

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 135/01

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die Markenmeldung B 96 467/5 WZ

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 28. Januar 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Sredl und der Richterin k. A. Bayer

beschlossen:

1. Die Beschwerden der aus den Marken 1043338 und 1161132 Widersprechenden werden zurückgewiesen.
2. Kosten werden nicht auferlegt.

G r ü n d e

I.

Das am 26. August 1992 angemeldete Zeichen

CITROSAN

ist am 15. Mai 1993 nach dem früheren § 5 Abs 1 Warenzeichengesetz bekannt gemacht worden. Es soll für die Waren

"Pharmazeutische Präparate und Substanzen für die Behandlung von Husten und Erkältungskrankheiten"

in das Markenregister eingetragen werden.

Widerspruch erhoben haben die Inhaberin (Widersprechende I) der älteren, für

"Arzneimittel"

eingetragenen Marke Nr. 1 043338

Citrokehl

und die Inhaberin (Widersprechende II) der älteren, für

"Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie chemische Erzeugnisse für die Gesundheitspflege"

eingetragenen Marke Nr. 1161132

ZITHROMAX.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Widersprüche aus den Marken 1161132 und 1043338 mit Beschluss vom 12. Oktober 2000 durch eine Prüferin des höheren Dienstes zurückgewiesen. Die Widerspruchsmarken verfügten über eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft, jedoch würden die sich gegenüberstehenden Waren mit einer gewissen Sorgfalt erworben, da es dabei um die Gesundheit gehe. Der Abstand der Marken würde selbst bei identischen Waren ausreichen, um eine Verwechslungsgefahr zu verhindern. Die jeweils letzte Silbe der Widerspruchszeichen (-kehl bzw -MAX) unterscheidet

sich deutlich von der entsprechenden Silbe der angemeldeten Marke (-SAN) und werde zudem betont. Trotz identischen bzw klanglich identischen Zeichenanfangs bestehe daher keine Verwechslungsgefahr. Auf die Frage der Benutzung der Widerspruchsmarke 1043338 komme es bei dieser Sachlage nicht an.

Hiergegen richten sich die Beschwerden der Inhaberin der Marke 1043338, die im Beschwerdeverfahren keinen Antrag gestellt hat, und der neuen Inhaberin der Marke 1161132 (Rechtsnachfolgerin der ursprünglich Widersprechenden) mit dem Antrag,

den Beschluss der Markenstelle vom 12. Oktober 2000 aufzuheben und die Anmeldemarke von der Eintragung in das Register auszuschließen.

Die Benutzung der Widerspruchsmarken wurde im Beschwerdeverfahren hinsichtlich der Marke 1043338 "Citrokehl" nunmehr umfassend und hinsichtlich der Marke 1161132 zum ersten Mal bestritten.

Die Inhaberin der Marke 1043338 meint, dass zwischen "Citrosan" und "Citrokehl" eine erhebliche Verwechslungsgefahr bestehe. Der Zeichenanfang (Citro), der besonders beachtet werde, sei identisch. Die Endung "san" werde seit langem von der Widerspruchsführerin als Endung und Hinweis auf den Firmennamen "S...-K..." für die Kennzeichnung ihrer Arzneimittel benutzt. Sie verfüge über etliche eingetragene Marken mit der Endung "san". Das homöopathische Arzneimittel "Citrokehl" enthalte den Arzneistoff "acidum citricum" und werde auch bei Atemwegserkrankungen eingesetzt. Atemwegserkrankungen seien ebenfalls unter den Begriff Erkältungskrankheiten zu fassen, so dass im Hinblick auf die angebotenen Waren eine erhebliche Verwechslungsgefahr bestehe. Homöopathische Arzneimittel gehörten zum festen Bestandteil ärztlicher Therapie. Homöopathische Arzneimittel würden sowohl neben als auch anstatt allopathischer Arzneimittel verordnet. Die Waren richteten sich an denselben Abnehmerkreis. Als Beweis für die gleiche

Indikation und die gleichen Abnehmerkreise beantragt die Inhaberin der Marke 1043338 die Einholung von Sachverständigengutachten. Im Hinblick auf die vor der Markenstelle bereits teilweise und im Beschwerdeverfahren insgesamt bestrittenen Benutzung ihrer Marke reichte sie verschiedene Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Benutzung der Marke "Citrokehl" für ein homöopathisches Arzneimittel in der Darreichungsform einer Injektionslösung ein.

Die Inhaberin der Widerspruchsmarke 1161132 "ZITHROMAX" ist der Auffassung, dass zwischen ihrer Marke und dem angemeldeten Zeichen eine Verwechslungsgefahr bestehe. Die Marken könnten sich bei identischen Waren begegnen. Die Anfangsbestandteile seien klanglich identisch und schriftbildlich ähnlich, würden betont, und es finde keine Verschiebung der Aufmerksamkeit auf das Wortende statt. Die Endungen –SAN und –MAX seien vollständig verbraucht und zudem insoweit ähnlich, als beide Silben den Vokal "a" enthielten. Die Vertriebswege seien identisch und auch Laien trotz Rezeptpflicht zu berücksichtigen.

Auf die im Beschwerdeverfahren von der Anmelderin erhobene Einrede, die Widerspruchsmarke werde nicht benutzt, reichte die Widersprechende verschiedene Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Benutzung ihrer Marke "ZITHROMAX" für (rezeptpflichtige) Arzneimittel, nämlich Antibiotika, ein.

Die Anmelderin beantragt,

1. Die Beschwerden werden zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens tragen die Beschwerdeführer als Gesamtschuldner.

Sie ist der Ansicht, es fehle an einer Verwechslungsgefahr zwischen der angemeldeten Marke und der Widerspruchsmarke 1043338 "Citrokehl".

Zwischen homöopathischen und allopathischen Arzneimitteln bestehe ein ganz erheblicher und grundsätzlicher Warenabstand. Die Einholung von Sachverständigengutachten, die die Widersprechende beantragt habe, sei im registerrechtlichen Verfahren schon aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht möglich.

Darüber hinaus seien die Marken unabhängig vom ebenfalls bestehenden Warenabstand eindeutig verschieden.

Es sei auch nicht erkennbar, ob die Widersprechende Marken mit der Endung "san" überhaupt benutze. Außerdem habe die Widersprechende keineswegs eine Alleinstellung hinsichtlich solcher Marken mit der Endung "san".

Die Beschwerde der Inhaberin der Widerspruchsmarke 1161132 "ZITHROMAX" sei als unzulässig zu verwerfen. Die Beschwerde sei nicht im Namen der an dem Widerspruchsverfahren vor dem Patentamt beteiligten Firma eingelegt worden, sondern von der Rechtsnachfolgerin. Dem Wechsel der Widersprechendenstellung stimme sie nicht zu. Ein Wechsel könne auch nicht in der Form erfolgen, dass eine Entscheidung gegen die alte Partei des Rechtstreits ergehe, und eine neue Partei des Rechtstreits sodann Rechtsmittel einlege.

Außerdem bestehe auch keine Verwechslungsgefahr, da die Anfangsbestandteile unterschiedliche Bedeutungsanklänge hätten. Die mündliche Benennung sei bei rezeptpflichtigen Waren wie Antibiotika unerheblich. Die Anwendungsgebiete seien unterschiedlich.

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

II.

Die Beschwerden der Inhaberinnen der Widerspruchsmarken sind zulässig. Entgegen der Ansicht der Anmelderin ist auch die Beschwerde der Rechtsnachfolgerin der aus der Marke Nr 1161132 "ZITHROMAX" Widersprechenden, die ein eigenes Beschwerderecht hat (BPatGE 43, 108 Ostex/OSTARIX), zulässig. Es ist unbeachtlich, dass die Beschwerde nicht von derjenigen Firma eingelegt wurde, gegen die der Beschluss erging (vgl. BPatG, GRUR 2000,815,817 "turfa" zum Fall einer nachträglichen Zustimmung zum Beteiligtenwechsel). Die Rechtsnachfolgerin kann nach jetziger Rechtslage (§ 28 Abs. 2 Satz 3 MarkenG) in das Verfahren auch ohne Zustimmung der Gegenseite eintreten. Zum Zeitpunkt der Einlegung der Beschwerde war die Beschwerde zwar ohne Zustimmung der Gegenseite unzulässig. Die Prozessführungsbefugnis ist jedoch keine Prozesshandlungsvoraussetzung (Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl. § 51 Rdnr. 22), sie muss vielmehr mindestens zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung vorliegen, im schriftlichen Verfahren zum entsprechenden Zeitpunkt (Thomas/Putzo aaO, Rdnr. 23). Dies ist hier der Fall, da nunmehr der Rechtsnachfolger die Zustimmung der Gegenseite nicht mehr benötigt.

Die Beschwerden haben jedoch in der Sache keinen Erfolg.

Die nach § 5 Abs. 4 des früheren Warenzeichengesetzes erhobenen Widersprüche sind zulässig. Dies gilt auch für den Widerspruch aus der Marke 1161132, da er nach der Bekanntmachung mit dem richtigen Warenverzeichnis aufrechterhalten wurde. Die Markenstelle hat die Widersprüche zutreffend gemäß §§ 152, 158, 43 Abs. 2 Satz 2 MarkenG zurückgewiesen, da auch nach Ansicht des Senats keine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG besteht.

Der Senat geht bei seiner Entscheidung – wie bereits die Markenstelle – von einer noch durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken aus, denn aus der Kennzeichnungsschwäche eines Wortbestandteils ("Citro" als Hinweis auf

"Citrus", "ZITHRO" als Hinweis auf "Azithromycin", "SAN" als Hinweis auf "gesund, heil" und "MAX" auf "maximal") kann nicht ohne weiteres auf die allein maßgebende Kennzeichnungskraft der Gesamtbezeichnung geschlossen werden, zumal es bei pharmazeutischen Erzeugnissen sogar einer üblichen Praxis entspricht, Marken in der Weise zu bilden, dass diese als sogenannte sprechende Zeichen durch eine fantasievolle Zusammenstellung jedenfalls für den Fachmann erkennbarer Wirkstoff- und/oder Anwendungsangaben die stoffliche Beschaffenheit und/oder das Indikationsgebiet kenntlich machen (vgl. BGH GRUR 1998, 815, 817 - Nitrangin).

Auch wenn man von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarken ausgeht, besteht keine Verwechslungsgefahr.

1. Widerspruchsmarke 1043338 "Citrokehl"

Die Anmelderin hat im Beschwerdeverfahren die Benutzung der Widerspruchsmarke insgesamt bestritten (§§ 158, 43 Abs 1 Satz 1 und Satz 2 MarkenG). Es kann hier jedoch dahingestellt bleiben, ob die Widersprechende die rechtserhaltende Benutzung hinreichend glaubhaft gemacht hat. Die eingereichten Unterlagen betreffen ein homöopathisches Arzneimittel in der Darreichungsform einer Injektionslösung. Selbst wenn man von einer Benutzung für die entsprechende Hauptgruppe 87 der Roten Liste (Präparateserien/ Reg. Homöopathika) ausgehen würde, bestünde keine Verwechslungsgefahr.

Die angemeldeten Waren "Pharmazeutische Präparate und Substanzen für die Behandlung von Husten und Erkältungskrankheiten" sind mit "Homöopathika" ähnlich.

Die Homöopathie ist ein Heilverfahren, das ein eigenständiges medizinisches System mit einem umfassenden Konzept von Gesundheit, Krankheit und Heilung darstellt (Der Gesundheitsbrockhaus, 5. Aufl, S. 580). Homöopathika unterschei-

den sich regelmäßig in der Art der Herstellung und in der Wirkungsweise erheblich von allopathischen Arzneimitteln.

Es ist es allerdings problematisch, die Nähe der sich gegenüberstehenden Waren nach dem möglichen Indikationsbereich zu bestimmen, zumal die Rote Liste bei den Homöopathika der Hauptgruppe 87 keine Hinweise auf das Anwendungsgebiet enthält. Andererseits werden zahlreiche Homöopathika anderen Hauptgruppen der Roten Liste zugeordnet. Letztlich kann hier jedoch zu Gunsten der Widersprechenden unterstellt werden, dass auch ihr Erzeugnis bei Husten und Erkältungskrankheiten eingesetzt werden kann und das Warenverzeichnis der angemeldeten Marke ebenfalls Homöopathika umfassen könnte, da selbst bei Warenidentität, die einen deutlichen Zeichenabstand erforderlich machen würde, keine Verwechslungsgefahr bestünde.

Mangels Festschreibung einer Rezeptpflicht in den Warenverzeichnissen sind Laien als angesprochene Verkehrskreise uneingeschränkt zu berücksichtigen (vgl. auch BGH MarkenR 2002, 49, 51 – ASTRA/ESTRA-PUREN). 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 26. - Lloyd / Loints) und der insbesondere allem, was mit der Gesundheit zusammenhängt, eine gesteigerte Aufmerksamkeit beizumessen pflegt (vgl. BGH GRUR 1995, 50, 53 – Indorektal / Indoheal).

Auch wenn danach unter Berücksichtigung dieser Umstände zur Vermeidung einer Verwechslungsgefahr im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG noch strenge Anforderungen an den von der jüngeren Marke einzuhaltenden Markenabstand zu stellen sind, so ist die Ähnlichkeit der Widerspruchsmarke "Citrokehl" mit der angemeldeten Marke "CITROSAN" nach Auffassung des Senats dennoch in keiner

Richtung derart ausgeprägt, dass die Gefahr von Verwechslungen zu bejahren wäre. Dabei ist zu berücksichtigen, dass dem Anfangsbestandteil "CITRO/Citro" wegen des beschreibenden Gehalts (Hinweis auf Zitronensäure) eine erhebliche Kennzeichnungsschwäche anhaftet. Einer klanglichen Identität oder Ähnlichkeit der Anfangsbestandteile der Vergleichsmarken kann daher bei der Gesamtbeurteilung kein zu starkes Gewicht beigemessen werden. Der Verkehr wird verstärkt auch auf die übrigen Zeichenbestandteile achten. Die Bestandteile -"SAN" und -"kehl" haben jedoch keinen einzigen Laut bzw Buchstaben gemeinsam. Die Abweichungen in diesen regelmäßig sogar betonten Bestandteilen sorgen für eine hinreichende Differenzierung des jeweiligen Gesamteindrucks und gewährleisten ein sicheres Auseinanderhalten. Dies gilt auch dann, wenn man berücksichtigt, dass die Verkehrsauffassung erfahrungsgemäß eher von einem undeutlichen Erinnerungsbild bestimmt wird (st Rspr., vgl. EuGH MarkenR 1999, 236, 239 - Lloyd / Loints).

Soweit die Widersprechende geltend macht, die Silbe "SAN" in der angemeldeten Marke stelle einen Hinweis auf ihre Firma dar, kann daraus keine Verwechslungsgefahr mit der Widerspruchsmarke "Citrokehl" hergeleitet werden, da diese Marke den Bestandteil "SAN" gar nicht enthält. Zudem liegen keine genügenden Anhaltspunkte vor, dass der Verkehr diesem Zeichenbestandteil eine Hinweisfunktion auf den Betrieb der Widersprechenden zuerkennen würde.

2. Widerspruchsmarke 1161132 "ZITHROMAX"

Die Anmelderin hat im Beschwerdeverfahren die Benutzung der Widerspruchsmarke bestritten (§§ 158, 43 Abs 1 Satz 2 MarkenG). Es kann jedoch auch hier dahingestellt bleiben, ob die Widersprechende die rechtserhaltende Benutzung hinreichend glaubhaft gemacht hat. Die eingereichten Unterlagen betreffen ein verschreibungspflichtiges Antibiotikum. Auch wenn man hier von einer Benutzung für die entsprechende Hauptgruppe der Roten Liste (Antibiotika/ Antiinfektiva), die üblicherweise rezeptpflichtig sind, ausgeht, besteht keine Verwechslungsgefahr.

Die sich damit gegenüberstehenden Waren sind zwar ohne weiteres ähnlich, jedoch müssen an den Zeichenabstand keine hohen Anforderungen gestellt werden, da die Waren unterschiedlichen Hauptgruppen der Roten Liste angehören, und damit einen gewissen Warenabstand aufweisen. Bei Antibiotika ist zudem mit einer verstärkten Aufmerksamkeit des Verkehrs zu rechnen. Insbesondere ist die rein klangliche Begegnung der Marken bei Laien gegenüber nicht verschreibungspflichtigen Arzneimitteln eingeschränkt.

In schriftbildlicher Hinsicht sind die Marken nicht ähnlich, denn die vorhandenen Unterschiede summieren sich zu einem völlig anderen Gesamtbild. Insbesondere sind die an exponierter Stelle stehenden Buchstaben C/Z bzw N/X an den Wortanfängen bzw Wortenden so auffällig, dass nicht mit Verwechslungen zu rechnen ist.

Doch selbst wenn man die rein klangliche Begegnung der Zeichen bei Laien berücksichtigt, ist der Zeichenabstand ausreichend. Bei identischer Aussprache der Anfangsbestandteile weisen die Marken zwar die gleiche Silbenzahl und die gleiche Vokalfolge auf, jedoch werden auch hier die letzten Silben im Gesamtklangbild wegen des beschreibenden Gehalts der Anfangsbestandteile besonders beachtet. Laien ist zwar die Anlehnung des Bestandteils "ZITHRO" der Widerspruchsmarke an den Wirkstoff "Azithromycin" nicht bekannt, jedoch werden sie bei rein klanglicher Begegnung mit der Widerspruchsmarke den Bestandteil "ZITHRO" ebenso beschreibend verstehen wie "CITRO". Im Gesamtklangbild fällt dabei besonders der harte, klangstarke Laut "x" bei der Widerspruchsmarke auf, der in der deutschen Sprache der markanteste Konsonant ist. Die angemeldete Marke weist in der regelmäßig betonten Silbe "SAN" dagegen ausschließlich weiche Konsonanten auf. Die klanglichen Unterschiede sind nicht zu überhören und verblassen auch nicht im Erinnerungsbild. Zudem ist "san" eine häufig verwendete Endsilbe, die auch in ihrer Bedeutung weithin verstanden wird.

Der Fachverkehr wird aufgrund seiner berufsbedingten höheren Sorgfalt und Kenntnisse um so weniger einer klanglichen Verwechslungsgefahr erliegen.

Nach alledem waren die Beschwerden der beiden Widersprechenden zurückzuweisen.

Zu einer Kostenauflegung aus Billigkeitsgründen bot der Streitfall keinen Anlass, § 71 Abs. 1 MarkenG. Die aus der Marke 1043338 "Citrokehl" Widersprechende hat im Beschwerdeverfahren noch Benutzungsunterlagen nachgereicht, so dass ihre Beschwerde nicht wegen fehlender Glaubhaftmachung der Benutzung ohne Erfolgsaussichten war. Entgegen der Auffassung der Anmelderin ist die Beschwerde der Rechtsnachfolgerin der aus der Marke 1161132 "ZITHROMAX" ursprünglich Widersprechenden auch nicht offensichtlich unzulässig, so dass auch hier eine Kostenauflegung nicht gerechtfertigt ist. Dem Kostenantrag der Anmelderin war daher nicht stattzugeben.

Kliems

Sredl

Bayer

Ko