

BUNDESPATENTGERICHT

30 W (pat) 130/00

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Markenmeldung P 45 640/5 Wz

hat der 30. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 5. März 2001 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Dr. Buchetmann sowie der Richterin Schwarz-Angele und des Richters Voit

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Zuletzt für die Waren "rezeptpflichtige etoposidhaltige Krebstherapeutika" 1993 zur Eintragung in das Markenregister angemeldet und am 14. Mai 1994 bekannt gemacht ist das Zeichen

Etosid.

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der früher angemeldeten und am 22. März 1983 für "Arzneimittel zur Behandlung von Herz- und Kreislaufkrankungen" eingetragenen Marke 1 046 496

DEPONT.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamtes hat eine Verwechslungsgefahr verneint und den Widerspruch durch Beschluß einer Beamtin des höheren Dienstes zurückgewiesen. Begründend ist ausgeführt, bei Zugrundelegung der beiderseitigen Rezeptpflicht und bei Annahme einer durch

schnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke sei Verwechslungsgefahr zu verneinen, nachdem klanglich und schriftbildlich der erforderliche Markenabstand eingehalten werde.

Die Inhaberin der Widerspruchsmarke hat Beschwerde erhoben und diese im wesentlichen damit begründet, die Widerspruchsmarke verfüge über eine gesteigerte Kennzeichnungskraft, da es sich um einen äußerst umsatzstarken Artikel handle. Die derzeit ausgeübte beiderseitige Rezeptpflicht schließe dabei eine Verwechslungsgefahr nicht aus. Insgesamt überwiegen die Gemeinsamkeiten der beiden Zeichen.

Die Beschwerdeführerin beantragt (sinngemäß),

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 4. Mai 2000 aufzuheben und die Anmeldung zurückzuweisen.

Die Anmelderin hat sich im Beschwerdeverfahren nicht geäußert und keinen Antrag gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt, §§ 152, 158, 66 Abs 1 Satz 1, Abs 2 MarkenG.

Die Beschwerde bleibt aber in der Sache ohne Erfolg, da die Markenstelle den Widerspruch zu Recht wegen mangelnder Verwechslungsgefahr im Sinne des § 9

Abs 1 MarkenG, der nach den Überleitungsvorschriften (§§ 152ff MarkenG) anwendbar ist, zurückgewiesen hat (§ 43 Abs 2 S 2 MarkenG).

Die Beurteilung der Verwechslungsgefahr bestimmt sich unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls aus der Bewertung der untereinander wechselbezüglichen Faktoren, insbesondere der Ähnlichkeit der Zeichen, der Ähnlichkeit der damit gekennzeichneten Waren und der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke. Dabei kann ein geringer Grad der Ähnlichkeit der Waren durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken ausgeglichen werden und umgekehrt (BGH GRUR 1999, 995 – Honka).

Die Widerspruchsmarke ist für "Arzneimittel zur Behandlung von Herz- und Kreislauferkrankungen" eingetragen, die Anmeldemarke begehrt Schutz für "rezeptpflichtige etoposidhaltige Krebstherapeutika", so dass zwar von einer Warenähnlichkeit im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG auszugehen ist, sich die deutliche Indikationsverschiedenheit aber verwechslungsmindernd auswirkt. Zudem ist – ebenfalls verwechslungsmindernd – die bei der angegriffenen Marke im Warenverzeichnis festgehaltene Verschreibungspflicht zu beachten, weshalb in erster Linie, wenn auch nicht ausschließlich, insoweit auf die Auffassung und übliche Sorgfalt der in erster Linie angesprochenen Ärzte und Apotheker abzustellen ist (BGH NJW-RR 2000, 854 – Ketof/ETOP mwN). Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass die Anmeldemarke eng an den INN Etoposid angelehnt ist, woraus das hier überwiegend maßgebliche Fachpublikum den enthaltenen Wirkstoff erkennt. Etoposid ist ein Wirkstoff, der nach den derzeit überschaubaren Erkenntnisquellen nur in Arzneimitteln anzutreffen ist, die die Annahme rechtfertigen, dass sie mit ganz besonderer Vorsicht und nicht ohne profunde ärztliche Überwachung verabreicht werden. Die derzeit in der Roten Liste für etoposidhaltige Mittel verzeichneten Medikamente (Nr 86 106 bis 86 108 und 86 122) angeführten Mittel sind nicht nur rezeptpflichtig, sondern weisen aufgrund überdurchschnittlich umfangreicher Warnhinweise und Nebenwirkungsanzeigen sowie Gegenanzeigen daraufhin, dass es sich um Mittel mit einem sehr eingeschränkten Anwendungsbereich handelt, bei denen die unmittelbare Beteiligung von Laien deutlich zurücktritt, und die

wegen ihrer sehr hohen Verkaufspreise (durchweg im vierstelligen DM-Bereich) nicht zu einem sorgloseren Umgang Anlaß geben könnten. Bei solchen sehr speziellen und sehr teuren Krebsmitteln kann die unmittelbare Beteiligung von Laien vernachlässigt werden, sie haben auch aufgrund ihrer sehr eingeschränkten Indikationsstellung keine ins Gewicht fallende Berührungen mit Herz-Kreislaufmitteln.

Bei der Beurteilung der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke ist vorrangig, wenn auch nicht ausschließlich, auf die angesprochenen Fachkreise abzustellen (BGH WRP 2000, 743 – IMMUNINE/IMUKIN). Zwar ist die derzeit angewandte Verschreibungspflicht für die Waren der Widerspruchsmarke nicht in deren Warenverzeichnis enthalten und ist auch von der Art der Waren her nicht zwingend. Jedoch ist sowohl für den Fachmann wie für den Laien das Gesamtzeichen als Phantasiewort einzustufen, also normal kennzeichnend.

Die von der Beschwerdeführerin vorgetragene Umsatzzahlen für die Jahre 1993 einschließlich 1998 führen nicht zu einer gesteigerten Kennzeichnungskraft und einem daraus resultierenden erhöhten Schutzzumfang der Widerspruchsmarke. Denn abgesehen von der Frage, ob die bloße Angabe von Umsatzzahlen zum Beleg einer gesteigerten Kennzeichnungskraft überhaupt ausreicht (vgl BPatG GRUR 1997, 840 – Lindora/Linola), besagen diese Zahlen nichts über den Bekanntheitsgrad der Marke in den relevanten Verkehrskreisen, insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass allein der Selbstmedikationsmarkt für Herz-, Kreislauf- und Venenmittel schon 1992 ein Volumen von ... Mio DM erreichte (Pharmazeutische Rundschau, Heft 7-8/1993, S 10).

Den hiernach zur Ausräumung einer Verwechslungsgefahr erforderlichen geringer einzustufenden Abstand hält die angemeldete Marke unter Berücksichtigung des ausschlaggebenden Gesamteindrucks sowie aller maßgeblichen Faktoren sowohl klanglich als auch schriftbildlich ein.

Klanglich verfügen die Worte "Etosid" und "DEPONIT" zwar über eine identische Silbenzahl, die gleiche Vokalfolge, eine ähnliche Endung und einen ähnlichen

Sprech- und Betonungsrhythmus. Andererseits beginnt die Widerspruchsmarke mit einem Sprenglaut und es stehen sich mit "s" und "N" 2 Laute ohne nähere Ähnlichkeit gegenüber. Die der Endungen id bzw it fallen schon deshalb nicht besonders ins Gewicht, weil diese bei Arzneimitteln sehr häufig anzutreffen sind und daher vom Verkehr nicht übermäßig beachtet werden. Keine der Sprechsilben der beiden Worte, die beide nicht sehr lang und gut überschaubar sind, ist gleich. Nachdem im allgemeinen dem Wortanfang im Verkehr eine größere Bedeutung zukommt als den weiteren Bestandteilen (BGH NJW 1992, 695 – dipa/dib), ist der erforderliche klangliche Markenabstand erreicht, wobei die Verschreibungspflicht vor allem aber die Indikation der Waren des angegriffenen Zeichens mündliche Benennungen der Marken ohnehin weitgehend ausschließen.

Schriftbildlich ist eine Verwechslungsgefahr aufgrund der unterschiedlichen Umrisscharakteristik nicht gegeben; die angegriffene Marke verfügt über eine Oberlänge ("t"), wohingegen bei Kleinschreibung der Widerspruchsmarke eine Unterlänge in der Wortmitte gegeben ist ("p"), vor allem aber das zusätzliche D am Wortanfang auffällt.

Schließlich kommt hinzu, dass die Widerspruchsmarke einen unmittelbaren, auf ihre Wirkung hindeutenden Anklang an die geläufige Bezeichnung "Depot" widerspiegelt, wohingegen die angegriffene Marke durch die Anlehnung an den INN "Etoposid" auf den verwendeten Wirkstoff abstellt, was sich verwechslungsmindernd auswirkt (vgl *Althammer/Ströbele*, MarkenG, 6. Aufl, § 9 Rdnr 87).

Zu einer Auferlegung von Kosten gemäß § 71 Abs 1 Satz 1 MarkenG besteht keine Veranlassung.

Dr. Buchetmann

Schwarz-Angele

Voit

Hu