkt füreinander gehört oder gelesen werden könnten und deshalb ein unterscheidungserleichternder Sinngehalt nicht mehr zum Tragen kommen könnte.

Nach alledem erweist sich die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke als begründet.

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

Knoll

Brandt

Engels

Pü