

# BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 60/00

---

(Aktenzeichen)

Verkündet am  
21. September 2000

...

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

**betreffend die angegriffene Marke 395 41 815.1**

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 21. September 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richter Knoll und Brandt

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

### **Gründe**

#### **I**

Die Bezeichnung

#### **HERBATONIN**

ist unter der Nummer 395 41 815.1 als Marke für "Pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich Herz-Kreislaufpräparate" in das Markenregister eingetragen worden. Nach der Veröffentlichung der Eintragung am 29. Februar 1996 ist Widerspruch erhoben worden von der Inhaberin der älteren, seit dem 2. Februar 1951 für "Pharmazeutische Drogen und Präparate, insbesondere in Tablettenform" eingetragenen Marke 604 645

#### **Herbin-Stodin.**

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die Benutzung der Widerspruchsmarke im Verfahren vor der Markenstelle des Deutschen Patent- und Markenamts bestritten. Nach Vorlage von Benutzungsunterlagen und nach einem rechtlichen Hinweis des Senats hat sie in der mündlichen Verhandlung die Benutzung der Widerspruchsmarke für Schmerzmittel anerkannt, die Benutzung für andere Wa-

ren aber nach wie vor bestritten. Eine über den unstreitig gestellten Warenbereich hinausgehende Benutzung hat die Widersprechende nicht geltend gemacht.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat in zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, die Verwechslungsgefahr zwischen den Marken verneint und den Widerspruch zurückgewiesen.

Der Erstprüfer hat dazu ausgeführt, es bestehe keine Verwechslungsgefahr, auch wenn berücksichtigt werde, daß die Marken sich auf identischen Waren begegnen könnten. Die Markenwörter stimmten zwar in der Silbenzahl und in der Anfangslautfolge "Herb" überein. Demgegenüber existierten aber auch deutliche Klangdifferenzen. In den zweiten Silben stünden sich stark klangverschiedene Vokale gegenüber und diese Silben würden auch unterschiedlich enden. Die Nachfolgesilben stimmten zwar hinsichtlich der Vokale überein, unterschieden sich aber in den Silbenanlauten, was insgesamt zu ausreichend unterschiedlichen Gesamtklangbildern führe. Auch in schriftbildlicher Hinsicht bestehe keine Verwechslungsgefahr.

Diese Entscheidung hat der Erinnerungsprüfer bestätigt. Selbst wenn eine rechts-erhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke für Schmerzmittel unterstellt werde, bestehe keine Verwechslungsgefahr. Es sei zwischen den Vergleichswaren zwar eine Indikationsverschiedenheit gegeben, sie lägen aber noch im engeren Ähnlichkeitsbereich. Ausgehend davon und bei anzunehmender durchschnittlicher Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei noch ein deutlicher Markenabstand zu fordern, der eingehalten sei. Die Vergleichsbezeichnungen wiesen klanglich zwar einige Merkmale der Annäherung auf, im klanglichen Gesamteindruck überwögen jedoch die Klangdifferenzen. Die Widerspruchsmarke werde auf der zweiten und vierten Silbe betont, so daß die auffällige Alliteration ganz besonders zur Geltung komme. Wegen des Aufeinandertreffens der Konsonanten "n-st" entstehe in der Wortmitte der Widerspruchsmarke zudem eine Zäsur im

Sprechfluß, die der Marke einen gegliederten Klangeindruck verleihe. Auch in schriftbildlicher Hinsicht bestehe keine Verwechslungsgefahr.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden, die beantragt,

die angefochtenen Beschlüsse aufzuheben und die Löschung der angegriffenen Marke anzuordnen.

Die Widerspruchsmarke sei jedenfalls für Schmerzmittel als benutzt anzusehen. Die Vergleichswaren lägen daher auf jeden Fall im engeren Ähnlichkeitsbereich, so daß an die Unterscheidbarkeit der Marken besonders hohe Anforderungen gestellt werden müßten. Da die Wortlänge bei gleicher Silbenzahl praktisch identisch sei, die ersten Buchstaben übereinstimmten und auch in der Wortmitte noch ähnliche Buchstaben enthalten seien, bestehe Verwechslungsgefahr, zumal den mittleren Bereichen längerer Bezeichnungen geringere Aufmerksamkeit entgegengebracht werde.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

In der mündlichen Verhandlung hat sie ausgeführt, daß Herz-Kreislaufpräparate, für welche die angegriffene Marke Schutz beanspruche, rezeptpflichtig seien, so daß weniger auf die allgemeinen Verkehrskreise und stärker auf die Fachkreise abzustellen sei. Markant sei im Klangbild der Widerspruchsmarke die auffällige Verwendung der Lautfolge "in" im Sinne einer Alliteration, wohingegen bei der angegriffenen Marke der Vokal "a" voll zum Tragen komme. Auch die in der angegriffenen Marke vorhandenen Bedeutungsanklänge wirkten der Verwechslungsgefahr entgegen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Beschlüsse der Markenstelle sowie auf 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.

In der Sache hat die Beschwerde 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.

Nachdem die Inhaberin der angegriffenen Marke die Benutzung der Widerspruchsmarke für "Schmerzmittel" unstreitig gestellt und nur im übrigen bestritten hat und die Widersprechende eine über den zugestandenen Warenbereich hinausgehende Benutzung auch nicht behauptet und belegt hat, ist auf seiten der Widerspruchsmarke zunächst von diesen Waren auszugehen, § 43 Abs 1 Satz 1 bis 3 MarkenG. Bei der Entscheidung sind zugunsten der Widersprechenden allerdings die Waren der entsprechenden Hauptgruppe der Roten Liste, also "Analgetika/Antirheumatika" (Hauptgruppe 05) ganz allgemein, insbesondere ohne Beschränkung auf rezeptpflichtige Präparate oder bestimmte Darreichungsformen zu berücksichtigen, da ein Markeninhaber in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht ungebührlich eingeschränkt werden darf (so ständige Rechtsprechung, vgl BPatG Mitt 1979, 223 "Mastu"; GRUR 1995, 488 "APISOL/Aspisol"; vgl allgemein zur Integrationsfrage auch BGH GRUR 1990, 39 ff "Taurus" in einem Lösungsverfahren).

Ausgehend davon stehen sich "pharmazeutische Erzeugnisse, nämlich Herz-Kreislaufpräparate" einerseits und "pharmazeutische Drogen und Präparate, näm-

lich Analgetika/Antirheumatika" andererseits gegenüber. Diese beiderseitigen Waren, die zum Kernbereich der Arzneimittel gehören, sind ohne weiteres als ähnlich im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG einzustufen. Die klare Indikationsverschiedenheit wirkt sich aber verwechslungsmindernd aus.

Bei der markenrechtlichen Beurteilung ist verwechslungsfördernd zu berücksichtigen, daß die allgemeinen Verkehrskreise uneingeschränkt angesprochen sind, da weder eine Rezeptpflicht im Warenverzeichnis festgeschrieben ist, noch die Fachleute aus anderen Gründen im Vordergrund stehen, wie dies der Fall sein kann zB bei speziellen Präparaten oder Wirkstoffen, die rein tatsächlich regelmäßig einer Rezeptpflicht unterliegen oder Infusions- oder Injektionslösungen, die regelmäßig direkt vom Arzt verabreicht werden. Entgegen der in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung der Inhaberin der angegriffenen Marke gibt es auch im Bereich der Herz-Kreislaufpräparate zahlreiche rezeptfreie Waren, die von den allgemeinen Verkehrskreisen zum Zwecke der Selbstmedikation erworben werden. Dies gilt insbesondere im Bereich der pflanzlichen Präparate zur allgemeinen Herzstärkung (vgl dazu die Rote Liste 2000 Nr 53 050 ff und Nr 53 095 ff). Bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr ist auf einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher abzustellen, dessen Aufmerksamkeit allerdings je nach Art der Ware unterschiedlich hoch sein kann (vgl EuGH WRP 1999, 806, 809 Tz 26 - Lloyd/Loint's; BGH MarkenR 2000, 140, 144 ATTACHÉ/TISSERAND), wobei der Verkehr erfahrungsgemäß gerade bei Waren, die - wie vorliegend - den Gesundheitssektor betreffen, eine gesteigerte Aufmerksamkeit aufzubringen pflegt (vgl dazu BGH GRUR 1995, 50, 53 - Indorektal/Indohexal), was der Verwechslungsgefahr entgegenwirkt.

Bei seiner Entscheidung geht der Senat von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft und damit einem normalen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke aus, da entgegenstehende Anhaltspunkte nicht ersichtlich sind. Im Hinblick auf die im Bereich pharmazeutischer Erzeugnisse übliche Praxis, Marken in der Weise zu

bilden, daß einzelne Zeichenteile Art, Zusammensetzung, Wirkung und dergleichen jedenfalls für den Fachmann erkennen lassen, erscheint der in dem Bestandteil "Herbin" der Widerspruchsmarke erkennbare Hinweis auf "pflanzliche Präparate" (das Wort "herba" ist der lateinische Begriff für "Kraut" bzw "Pflanze") hinreichend phantasievoll verfremdet, so daß jedenfalls keine Kennzeichnungsschwäche der Gesamtbezeichnung angenommen werden kann.

Die Ähnlichkeit der Marken ist nach Auffassung des Senats in keiner Richtung derart ausgeprägt, daß unter Berücksichtigung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, der Warenlage und auch sämtlicher weiterer maßgeblicher Faktoren die Gefahr von Verwechslungen im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG zu bejahen wäre. Im Hinblick auf den Indikationsabstand sind trotz einer uneingeschränkten Berücksichtigung der allgemeinen Verkehrskreise jedenfalls keine strengen Anforderungen an den Markenabstand mehr zu stellen. Diesen Anforderungen wird die angegriffene Marke noch gerecht.

Zunächst kann nicht völlig außer acht gelassen werden, daß die Übereinstimmung der Markenwörter in den ersten vier Buchstaben der Anfangsbestandteile "Herba" bzw "Herbin" bei der Beurteilung des jeweiligen Gesamteindrucks und der Verwechslungsgefahr nicht ganz so stark ins Gewicht fällt, wie dies bei einem reinen Phantasiebestandteil der Fall wäre. Der darin liegende Hinweis auf pflanzliche Mittel wird nicht nur von Ärzten und Apothekern, sondern nicht selten auch von medizinischen Laien erkannt werden. Dieser Bestandteil ist darüber hinaus in einer erheblichen Anzahl (weit mehr als 100) von weiteren Marken der Klasse 5 enthalten, wobei auch entsprechend gebildete Marken anderer Hersteller in der Roten Liste eingetragen sind (vgl dazu Rote Liste 2000, Nr 05 103 Herbadon, 46 153 Herbagyn und 71 012 Herbaneurin), was ein gewisses Indiz für eine tatsächliche Verwendung darstellt. Dies zeigt, daß dieser Bestandteil bei der Markenbildung auf dem einschlägigen Warenggebiet beliebt ist. Selbst wenn von den eingetragenen Marken tatsächlich nur wenige benutzt werden, kann die Drittzeichenlage schon für sich genommen nicht gänzlich unbeachtet bleiben (vgl dazu

BGH GRUR 1967, 246, 250 reSp aE "Vitapur"; MarkenR 1999, 57 - Lions). Auch wenn diese Übereinstimmung bei der Beurteilung des Gesamteindrucks berücksichtigt werden muß, kommt ihr dabei etwas weniger Gewicht zu.

Klanglich stimmen die Markenwörter zwar bei gleicher Silbenzahl und ähnlichem Sprechrhythmus in den Anfangslauten "Herb", in der Endung "in" und in drei von vier Vokallauten überein. Demgegenüber heben sie sich in den zweiten Sprechsilben "ba" gegenüber "bin" und in den konsonantischen Lauten der Endbestandteilen "tonin" gegenüber "stodin" relativ klar voneinander ab, was sich auch noch ausreichend unterschiedlich auf den für die Beurteilung maßgeblichen klanglichen Gesamteindruck auswirkt. Mit der Markenstelle ist der Senat der Auffassung, daß bei der Widerspruchsmarke die Wiederholung der Lautfolgen "in" in der zweiten und vierten Sprechsilbe klanglich auffällig zum Tragen kommt und sich deshalb die den klanglichen Gesamteindruck wesentlich mitbestimmenden Vokalfolgen trotz einer Übereinstimmung in drei von vier Vokalen deutlich voneinander abheben. Bei natürlicher Aussprache werden diese Sprechsilben innerhalb der Widerspruchsmarke nämlich regelmäßig eher betont und gedehnt artikuliert werden, da es sich jeweils um die Endsilben der getrennten Markenwörter "Herbin" und "Stodin" handelt. Demgegenüber enthält die angegriffene Marke vier unterschiedliche Vokallaute und klingt dadurch vergleichsweise wesentlich "farbiger". Neben den weiteren Unterschieden in den konsonantischen Lauten der Endbestandteil "tonin" gegenüber "stodin" führt die Zweiteilung der Widerspruchsmarke, die aufgrund der an der Schnittstelle der beiden Markenbestandteile aufeinanderfolgenden konsonantischen Laute "n" und "st" noch hervorgehoben wird, zu einer deutlichen Zäsur im Sprechfluß und zu einer weiteren markanten Abweichungen gegenüber der flüssig auszusprechenden angegriffenen Marke. In der Summe führen diese Unterschiede zu einem ausreichend abweichenden klanglichen Gesamteindruck der Markenwörter.

Schriftbildlich heben sich die Marken in allen üblichen Wiedergabeformen durch die auffällig unterschiedlichen Buchstaben im Mittelbereich der Vergleichszeichen

und durch den allein in der Widerspruchsmarke vorhandenen Bindestrich so klar voneinander ab, daß auch insoweit keine Verwechslungsgefahr besteht.

Nach alledem konnte die Beschwerde der Widersprechenden keinen Erfolg haben.

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

Kliems

Brandt

Knoll

Pü