



Fotos: pixelio; forolia – C Anette Linnea Rasmussen

MARKENBILDUNG BRAUCHT MARKENSCHUTZ

Pharmaunternehmen haben es schwer. Patentverluste und die Aut-idem-Regel führen zur Austauschbarkeit von Arzneimitteln. Umso wichtiger: Der Markenschutz für die Produkte. Dieser ist aber nur möglich, wenn das Medikament über ein besonderes Unterscheidungsmerkmal verfügt.

Autoren: Dr. Martin Viefhues und Hanna Karin Held

Patente auf Arzneimittelwirkstoffe und die verbindliche Verschreibung von Medikamenten sichern dem Hersteller beim Arzneimittelvertrieb eine absatzfördernde Alleinstellung. Auslaufende Patente und die Aut-idem-Regel heben diese Alleinstellung auf und führen zur Austauschbarkeit von Arzneimitteln. Gelingt es aber,

- dem Arzneimittel auch nach Auslaufen des rechtlichen Monopols ‚Patent‘ durch ein Allein- oder Vorrangstellungsmerkmal einen komparativen Konkurrenzvorteil (KKV) zu verleihen, sei es die besonders gute Verträglichkeit oder schnellere Wirksamkeit des Medikaments, sei es die Erfahrung des Herstellers mit Präparaten der betreffenden Art oder seinem Forschungs-Renommé,
- den KKV gegenüber den Fachkreisen und Patienten zu kommunizieren,
- im Rahmen der Marketing-Kommunikation den KKV in Symbolen zu kodieren, die den KKV in der Erinnerung der Abnehmer verhaften und ihn bei der Kaufentscheidung aktivieren können und
- diese Symbole sodann rechtlich zu monopolisieren,

kann der durch Patentverlust und Aut-idem-Regel verursachte wirtschaftliche Verlust durch den Fortbestand des rechtlichen Monopols ‚Marke‘ bis zu einem gewissen Grad aufgefangen werden. Denn im Gegensatz zum Patentschutz kann der Markenschutz unbegrenzt verlängert werden. Der rechtliche Schutz der Marke bewirkt dann nicht nur eine faktische Verlängerung des zunächst durch das Patent erlangten Schutzes der Forschungsinvestition, sondern zugleich einen Schutz der Werbeinvestitionen. So wie Patentschutz aber nur möglich ist, wenn das Arzneimittel über einen besonderen Wirkstoff verfügt, ist Markenschutz nur möglich, wenn das Arzneimittel über ein besonderes Unterscheidungsmerkmal verfügt.

Dies bedeutet zweierlei:

- Der KKV des Präparates sollte in der Kommunikation in Symbolen verankert werden, die rechtlich geschützt werden können.
- Alle Symbole, die rechtlich geschützt werden können, sollten zur Verankerung des KKV genutzt werden.

Die Antwort auf die Frage nach den insofern geeigneten Kommunikati-

onssymbolen setzt bei der Definition der Marke im juristischen Sinne an. Diese versteht eine Marke nicht als Zeichensystem und damit als kommunikatives Phänomen ‚brand‘, sondern als einzelnes Zeichen – und zwar jedes mögliche Zeichen – das geeignet ist, die Waren und Dienstleistungen eines Unternehmens von denjenigen eines anderen Unternehmens zu unterscheiden. Diese Definition, so einfach sie klingt, wird gerade im Bereich der pharmazeutischen Marketingkommunikation häufig unterschätzt – und Chancen werden vertan.

Produktunterscheidung hat verschiedene Facetten

Je stärker eine Marke ist, umso eher bleibt sie mit positiven Assoziationen in der Erinnerung eines Menschen. Eine Marke zu stärken ist zunächst von einem guten Produkt und gutem Marketing abhängig. Soll die Marke das betreffende Produkt von anderen unterscheiden, muss sie Distanz wahren und diese Distanz sodann – notfalls mit Hilfe des Rechts – gegen Annäherungen durchsetzen. Dreh- und

Angelpunkt der rechtlichen Durchsetzungskraft einer Marke ist daher die für ihre Funktion als Herkunftshinweis erforderliche Unterscheidungskraft.

An ihr fehlt es im Fall von Markennamen bei Gattungsbezeichnungen, aber auch bei beschreibenden Angaben. Die Abgrenzung zwischen noch schutzfähiger Anspielung und nicht mehr schutzfähiger Beschreibung ist fließend, die Rechtspraxis uneinheitlich und haarspaltig. Gerade dort, wo die Marke eine Aussage transportieren soll, z.B. durch Anlehnung an einen Wirkstoffnamen, einen Anwendungsbereich oder eine sonstige Produkteigenschaft, gerät die Markenfindung zur Gratwanderung. Generell lautet die Empfehlung daher, möglichst phantasievolle, identitätsstiftende, kennzeichnungsstarke Marken zu wählen.

Daneben muss sich die Marke aber auch von den Marken anderer Produkte unterscheiden – in zweierlei Hinsicht: um andere nicht zu beschädigen und um von anderen Marken nicht beschädigt zu werden. Sie muss sich von konkurrierenden Produkten unterscheiden, damit die Rechte an deren Marken insbesondere bei gleichen medizinischen Indikationen nicht verletzt werden, und von nicht konkurrierenden Produkten, damit auch bei verschiedenen medizinischen Indikationen Medikationsfehlern vorgebeugt wird – und muss beides zum eigenen Schutz auch von Marken Anderer verlangen. Während aus markenrechtlicher Sicht relevant ist, ob eine Marke mit einer älteren Marke eines anderen Unternehmens verwechselbar ist und damit eine Irreführung in Bezug auf die Herkunft des Produktes besteht, ist für die Zulassungsbehörden insbesondere von Interesse, ob aus Gründen der Arzneimittelsicherheit eine Verwechslungsgefahr der Präparate etwa bei der Verschreibung besteht. Gerade dieses Dilemma zwischen Markenrecht und Arzneimittelrecht, zwischen der ‚Zulassung‘ durch die Inhaber älterer Markenrechte und der Zulassung durch die Behörden ist charakteristisch für Arzneimittelmarken.

Nicht zuletzt muss die Marke zur Vermeidung von potentiell schädigenden Assoziationen frei von negativen Anklängen sein und – zumindest bei

einer internationalen Verwendung – auch in allen relevanten Sprachen verwendbar. Die Marke ‚Oviol‘ für eine Anti-Baby-Pille wäre beispielsweise in Deutschland nicht problematisch, in Frankreich aufgrund der Bedeutung des Wortes ‚viol‘ (= Vergewaltigung) aber undenkbar.

Der Aufbau einer starken Marke kann zudem unterstützt werden, wenn die verschiedenen Ausgestaltungen des Zeichensystems ‚brand‘ geschützt werden. Der Produktunterscheidung dienen können nämlich nicht nur Pro-

Farben und Formen von Produkten oder Produktverpackungen werden zwar von den Ärzten, Apothekern und Patienten, meist nur als Dekoration aufgefasst. Ihnen muss man die Markeneigenschaft zunächst im Rahmen der Werbung nahebringen: Die Farbe oder Form muss als Herkunftshinweis hervorgehoben werden, wie im Fall von ‚ADO-Gardinen – die mit der Goldkante‘ oder ‚YELLO – gelb, gut, günstig‘. Wie die Lektion erteilt wird, ist – solange die Farbe oder Form einheitlich, stimmig und prä-

Generell lautet die Empfehlung daher, möglichst phantasievolle, identitätsstiftende, kennzeichnungsstarke Marken zu wählen.



duktnamen, Logos und Slogans. Vielmehr haben sich verschiedenste Zeichen als Unterscheidungsmerkmale und damit rechtlich schützbar, d.h. monopolisierbare Marken etabliert, z.B. Farben, Produkt- oder Verpackungsformen, Werbe-Jingles, Symbolpositionen, und ständig wird experimentiert. Nicht jeder Werbeeffect ist schutzfähig. Entscheidend ist jedoch das Bewusstsein, dass jegliche Form von Unterscheidungsmerkmalen möglicherweise geschützt werden kann und daher als kommunizierbares Symbol eines KKV in Betracht kommt. Dieses Potential gilt es auszuschöpfen.

gend verwendet wird – der Kreativität der Werbefachleute überlassen. Entscheidend ist, dass die Lektion gelernt wird. Nur dann, wenn sich die Farbe oder Form aufgrund seiner Kommunikation als Unterscheidungsmerkmal durchgesetzt hat, ist sie Marke im Rechtssinn und damit schutzfähig. Dann kann sie unterscheidend wirken. Die Patienten werden es schätzen, wenn sie in der Apotheke nicht mehr befürchten müssen, missverstanden zu werden, wenn sie z.B. „Atom-Aspirin“ (Thomapyrin) verlangen oder nur „den komischen Namen mit U“ (Umckaloabo) angeben können. Es genügt dann zu sagen: „Die Grüne gegen Kopfschmerzen, bitte.“



Dr. Martin Viefhues

ist Rechtsanwalt und Geschäftsführer der JONAS Rechtsanwalts-gesellschaft mbH. Er berät und vertritt nationale und internationale Unternehmen insbesondere der Arzneimittel- und der Lebensmittelbranche in rechtlichen Fragen des Marketing (Marken und Design, Werbung und Medien). Zudem war er mehrere Jahre als Justitiar in der Markenabteilung eines internationalen Unternehmens tätig.



Hanna Karin Held

ist Rechtsanwältin der JONAS Rechtsanwalts-gesellschaft mbH. Sie berät und vertritt nationale und internationale Unternehmen in Fragen des Gewerblichen Rechtsschutzes sowie im Wettbewerbs- und Heilmittelwerberecht. Vor ihrer Tätigkeit als Rechtsanwältin war sie in der Abteilung Fachrecht des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) beschäftigt.