

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 117/00

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angegriffene Marke 396 15 399

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 14. Dezember 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richter Knoll und Engels

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

Alydan

ist nach Teillöschung im Verfahren vor dem DPMA noch für "Arzneimittel zur Behandlung von Erkrankungen im Zusammenhang mit dem Zentralen Nervensystem" im Markenregister eingetragen. Die Eintragung erfolgte am 14. Oktober 1996, die Veröffentlichung der Eintragung am 20. Januar 1997.

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der am 17. Februar 1919 für "Arzneimittel für Menschen und Tiere, Desinfektionsmittel" eingetragenen Marke 229 511

Varitan,

deren Benutzung bereits im Verfahren vor dem DPMA bestritten worden ist. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die Einrede auch nach Vorlage von Unterlagen zur Glaubhaftmachung einer Benutzung der Widerspruchsmarke für ein Hämorrhoiden-Arzneimittel vor dem DPMA mit der Begründung aufrechterhalten, daß die vorgelegten Unterlagen nur eine Benutzung in der Form Varitan[®] N be-

legten, was wegen der hiermit verbundenen wesentlichen Änderung des Gesamteindrucks der Widerspruchsmarke in ihrer registrierten Form keine rechtserhaltende Benutzung darstelle.

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 einem durchschnittlichen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke, einer unterstellten rechtserhaltenden Benutzung für Hämorrhoidenmittel und sich einer daraus ergebenden mittleren Warenähnlichkeit zu den eingetragenen Waren der jüngeren Marke halte diese den erforderlichen Abstand zu der Widerspruchsmarke auch in klanglicher Hinsicht ein. Zwar seien die Zeichen jeweils dreisilbiger Struktur und wiesen teilweise eine klangidentische Vokalfolge (a-i-a / a-y-a) auf. Demgegenüber nähmen aber die Abweichungen, insbesondere die besonders beachteten, sich nach Anzahl, Anordnung und Charakter der Laute unterscheidenden Wortanfänge, eine Gewicht ein, welches die irrige Gleichsetzung der Zeichen nach dem Gesamteindruck nicht erwarten lasse. Ferner vermittele der Wortanfang der Widerspruchsmarke jedenfalls in eingeschränktem Umfang eine begriffliche Unterscheidungshilfe.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden mit dem (sinngemäßen) Antrag,

den angefochtenen Beschluß aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Beide Markenwörter dienen zur Kennzeichnung von Arzneimitteln mit Indikationsgebieten aus dem Arzneimittelkernbereich und setzten sich - wegen des im allgemeinen in der Umgangssprache wie "i" ausgesprochen y-Lauts - aus jeweils drei Silben mit quasi identischer Vokalfolge (a-i-a) sowie leicht verwechselbaren Konsonanten zusammen. Im Vergleich zu diesen Gemeinsamkeiten sei die einzig verbleibende Abweichung durch den zusätzlichen Anfangslaut der Wider-

spruchsmarke nicht geeignet, Verwechslungen entgegenzuwirken. Auch handele es sich bei beiden Marken um Phantasiewörter, bei denen ein eventueller Sinngehalt wegen der Ähnlichkeit der Wörter nicht erkannt werde.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.

Eine Verwechslungsgefahr bestehe aus den bereits im Verfahren vor dem DPMA dargelegten Gründen nicht. Die gegenüberstehenden Marken bezögen sich auf Arzneimittel mit sehr unterschiedlichen Anwendungsgebieten, nämlich zum einen zur Behandlung von Nervenleiden und zum anderen auf solche zur Behandlung von Hämorrhoiden. Angesichts dieser Indikationsferne genöigten die deutlichen Unterschiede in den stärker beachteten Wortanfängen der Marken, eine Verwechslungsgefahr hinsichtlich der hier allein angesprochenen Fachkreise auszuschließen. Zutreffend habe die Markenstelle auch ausgeführt, daß der y-Laut in der Widerspruchsmarke wie "ü" ausgesprochen werde, so daß sich in klanglicher Hinsicht die wie "Alü" und "Vari" gesprochenen, markant abweichenden Anfangsilben der Markenwörter gegenüberstünden.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluß 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 iSv § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG 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.

Der Senat geht bei seiner Entscheidung mangels entgegenstehender Anhaltspunkte von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft und einem normalen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke aus.

Bei der Entscheidung kann zugunsten der Widersprechenden entsprechend der vorgelegten Benutzungsunterlagen, die im übrigen hinsichtlich der von der Eintragung abweichenden Benutzungsform "Varitan[®]N" wohl nicht die Feststellung einer Veränderung des kennzeichnenden Charakters im Sinne von § 26 Abs 3 Satz 1 MarkenG rechtfertigen, eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für Hämorrhoidenmittel (vgl hierzu das Arzneimittelverzeichnis "Rote Liste" zu der Hauptgruppe 47) unterstellt werden. Denn auch bei der sich daraus ergebenden Warenkonstellation ist der Widerspruch unbegründet und in dem angefochtenen Beschluß zutreffend mangels bestehender Verwechslungsgefahr zurückgewiesen worden. Wie bereits die Markenstelle ausgeführt hat, besteht zwischen den danach beanspruchten Hämorrhoidenmitteln, welche für die Beurteilung der Warenähnlichkeit im Rahmen der Integrationsfrage ganz allgemein und mangels entgegenstehender Festschreibung im Warenverzeichnis ohne Beschränkung auf eine Rezeptpflicht, bestimmte Darreichungsformen oder enthaltene Wirkstoffe zugrunde zu legen sind (st Rspr, vgl BPatG Mitt 1979, 223 - Mastu; vgl allgemein zur Integrationsfrage BGH GRUR 1990, 39 ff - Taurus - und GRUR 1999, 164, 165 - JOHN LOBB), zu den auf seiten der jüngeren Marke ge-

genüberstehenden "Arzneimitteln zur Behandlung von Erkrankungen im Zusammenhang mit dem Zentralen Nervensystem" ein deutlicher Indikationsunterschied ohne funktionale Anwendungsüberschneidungen. Der damit verbundene Warenabstand mindert die Gefahr von Verwechslungen deutlich, wenn auch entgegen der Auffassung der Inhaberin der jüngeren Marke wegen der allgemeinen Fassung des Warenverzeichnisses "...im Zusammenhang mit dem Zentralen Nervensystem" der beanspruchte Warenbereich ein breites Spektrum auch nur mittelbar im Zusammenhang mit dem Zentralen Nervensystem stehender Arzneimittel umfaßt, die eine Vielzahl von Indikationsbereichen betreffen können. (vgl hierzu zB MSD MANUAL der Diagnostik und Therapie, 4. Aufl, zu NEU 7, Zerebrovaskuläre Erkrankungen, S 2281; 2318, 2319; 2333, 2345; PAVIS PROMA, Kliems, BPatG 25 W (pat) 190/98 ONDAS = OLBAS; PAVIS PROMA, Knoll, BPatG 25 W (pat) 078/99 NERSOLIN # NAROPIN). Entgegen der Ansicht der Inhaberin der angegriffenen Marke sind hierbei mangels Festschreibung einer Rezeptpflicht in den Warenverzeichnissen für die Beurteilung der maßgeblichen Verkehrskreise Laien miteinzubeziehen. Allerdings ist selbst insoweit zu berücksichtigen, 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 unter Berücksichtigung dieser gesamten Umstände gleichwohl an den zur Vermeidung einer Verwechslungsgefahr erforderlichen Markenabstand eher noch strenge Anforderungen gestellt werden, 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 einen noch ausreichenden Abstand zu der Widerspruchsmarke ein.

In klanglicher Hinsicht unterscheiden sich die gegenüberstehenden Markenwörter ihrem jeweiligen Gesamteindruck nach hinreichend, da sie im überwiegenden Lautbestand sämtlicher Sprechsilben vokalische und konsonantische Abweichungen aufweisen, die jedenfalls in ihrer Gesamtheit den jeweiligen Gesamtklang der Wörter deutlich unterschiedlich beeinflussen. So weist nur die wie "va-ri-tan" gesprochene Widerspruchsmarke einen konsonantischen Anfangslaut auf, der zwar für sich betrachtet nicht zu den klangstarken Konsonanten zählt, andererseits aber im gesamten Lautbestand der jüngeren Marke keine klangliche Entsprechung findet und der zudem aufgrund seiner Stellung am Wortanfang erfahrungsgemäß auch stärker beachtet wird. Hinzu kommt, daß die regelmäßig oder zumindest überwiegend wie "a-lü-dan" gesprochene jüngere Marke in der zweiten Silbe eine zusätzliche, deutliche konsonantische (r/l) und - wenn auch geringe - vokalische Klangabweichung aufweist. Selbst wenn man unterstellt, daß der hierin enthaltene y-Laut jedenfalls in noch entscheidungserheblichem Umfang von den angesprochenen Verkehrsbeteiligten ähnlich wie "i" gesprochen wird und deshalb die vokalische Abweichung der Wörter nur in einem gewissen Umfang mitzubehutsichtigen ist, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Denn es darf nicht unbeachtet bleiben, daß sich der konsonantische Lautbestand der Wörter auch in den Anlauten der jeweiligen Schlußsilbe unterscheidet und das "t" der Widerspruchsmarke im Gegensatz zu dem weichen d-Laut der jüngeren Marke einen harten Klangeindruck vermittelt. Der Senat teilt deshalb die Auffassung der Markenstelle, daß in der Gesamtheit der Unterschiede ein hinreichend sicheres Auseinanderhalten der Wörter aufgrund ihres unterschiedlichen klanglichen Gesamteindrucks gewährleistet ist, auch wenn erfahrungsgemäß die Auffassung des Verkehrs eher von einem undeutlichen Erinnerungsbild bestimmt ist (vgl hierzu auch EuGH MarkenR 1999, 236, 239 - Lloyd / Loints) und schlechtere Übermittlungsbedingungen oder eine etwas undeutlichere Aussprache berücksichtigt werden.

Ebenso weisen die gut überschaubaren, nicht langen Markenwörter im Schriftbild in jeder üblichen Schreibweise aufgrund der markanten Konturabweichungen der Buchstaben, insbesondere auch der jeweiligen Anfangsbuchstaben, einen hinreichenden Markenabstand auf, zumal in Normalschrift und bei handschriftlicher Wiedergabe eine nur in der jüngeren Marke vorhandene Unterlänge durch den Buchstaben "y" sowie durch das "l" eine zusätzliche Oberlänge hinzukommen und das Schriftbild erfahrungsgemäß sehr viel besser eine ruhige oder auch wiederholte Wahrnehmung der Bezeichnung gestattet als das schnell verklingende gesprochene Wort.

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

Na