

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 258/99

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angegriffene Marke 395 47 743

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 28. September 2000 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richter Knoll und Engels

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I

Die Bezeichnung

RIBOMYCIN

ist am 23. Mai 1996 für die Waren "pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege" in das Markenregister eingetragen worden. Die Veröffentlichung der Eintragung erfolgte am 30. August 1996.

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der am 11. August 1952 ua "Arzneimittel, chemische Erzeugnisse für Heilzwecke und Gesundheitspflege, pharmazeutische Drogen" eingetragenen Marke 624 627

Bykomycin,

deren Benutzung nicht bestritten ist.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat in dem angefochtenen Beschluß eine Verwechslungsgefahr zwischen den Marken verneint und den Widerspruch zurückgewiesen. Ausgehend von einer nach der Registerlage möglichen Identität der nicht rezeptpflichtigen Waren, einer normalen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke und der uneingeschränkt zu berücksichtigenden allgemeinen Verkehrskreise seien strengen Anforderungen an

den Markenabstand zu stellen. Diese halte die jüngere Marke trotz der Übereinstimmungen in der Silbenzahl, der Betonung und weitgehendst auch in der Vokalfolge in klanglicher Hinsicht ein. Die angegriffene Marke weise insgesamt mit dem hell klingenden "i" und dem klangschwachen Anfangskonsonanten "b" ein heller klingendes Gefüge als die Widerspruchsmarke auf, die entscheidend durch den überwiegend wie "bük" gesprochenen Laut "y" und den klangstarken Konsonanten "k" geprägt werde und dadurch härter klinge. Ebenso sei aufgrund der unterschiedlichen Buchstaben eine schriftbildliche Verwechslungsgefahr ausgeschlossen. Dem übereinstimmenden Endbestandteil "mycin" komme demgegenüber nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Dieser werde, wie die Rote Liste zeige, bei einer Vielzahl von Präparaten von unterschiedlichsten Arzneimittelherstellern zur Kennzeichnung von Antibiotika oder Antiinfektiva verwendet und sei kennzeichnungsschwach, so daß der Verkehr zur Unterscheidung der einzelnen "mycin"-Präparate auf die ohnehin eher beachteten Wortanfängen achte.

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

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

Zu berücksichtigen sei nicht nur, daß die Marken sich auf identischen Waren begegnen könnten, sondern daß verwechslungsfördernd hinsichtlich der angesprochenen Verkehrskreise auf Laien abzustellen sei. Der aufgrund dieser Ausgangslage notwendige deutliche Markenabstand sei keineswegs eingehalten, da die jüngere Marke viele prägende Gemeinsamkeiten mit der Widerspruchsmarke aufweise. Beide Zeichen seien viersilbig, wiesen denselben Sprech- und Betonungsrhythmus und die nahezu identische Vokalfolge "i(y)-oy-i auf, wobei auch das "y" in der Widerspruchsmarke von einem entscheidungserheblichen Teil des Verkehrs wie "i" ausgesprochen werde. Auch wenn die jeweilige Endung "mycin" als kennzeichnungsschwach gewertet werde, dürfe nicht außer acht gelassen

werden, daß auch diese Gemeinsamkeit die nach dem maßgeblichen Gesamteindruck der Marken zu beurteilende Verwechslungsgefahr fördere, zumal auch der vorangehende, klangstarke Vokal "o" identisch sei. Diesen insgesamt überwältigenden Gemeinsamkeiten wirkten auch die Unterschiede am Wortanfang nicht hinreichend entgegen, zumal vor dem Hintergrund eines verblassenden Erinnerungsbildes dem Verbraucher verstärkt die markanten Gemeinsamkeiten gegenwärtig seien.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat sich im Beschwerdeverfahren zur Sache nicht geäußert und keinen Antrag gestellt.

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.

Die Beschwerde hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Es besteht auch nach Auffassung des Senats keine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG, so daß die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen war (§§ 42 Abs 2 Nr 1, 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG).

Der Senat geht bei seiner Entscheidung von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft und einem normalen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke aus, auch wenn sich die von dem griechischen Wort "mykes" für "Pilz" abgeleitete Endung "mycin" wegen ihres beschreibenden, auf die Inhaltsstoffe von Antibiotika und Zytostatika hinweisenden Gehalts (vgl Römpp, Lexikon der Chemie, 10. Aufl) und der nach der Registerlage vielfachen Verwendung in Marken anderer Unternehmen (über 160 Eintragungen von "-mycin"-Marken zu Klasse 5) als kennzeichnungsschwach erweist (vgl zur Bedeutung der Registerlage Altham-

mer/Ströbele, MarkenG, 5. Aufl, § 9 Rdn 122). Aus einer damit verbundenen isolierten Kennzeichnungsschwäche kann jedoch 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 und/oder das Indikationsgebiet kenntlich machen (vgl BGH GRUR 1998, 815, 817 - Nitrangin).

Nach der maßgebenden Registerlage können sich die Marken auf identischen Waren begegnen, für die eine Rezeptpflicht in den Warenverzeichnissen nicht festgeschrieben ist und für welche auch in tatsächlicher Hinsicht der Fachverkehr nicht im Vordergrund steht, so daß die allgemeinen Verkehrskreise uneingeschränkt für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr zu berücksichtigen sind. Auch insoweit ist allerdings davon auszugehen, 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 danach an den zur Vermeidung einer Verwechslungsgefahr erforderlichen Markenabstand strenge Anforderungen zu stellen sind, so ist die Ähnlichkeit der Marken auch 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 zur

Vermeidung von Verwechslungen noch ausreichenden Abstand zu der Widerspruchsmarke ein.

Wie in dem angefochtenen Beschluß der Markenstelle zutreffend ausgeführt ist, kann dem übereinstimmenden Wortende "mycin" kein entscheidendes Gewicht für die Begründung einer markenrechtlichen Verwechslungsgefahr beigemessen werden. Denn dieses warenbeschreibende Wortelement vermag bereits wegen seiner Kennzeichnungsschwäche nur wenig zur kennzeichnenden Wirkung des Gesamteindrucks der Markenwörter beizutragen, wenngleich es in der Auswirkung auf den jeweiligen Gesamteindruck nicht unberücksichtigt bleiben darf (vgl. Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl, § 9 Rdn 160, 191; BGH GRUR 1996, 200 - Innovadiclophlont). Bereits im Hinblick hierauf steht die auffällige Verschiedenheit der Anfangsbestandteile einer Gefahr von Verwechslungen deutlich entgegen. Hinzu kommt in tatsächlicher Hinsicht, daß erfahrungsgemäß Wortanfänge stärker als die übrigen Markenteile beachtet werden (vgl. hierzu Althammer/Ströbele MarkenG, 6. Aufl, § 9 Rdn 97; BGH GRUR 1998, 924, 925 – salvent / Salventerol) und deshalb den unterschiedlichen Anfangsbestandteilen der Markenwörter auch insoweit eine größere, gegen eine Verwechslungsgefahr sprechende Bedeutung zukommt. Dies gilt hier um so mehr, als sich nicht nur Fachkreise wegen der ihnen geläufigen Bedeutung von "mycin" insbesondere an den Anfangsbestandteilen der Markenwörter orientieren werden, sondern auch nicht fachkundige Verbraucher. Denn auch medizinischen Laien wird der zur Kennzeichnung von Antibiotika sehr häufig in Drittmarken verwendete Bestandteil "-mycin" oftmals als ein bei entsprechenden Präparaten unterschiedlicher Unternehmen verwendeter Markenbestandteil oder Teil einer Wirkstoffbezeichnung bekannt sein, auch wenn sich die genaue - beschreibende - Bedeutung regelmäßig nur dem Fachmann erschließt. So weist das Arzneimittelverzeichnis "Rote Liste" allein unter der Hauptgruppe 10 "Antibiotika/Antiinfektiva" über 30 entsprechend gebildete Drittmarken für Antibiotika mit Wirkstoffen wie "Neomycin, "Streptomycin, Clindamycin" usw. auf.

Dies gilt wegen der Kennzeichnungsschwäche von "mycin" auch dann, wenn Teile des Verkehrs in dem Anfangsbestandteil der Widerspruchsmarke "Byko" den Hinweis auf die Firma der Widersprechenden erkennen werden, da es selbst bei einer Verwendung erkennbarer Herstellerangaben - und unabhängig davon inwieweit die zu Mehrwortmarken ergangene Rechtsprechung (vgl zB BGH MarkenR 1999, 161, 162 - LORA DI RECOARO; GRUR 1998, 927, 929 - COMPO - SANA; BPatG GRUR 1998, 821, 823 - Tumarol / DURADOL Mundipharma) für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr bei Einwortmarken im Zusammenhang mit Herstellerangaben überhaupt heranzuziehen ist - der Beurteilung des Einzelfalles vorbehalten, ob aus der Sicht des Verkehrs die Herstellerangabe im Gesamtzeichen in den Hintergrund tritt oder nicht. So steht insbesondere eine geringe Kennzeichnungskraft des anderen Markenbestandteils einer prägenden Bedeutung des Firmenbestandteils nicht entgegen (vgl Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl, § 9 Rdn 191 mit weiteren Hinweisen).

Danach ergibt sich in klanglicher Hinsicht ein hinreichend verschiedener Gesamteindruck der jeweils viersilbigen Markenwörter durch die auffälligen konsonantischen Abweichungen in der ersten Sprechsilbe, die selbst dann für eine sichere Unterscheidung der Markenwörter sorgen, wenn man eine - allerdings eher erfahrungswidrige - verkehrserhebliche Aussprache des Vokals "y" wie "i" miteinbezieht. Wie bereits die Markenstelle zutreffend ausgeführt hat, unterscheiden sich die Markenwörter nicht nur in ihrem jeweiligen Mittelvokal deutlich - dem im Gegensatz zu dem "b" der jüngeren Marke auffälligen und hart klingenden Lauts "k" - sondern auch die sich gegenüberstehenden Anlaute der ersten Sprechsilbe "r" und "b" weisen deutliche Klangdifferenzen auf, die nicht unbemerkt bleiben werden. Insgesamt wirken diese Unterschiede deshalb selbst bei einer undeutlicheren Aussprache der Wörter oder bei schlechteren Übermittlungsbedingungen den im Gesamteindruck der Markenwörter bestehenden Gemeinsamkeiten hinreichend entgegen. Insoweit darf hinsichtlich der von der Widersprechenden für das Erinnerungsbild des Verbrauchers in den Vordergrund gestellten gemeinsamen Bestandteile der Markenwörter - ungeachtet ihrer hier nur geringen kennzeichen-

rechtlichen Bedeutung - 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).

Ebenso halten die Wörter im schriftbildlichen Markenvergleich in jeder verkehrsüblichen Wiedergabeform wegen der deutlich abweichenden Buchstabenkontur ihrer jeweiligen Anfangsbestandteile einen ausreichenden Abstand ein, wobei in Normalschrift oder bei handschriftlicher Wiedergabe die in der Widerspruchsmarke zusätzlich enthaltene Unterlänge eine weitere Unterscheidungshilfe bietet. Eine hinreichend sicheres Auseinanderhalten der Wörter ist deshalb auch in ihrem bildlichen Gesamteindruck gewährleistet, zumal das Schriftbild erfahrungsgemäß sehr viel besser eine ruhige oder auch wiederholte Wahrnehmung der Bezeichnung gestattet als das schnell verklingende gesprochene Wort.

Schließlich führt der in beiden Marken deutlich durchscheinende Indikationshinweis nicht zu einer begrifflichen Verwechslungsgefahr. Denn ein glatt warenbeschreibender Bedeutungsgehalt, dem Ausdruck zu geben auch den Mitbewerbern unbenommen bleiben muß und der als solcher keine markenmäßige Funktion ausübt, nimmt nicht am markenrechtlichen Schutz teil und begründet keine Verbotungsrechte (vgl Althammer/Ströbele, Markenrecht, 6. Aufl, § 9 Rdn 160, 185). Der Schutzbereich entsprechend gebildeter Marken bestimmt sich vielmehr nach der speziellen Wortform, welche über den beschreibenden Gehalt hinaus kennzeichnend wirkt.

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

Pü