



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 503/10

(Aktenzeichen)

Verkündet am
30. September 2010

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 307 12 667

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 30. September 2010 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Knoll sowie der Richter Merzbach und Metternich

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 19. Oktober 2009 aufgehoben.

Wegen des Widerspruchs aus der Marke 301 07 694 wird die Löschung der angegriffenen Marke 307 12 667 angeordnet.

Gründe

I.

Die am 26. Februar 2007 angemeldete Wortmarke

Formodapp

ist am 11. April 2007 unter der Nummer 307 12 667 in das beim Deutschen Patent- und Markenamt geführte Markenregister für die folgenden Waren der Klasse 5 eingetragen worden:

"Pharmazeutische Erzeugnisse, Arzneimittel".

Dagegen hat die Inhaberin der prioritätsälteren Wortmarke

FORMOTOP,

die seit 30. November 2001 für die Waren

"Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie
Präparate für die Gesundheitspflege"

der Klasse 5 unter der Nummer 301 07 694 im Markenregister eingetragen ist, Widerspruch erhoben.

Im Widerspruchsverfahren hat die Markeninhaberin mit Schriftsatz vom 23. Oktober 2007 das Warenverzeichnis der angegriffenen Marke wie folgt beschränkt:

"Pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich Arzneimittel mit dem
Wirkstoff Formoterol".

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat den Widerspruch mit Beschluss vom 19. Oktober 2009 zurückgewiesen.

Die Markenstelle ist davon ausgegangen, dass die Widersprechende auf die von der Markeninhaberin erhobene Nichtbenutzungseinrede die Benutzung der Widerspruchsmarke für "den Wirkstoff Formoterol enthaltende Arzneimittel" glaubhaft gemacht hat. Bei der Widerspruchsmarke sei von normaler Kennzeichnungskraft auszugehen. Die Vergleichsmarken könnten sich auf identischen bzw. im engen Ähnlichkeitsbereich liegenden Waren begegnen. Bei der Markenähnlichkeit sei zu beachten, dass der den Vergleichsmarken gemeinsame Anfangsbestandteil "Formo", der beschreibend auf den Wirkstoff "Formoterol" hinweise, eine Verlagerung der Aufmerksamkeit auf die übrigen Markenbestandteile und insoweit eine

Einschränkung des Schutzzumfangs der Widerspruchsmarke bewirke. Vor diesem Hintergrund reichten die Unterschiede in den Endsilben "-TOP" und "-dapp" aus, zumal die Endung "-TOP" als allgemein verständlicher Werbehinweis auf eine spitzenmäßige Qualität durch ihren Sinngehalt eine Differenzierung fördere. Schriftbildlich sei zudem der Doppelbuchstabe "pp" in der angegriffene Marke kaum zu übersehen. Es bestehe auch keine Gefahr, dass die Vergleichsmarken gedanklich miteinander in Verbindung gebracht werden würden.

Dagegen richtet sich die von der Widersprechenden erhobene Beschwerde.

Sie ist der Auffassung, dass zwischen den Vergleichsmarken Verwechslungsgefahr besteht. Die Widersprechende habe die Benutzung der Widerspruchsmarke für "den Wirkstoff Formoterol enthaltende Arzneimittel" glaubhaft gemacht. Es sei Warenidentität gegeben. Daher unterliege die angegriffene Marke hohen Anforderungen in Bezug auf den Zeichenabstand, denen sie aufgrund der überwiegenden Identität mit der Widerspruchsmarke nicht gerecht werde. Schriftbildlich seien die Vergleichsmarken nahezu identisch, insbesondere stimmten sie am stärker beachteten Wortanfang völlig überein und wiesen die gleiche Struktur auf, so dass die Gemeinsamkeiten überwiegen würden und schriftbildlich eine hohe Ähnlichkeit vorliege. Ferner sei von einer hohen klanglichen Ähnlichkeit auszugehen. Beim Anklang der letzten Silbe seien die Buchstaben "D" und "T" nahezu identisch. Auch sei die Verdopplung des Endkonsonanten "P" in der angegriffene Marke akustisch nicht wahrnehmbar. Unterschiede zwischen den Vokalen "A" und "O" seien ebenfalls gering. Begrifflich handele es sich um Kunstworte ohne eigenen Sinngehalt. Es läge fern, dass der Verkehr in dem Bestandteil "Top" bei Arzneimitteln eine die besondere Qualität des gekennzeichneten Produkts hervorhebenden Hinweis sehe.

Der Schutzzumfang der Widerspruchsmarke sei nicht eingeschränkt. Zwar könne die Widerspruchsmarke einen gewissen beschreibenden Anklang hinsichtlich des Wirkstoffs "Formoterol" aufweisen. Es könne aber nicht davon ausgegangen

werden, dass der Verkehr, dem auch die Endverbraucher zuzurechnen seien, den Bestandteil "Formo" als beschreibenden Hinweis auf "Formoterol" erkenne; auch die Fachkreise stellten keinen Zusammenhang mit "Formoterol" her. Denn es sei nicht gebräuchlich, den Wirkstoff "Formoterol" mit "Formo" abzukürzen, zumal in einer Tabelle mit den auf dem Arzneimittelmarkt erhältlichen Medikamenten, die den Wirkstoff "Formoterol" enthielten, kein Medikament mit dem Element "Formo" enthalten sei und die "Rote Liste" zu Formoterol enthaltenden Medikamenten nur ein Präparat mit dem abgekürzten Element "Formo" aufweise. Soweit die Markeninhaberin auf Arzneimittelmarken mit dem Bestandteil "Formo" verweise, sei dies unerheblich, da hieraus nicht der Schluss auf deren tatsächliche Nutzung auf dem Arzneimittelmarkt gezogen werden könne. Der Bestandteil "Formo" sei daher kennzeichnungskräftig. Selbst wenn man beim Anfangsbestandteil der Widerspruchsmarke von einem beschreibenden Bestandteil ausgehe, müsse dieser beim Gesamteindruck der Widerspruchsmarke angemessen berücksichtigt werden, so dass deren Schutzzumfang nicht geschwächt sei. Die Art und Weise der Verabreichung des mit der Widerspruchsmarke verabreichten Medikaments und Hinweise darauf auf der Verpackung seien für die Beurteilung der Benutzung der Widerspruchsmarke unerheblich. Aufgrund der Warenidentität, der hohen Zeichenähnlichkeit und der zumindest durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei eine Verwechslungsgefahr zu bejahen.

Die Widersprechende beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 19. Oktober 2009 aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke 307 12 667 wegen des Widerspruchs aus der Marke 301 07 694 anzuordnen.

Die Markeninhaberin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Hilfsweise hat die Markeninhaberin das Warenverzeichnis der angegriffenen Marke in der mündlichen Verhandlung vom 30. September 2010 wie folgt weiter eingeschränkt:

"Rezeptpflichtige pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich Arzneimittel mit dem Wirkstoff Formoterol zur Anwendung mit einem Inhalator, ausgenommen solche, wie sie die Widersprechende mit der Kennzeichnung "Novolizer" verwendet".

Sie geht davon aus, dass dem aufmerksamen Verbraucher die Übung auf dem Arzneimittelsektor, Abkürzungen für Wirkstoffbezeichnungen als Markenbestandteile zu verwenden, bekannt sei und Patienten, die ein Asthmamedikament benötigten, den Wirkstoff "Formoterol" kennen würden. Zudem handele es sich bei dem von der Widersprechenden unter der Widerspruchsmarke vertriebenen Medikament um ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel. Daher komme es vorrangig auf das Verständnis der Fachkreise - Ärzte und Apotheker - an. Diese seien in der Lage, die Ableitung des Bestandteils "FORMO" der Widerspruchsmarke von dem Fachbegriff "Formoterol" zu erkennen. Sowohl den Fachkreisen, als auch den Endverbrauchern sei somit die Bedeutung von "Formo" als Abkürzung von "Formoterol" bekannt. Daher achte der Verkehr bei Zeichen, welche die Wirkstoffbezeichnung abwandeln, weniger auf Übereinstimmungen in Bezug auf den Wirkstoff, sondern mehr auf die übrigen Markenteile, bei denen er Abweichungen umso eher wahrnehme. Mehrere registrierte Marken seien an die Wirkstoffbezeichnung "Formoterol" angelehnt. Folglich sei der Bestandteil "FORMO" nicht geeignet, den Gesamteindruck der Widerspruchsmarke in einer Weise zu prägen, dass der weitere Bestandteil "TOP" in den Hintergrund treten würde. Dieser weitere Bestandteil sei im Übrigen ebenfalls kennzeichnungsschwach, da er vom Ver-

kehr im Sinne einer Anpreisung für ein besonders wirksames und verträgliches Arzneimittel auf Anhieb verstanden werde. Dies sei bei Arzneimitteln auch nicht ungewöhnlich, da die anpreisende Endsilbe "TOP" vielfach in Arzneimittelkennzeichnungen verwendet werde.

Die Kombination der beiden vorgenannten, aus Sicht der Markeninhaberin kennzeichnungsschwachen Bestandteile könne nicht dazu führen, dass eine auf Seiten der Widerspruchsmarke eine kennzeichnungskräftige Gesamtbezeichnung entstehe, zumal sich kein Bedeutungsgehalt ergebe, der über den beschreibenden und anpreisenden Charakter ihrer Bestandteile hinausgehe. Die angesprochenen Verkehrskreise verstünden diesen Begriffsinhalt der Bezeichnung "FORMOTOP" auf Anhieb, während sie in der angegriffenen Bezeichnung "Formodapp" eine Phantasiebezeichnung erkennen würden, da der Bestandteil "-dapp" keinen Bedeutungsgehalt aufweise. Selbst wenn man von schriftbildlicher und/oder phonetischer Ähnlichkeit der Endsilben der Vergleichsmarken ausgehe, werde dies durch den vorgenannten Bedeutungsgehalt der Widerspruchsmarke derart reduziert, dass Verwechslungsgefahr zu verneinen sei. Ferner sei bei der Beurteilung des Rechtsbegriffs der Verwechslungsgefahr keine zu schematische Betrachtungsweise angezeigt. Gerade bei den hier einschlägigen Arzneimitteln sei neben der Rezeptpflicht auch die Art und Weise der Verabreichung zu berücksichtigen. Diese erfolge bei dem mit der Widerspruchsmarke gekennzeichneten Präparat mit einem spezifischen, patentgeschützten Inhalator ("Novolizer"). Hierauf werde auf der Produktverpackung des Medikaments "Formotop" ausdrücklich hingewiesen, wobei die Bezeichnung "Novolizer" als Zweitmarke erscheine. Dies sei für den Umfang der Benutzung der Widerspruchsmarke mitbestimmend. Bei einer Gesamtabwägung aller Fallumstände sei keine Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichsmarken gegeben.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss der Markenstelle, die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten, das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 30. September 2010 und den übrigen Akteninhalt verwiesen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere gemäß §§ 64 Abs. 6 Satz 1, 66 Abs. 1 Satz 1 MarkenG statthaft, und auch begründet. Entgegen der Auffassung der Markenstelle ist zwischen den Vergleichsmarken Verwechslungsgefahr gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 MarkenG gegeben. Daher war der Beschluss der Markenstelle vom 19. Oktober 2009 aufzuheben und nach § 43 Abs. 2 Satz 1 MarkenG die Löschung der angegriffenen Marke 307 12 667 aufgrund des gemäß § 42 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG statthaften und auch im Übrigen zulässigen Widerspruchs aus der Marke 301 07 694 anzuordnen.

1. Das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls umfassend zu beurteilen (EuGH GRUR 2006, 237, Tz. 18 - PICASSO; GRUR 1998, 387, Tz. 22 - Sabèl/Puma). Ihre Beurteilung bemisst sich insbesondere nach der Identität oder Ähnlichkeit der Waren, der Identität oder Ähnlichkeit der Marken und dem Schutzzumfang der Widerspruchsmarke. Diese Faktoren sind zwar für sich gesehen voneinander unabhängig, bestimmen aber in ihrer Wechselwirkung den Rechtsbegriff der Verwechslungsgefahr (vgl. BGH GRUR 2008, 258 – INTERCONNECT/T-InterConnect; BGH MarkenR 2009, 399 – Augsburger Puppenkiste; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 9, Rdnr. 32).
 - a) Die Markeninhaberin hat, nachdem die Widersprechende auf die im Verfahren vor dem Deutschen Patent- und Markenamt von der Markeninhaberin erhobene Nichtbenutzungseinrede Benutzungsunterlagen eingereicht hat, die Benutzung der Widerspruchsmarke für ein "verschreibungspflichtiges Asthmamedikament mit dem Wirkstoff Formoterol in der Zubereitung für einen Pulverinhalator" unstreitig gestellt. Die Markeninhaberin geht zwar darüber hinaus von einer Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke für ein "Medikament zur Behandlung von chronischen Atemwegserkrankungen, insbesondere

Asthma" aus. Dieser Unterschied ist aber nicht entscheidungserheblich. Denn auch wenn man der Auffassung der Markeninhaberin folgt, dass sich aus den Benutzungsunterlagen keine weitergehende Benutzung der Widerspruchsmarke als in dem unstreitig gestellten Umfang ergibt, so ist gemäß der ständigen Rechtsprechung des Senats im Rahmen der Integrationsfrage nach der sog. "erweiterten Minimallösung" von einer Benutzung der Widerspruchsmarke auszugehen, welche vorliegend "Broncholytika/Antiasthmatica" (Hauptgruppe 28 der Roten Liste) umfasst (vgl. dazu Ströbele/Hacker, MarkenG, 9. Aufl., § 26 Rdnr. 160 ff.; siehe auch die ständige Rechtsprechung des Senats z. B. GRUR 2004, 954 - CYNARETTEN/Circanetten; zuletzt Senatsentscheidung 25 W (pat) 142/09 vom 18. August 2010 - Lanso-Q/LANZOR).

Dabei kann die Inhaberin der Widerspruchsmarke weder auf eine Rezeptpflicht, noch auf einen bestimmten Wirkstoff und letztlich auch nicht auf eine bestimmte Darreichungsform festgelegt werden (vgl. die Senatsentscheidung GRUR 2004, 954, 955 - CYNARETTEN/Circanetten). Auch wenn man - was naheliegt - mit der Markeninhaberin davon ausgeht, dass es bei Antiasthmatica, die mittels Inhalatoren verabreicht werden, auch auf das jeweilige Inhalationssystem und dessen Anwendbarkeit durch den jeweiligen Patienten ankommt, so würde es die im Rahmen der Integrationsfrage maßgeblich zu berücksichtigende wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Inhabers der älteren Marke ungebührlich beeinträchtigen, wollte man ihn im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Broncholytika/Antiasthmatica auf ein bestimmtes Inhalationssystem festlegen. Denn ebenso wie die verwendeten Wirkstoffe bzw. Wirkstoffzusammensetzungen unterliegen die bei den vorgenannten Präparaten verwendeten Inhalationssysteme der technischen Weiterentwicklung und Verbesserung, auch hinsichtlich ihrer Anwendung/Bedienung durch den Patienten. Dann aber wäre es unangemessen, den Inhaber der älteren Marke für deren rechtserhaltende Benut-

zung auf ein bestimmtes technisches System zur Verabreichung des gekennzeichneten Präparates festzulegen, das während der Schutzdauer der älteren Marke durch neuere Systeme überholt werden kann.

- b) Für die Frage der Warenähnlichkeit bzw. -identität ist daher auf Seiten der Widerspruchsmarke von "Broncholytika/Antiasthmatica" im Sinne der Hauptgruppe 28 der "Roten Liste" auszugehen (§ 43 Abs. 1 Satz 3 MarkenG). Da die angegriffene Marke für "pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich Arzneimittel mit dem Wirkstoff Formoterol" registriert ist, und der Wirkstoff "Formoterol" ein Antiasthmikum zur inhalativen Anwendung gemäß HG 28.B.1. der "Roten Liste" 2010 darstellt, ist Warenidentität gegeben.

- c) Entgegen der Auffassung der Markeninhaberin kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Widerspruchsmarke in ihrer Kennzeichnungskraft signifikant geschwächt ist. Auch wenn man mit der Markeninhaberin davon ausgeht, dass es sich bei dem mit der Widerspruchsmarke gekennzeichneten Arzneimittel um ein verschreibungspflichtiges Präparat handelt, es bei den beteiligten Verkehrskreisen deswegen nicht nur auf die Endverbraucher, sondern auch wesentlich auf die Fachkreise, nämlich Ärzte und Apotheker, ankommt und diese in dem Zeichenbestandteil "Formo" einen Hinweis auf den Wirkstoff "Formoterol" erkennen können, so spricht dies noch nicht für eine Kennzeichnungsschwäche der Gesamtbezeichnung. Denn es ist im Bereich der pharmazeutischen Erzeugnisse übliche Praxis, Marken in der Weise zu bilden, dass einzelne Zeichenbestandteile Art, Zusammensetzung und Wirkung des gekennzeichneten Arzneimittels jedenfalls für den Fachmann erkennen lassen. Ferner erscheint die in der Widerspruchsmarke enthaltene Andeutung in Richtung des Wirkstoffs "Formoterol" durch die Verkürzung auf die ersten beiden Silben dieser Wirkstoffbezeichnung

und die Kombination mit der weiteren Silbe "top" hinreichend phantasievoll verfremdet.

Vorliegend ist zudem bei der Widerspruchsmarke der Zeichenbestandteil "FORMO" mit der Schlussilbe "TOP" zu einem einheitlichen, flüssig und ohne Zäsur aussprechbaren Markenwort verschmolzen worden. Der Markeninhaberin ist nicht zuzustimmen, dass dabei die o. g. Verkehrskreise in der Schlussilbe "TOP" einen die Qualität des gekennzeichneten Präparats anpreisenden Sachhinweis erkennen werden. Zwar hat der englischsprachige Begriff "Top", der substantivisch insbes. "Spitze, Gipfel, Oberfläche" und adjektivisch "oberst(e, er, es), erstklassig, best(e, er, es)" bedeutet (vgl. Langenscheidts Großwörterbuch Englisch-Deutsch, Neubearbeitung 2001, S. 1151), in die deutsche Umgangssprache Eingang gefunden und wird auch insoweit als Ausdruck von "erstklassig, Spitze" verwendet, so z. B. in Worten wie "topaktuell, Topqualität, Topspiel, Topstar, Topzuschlag" (vgl. Duden, Deutsches Wörterbuch, 6. Aufl. 2006, S. 1689). Es entspricht aber - wie diese Beispiele zeigen - den hiesigen Sprachgewohnheiten, den Begriff "Top" adjektivisch an den Wortanfang zu stellen und gerade nicht als Schlussilbe an den jeweiligen Begriff, der als "besonders erstklassig" gekennzeichnet werden soll, anzufügen. Die von der Markeninhaberin mit Schriftsatz vom 13. Oktober 2008 im patentamtlichen Verfahren vorgelegten Beispiele für mit der Schlussilbe "-top" gebildete Markenwörter belegen nicht das Gegenteil, sondern nur, dass eine solche Markenbildung nicht unüblich ist. Vorliegend werden die angesprochenen Verkehrskreise das Markenwort "FORMOTOP" als Einheit auffassen, die aus sich heraus keine beschreibende Wirkung entfaltet.

- d) Ausgehend von Warenidentität und einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke hält die angegriffene Marke den gebotenen Abstand zur Widerspruchsmarke nicht ein.

Bereits in schriftbildlicher Hinsicht weist die angegriffene Marke deutliche Ähnlichkeiten und auch Übereinstimmungen zu der Widerspruchsmarke auf. Sie unterscheidet sich von dieser nach dem identischen Anfangsbestandteil "Formo" nur durch den Buchstaben "d" anstelle des "t" am Beginn der Schlusssilbe, den darauf folgenden Buchstaben "a" anstelle des Buchstabens "o" in der Schlusssilbe der Widerspruchsmarke und ein doppeltes "p" am Ende anstelle eines einfachen "p". In der Umrisscharakteristik und in den Oberlängen weisen die Vergleichsmarken damit erhebliche Übereinstimmungen auf, wobei auch hinsichtlich der Unterlängen deutliche Ähnlichkeiten feststellbar sind. Zweifelhaft ist daher, ob - wie die Markenstelle meint - der Doppelbuchstabe "pp" am Ende der angegriffenen Marke kaum zu übersehen ist. Auch wenn - wie ausgeführt - der Anfangsbestandteil "Formo" als Abkürzung auf den Wirkstoff "Formoterol" hinweist, so kann er bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der Vergleichsmarken nicht außer acht gelassen und es kann nicht allein auf die Unterschiede in der Schlusssilbe abgestellt werden. Denn bei der Widerspruchsmarke handelt es sich - wie ebenfalls ausgeführt - um ein einheitliches Markenwort, das aus sich heraus keine beschreibende Wirkung entfaltet, mithin nicht als Kombination mehrerer beschreibender Bestandteile angesehen und damit auch nicht in mehrere Bestandteile aufgespaltet werden kann.

Es kann aber letztlich dahingestellt bleiben, ob bereits die o. g. schriftbildlichen Übereinstimmungen genügen, um eine für die Verwechslungsgefahr hinreichende Markenähnlichkeit anzunehmen. Eine Markenähnlichkeit kann in schriftbildlicher, klanglicher oder begrifflicher Hinsicht bestehen, wobei es für die Feststellung einer markenrechtlichen Verwechslungsgefahr ausreicht, wenn nur in einer dieser Kategorien ausreichende Übereinstimmungen bestehen (vgl. BGH GRUR 2008, 804, Tz. 21 - HEITEC; Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 9, Rdnr. 183 m. w. N.). Im vorliegenden Fall weisen die Vergleichs-

marken jedenfalls in klanglicher Hinsicht ausreichende Übereinstimmungen auf, um eine Verwechslungsgefahr zu bejahen. Sie haben die gleiche Silbenzahl, den gleichen Sprachrhythmus und werden nahezu identisch ausgesprochen. Die Anfangssilbe "Formo" ist in den Vergleichsmarken identisch vorhanden. Unterschiede bei der Aussprache der Anfangskonsonanten "t" bzw. "d" der Schlusssilben der Vergleichsmarken treten im Sprachgebrauch kaum merkbar auf. Auch die klanglichen Unterschiede bei den Mittelvokalen "o" bzw. "a" sind nicht ausgeprägt. Der Schlusskonsonant "p" wird, auch wenn er am Ende doppelt geschrieben wird, identisch ausgesprochen. Nach alledem liegt klanglich eine hochgradige, an Identität heran reichende klangliche Ähnlichkeit der Vergleichsmarken vor.

Die o. g. klanglichen Übereinstimmungen der Vergleichsmarken sind auch dann bereits für sich gesehen für die Bejahung einer Verwechslungsgefahr ausreichend, wenn man davon ausgeht, dass die den Wirkstoff Formoterol enthaltenden Arzneimittel verschreibungspflichtig sind. Zwar kommt hierbei innerhalb der beteiligten Verkehrskreise den Fachkreisen, nämlich Ärzten und Apothekern besondere Bedeutung zu, da es bei der Frage der Verwechslungsgefahr von Marken im Arzneimittelbereich überwiegend auf die Auffassung der verordnenden Ärzte und die übliche Sorgfalt von Ärzten und Apothekern mit Umgang mit derartigen Präparaten ankommt (vgl. BGH GRUR 2000, 603, 604 f. - Ketof/ETOP). Gleichwohl kann sich eine markenrechtlich relevante Verwechslungsgefahr auch bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln nicht nur aus einer schriftbildlichen Ähnlichkeit der jeweiligen Vergleichsmarken ergeben. Auch wenn eine erhöhte Sorgfalt der beteiligten Verkehrskreise im Zusammenhang mit verschreibungspflichtigen Medikamenten verwechslungsmindernd zu berücksichtigen sein wird, schließt dies nicht aus, dass auch eine klangliche Ähnlichkeit der Vergleichsmarken zur Bejahung der Verwechslungsgefahr ausreicht. Dies

kommt insbesondere dann in Betracht, wenn es sich, wie hier, um eine hochgradige, an Identität heranreichende klangliche Ähnlichkeit handelt. Denn auch im Bereich verschreibungspflichtiger Arzneimittel darf die Möglichkeit mündlicher Benennungen nicht vernachlässigt werden, etwa bei telefonischen Anfragen, ob ein bestimmtes Arzneimittel in der Apotheke vor Ort vorrätig ist. Kommt es im Übrigen *überwiegend* auf die Auffassung der beteiligten Fachkreise an, so ist dies doch nicht *ausschließlich* der Fall mit der Folge, dass auch die Endverbraucher, nämlich die Patienten in gewissem, eingeschränkten Umfang zu berücksichtigen sind (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 9. Aufl., § 9, Rdnr. 189). Diese können etwa bei Empfehlungen oder bei der Beantwortung der Frage eines anderen Arztes als des bislang verordnenden Arztes, welches Präparat sie bisher erhalten haben, das betreffende Arzneimittel mündlich benennen.

Da ferner - wie ebenfalls bereits ausgeführt - die Widerspruchsmarke als Gesamtbezeichnung keinen Begriffsgehalt aufweist, aufgrund dessen sich die angegriffene Marke eindeutig von ihr abhebt, stehen auch sonstige Gründe einer die Verwechslungsgefahr begründenden Ähnlichkeit der Vergleichsmarken nicht entgegen.

2. Die von der Markeninhaberin hilfsweise erklärte Einschränkung des Warenverzeichnisses der angegriffenen Marke auf "rezeptpflichtige pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich Arzneimittel mit dem Wirkstoff Formoterol zur Anwendung mit einem Inhalator, ausgenommen solche, wie sie die Widersprechende mit der Kennzeichnung "Novolizer" verwendet" ändert nichts an der Verwechslungsgefahr zwischen den Vergleichsmarken. Kann - wie oben bereits ausgeführt - die Inhaberin der Widerspruchsmarke hinsichtlich deren Benutzung weder auf eine Rezeptpflicht, noch auf eine bestimmte Darreichungsform festgelegt werden, wobei bei Medikamenten, die mittels Inhalatoren verabreicht bzw. eingenommen werden, auch eine Festlegung auf ein

bestimmtes Inhalationssystem unangemessen ist, so bleibt die zwischen den Vergleichsmarken vorliegende Warenidentität auch nach der vorgenannten Einschränkung des Warenverzeichnisses der angegriffenen Marke erhalten.

Nach alledem war der angefochtene Beschluss der Markenstelle aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke aufgrund des Widerspruchs aus der Marke 301 07 694 anzuordnen.

3. Für eine Auferlegung von Kosten aus Billigkeitsgründen bestand kein Anlass (§ 71 Abs. 1 MarkenG).

Knoll

Merzbach

Metternich

Hu