

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 47/00

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung D 53 615/5 Wz

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 25. Januar 2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richter Knoll und Engels

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 27. Oktober 1993 für "Arzneimittel" angemeldete Bezeichnung

Rytmocard

soll nach Beschränkung des Warenverzeichnisses im Beschwerdeverfahren zuletzt noch für die Waren "Arzneimittel, nämlich Herz-/Kreislauftherapeutika, nicht jedoch solche zur Behandlung von Magnesiumdefiziten" in das Markenregister eingetragen werden.

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der älteren, seit dem 16. Dezember 1998 für "Arzneimittel zur Behandlung von Magnesiumdefiziten" eingetragenen Marke 2 105 258

Rhythmomag,

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat in einem Beschluß die Verwechslungsgefahr zwischen den Marken verneint und den

Widerspruch zurückgewiesen. Ausgehend von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, einer möglichen Warenidentität und den zu berücksichtigenden Laien als Zielgruppe für die in Frage stehenden Waren sei ein deutlicher Markenabstand zu fordern. Dieser sei von jüngerer Marke wegen der Unterschiede in den Endbestandteilen "card" und "mag" sowohl in klanglicher als auch in schriftbildlicher Hinsicht eingehalten. Da in der angemeldeten Marke die Bestandteile "Rytmo" und "card" gleichermaßen kennzeichnungsschwach seien, werde der Verkehr diese insgesamt beachten, während er bei der Endsilbe "mag" der Widerspruchsmarke den Hinweis auf Magnesium eher nicht erkennen werde und daher diesen Wortbestandteil stärker beachte als "Rhythmo".

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden mit ihrem Antrag,

den angefochtenen Beschluß des Deutschen Patent- und Markenamts aufzuheben und der angegriffenen Marke die Eintragung zu versagen.

Auch unter Berücksichtigung der von der Anmelderin erklärten Beschränkung des Warenverzeichnisses bestehe eine klangliche Verwechslungsgefahr, da die mögliche Warenidentität fortbestehe und sich die Zeichen in ihrem jeweiligen Gesamteindruck sehr ähnlich seien. Hierbei müsse berücksichtigt werden, daß die relevanten Verkehrskreise, soweit bei nicht rezeptpflichtigen Arzneimitteln vornehmlich Laien angesprochen würden, weder in Lage seien, die spezielle Bedeutung von "Rhythmo" ("Rytmo") noch insbesondere der weiteren Bestandteile "mag" und "card" zu assoziieren. Fachleuten dagegen sei auch der Bedeutungsgehalt von "mag" bekannt, so daß keiner der einzelnen Wortbestandteile der Markenwörter hinsichtlich seiner kennzeichnenden Bedeutung dominiere. Bei dem Bestandteil "Rhythmo" handele es sich auch nicht um einen häufig verwendeten, "verbrauchten" Markenbestandteil. Dies belege auch das Arzneimittelverzeichnis "Rote Liste", in dem außer der älteren Marke "Rythmodul" nur noch "Rytmo"-Marken der Widersprechenden aufgeführt seien.

Die Anmelderin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

In den Gründen des angefochtenen Beschlusses werde mit überzeugenden Gründen eine Verwechslungsgefahr verneint. Es sei hinzuzufügen sei, daß der beiden Marken gemeinsame Wortbestandteil "Rytmo" (Rhythmo) einen deutlich beschreibenden Bezug zu den gekennzeichneten Arzneimitteln aufweise, der signalisiere, daß diese Präparate den Herzrhythmus beeinflussten. Dem Verkehr, insbesondere dem insoweit maßgeblichen "durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher" bleibe die beschreibende Bedeutung dieses Wortbestandteils nicht verborgen. Ein beschreibender Bestandteil könne aber bereits aus Rechtsgründen nicht isoliert kollisionsbegründend wirken.

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

II.

Die Beschwerde der Widersprechenden ist zulässig, insbesondere statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt (§ 66 Abs 1 Satz 1, Abs 2 MarkenG). Sie ist jedoch in der Sache nicht begründet, da auch nach Auffassung des Senats keine Verwechslungsgefahr zwischen den sich gegenüberstehenden Marken im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG besteht. Der Widerspruch ist deshalb zu Recht in dem angefochtenen Beschluß zurückgewiesen worden, §§ 42 Abs 2 Nr 1, 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG.

Bei seiner Entscheidung geht der Senat von einer normalen Kennzeichnungskraft und einem durchschnittlichen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke aus, auch wenn diese mit dem Bestandteil "Rhythmo" aus einem beschreibenden, selbst für Laien in Verbindung mit der gekennzeichneten Ware erkennbaren Hinweis auf

"Rhythmus" und damit auf Arzneimittel zur Behandlung von Herzrhythmusstörungen (Arrhythmie) sowie mit "mag" aus einem jedenfalls für Fachleute ohne weiteres assoziierbaren Hinweis auf den enthaltenen Wirkstoff Magnesium gebildet ist. Aus einer damit verbundenen isolierten Kennzeichnungsschwäche der Bestandteile kann jedoch nicht ohne weiteres auf die allein maßgebende Kennzeichnungskraft der Gesamtbezeichnung geschlossen werden, zumal es bei pharmazeutischen Erzeugnissen der üblichen Praxis entspricht, Marken in der Weise zu bilden, daß diese als sogenannte sprechende Zeichen durch eine phantasievolle Zusammenstellung jedenfalls für den Fachmann erkennbarer beschreibender Angaben die stoffliche Beschaffenheit, das Indikationsgebiet oder weitere warenbezogene Merkmale kenntlich machen (vgl BGH GRUR 1998, 815, 817 - Nitrangin; vgl auch PAVIS PROMA, Kliems, BPatG 25 W (pat) 19/98 - Rytmotranquil # Rytmonorm).

Nach der vorliegend maßgebenden Registerlage können die beiderseitigen Waren nach Beschränkung des Warenverzeichnisses der jüngeren Marke zwar immer noch enge Berührungspunkte aufweisen, da auch Arzneimittel zur Behandlung von Magnesiumdefiziten der Therapie von Herz-/Kreislaufstörungen dienen, worauf die Widersprechende zutreffend in der mündlichen Verhandlung unter Vorlage eines Fachaufsatzes mit dem Thema "Behandlung von Herzrhythmusstörungen mit Magnesium" hingewiesen hat. Zu derartigen Magnesiumpräparaten zählen zB die in dem Arzneimittelverzeichnis "Rote Liste 2000" in der Hauptgruppe 62 (Mineralstoffpräparate) aufgeführten Arzneimittel "geo-magit[®] 50 Dragées" (Nr 081), "magnerot[®] CLASSIC Tabletten" (Nr 085) oder Magnesium-Disporal[®] 300 Granulat (Nr 096). Andererseits ist jedoch eine Warenidentität nunmehr ebenso ausgeschlossen wie eine identische Indikation der sich gegenüberstehenden Arzneimittel, da die Anmelderin auf den Indikationsbereich "zur Behandlung von Magnesiumdefiziten", auf den die Widerspruchsmarke nach der ausdrücklichen Fassung des Warenverzeichnisses festgelegt ist, zuletzt verzichtet hat. Für die sich gegenüberstehenden Arzneimittel sind mangels Festschreibung einer Rezeptpflicht in den Warenverzeichnissen sowie im Hinblick auf die Tatsache, daß sowohl Herz-

Kreislauf Mittel als insbesondere auch Mineralstoffpräparate vielfach keiner Rezeptpflicht unterliegen und häufig im Wege der Selbstmedikation erworben werden, als angesprochene Verkehrskreise Laien uneingeschränkt zu berücksichtigen. 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 ausreichenden Abstand zu der Widerspruchsmarke ein.

Von entscheidender Bedeutung ist, daß bei der Beurteilung des für die Verwechslungsgefahr maßgeblichen Gesamteindrucks der Markenwörter dem Anfangsbestandteil "Rhythmo" der Widerspruchsmarke weder eine allein kollisionsbegründende Wirkung zufällt noch die Bedeutung für den maßgebenden Gesamteindruck zukommt, wie es bei einem reinen Phantasiebestandteil der Fall wäre. Diese tritt vielmehr gegenüber dem weiteren Wortelement "mag" zurück. Denn der in "Rhythmo" liegende, sich sprachlich unmittelbar erschließende Indikationshinweis ist - wovon bereits die Markenstelle zutreffend ausgegangen ist - auch für Laien erkennbar, zumal er auch den allgemeinen Verkehrskreisen wegen seiner häufigen Verwendung als Anfangsbestandteil entsprechender Arzneimittelkennzeichnungen geläufig ist. So enthält nicht nur das Markenregister eine Vielzahl entsprechender

Registrierungen von Rhythmo (Rythmo) - Marken in der Klasse 5 (vgl auch zur Bedeutung der Registerlage Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl, § 9 Rdn 144; BGH GRUR 1999, 241; 243 - Lions; BGH GRUR 1967, 246, 250 und 251 – Vitapur), sondern auch das - nicht alle Arzneimittel umfassende - Arzneimittelverzeichnis "Rote Liste" weist eine nicht unerhebliche Anzahl entsprechend gebildeter, nicht auf die Widersprechende hinweisende Drittmarken auf. Hierauf hat der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 25. Februar 1999 hingewiesen (vgl PAVIS PROMA, Kliems, BPatG 25 W (pat) 19/98 - Rytmotranquil # Rytmonorm). Demgegenüber wird der weitere Bestandteil "mag" der Widerspruchsmarke, wie die Markenstelle bereits zutreffend ausgeführt hat, von Laien - insbesondere im Zusammenhang mit den hier maßgebenden Arzneimitteln gegen Herz-/Kreislaufkrankungen - mangels erforderlicher Kenntnis der medizinischen Sachzusammenhänge nicht in relevantem Umfang in seiner beschreibenden Bedeutung erkannt. Diesem, von der jüngeren Marke klanglich abweichenden Bestandteil - eine schriftbildliche Verwechslungsgefahr wird selbst von der Widersprechenden nicht behauptet - kommt deshalb eine gewichtigere Rolle bei der Beurteilung der Markenähnlichkeit zu als den insoweit übereinstimmenden Anfangsbestandteilen der Markennörter, auf die der Verkehr deshalb auch sein Augenmerk weniger richten wird, um die Marken zu identifizieren und die Waren nach ihrer betrieblichen Herkunft zu unterscheiden.

Dem steht auch nicht entgegen, daß nach ständiger Rechtsprechung selbst kennzeichnungsschwache oder schutzunfähige Markenbestandteile bei der Beurteilung der Prägung des Gesamteindrucks nicht unberücksichtigt bleiben dürfen (vgl Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl, § 9 Rdn 152, 160; BGH GRUR 1996, 200 – Innovadiclophlont; BGH MarkenR 2000, 20, 21 - RAUSCH / ELFI RAUCH). Denn auch unter Beachtung strenger Anforderungen an den Markenabstand und einer angemessenen Mitberücksichtigung des kennzeichnungsschwachen Bestandteils "Rytmo"/Rhythmo" sorgen die unterschiedlichen Schlußsilben "card" und "mag" der Marken noch für eine hinreichende Unterscheidbarkeit der Wörter nach ihrem jeweiligen Gesamteindruck, auch wenn die Übereinstimmungen insbeson-

dere in den erfahrungsgemäß stärker beachteten Anfangsbestandteilen der Wörter liegen (vgl hierzu Althammer/Ströbele MarkenG, 6. Aufl, § 9 Rdn 97) und die Auffassung des Verkehrs eher von einem undeutlichen Erinnerungsbild bestimmt wird (st Rspr vgl EuGH MarkenR 1999, 236, 239 - Lloyd / Loints). Denn die Widerspruchsmarke weist in ihrer Schlußsilbe "mag" ein von "card" markant abweichendes Konsonantengerüst auf, da nicht nur die jeweiligen Endlaute "g" und "d" deutlich voneinander abweichen, sondern sich insbesondere auch der wie "k" gesprochene Sprenglaut "c" in der jüngeren Marke von dem weichen Lippenlaut "m" der Widerspruchsmarke markant unterscheidet. Es kommt hinzu, daß der in der jüngeren Marke vorhandene Laut "r" in der Widerspruchsmarke keine Entsprechung findet und sich auch die Sprechweise des Vokals "a" durch die gedehntere Artikulation von derjenigen in der Widerspruchsmarke unterscheidet. In ihrer Gesamtheit und losgelöst von einer bloß formalen Betrachtung reichen deshalb die klanglichen Unterschiede der Wörter nach ihrem jeweiligen Gesamteindruck aus, den bestehenden Gemeinsamkeiten hinreichend deutlich entgegenzuwirken (vgl auch PAVIS PROMA, Knoll, BPatG 25 W (pat) 95/99 - PULMOKAST ≠ PULMICORT; PROMA, Kliems, BPatG 25 W (pat) 19/98 - Rytmotranquil # Rytmonorm; PAVIS PROMA, Kliems, BPatG 25 W (pat) 64/99 Rytmopur # Rytmopasc; PAVIS PROMA, Knoll, BPatG 25 W (pat) 126/97 Rytmocor # NITROCOR).

Der Senat sieht auch keine ausreichenden Anhaltspunkte dafür, daß die Marken mittelbar unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens verwechselbar sind. Denn der Markenbestandteil "Rhythmo" ist wegen seines beschreibenden Charakters kaum geeignet, vom Verkehr als Unternehmenshinweis und als Stammbestandteil einer von der Widersprechenden gebildeten Serienmarke aufgefaßt zu werden. Auch die Tatsache, daß zugunsten der Widersprechenden einige weitere entsprechend gebildete Marken in das Markenregister eingetragen sind und benutzt werden, läßt insbesondere deshalb keine andere Schlußfolgerung zu, weil diese - wie aus der Roten Liste ersichtlich - dem Verkehr nicht als Marken der Widersprechenden, sondern als Marken der dort genannten Unternehmen bekannt sind, mögen diese auch Tochtergesellschaften oder Lizenznehmer der Widersprechenden

sein. Der Verkehr wird hierin jedenfalls keinen Hinweischarakter auf den Geschäftsbetrieb der Widersprechenden sehen (vgl auch PAVIS PROMA, Kliems, BPatG 25 W (pat) 19/98 - Rytmotranquil # Rytmonorm; PAVIS PROMA, Kliems, BPatG 25 W (pat) 64/99 Rytmopur # Rytmopasc).

Nach alledem war die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.

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

Kliems

Knoll

Engels

Pü