

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 152/99

(Aktenzeichen)

Verkündet am
18. Mai 2000

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 395 09 661

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 18. Mai 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richter Brandt und Engels

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 3. März 1995 angemeldete Bezeichnung **Mykokur** ist am 8. März 1996 für

"Pharmazeutische Erzeugnisse"

in das Markenregister eingetragen worden.

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der älteren, am 7. November 1974 für

"Arzneimittel für Menschen und Tiere, nämlich antimykotische, antibakterielle und trichomonazide Präparate"

eingetragenen Marke 924 656 **Mycospor**, deren Benutzung nicht bestritten ist.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patentamts bzw des Deutschen Patent- und Markenamts hat durch zwei Beschlüsse vom 25. Juli 1997 und vom 11. Februar 1999, von denen letzterer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, die Verwechslungsgefahr zwischen den Marken verneint und den Widerspruch zurückgewiesen.

Der Erstprüfer hat ausgeführt, die Marken könnten sich auf identischen Waren begegnen. Der gemeinsame Anfangsteil "Myk(c)o-" mit der Bedeutung "Pilz" komme in einer beachtlichen Zahl von Drittzeichen vor, so daß der Verkehr zur sicheren Unterscheidung solcher Marken den übrigen Bestandteilen größere Aufmerk-

samkeit zuwenden werde. Da sich die Marken durch ihre nachfolgenden Bestandteile "-cur" bzw "-spor" hinreichend deutlich voneinander abgrenzten, könne selbst bei angemessener Mitberücksichtigung des gemeinsamen beschreibenden Bestandteils "Myk(c)o-" bei der Beurteilung des Gesamteindrucks eine klangliche und auch schriftbildliche Verwechslungsgefahr nicht festgestellt werden.

Die Erinnerungsprüferin hat diese Entscheidung bestätigt und zur Vermeidung von Wiederholungen auf den Erstbeschluß verwiesen. Der gemeinsame, deutlich warenbeschreibende Bestandteil "Myko/Myco" könne aufgrund seiner häufigen Verwendung in Markennamen aus Rechtsgründen kein wesentlich stärkeres Gewicht beanspruchen als die Endung der Widerspruchsmarke, die sich hinreichend deutlich von der Schlußsilbe der angegriffenen Marke unterscheide. Der gemeinsame Endbuchstabe werde in den Hintergrund gedrängt. Die übrigen Buchstaben "cu" und "spo" unterschieden sich recht deutlich.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden mit dem Antrag,

die Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 5 aufzuheben, die Verwechslungsgefahr zu bejahen und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Den hier mangels einer Festschreibung einer Rezeptpflicht als Verkehrskreise auch angesprochenen medizinischen Laien sei die Bedeutung "Pilz" von "MYCO-" nicht bekannt, weshalb dieser Anfangsbestandteil keine beschreibende Bedeutung habe. Dies sei auch in der mit dem vorliegenden Fall vergleichbaren Entscheidung in dem Verfahren 30 W (pat) 322/96 - MYKOLAB/MYKOTRAL ausgeführt. Auch der Endsilbe "-SPOR" messe allenfalls der hier nicht maßgebliche Fachverkehr einen beschreibenden Bedeutungsgehalt im Sinne von "Spore" zu. Die Widerspruchsmarke weise damit von Hause aus eine mindestens durchschnittliche Kennzeichnungskraft auf. Aufgrund der seit 16 Jahren erfolgenden umfangreichen Benutzung, die durch die vorgelegte eidesstattliche Versicherung

vom 14. Juni 1999, wonach im Zeitraum vom 1. Januar 1994 bis zum 31. Dezember 1998 mit "Mycospor" bei rund ... verkauften Packungseinheiten ein Umsatz von ... DM erzielt worden sei, glaubhaft gemacht werde, sei sogar von einer erhöhten Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke auszugehen. Angesichts möglicher Warenidentität sei danach ein sehr strenger Maßstab an den Markenabstand anzulegen, dem die angegriffene Marke nicht gerecht werde. Es sei davon auszugehen, daß im Gesamteindruck die Übereinstimmungen stärker hervortreten als die Unterschiede, zumal wenn die Übereinstimmungen quantitativ überwiegen und außerdem den Wortanfang bildeten, den der Verkehr dann mehr beachte, wenn es sich bei der Wortendung um einen wenig einprägsamen Wortteil handele. Dies sei bei dem in Arzneimittelkennzeichen häufig vorkommenden Wortteil "-cur" der angegriffenen Marke der Fall. Die unterschiedlichen Konsonanten "sp" bzw "c" in der Wortmitte räumten die aufgrund der vorhandenen zahlreichen Gemeinsamkeiten bestehende Verwechslungsgefahr nicht aus, zumal auch die Vokale "o" bzw "u" klangverwandt seien.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Zur Begründung nimmt sie Bezug auf ihre Widerspruchserwiderung vom 14. März 1997.

Wegen der Einzelheiten wird auf die angefochtenen Beschlüsse der Markenstelle für Klasse 5 sowie auf die Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde der Widersprechenden ist zulässig, hat in der Sache jedoch keinen Erfolg.

Der nach § 42 Abs 2 Nr 1 MarkenG erhobene Widerspruch ist von der Markenstelle zu Recht gemäß § 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG zurückgewiesen worden. Es besteht auch nach Auffassung des Senats keine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG.

Da Benutzungsfragen im vorliegenden Verfahren nicht aufgeworfen sind, ist bei den Waren von der Registerlage auszugehen. Danach können sich die jeweiligen Präparate auf identischen Produkten begegnen, weil die speziellen Mittel der Widerspruchsmarke von dem Oberbegriff "Pharmazeutische Erzeugnisse" im Warenverzeichnis der angegriffenen Marke umfaßt sind. Da die Waren auch rezeptfrei erhältliche Arzneimittel umfassen können, sind Endverbraucher als Verkehrskreise sowie mündliche Markenbenennungen uneingeschränkt zu berücksichtigen.

Dabei unterstellt der Senat eine normale Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke "Mycospor". Auch wenn vor allem Fachleute mit entsprechenden Fach- und Sprachkenntnissen aufgrund der Sinnanklänge in "Myco-" (griech.: "mykes" = Pilz) und "-spor" (Spore = Vermehrungs- und Dauerform bei Mikroorganismen; zB "Pilzsporen) einen Hinweis darauf erhalten, daß es sich bei dem derart gekennzeichneten Produkt um ein antimykotisches Mittel zur Behandlung von Pilz-Erkrankungen handelt, ergibt sich hieraus noch keine ursprüngliche Kennzeichnungsschwäche der Gesamtbezeichnung. Denn im Hinblick auf die im Bereich pharmazeutischer Erzeugnisse bestehende Übung, Marken in der Weise zu bilden, daß einzelne Bestandteile Indikation, Art der Zusammensetzung, Wirkung und dergleichen zumindest für Fachleute eindeutig erkennen lassen (vgl BGH GRUR 1998, 815, 817 - Nitrangin), erscheinen die entsprechenden Wort-

elemente in der Widerspruchsmarke noch hinreichend phantasievoll zusammengefügt.

Eine insbesondere durch Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung vom 14. Juni 1999 des Leiters der kaufmännischen Abteilung/Klinikmanagement der Widersprechenden geltend gemachte gesteigerte Kennzeichnungskraft und damit ein erhöhter Schutzzumfang der Widerspruchsmarke kann der Entscheidung nicht zugrundegelegt werden. Der Annahme einer gesteigerten Kennzeichnungskraft steht hier bereits entgegen, daß in der vorgelegten eidesstattlichen Versicherung der - mit ... DM für einen Zeitraum von fünf Jahren an sich nicht unbeträchtliche - Umsatz nicht für die einzelnen Jahre 1994 bis 1998 gesondert angegeben ist und somit keinen Rückschluß darauf zuläßt, ob die Voraussetzungen für die Anerkennung eines erhöhten Schutzzumfangs bereits zum Zeitpunkt der Anmeldung der Bezeichnung "Mykokur", also am 3. März 1995, bestanden haben und noch im Zeitpunkt der vorliegenden Entscheidung fortbestehen, was jedoch erforderlich gewesen wäre (vgl BPatGE 38, 105 "Lindora/Linola", 111 f mwN).

Im übrigen ist anzumerken, daß Umsatzzahlen allein regelmäßig keine ausreichend klaren Rückschlüsse auf einen erhöhten Schutzzumfang einer Widerspruchsmarke zulassen, da selbst umsatzstarke Marken nicht allgemein bekannt, wie andererseits Marken trotz relativ geringer Umsätze der damit gekennzeichneten Produkte sehr bekannt sein können. Vielmehr müßten sämtliche tatsächlichen Umstände, aus denen sich eine gesteigerte Kennzeichnungskraft ergibt, liquide sein. Das ist hier nicht der Fall. So geben insbesondere von amtlichen oder neutralen Institutionen erstellte Statistiken oder Verkehrsbefragungen durch demoskopische Unternehmen zum Bekanntheitsgrad und Marktanteil in konkreten Prozentzahlen - bezogen auf die angesprochenen Verkehrsbeteiligten bzw Indikationsgebiete - Aufschluß über die maßgebliche Verkehrsgeltung (vgl hierzu Althammer/Ströbele, MarkenG, 5. Aufl, § 9 Rdn 116 sowie BPatGE "Lindora/Linola", aaO, jeweils mwN). Auch Angaben zu Werbeaufwendungen erlauben unter Um-

ständen eher Rückschlüsse auf die Kennzeichnungskraft einer Marke als die bloßen Umsatzzahlen.

Unter Berücksichtigung der genannten Umstände sind an den Markenabstand strenge Anforderungen zu stellen. Die Unterschiede der Marken reichen nach Auffassung des Senats aber aus, um die Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG in jeder Richtung hinreichend sicher auszuschließen und zwar auch insoweit, als sich die Marken auf identischen Waren begegnen können.

In klanglicher Hinsicht stimmen die Bezeichnungen "Mykocur" und "Mycospor" zwar in dem Lautbestand "Myk(c)o-" am Wortanfang sowie in dem Endkonsonanten "r" überein. Von Bedeutung ist jedoch, daß die Übereinstimmung in dem Anfangsbestandteil "Myk(c)o-" bei der Beurteilung des jeweiligen Gesamteindrucks und der Markenähnlichkeit nicht so stark ins Gewicht fällt, wie dies bei einem reinen Phantasiebestandteil der Fall wäre. Der Wortbestandteil "Myk(c)o-" weist - was auch in den angefochtenen Beschlüssen der Markenstelle zutreffend ausgeführt ist - deutlich auf den aus dem Griechischen stammenden Begriff "mykes" und somit auf das Indikationsgebiet der "Antimykotika" hin und bleibt in dieser warenbeschreibenden Bedeutung in den Marken aufgrund der Silbengliederung und der Stellung am Wortanfang auch ohne weiteres erkennbar. Er ist als Wortelement in einer großen Anzahl von Drittmarken bzw Markenmeldungen der Klasse 5 enthalten. So sind im Markenregister etwa neunzig entsprechend gebildete Kennzeichen aufgeführt. Auch wenn von den entsprechend gebildeten Marken tatsächlich nicht alle benutzt werden, kann die Drittzeichenlage schon für sich genommen nicht gänzlich unbeachtet bleiben (vgl dazu BGH GRUR 1967, 246, 250 reSp aE "Vitapur" sowie MarkenR 1999, 57, 59 "Lions"). Entgegen den noch weiterreichenden Schlußfolgerungen des Bundesgerichtshofs in den genannten Entscheidungen führt dies nach Auffassung des Senats nicht unbedingt zu einer Kennzeichnungsschwäche der Gesamtbezeichnung (vgl auch Althammer/Ströbele, MarkenG, 5. Aufl, § 9 Rdn 121 aE), hat aber die Auswirkung, daß der Übereinstimmung in dem warenbeschreibenden Anfangsbestandteil weniger Bedeu-

tung für die Verwechslungsgefahr zukommt und die Abweichungen in den - hier zudem betonten - Endsilben "-cur" bzw "-spor", wengleich auch insoweit Bedeutungsanklänge vorhanden sind, ein vergleichsweise stärkeres Gewicht erlangen.

Im Gegensatz zur Auffassung der Widersprechenden kommt es insoweit nicht darauf an, ob die genannten Begriffsanklänge auch den mangels einer zugrundeliegenden Rezeptpflicht der Waren als Verkehrskreise zu berücksichtigenden Endverbrauchern ausreichend bekannt sind. Von Bedeutung im markenrechtlichen Sinne ist schon der objektiv beschreibende Gehalt der Bestandteile. Die Übereinstimmung von Marken in solchen Bestandteilen, wie hier jedenfalls in klanglicher Hinsicht in "Myco-/Myko", kann daher nicht selbständig kollisionsbegründend zu wirken, weil solche beschreibenden Bezeichnungen auch für andere Mitbewerber schon aus Rechtsgründen freizuhalten sind und nicht für einen einzelnen Markeninhaber monopolisiert werden dürfen.

Die Endbestandteile "-cur" bzw "-spor" weichen hinsichtlich ihrer Eingangskonsonanten "c" bzw "sp" markant voneinander ab. Auch der in anderen Wortbildungen für sich oft nicht deutliche Unterschied zwischen den dunklen Vokalen "u" und "o" tritt hier durch die offene Sprechweise des "o" in "-spor" noch hinreichend deutlich hervor. Die genannten Abweichungen führen jedenfalls in ihrer Kombination auch unter angemessener Berücksichtigung des gemeinsamen Wortelements "Myk(c)o-" im Gesamteindruck zu einem zur Verneinung der Verwechslungsgefahr noch ausreichend verschiedenen Klangbild der Marken.

Im schriftbildlichen Vergleich ist unter den genannten Umständen ein Auseinanderhalten der Marken in allen üblichen Wiedergabeformen aufgrund der figürlichen Abweichungen zwischen den Buchstaben "-cu-" bzw "-spo-" in den jeweiligen Endsilben und der etwas verschiedenen Wortlänge ebenfalls gewährleistet. Bei einer - im übrigen der Eintragung im Markenregister jeweils entsprechenden - Schreibweise der Markennörter mit großem Anfangsbuchstaben und nachfolgender Kleinschreibung kommt durch die in "-spor" enthaltene Unterlänge des "p", die

an vergleichbarer Wortstelle in der angegriffenen Marke keine Entsprechung findet, ein weiteres Unterscheidungsmerkmal hinzu. Hierbei ist noch zu berücksichtigen, daß das Schriftbild der Marken erfahrungsgemäß sehr viel besser eine ruhige oder auch wiederholte Wahrnehmung der Bezeichnung gestattet als das schnell verklingende gesprochene Wort, wodurch Markenabweichungen im Schriftbild eher auffallen.

Schließlich wirken sich in gewissem Umfang auch die unterschiedlichen Bedeutungsanklänge in den Endbestandteilen "-cur" bzw "-spor" verwechslungsmindernd aus. Dabei stellt insbesondere der auch als Endbestandteil häufig in Arzneimittel-Marken verwendete Bestandteil "cur" einen geläufigen und daher nicht nur für Fachleute, sondern auch für Endverbraucher regelmäßig verständlichen Hinweis auf die für pharmazeutische Erzeugnisse beschreibenden Begriffe "curare" (= heilen) bzw "Kur" dar. Darüber hinaus wird durch "-spor" jedenfalls Fachleuten gerade im Hinblick auf den Bestandteil "Myco-" und die Waren "... antimykotische, antibakterielle und trichomonazide Präparate" der Hinweis auf "Spore(n)" ohne weiteres nahegelegt.

Soweit die Widersprechende ausführt, daß im Gesamteindruck die Übereinstimmungen stärker hervorträten als die Unterschiede, zumal wenn die Übereinstimmungen quantitativ überwiegen, ist auf die Auffassung des EuGH (GRUR 1998, 387, 390 Tz. 23 "Sabél/Puma") und die darauf ergangene jüngere Rechtsprechung des BGH (vgl GRUR 1998, 932, 933 reSp "Meisterbrand"; GRUR 1998, 925, 927 "Bisotherm-Stein") hinzuweisen, wonach im Rahmen der Prüfung der Verwechslungsgefahr insbesondere die ein Zeichen unterscheidenden und dominierenden Elemente zu berücksichtigen sind. Jedenfalls führt ein rein zahlenmäßiges Übergewicht von übereinstimmenden Buchstaben nicht zwangsläufig dazu, daß die Verwechslungsgefahr stets oder auch nur häufig bejaht werden muß. Bei der Beurteilung der Markenähnlichkeit als einem der wesentlichen Elemente für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist vielmehr der Gesamteindruck der Kollisionsmarken das maßgebliche Kriterium (vgl hierzu Althammer/Ströbele Mar-

kenG, 5. Aufl, § 9 Rdn 68). Dieser Gesamteindruck kann - wie hier hinsichtlich des klanglich identischen Wortanfangs "Myk(c)o-" - unter Berücksichtigung einer aus Rechtsgründen gebotenen geringeren Gewichtung von Markenbestandteilen durch wenige markante Abweichungen bereits ausreichend verschieden ausfallen.

Die Widersprechende kann sich schließlich zur Begründung ihrer Beschwerde auch nicht mit Erfolg auf die Entscheidung in dem Verfahren 30 W (pat) 322/96, in dem die Verwechslungsgefahr zwischen den Marken "MYKOLAB" und "Mykotral" bejaht worden ist, berufen. Abgesehen davon, daß es sich um eine Einzelfallentscheidung handelt, die für das vorliegende Verfahren keine Bindungswirkung entfaltet, scheidet eine Vergleich- und Übertragbarkeit auch daran, daß nach Ansicht des erkennenden Senats der Übereinstimmung von Marken in einem beschreibenden Bestandteil bei der Beurteilung des Gesamteindrucks und der Verwechslungsgefahr eine relativ geringere Bedeutung nicht erst zukommt, wenn dessen Sinngehalt dem allgemeinen Publikum bekannt ist (vgl hierzu auch BGH GRUR 1990, 453, 455 - L-Thyroxin). Dies ist vielmehr schon dann anzunehmen, wenn es sich - wie vorliegend bei "Myk(c)o-" - objektiv um einen Sachhinweis handelt, der jedenfalls dem hier auch zu berücksichtigenden Fachverkehr ohne weiteres geläufig ist. Darüber hinaus läßt die Verwendung dieses Wortelements in einer großen Zahl von Arzneimittelmarken und üblichen Fachbezeichnungen wie zB "Mykosen" letztlich vermuten, daß der Bedeutungsgehalt sogar für einen Teil der allgemeinen Verkehrskreise erkennbar ist.

Nach alledem war die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.

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

Kliems

Engels

Brandt

Pü