

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 88/00

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angegriffene Marke 396 54 477

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 21. Dezember 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richter Knoll und Engels

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke werden die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts vom 3. September 1998 und vom 12. April 2000 in der Hauptsache aufgehoben.

Die Widersprüche aus den Marken 2 103 375 und 920 556 werden zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

ESPIRESC

ist am 21. Februar 1997 für die Waren "Arzneimittel" in das Markenregister eingetragen worden. Die Veröffentlichung der Eintragung erfolgte am 19. April 1997. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat im Beschwerdeverfahren das Warenverzeichnis auf "Verschreibungspflichtige Arzneimittel" beschränkt.

Widerspruch erhoben haben die Inhaberin der älteren, seit dem 8. April 1997 für "Rezeptpflichtige oral einzunehmende Atemwegstherapeutika" eingetragenen Marke 2 103 375

RESPICEF

und die Inhaberin der seit dem 17. Juli 1974 für "pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie chemische Erzeugnisse für die Gesundheitspflege; diätetische Erzeugnisse für Kinder und Kranke" eingetragenen Marke 920 556

EUSPIRAX.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat in zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, die Löschung der angegriffenen Marke aufgrund beider Widersprüche angeordnet. Es bestehe Verwechslungsgefahr mit der Widerspruchsmarke "RESPICEF", wobei diese eine durchschnittliche Kennzeichnungskraft aufweise und wegen der möglichen Identität der Waren insgesamt strenge Anforderungen an den von der jüngeren Marke einzuhaltenden Markenabstand zu stellen seien. Zwar müsse verwechslungsmindernd berücksichtigt werden, daß bei rezeptpflichtigen Arzneimitteln die Fachkreise im Vordergrund stünden und mündliche Markenbenennungen nur in geringerem Umfang zu erwarten seien. Aber selbst unter Berücksichtigung dieses Umstandes sowie eines eingeschränkt verwechslungsmindernd wirkenden Sinngehalts der Wortbestandteile "RESPI" für "Respiration" und "CEF" für die antibiotische Wirkgruppe der "Cephalosporine" halte die jüngere Marke in klanglicher Hinsicht nicht den gebotenen Abstand ein. Sie weise die gleiche Laut- und Silbenanzahl auf und stimme im Sprechrhythmus sowie in der klangtragenden und zudem am Wortanfang gelegenen Lautfolge "ESPI" mit der Widerspruchsmarke überein. Diese weise auch mit dem Wortanfang "RES" eine weitere klangliche Annäherung zu der jüngeren Marke auf, auch wenn dieser Lautbestandteil in der angegriffenen Marke an anderer Stelle stehe. Denn es müsse beachtet werden, daß

derartige anagrammatische Buchstabenumstellungen eine Verwechslungsgefahr kaum ausschließen könnten, insbesondere wenn man berücksichtige, daß Marken im Verkehr kaum nebeneinander aufzutreten pflegten. Die abweichenden Konsonanten der jeweiligen Endsilben würden demgegenüber zurücktreten.

Auch hinsichtlich der Widerspruchsmarke "EUSPIRAX" seien wegen der möglichen Warenidentität und des normalen Schutzzumfanges der Widerspruchsmarke strenge Anforderungen an den Markenabstand zu stellen, die die jüngere Marke nicht einhalte. Diese stimme in der Silbenanzahl, im Betonungsrhythmus sowie in der Lautfolge "spir" mit der Widerspruchsmarke überein und weise in den jeweiligen, phonetisch abgegrenzten Wortteilen "ESPI-RESC" bzw "EUSPI-RAX" substantielle klangliche Parallelen auf. Demgegenüber seien die Abweichungen zwischen den Marken im Bereich des - allerdings bedeutsamen - Wortanfangs und der Endsilben nicht so deutlich, daß sie in Relation zu den Übereinstimmungen, die das Erinnerungsbild bei einer oft lückenhaften Vergleichsbetrachtung eher zu beeinflussen in der Lage seien, eine Verwechslungsgefahr ausschließen könnten.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke Antrag,

die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben und die Widersprüche aus den Marken 2 103 375 und 920 556 zurückzuweisen.

Eine Verwechslungsgefahr zwischen der angegriffenen Marke und der Widerspruchsmarke "RESPICEF" bestehe nicht. Durch die Aufnahme der Rezeptpflicht auch in das Warenverzeichnis der jüngeren Marke sei die Kollisionsgefahr nochmals gemindert worden, so daß selbst bei normalen Anforderungen an den Markenabstand keinerlei Verwechslungsrisiko mehr bestehe. Die Marken unterschieden sich sowohl im Schriftbild als auch klanglich deutlich voneinander, wobei ein klanglicher Vergleich der Markenwörter zeige, daß in keiner der jeweils drei Silben eine Übereinstimmung bestehe und insbesondere der prägende und stärker be-

achtete jeweilige Wortanfang völlig unterschiedlich sei. Auch die Wortenden unterschieden sich prägnant, insbesondere da von einer Aussprache des Bestandteils "CEF" der Widerspruchsmarke wie "zef" auszugehen sei. Außerdem müsse auf eine deutliche Kennzeichnungsschwäche der Widerspruchsmarke abgestellt werden, da diese glatt beschreibende, auf das Indikationsgebiet hinweisende Bestandteile aufweise. Ebenso wie "RESPI" auf "Respiration" hindeute, liege in "CEF" ein üblicher beschreibender Hinweis auf die Antibiotikagruppe der "Cefalosporine", was die in dem Arzneimittelverzeichnis "Rote Liste" eingetragenen unter der Hauptgruppe 10 entsprechend gebildeten Drittmarken anderer Unternehmer belegten. Hinzu komme, daß die Beurteilung der phonetischen Verwechslungsgefahr vorliegend wegen der beiderseitig maßgeblichen Rezeptpflicht der Arzneimittel nur von zweitrangiger Bedeutung sei.

Diese Beurteilung gelte entsprechend hinsichtlich des Widerspruchs aus der Marke "EUSPIRAX", da auch insoweit durch die in das Warenverzeichnis der jüngeren Marke aufgenommene Rezeptpflicht eine Verwechslungsgefahr gemindert sei, der wegen seiner häufigen Verwendung kennzeichnungsschwache, jeweilige Wortbestandteil "spir" für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr nur von zweitrangiger Bedeutung sei und die in drei sehr dominanten, prägenden Lauten bestehenden phonetischen Unterschiede der Markenwörter deutlich ausreichten, ihre sichere Unterscheidung auch in klanglicher Hinsicht zu gewährleisten.

Die aus der Marke "EUSPIRAX" Widersprechende beantragt,

die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke zurückzuweisen.

Die Beschränkung des Warenverzeichnisses der jüngeren Marke auf rezeptpflichtige Arzneimittel bewirke zwar grundsätzlich, daß für die maßgeblichen Verkehrskreise auf den Fachverkehr abzustellen sei, jedoch seien Hilfspersonen nicht völlig unberücksichtigt zu lassen, so daß im Hinblick auf die verbleibende mögliche Wa-

renidentität eine deutliche Unterscheidbarkeit der Marken zu fordern sei. Diese könne aber nicht festgestellt werden, da beide Bezeichnungen über die gleiche Silbenzahl sowie einen identischen Betonungsrhythmus verfügten und sich nur geringfügig im Lautbestand unterschieden. Zudem würden im Gesamteindruck einer Bezeichnung regelmäßig die übereinstimmenden Merkmale deutlicher hervortreten als die Unterschiede. Auch erschließe sich selbst für den Arzt oder Apotheker eine Bedeutung von "SPIR" nicht auf den ersten Blick, wie auch eine Ableitung der für "rescue" = "Rettung" stehenden Endsilbe "RESC" der jüngeren Marke eine Vorüberlegung und Phantasie erfordere, so daß auch die Wortbedeutungen eine Verwechslungsgefahr nicht ausschließen.

Die aus der Marke "RESPICEF" Widersprechende hat sich im Beschwerdeverfahren nicht geäußert und keinen Antrag gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die angefochtenen Beschlüsse 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.

Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Es besteht nach Auffassung des Senats insbesondere unter Berücksichtigung der im Beschwerdeverfahren erfolgten Beschränkung des Warenverzeichnisses der jüngeren Marke keine Verwechslungsgefahr zwischen den jeweiligen Marken im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG, so daß die Beschlüsse in der Hauptsache aufzuheben und die Widersprüche zurückzuweisen waren (§§ 42 Abs 2 Nr 1, 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG).

Der Senat geht bei seiner Entscheidung mangels anderer Anhaltspunkte von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft und einem normalen Schutzzumfang der Widerspruchsmarken aus, auch wenn einzelne Elemente für sich betrachtet wegen ihrer Bedeutung als sogenannte "sprechende Bestandteile" jedenfalls für Fachleute erkennbar einen warenbeschreibenden Gehalt aufweisen oder aus anderen Gründen, wie zB ihrer nach der Registerlage oder wegen ihrer häufigen Verwendung als Markenbestandteil, kennzeichnungsschwach sein mögen (vgl zur Bedeutung der Registerlage Althammer/Ströbele, MarkenG, 5. Aufl, § 9 Rdn 122; BGH GRUR 1999, 241; 243 - Lions; BGH GRUR 1967, 246, 250 und 251 - Vitapur). Denn hieraus kann 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 Wirkstoff- und/oder Anwendungsangaben die stoffliche Beschaffenheit, das Indikationsgebiet oder dergleichen kenntlich machen (vgl BGH GRUR 1998, 815, 817 - Nitrangin).

Wenn sich nach der im Beschwerdeverfahren gegebenen Warenkonstellation die jeweils gegenüberstehenden Marken auch noch auf identischen Waren begegnen können, so ist allerdings zu berücksichtigen, daß sich die im Beschwerdeverfahren in das Warenverzeichnis der jüngeren Marke aufgenommene Rezeptpflicht verwechslungsmindernd auswirkt. Denn bei rezeptpflichtigen Arzneimitteln ist überwiegend auf die Verwechslungsgefahr in den Fachkreisen von Ärzten und Apothekern abzustellen ist, welche aufgrund ihrer beruflichen Praxis und Erfahrung im Umgang mit Arzneimitteln sehr sorgfältig sind und daher Markenverwechslungen weniger unterliegen als Endverbraucher, (BGH GRUR 1993, 118, 119 - Corvaton/Corvasal; GRUR 1995, 50, 52 - Indorektal/Indohexal; BGH MarkenR 2000, 138, 139 Ketof/ETOP). Dies gilt in eingeschränktem Umfang auch bei einer im Hinblick auf die Widerspruchsmarke EUSPIRAX nunmehr maßgebenden Konstellation einer einseitigen Rezeptpflicht (vgl BGH MarkenR 1999, 154, 156 - Cefalonne), insbesondere aber auch hinsichtlich der für die Widerspruchsmarke RESPI-

CEF nunmehr in beiden Warenverzeichnissen festgeschriebenen Rezeptpflicht. Wenngleich hierdurch weder mündliche Markenbenennungen noch solche durch medizinische Hilfskräfte oder durch sonstige Verkehrskreise vollständig ausgeschlossen werden können, sondern in gewissem Umfang einzubeziehen sind, so steht dennoch für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr die schriftliche Verordnung und das Unterscheidungsvermögen von Fachleuten deutlich im Vordergrund. Im übrigen ist auch hinsichtlich der in eingeschränktem Umfang zu berücksichtigenden allgemeinen Verkehrskreise grundsätzlich nicht auf einen sich nur flüchtig mit der Ware befassenden, sondern auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher abzustellen, 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 jedenfalls hinsichtlich der jeweils möglichen Warenidentität an den zur Vermeidung einer Verwechslungsgefahr erforderlichen Markenabstand eher noch 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 den Widerspruchsmarken ein.

So unterscheiden sich beide Widerspruchsmarken im Schriftbild selbst bei strengen Anforderungen in jeder üblichen Schreibweise deutlich aufgrund der auffälligen Konturunterschiede der Buchstaben, wobei in Normalschrift oder bei handschriftlicher Wiedergabe hinsichtlich der Widerspruchsmarke "Respicef" die gegenüber "Espirec" im Endbuchstaben "f" hinzukommende Oberlänge eine zusätzliche Unterscheidungshilfe bietet und zu berücksichtigen ist, daß das Schriftbild er-

fahrungsgemäß sehr viel besser eine ruhige oder auch wiederholte Wahrnehmung einer Bezeichnung gestattet als das schnell verklingende gesprochene Wort.

Aber auch in klanglicher Hinsicht weisen die jeweiligen Marken hinreichend deutliche Unterschiede in ihrem jeweiligen Gesamteindruck auf. Dies gilt selbst dann, wenn man vernachlässigt, daß wegen der vorliegend im Vordergrund stehenden Fachkreise die Bedeutung einer klanglichen Verwechslungsgefahr von vorneherein reduziert ist.

So weist die wie "respizet" gesprochene Widerspruchsmarke "RESPICEF" gegenüber der angegriffenen wie "espiresk" gesprochenen jüngeren Marke bereits im erfahrungsgemäß stärker beachteten Wortanfang (vgl hierzu Althammer/Ströbele MarkenG, 6. Aufl, § 9 Rdn 97) eine erhebliche Klangabweichung durch den zusätzlichen konsonantischen Anlaut "r" auf. Hinzu kommen aber die im Vergleich der Klangbilder nicht zu überhörenden Unterschiede der jeweiligen Endsilben "resk" und "zef", so daß jedenfalls die Unterschiede der Wörter in ihrer Gesamtheit ihre sichere Unterscheidung nach ihrem jeweiligen Gesamteindruck gewährleisten. Auch kann der Auffassung der Markenstelle nicht gefolgt werden, daß die Widerspruchsmarke mit der Lautfolge "res" eine weitere klangliche Annäherung aufweise, die lediglich eine anagrammatische Buchstabenumstellung darstelle und deshalb zu keiner wesentlichen Veränderung des Gesamteindrucks führe, da der Verbraucher sich an die unterschiedliche Reihenfolge der übereinstimmenden Lautelemente erfahrungsgemäß nicht mehr erinnere. Denn das als eigenständige Sprechsilbe in der Widerspruchsmarke enthaltene Lautelement "res" ist in der jüngeren Marke klanglich nur als Silbenbestandteil der dritten Sprechsilbe "resc" enthalten, die wegen des klangstarken Sprenglauts "k" der Anfangsilbe "res" der Widerspruchsmarke auch nicht stark angenähert ist. Die Argumentation der Markenstelle entspricht insoweit zu sehr einer bloß formalen, zergliedernden Betrachtungsweise, die der natürlichen Wahrnehmung der Marken durch den Verbraucher nicht gerecht wird. Es kann deshalb auch dahingestellt bleiben, ob die aus den Bestandteilen der Markenwörter ableitbaren Sachhinweise - insbesondere im Hin-

blick auf die deutlich im Vordergrund stehenden Fachkreise - zusätzliche Unterscheidungshilfen bieten.

Ebenso weist die angegriffene Marke zu der Widerspruchsmarke "EUSPIRAX" einen hinreichenden klanglichen Abstand auf, da sich ihr Lautbestand entgegen der Ansicht der Widersprechenden nicht nur geringfügig von demjenigen der Widerspruchsmarke unterscheidet. Diese enthält bereits durch die erste Sprechsilbe "eu" eine markante, im Gesamtklang des Markenwortes nicht zu überhörende Abweichung zu der angegriffenen Marke, zumal die wie "espiresk" gesprochene jüngere Marke auch an anderer Stelle keine klangliche Entsprechung zu der Lautverbindung "eu" aufweist. Hinzu kommen die sich aus dem Vergleich der Endsilben ergebenden, den jeweiligen Gesamtklang gleichfalls deutlich mitbeeinflussenden Klangabweichungen. Denn die Widerspruchsmarke weist insoweit nicht nur durch den dunkleren Vokal "a" einen hörbaren vokalischen Unterschied zu der jüngeren Marke auf, sondern mit dem markanten "x" auch einen abweichenden konsonantischen Auslaut, der trotz einer gewissen Ähnlichkeit zu der gegenüberstehenden Konsonantenverbindung "sk" eine weitere klangliche Differenzierung bewirkt. Nach Auffassung des Senats unterscheiden sich die Marken jedenfalls in der Gesamtheit ihrer Lautunterschiede und losgelöst von einer formalen Betrachtungsweise trotz der in einzelnen Lautelementen, im Sprechrhythmus sowie in der Silbenanzahl bestehenden Gemeinsamkeiten hinreichend deutlich voneinander, auch wenn die Auffassung des Verkehrs eher von einem undeutlichen Erinnerungsbild bestimmt wird (st Rspr - vgl EuGH MarkenR 1999, 236, 239 - Lloyd / Loints). Insoweit darf hinsichtlich der von der Markenstelle für das Erinnerungsbild des Verbrauchers in den Vordergrund gestellten Gemeinsamkeiten der Wörter auch nicht vernachlässigt werden, daß bei der Prüfung der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr des maßgeblichen Gesamteindrucks der Marken insbesondere auch die sie unterscheidenden und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind (EuGH GRUR 1998, 387, 390 - Springende Raubkatze; MarkenR 1999, 236, 239 - Lloyd / Loints).

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.

Kliems

Knoll

Engels

Pü