



BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 217/03

(AktENZEICHEN)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 398 69 728

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 19. Mai 2005 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie der Richterin Bayer und des Richters Merzbach

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die Wortmarke

LANSOX

ist am 29. März 1999 ua für

"Pharmazeutische Erzeugnisse und Präparate für die Gesundheitspflege"

in das Markenregister eingetragen worden.

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der älteren, seit dem 5. März 1993 ua für

"Pharmazeutische Erzeugnisse"

eingetragenen Wortmarke

LANZOR,

deren Benutzung im Beschwerdeverfahren bestritten ist, ausgenommen für ein Magen-/Darmpräparat mit dem Wirkstoff Lansoprazol. Eine weitergehende Benutzung wird seitens der Widersprechenden nicht geltend gemacht.

Nach Zurückweisung des Widerspruchs durch Beschluss der Markenstelle vom 4. Dezember 2000 hat die Markenstelle auf die Erinnerung der Widersprechenden mit Erinnerungsbeschluss vom 15. Juli 2003 die teilweise Löschung der angegriffenen Marke für "Pharmazeutische Erzeugnisse und Präparate für die Gesundheitspflege" angeordnet und die weitergehende Erinnerung zurückgewiesen.

Ausgehend von einer nach der Registerlage teilweise möglichen Warenidentität für "Pharmazeutische Erzeugnisse und Präparate für die Gesundheitspflege", einer weiterhin nicht festgeschriebenen Rezeptpflicht sowie einer normalen Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke bestehe Verwechslungsgefahr für die vorgenannten Waren. Die Vergleichsmarken zeigten eine überdurchschnittliche Ähnlichkeit. Sie stimmten in den grundsätzlich stärker beachteten Anfangsilben sowie in der Vokalfolge überein; ferner seien die Anfangskonsonanten der Zweitilben klangverwandt. Die Abweichung bei den Schlussbuchstaben könne allein den weitgehenden Gleichklang beider Wörter nicht verhindern.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Inhaberin der angegriffenen Marke mit dem sinngemäßen Antrag,

den Beschluss der Markenstelle vom 15. Juli 2003 aufzuheben
und den Widerspruch in vollem Umfang zurückzuweisen.

Auszugehen sei nach der Nichtbenutzungseinrede von dem rezeptpflichtigen Magen-/Darmpräparat "LANZOR" mit dem Wirkstoff Lansoprazol. Daher sei für die Beurteilung einer Verwechslungsgefahr nicht auf die allgemeinen Verbraucherkreise, sondern auf Fachkreise abzustellen. Ferner sei die Widerspruchsmarke wegen der Anlehnung der Anfangssilbe "LAN" an den vorgenannten Wirkstoff in ihrer Kennzeichnungskraft geschwächt. Bei Berücksichtigung dieser Umstände reiche der Zeichenabstand dann aber aus. Zu beachten sei dabei, dass eine klangliche Verwechslungsgefahr wegen fehlender mündlicher Benennung rezeptpflichtiger Präparate nicht relevant sei. Die wegen der Rezeptpflicht im Vordergrund stehenden Fachkreise würden den Wirkstoffhinweis "LAN-" erkennen und daher auf die vorhandenen Unterschiede achten, zumal die abweichenden Konsonanten Z/R in der Wortmitte bzw R/X für eine deutliche Unterscheidung im Schriftbild sorgen.

Die Widersprechende beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie macht geltend, dass die Vergleichsmarken sich trotz der Nutzung der Widerspruchsmarke für ein rezeptpflichtiges Präparat auf identischen Waren begegnen könnten. Ferner sei mangels festgeschriebener Rezeptpflicht im Warenverzeichnis der Widerspruchsmarke auf allgemeine Verbraucherkreise abzustellen. Die Anfangssilbe "LAN" schwäche als sog. "sprechendes Zeichen" nicht die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke. Den danach an den Markenabstand zu stellenden strengen Anforderungen werde die angegriffene Marke nicht gerecht.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg, da auch nach Auffassung des Senats die Gefahr von Verwechslungen im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG für die von der angegriffenen Marke beanspruchten Waren "Pharmazeutische Erzeugnisse und Präparate für die Gesundheitspflege" besteht.

Der Senat geht bei seiner Entscheidung von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft und damit einem normalen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke aus. Auch wenn der Wortbestandteil "LAN-" wohl auf den Wirkstoff "Lansoprazol" hinweist, weist die Widerspruchsmarke aufgrund ihrer Endsilbe "-ZOR" einen hinreichend phantasievollen Charakter auf. Außerdem kann aus der Kennzeichnungsschwäche eines Markenbestandteils nicht ohne weiteres auf eine eingeschränkte Kennzeichnungskraft der Gesamtbezeichnung geschlossen werden. Zu berücksichtigen ist ferner, dass 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).

Nachdem die Inhaberin der angegriffenen Marke gemäß den §§ 43 Abs 1 MarkenG die Benutzung der Widerspruchsmarke für alle Waren mit Ausnahme des Magen-/Darmpräparates LANZOR mit dem Wirkstoff Lansoprazol bestritten hat und die Widersprechende eine weitergehende Benutzung ihrer Marke auch nicht geltend gemacht hat, ist auf Seiten der Widerspruchsmarke von diesen Waren auszugehen.

Ein Markeninhaber darf dabei allerdings nicht ungebührlich in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt werden. So ist er grundsätzlich nicht auf die konkrete Zusammensetzung der mit der Marke gekennzeichneten Ware oder

eine dafür bestehende Rezeptpflicht beschränkt, welche im Warenverzeichnis nicht enthalten ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats ist im Rahmen der Integrationsfrage nach den Grundsätzen der erweiterten Minimallösung regelmäßig von der Hauptgruppe der Roten Liste auszugehen, in die das konkret benutzte Präparat fällt (BPatG GRUR 2004, 954 – CYNARETTEN/Circanetten - mwN). Da das mit der Widerspruchsmarke gekennzeichnete Produkt unter die Hauptgruppe 60 der Roten Liste "Magen-Darm-Mittel" fällt und die Präparate dieser Hauptgruppe weder auf eine Rezeptpflicht noch auf den Wirkstoff "Lansoprazol" festgelegt sind, kommt eine entsprechende Beschränkung auch nicht für die bei der Widerspruchsmarke zu berücksichtigenden Waren in Betracht.

Entgegen der Ansicht der Inhaberin der angegriffenen Marke kann die Widerspruchsmarke nicht wegen der Rezeptpflichtigkeit des mit ihr gekennzeichneten Produkts so beurteilt werden, als wäre eine Rezeptpflicht ausdrücklich in das Warenverzeichnis aufgenommen worden. Bei einer im Register stehenden Rezeptpflicht wird der Schutzgegenstand der Marke dadurch mitbestimmt. Der vorliegende Fall dagegen ist mit dem vergleichbar, bei dem die Kennzeichnung für eine Spezialware benutzt wird, die unter einen eingetragenen Oberbegriff fällt. Wäre die Benutzung der Widerspruchsmarke insgesamt bestritten worden, jedoch die Benutzung der Kennzeichnung nur für die unter den Oberbegriff fallende rezeptpflichtige Spezialware glaubhaft gemacht worden, könnte die Widersprechende nicht auf eine Rezeptpflicht ihrer Waren eingeschränkt werden. Gleiches muss auch gelten, wenn die rechtserhaltende Benutzung nicht für den gesamten Oberbegriff bestritten wird, sondern davon die mit dem Kennzeichen versehene Spezialware ausgenommen wird. Die Widersprechende kann nicht dadurch schlechter gestellt werden, dass die rechtserhaltende Benutzung für die Spezialware anerkannt wird und sich deshalb eine Glaubhaftmachung der rechtserhaltenden Benutzung der Kennzeichnung für die Spezialware erübrigt.

Hingegen kann nach der erweiterten Minimallösung entgegen der Auffassung der Inhaberin der angegriffenen Marke eine Ausdehnung auf für den von der Widersprechenden weiterhin beanspruchten Oberbegriff "Pharmazeutische Erzeugnisse sowie Präparate für die Gesundheitspflege" nicht anerkannt werden, nachdem sie eine weitergehende Benutzung nicht geltend gemacht hat (BPatG GRUR 2004, 954 – CYNARETTEN/Circanetten).

Die Marken können sich danach auf identischen Waren begegnen, da es sich bei den auf Seiten der Widerspruchsmarke zu berücksichtigenden Magen-Darm-Mittel der Hauptgruppe 60 der Roten Liste sowohl um von der angegriffenen Marke beanspruchte "Pharmazeutische Erzeugnisse" als auch um "Präparate für die Gesundheitspflege" handeln kann.

Da eine Beschränkung auf rezeptpflichtige Arzneimittel auf Seiten der Widerspruchsmarke nicht in Betracht kommt, sind entgegen der Auffassung der Inhaberin der angemeldeten Marke die allgemeinen Verkehrskreise uneingeschränkt für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr zu berücksichtigen. 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. EuGH MarkenR 1999, 236, 239 - Lloyd / Loints, EuGH MarkenR 2002, 231 – Philips/Remington; BGH MarkenR 2002, 124 – Warsteiner III) und der insbesondere allem, was mit der Gesundheit zusammenhängt eine gesteigerte Aufmerksamkeit beizumessen pflegt (vgl. BGH GRUR 1995, 50, 53 - Indorektal/Indohexal).

Die fehlende Beschränkung der Widerspruchsmarke auf ein rezeptpflichtiges Magen-/Darmpräparat führt ferner dazu, dass für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr auch der Markenvergleich in klanglicher Hinsicht unvermindert entscheidungsrelevant bleibt.

Unter diesen Voraussetzungen sind an den markenrechtlichen Abstand strenge Anforderungen zu stellen, denen die angegriffene Marke hinsichtlich der von ihr beanspruchten Waren "Pharmazeutische Erzeugnisse und Präparate für die Gesundheitspflege" jedenfalls in klanglicher Hinsicht nicht gerecht wird.

Maßgebend für die Beurteilung der Markenähnlichkeit ist der Gesamteindruck der Vergleichsmarken, wobei von dem allgemeinen Erfahrungssatz auszugehen ist, dass der Verkehr eine Marke so aufnimmt, wie sie ihm entgegentritt, ohne sie einer analysierenden Betrachtungsweise zu unterwerfen (vgl. Ströbele/Hacker, Markengesetz, 7. Aufl., § 9 Rdnr. 152). Davon ausgehend kommen sich die Markennamen so nahe, dass ein sicheres Auseinanderhalten nicht mehr gewährleistet ist. Zum übereinstimmenden Gesamteindruck tragen wesentlich die identische Silbenzahl, Vokalfolge und Betonungs- bzw. Sprechrhythmus bei. Ferner kann die übereinstimmende Anfangsilbe "LAN" trotz ihres beschreibenden Anklangs bei der Beurteilung des Gesamteindrucks nicht unberücksichtigt bleiben, da selbst kennzeichnungsschwache Bestandteile den jeweiligen maßgeblichen Gesamteindruck der Markennamen durchaus mitbestimmen und im Zusammenhang mit weiteren Ähnlichkeiten beider Marken für die Bejahung der Verwechslungsgefahr Bedeutung erlangen (vgl. Ströbele/Hacker MarkenR, 7. Aufl., § 9 Rdn. 331 mwH). Berücksichtigt man ferner, dass die jeweils zweite Silbe beider Markennamen mit den klangverwandten Konsonanten "Z" und "S" beginnt, ist der klangliche Unterschied in den Konsonanten R/X am Wortende zu gering, um dem Eindruck eines Gleichklangs entscheidend entgegenzuwirken. Da der Verkehr die Marken zudem in aller Regel nicht zeitgleich oder in unmittelbarer zeitlicher Abfolge wahrnimmt und seine Auffassung daher erfahrungsgemäß von einem eher undeutlichen Erinnerungsbild bestimmt wird (vgl. EuGH, MarkenR 1999, 236, 239 – Lloyd/Loints), kann nach Auffassung des Senats eine Verwechslungsgefahr trotz der Kürze der Bezeichnungen nicht verneint werden.

Da bereits die klangliche Verwechslungsgefahr zu bejahen war, kann dahinstehen, ob Verwechslungsgefahr auch in schriftbildlicher Hinsicht besteht.

Die Beschwerde hat daher keinen Erfolg.

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

Kliems

Bayer

Merzbach

Pü