



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 178/02

(AktENZEICHEN)

An Verkündungs Statt
zugestellt am

16. April 2003 BGegn.

15. April 2003 BFührerin

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 396 51 500

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 23. Januar 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie des Richters Engels und der Richterin k.A. Bayer

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Bezeichnung

AT-M-HOL

ist am 17. Februar 1997 für die Waren "Parfümerien, ätherische Öle, Zahnputzmittel, Mundwässer; Pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate zur Gesundheitspflege; ärztliche Instrumente" in das Markenregister eingetragen worden. Die Veröffentlichung der Eintragung erfolgte am 20. Juni 1997.

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der älteren, am 29. Oktober 1992 für die Waren "Pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege, diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, Pflaster, Verbandmaterial" eingetragenen Marke 2 023 401

ATEMUR,

deren Widerspruchsverfahren hinsichtlich sämtlicher Waren am 19. Mai 1993 abgeschlossen worden ist.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat mit Schriftsatz vom 10. Dezember 1997 im Verfahren vor der Markenstelle des DPMA die Einrede der Nichtbenutzung erhoben, ausgenommen für ein rezeptpflichtiges Asthmamittel, und sich im weiteren Verfahren nach Vorlage von Unterlagen zur Glaubhaftmachung einer Benutzung der Widerspruchsmarke für Atemwegstherapeutika trotz Aufforderung durch die Markenstelle mit Verfügung vom 27. April 2000 hierzu - auch im Beschwerdeverfahren - nicht mehr geäußert.

Die Markenstelle für Klasse 5 des Deutschen Patent- und Markenamts hat - die Benutzungsfrage dahingestellt sein lassend - in zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, den Widerspruch zurückgewiesen. Auch nach der Registerlage und der danach möglichen Warenidentität bestehe selbst unter strengen Anforderungen an den Markenstand keine Verwechslungsgefahr, da die jüngere Marke nicht nur nach dem visuellen Gesamteindruck, sondern auch in klanglicher Hinsicht einen ausreichenden Abstand zu der älteren Marke einhalte. Während die angegriffene Marke bei flüssiger Aussprache wie "att-mohl" ausgesprochen werde, sei bei der Widerspruchsmarke von einer Artikulation wie "a-te-mur" bzw "a-tem-mur" auszugehen. Diese weise nicht nur eine abweichende Vokalfolge, sondern auch eine unterschiedliche Silbenanzahl und abweichenden Sprechrhythmus auf.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden mit dem Antrag,

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

Auszugehen sei von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke, möglicher Warenidentität und im übrigen bestehender Warenähnlichkeit sowie einem äußerst ähnlichen Gesamteindruck der Marken. Entgegen der Auffassung der Markenstelle werde die Widerspruchsmarke wie "atemur" gesprochen und weise mit der wie "atemhol" ausgesprochenen jüngeren Marke den glei-

chen Wortaufbau mit identischem Anfangsbestandteil "ATEM", eine identische Silbenanzahl und einen identischen Sprechrhythmus auf. Demgegenüber fielen die Unterschiede in den Wortenden kaum ins Gewicht, zumal sich die Laute "u" und "o" sehr ähnlich seien. Zudem bestehe wegen des assoziativen Zusammenhangs der mit der Widerspruchsmarke gekennzeichneten Antiasthmatica und des Begriffs des "ATEMHOLENS" auch die Gefahr der assoziativen Verwechslung der Marken.

Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie führt zur Begründung aus, dass die Zeichen keine gemeinsame Silbe aufwiesen und wegen des unterschiedlichen Gesamteindrucks nicht verwechselbar ähnlich seien. Im übrigen treffe die Annahme der Widersprechenden nicht zu, dass die angegriffene Marke wie "atemhol" ausgesprochen werde. Die Schreibweise lege vielmehr eine Aussprache wie "att-emm-hohl" nahe. Hinzu komme, dass der Durchschnittsverbraucher Arzneimittelmarken mit gesteigerter Aufmerksamkeit begegne. Eine Verwechslungsgefahr sei deshalb zu verneinen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die angefochtenen Beschlüsse 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. In der Sache hat die Beschwerde jedoch keinen Erfolg. Es besteht auch nach Auffassung des Senats keine Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG. Der Widerspruch ist deshalb von der Markenstelle zu Recht zurückgewiesen worden, §§ 42 Abs 2 Nr 1, 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG.

Der Senat geht bei seiner Entscheidung von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke aus, auch wenn im Bereich der sich gegenüberstehenden gleichen Waren "pharmazeutische Erzeugnisse" der allerdings nicht ganz der natürlichen Silbengliederung entsprechende - Wortanfang "ATEM" sowohl nach der Registerlage als auch der tatsächlichen, glaubhaft gemachten Benutzung der Widerspruchsmarke für ein Atemwegstherapeutikum (Antiasthmikum) eher kennzeichnungsschwach ist (vgl auch zur Bedeutung der Registerlage Althammer/Ströbele, MarkenG, 6. Aufl, § 9 Rdn 144; BGH GRUR 1999, 241; 243 - Lions; BGH GRUR 1967, 246, 250 und 251 – Vitapur). Aus der Kennzeichnungsschwäche eines Wortbestandteils kann jedoch nicht ohne weiteres auf die allein maßgebende Kennzeichnungskraft der Gesamtbezeichnung geschlossen werden, zumal es bei pharmazeutischen Erzeugnissen sogar 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).

Zutreffend hat die Markenstelle ausgeführt, dass die Benutzungslage dahingestellt bleiben könne, weil auch unter Berücksichtigung der Benutzungseinrede sich die Marken auf identischen Waren begegnen könnten, nämlich rezeptfreien Atemwegsstherapeutika (Asthmamittel). Insoweit kommt es deshalb auch nicht darauf an, ob die nur beschränkt erhobene Einrede - von der rezeptpflichtige Asthmamittel ausdrücklich ausgenommen worden sind und welche nach ständiger Rechtsprechung des Senats bei der Integrationsfrage mangels Festschreibung einer Rezeptpflicht im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke die Berücksichtigung auch rezeptfreier Präparate zulässt (vgl zB BPatG GRUR 2001, 513, 515 - CEFA-BRAUSE/CEFASEL) - überhaupt wirksam erhoben worden ist oder als verfrühte, vor Ablauf der nach § 26 Abs 5 in Verbindung mit § 43 Abs 1 MarkenG am 19. Mai 1998 endenden Benutzungsschonfrist IVM §§ 187 ff BGB) erhobene Einrede kei-

ne Wirksamkeit entfalten konnte (vgl. Hierzu BPatG GRUR 2000, 1052 – Rhoda-Hexan/Sota-Hexal).

Sind danach auch als angesprochene Verkehrskreise Laien uneingeschränkt zu berücksichtigen (vgl. auch BGH MarkenR 2002, 49, 51 – ASTRA/ESTRA-PUREN), so ist allerdings nach zwischenzeitlich gefestigter ständiger Rechtsprechung auch 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 / Indohehexal).

Wenn danach unter Berücksichtigung dieser Umstände zur Vermeidung einer Verwechslungsgefahr im Sinne des § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG auch strenge Anforderungen an den von der jüngeren Marke einzuhaltenden Markenabstand zu stellen sind, so ist die Ähnlichkeit der Marken nach Auffassung des Senats dennoch in keiner Richtung derart ausgeprägt, dass die Gefahr von Verwechslungen zu bejahren wäre. Dies gilt auch hinsichtlich einer klanglichen Verwechslungsgefahr, auf welche die Widersprechende sich beruft und welche wegen der insoweit bestehenden Gemeinsamkeiten der Markenwörter im Gegensatz zu den deutlichen schriftbildlichen Unterschieden auch nur ernsthaft in Betracht gezogen werden kann.

Insoweit unterstellt der Senat zugunsten der Widersprechenden, dass jedenfalls ein erheblicher Teil der angesprochenen Verkehrskreise die angegriffene Marke wie das Wort "atemhol" artikuliert und nicht als Aneinanderreihung der auch durch Bindestriche getrennten und wie "at-em-hol" gesprochenen Einzelsilben. Denn

auch wenn man eine der Aussprache der Widerspruchsmarke am nächsten kommenden Artikulation der angegriffenen Marke wie "atemhol" unterstellt, unterscheiden sich die Markenwörter wegen des auch im jeweiligen Gesamteindruck noch merklich abweichenden Klanges der sich gegenüberstehenden Endsilben "hol" und "(m)ur" noch hinreichend deutlich, zumal diese auch klanglich betont gesprochen werden und deshalb auch im Erinnerungsbild nachklingen. Es kommt hinzu, dass auch bei Unterstellung einer klanglichen Identität der Anfangsbestandteile und Aussprache wie "atem" wegen ihres offensichtlich beschreibenden Gehaltes in Bezug auf Atemwegs- und Asthmapräparate eher kennzeichnungsschwach sind, mithin nur eine geringere kennzeichnende Bedeutung aufweisen und der Verkehr sich stärker an den weiteren, von einander abweichenden Wortbestandteilen orientieren wird. Würde man die natürliche Silbengliederung der Widerspruchsmarke "ate-mur" berücksichtigen, wäre der klangliche Abstand der Marken eher noch größer. In ihrer Gesamtheit sorgen deshalb die aufgezeigten Unterschiede für eine hinreichende Differenzierung des jeweiligen Gesamteindrucks der Wörter und gewährleisten als unterscheidende und dominierende Elemente (vgl. hierzu EuGH GRUR 1998, 387, 390 – Springende Raubkatze; MarkenR 1999, - Lloyd / Loints) ein noch hinreichend sicheres Auseinanderhalten der Markenwörter. Dies gilt auch dann, wenn man berücksichtigt, dass die Verkehrsauffassung erfahrungsgemäß eher von einem undeutlichen Erinnerungsbild bestimmt wird (st. Rspr., vgl. EuGH MarkenR 1999, 236, 239 - Lloyd / Loints).

Ebenso weisen die Marken in jeder üblichen Schreibweise im Schriftbild wegen ihrer markant abweichenden Kontur einen deutlichen Abstand auf. Hierbei ist 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. Anhaltspunkte dafür sind die angesprochenen Verkehrskreise, die Marken gedanklich miteinander in Verbindung bringen und deshalb verwechseln, bestehen gleichfalls nicht, zumal die Marken mit Ausnahme einer klanglichen Übereinstimmung, die einen eher nur kennzeichnungsschwachen Bestandteil betrifft, keine strukturellen oder sonstigen Gemein-

samkeiten aufweisen, welche den Verkehr zu einer gemeinsamen betrieblichen Zuordnung der Marken veranlassen und eine markenrechtliche Verwechslungsgefahr begründen könnte (vgl zu den Voraussetzungen BGH GRUR 2000, 608, 609 – ARD 1; BGH MarkenR 2001, 459, 464 Marlboro-Dach; BPatG GRUR 2002, 345, 346 - ASTROBOY/Astro; BPatG GRUR 2002, 438, 440 – WISCHMAX/Max).

Nach alledem war die Beschwerde der Widersprechenden zurückzuweisen.

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

Kliems

Bayer

Engels

Pü