



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 251/01

(AktENZEICHEN)

An Verkündungs Statt
zugestellt am
14. November 2003

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

...

betreffend die angegriffene Marke 395 48 333

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgericht auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 7. August 2003 unter Mitwirkung der Richterin Sredl als Vorsitzende sowie des Richters Engels und der Richterin Bayer

beschlossen:

1. Auf die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 5 vom 26. November 1998 und vom 22. August 2001 für wirkungslos erklärt, soweit die Löschung der angegriffenen Marke wegen des Widerspruchs aus der älteren Marke 2 062 215 angeordnet wurde.
2. Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluß der Markenstelle für Klasse 5 vom 22. August 2001 aufgehoben, soweit der Widerspruch aus der Marke 1 012 407 zurückgewiesen wurde, und die Löschung der angegriffenen Marke angeordnet.

Gründe

I.

Gegen die Eintragung der am 25. November 1995 angemeldeten Marke 395 48 333

Factum

die ursprünglich für "Arzneimittel" angemeldet worden war und deren Warenverzeichnis im Beschwerdeverfahren auf "Arzneimittel, ausgenommen Antibiotika und Antibakteria sowie Antiinfektiva" beschränkt wurde, hat die Inhaberin der älteren Marken 1 012 407

FORTUM

die für "Antibiotische und antibakterielle Präparate und Substanzen" Schutz genießt, und 2 062 215

FASTOP

die für "Pharmazeutische Erzeugnisse und Substanzen" eingetragen ist, Widerspruch erhoben.

Die von der Inhaberin der angegriffenen Marke zulässigerweise erhobene Nichtbenutzungseinrede gegenüber der Widerspruchsmarke 1 012 407 wurde nach Vorlage von Benutzungsunterlagen für ein Antibiotikum nicht mehr aufrechterhalten.

Die Markenstelle für Klasse 5 hat in der Besetzung mit einer Erstprüferin durch Beschluß vom 25. November 1998 dem Widerspruch ua aus den Marken 1 012 407 und 2 062 215 wegen klanglicher und schriftbildlicher Verwechslungsgefahr stattgegeben und die Löschung der jüngeren Marke angeordnet.

Auf die hiergegen von der Inhaberin der angegriffenen Marke eingelegte Erinnerung wurde der Beschluß durch eine Beamtin des höheren Dienstes aufgehoben und der Widerspruch ua aus der älteren Marke 1 012 407 mit Beschluß vom 22. August 2001 zurückgewiesen. Bei - zu diesem Zeitpunkt noch - möglicher Warenidentität und normaler Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke reiche der Markenabstand aus, um Verwechslungen zu verneinen. Verwechslungsmindernd wirke sich die Rezeptpflicht der Produkte und die aus der Roten Liste und den Be-

nutzungsunterlagen ersichtliche Darreichungsform durch Injektion aus. Unter diesen Umständen reichten die Unterschiede am Wortanfang zur Verneinung der klanglichen wie schriftbildlichen Verwechslungsgefahr aus.

Im übrigen wurde die Erinnerung in bezug auf die Widerspruchsmarke 2 062 215 zurückgewiesen, weil hier der markenrechtliche Abstand angesichts der allgemeinen Verbraucherkreise und der Übereinstimmungen der Markennörter nicht mehr ausreiche, um Verwechslungen zu verhindern.

Gegen den Erinnerungsbeschluß richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden mit dem sinngemäßen Antrag,

den Beschluß der Markenstelle für Klasse 5 vom 22. August 2001 aufzuheben, soweit er den Widerspruch aus der Marke 1 012 407 betrifft, und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Sie ist der Auffassung, dass nach der neueren Spruchpraxis des Harmonisierungsamtes in Alicante eine die Verwechslungsgefahr mindernde gesteigerte Aufmerksamkeit der Verbraucher beim Erwerb gesundheitsbezogener Produkte nicht mehr angenommen werden könne. Da eine Rezeptpflicht im Warenverzeichnis der älteren Marke nicht verankert sei, könne eine solche auch nicht verwechslungsmindernd in Betracht gezogen werden. Die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei überdurchschnittlich, wie sich aus den Benutzungsunterlagen und insbesondere aus den "I+G Infratest"- und "GfK Gesundheits- und Pharmaforschung München"-Berichten ergebe. Unter diesen Voraussetzungen reichten angesichts der überwiegenden Übereinstimmungen und Annäherungen die Abweichungen der Marken nicht zur Verneinung der Verwechslungsgefahr aus.

Der Widerspruch aus der Marke 2 062 215 wurde mit Schriftsatz vom 12. November 2001 zurückgenommen.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt im Hinblick auf die Widerspruchsmarke 1 012 407,

die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.

Entgegen der Ansicht der Widersprechenden trete der Verkehr den Produkten im Medizinbereich mit besonderer Sorgfalt entgegen, weshalb Zeichenunterschiede deutlicher wahrgenommen würden. Aus den von der Widersprechenden vorgelegten Gutachten könne nicht auf eine überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft der älteren Marke geschlossen werden, da sie zehn Jahre alt seien und daher keine Aussage zum Entscheidungszeitpunkt zuließen. Jedenfalls könne nach der Einschränkung des Warenverzeichnisses der angegriffenen Marke nicht mehr von Warenidentität ausgegangen werden. Unter diesen Umständen reichten die Unterschiede der Marken aus, um eine Verwechslungsgefahr auszuschließen.

Gegen die Entscheidung der Erinnerungsprüferin bezüglich der Widerspruchsmarke 2 062 215 hat die Inhaberin der angegriffenen Marke ihrerseits Beschwerde eingelegt und beantragt nach Rücknahme des Widerspruchs aus dieser Marke,

die angegriffenen Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 5 für wirkungslos zu erklären, soweit die Löschung der angegriffenen Marke wegen des Widerspruchs aus der Marke 2 062 215 angeordnet worden ist.

II.

1. Die zulässige Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke führt im Hinblick auf die Rücknahme des Widerspruchs aus der Marke 2 062 215 insoweit zur Feststellung der Wirkungslosigkeit der angefochtenen Beschlüsse.

2. Die Beschwerde der Widersprechenden ist ebenfalls zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

Nach Auffassung des Senats besteht zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke eine noch hinreichend große Gefahr von Verwechslungen.

Nachdem die Inhaberin der angegriffenen Marke eine überdurchschnittliche Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke in Frage stellt und eine solche nicht liquide ist, kann bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr lediglich eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft angenommen werden (vgl. BGH GRUR 2000, 890 – IMMUNINE / IMUKIN; GRUR 2001, 513 – CEFABRAUSE / CEFASEL).

Im Hinblick auf die von der Inhaberin der angegriffenen Marke anerkannte Benutzung der älteren Marke für "Antibiotika" ist entsprechend der erweiterten Minimallösung, die der Senat bei seinen Entscheidungen berücksichtigt, von diesen der Hauptgruppe 10 der Roten Liste zuzurechnenden "Antibiotika/Antiinfektiva" auszugehen (vgl. Ströbele/Hacker, MarkenG, 7. Aufl., § 26, Rdnr. 212).

Zwar hat die Inhaberin der angegriffenen Marke das Warenverzeichnis entsprechend auf "Arzneimittel, ausgenommen Antibiotika und Antibakteria sowie Antiinfektiva" beschränkt. Damit sind nach dem Warenverzeichnis vom Markenschutz allerdings nur Waren ausgenommen, die mit denen der Widerspruchsmarke identisch sein können. Aufgrund der Verwendung des Oberbegriffs "Arzneimittel" sind nach wie vor Produkte geschützt, die sich im Bereich engster oder zumindest enger Warenähnlichkeit begegnen können. Hinzu kommt, dass für die Waren beider Marken nach der maßgeblichen Registerlage keine Rezeptpflicht besteht, so dass nicht nur das Fachpersonal angesprochen ist, sondern auch der Durchschnittsverbraucher in die Beurteilung der Verwechslungsgefahr mit einbezogen werden muß. Nach alledem sind an den markenrechtlichen Abstand somit strenge Anforderungen zu stellen.

Nach Auffassung des Senats ist dieser Abstand nicht mehr gewahrt.

Soweit der Fachverkehr in den Erwerbsvorgang eingeschaltet ist, wird eine Verwechslungsgefahr nicht zu erwarten sein, da auf Grund der größeren Erfahrung im Umgang mit Arzneimitteln Unterschiede in den Markennamen stärker wahrgenommen werden. Diese erhöhte Aufmerksamkeit wirkt sich auch insoweit auf die schriftbildliche Verwechslungsgefahr aus, da Fachkenntnisse die Erfassung eines eventuell vorhandenen Sinngehalts oder entsprechender Wortteile erleichtern und allgemein die Wahrnehmungs- und Unterscheidungsfähigkeit fördern (vgl BPatGE 44, 33 – ORBENIN / Orbicin).

Nachdem jedoch entsprechend der Registerlage eine Rezeptpflicht der sich gegenüberstehenden Präparate, die sich verwechslungsmindernd auswirken könnte (vgl BPatGE 44, 33), nicht festgelegt ist, sind Laien bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr in noch entscheidungserheblichem Umfang zu berücksichtigen. Dabei ist jedoch nicht auf einen nur flüchtig sich mit dem Produkt befassenden, sondern auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher abzustellen, dessen Aufmerksamkeit je nach Art der Ware oder der Dienstleistung unterschiedlich hoch sein kann (vgl BGH MarkenR 2000, 140 – ATTACHÉ/TISSERAND; BGH GRUR 1998, 942 – ALKA-SELTZER; EuGH MarkenR 1999, 236 – Lloyd / Loints) und der insbesondere allem, was mit der Gesundheit zusammenhängt, eine gesteigerte Aufmerksamkeit beizumessen pflegt (vgl BGH GRUR 1995, 50 – Indorektal / Indohehexal).

Es kann dahinstehen, ob die klanglichen Unterschiede ausreichen, um unter diesen Voraussetzungen eine Verwechslungsgefahr der Markenwörter zu verneinen.

In schriftbildlicher Hinsicht reichen nach Ansicht der Senats die Unterschiede in den Buchstaben "a/o" bzw "s/r" nicht aus. Insbesondere bei einer handschriftlichen Wiedergabe, die auf dem vorliegenden Warengbiet noch nicht derart in den Hintergrund getreten ist, dass ihr keine entscheidungserhebliche Bedeutung mehr zu-

käme (vgl BPatGE 44, 33), treten die Unterschiede kaum hervor. Zwar muß auch insoweit von einer durchschnittlich lesbaren Handschrift ausgegangen werden. Bei einer jedoch nur unwesentlichen Abweichung der handschriftlichen von der druckschriftlichen Wiedergabe sind die Änderungen in den Ab- bzw Aufstrichen der Buchstaben "a" bzw "o" oder die klein gehaltenen Rundungen der Buchstaben "s" bzw "r" kaum mehr wahrnehmbar. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass Merkmale wie die Wortlänge und die Position der Oberlängen wie auch Übereinstimmungen in den Anfangs- und Schlusselementen den schriftbildlichen Gesamteindruck grundsätzlich stärker beeinflussen als Abweichungen in der Wortmitte (vgl BPatGE 17, 158 – Proctavenon / Pentavenon; BPatG PAVIS PROMA 25 W (pat) 85/99 – LEMOCAIN / LEMOCIN). Dementsprechend ist auch im vorliegenden Fall festzustellen, dass das Schriftbild von den Übereinstimmungen in der Buchstabenfolge "F—tum" geprägt wird, denen gegenüber die Abweichungen in den Buchstaben "as" bzw "or" in den Hintergrund treten.

Daß sich die Schreibweise der Marken durch Groß- bzw Kleinschreibung mit großem Anfangsbuchstaben unterscheidet, vermag die Gefahr von Verwechslungen nicht auszuräumen, da die Widerspruchsmarke in jeder verkehrsüblichen Wiedergabeform, also auch in der Schreibweise mit großem Anfangs- und folgenden Kleinbuchstaben geschützt ist (vgl Ströbele/Hacker, aaO, § 9, Rdnr 139).

Der Umstand, dass es sich um lediglich zweisilbige Markenwörter handelt, bei denen nach Auffassung der Inhaberin der angegriffenen Marke Unterschiede eher bemerkt würden als bei längeren Wörtern, kann sich hier ebenfalls nicht zugunsten der jüngeren Marke auswirken. Zwar hat die Wortlänge Einfluß auf die Ähnlichkeit von Vergleichswörtern. Dies kann jedoch nicht verallgemeinert werden, sondern ist der Beurteilung im Einzelfall vorbehalten, denn in jedem Fall müssen die Unterschiede in den Marken deutlich in Erscheinung treten. Letztlich bleibt für den vorliegenden Fall festzustellen, dass hier die Vergleichsmarken aus jeweils sechs Buchstaben bestehen und damit nicht mehr zu den Kurzwörtern zählen (vgl Ströbele/Hacker, aaO, § 9, Rdnr 193, 207 aE).

Nach alledem war der Beschwerde der aus der Marke 1 012 407 Widersprechenden stattzugeben und unter Aufhebung des angegriffenen Beschlusses insoweit die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

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

Sredl

Engels

Bayer

Pü