

BUNDESPATENTGERICHT

25 W (pat) 99/02

(Aktenzeichen)

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die angegriffene Marke 396 48 883

hat der 25. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts in der Sitzung vom 30. Januar 2003 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Kliems sowie des Richters Engels und der Richterin Bayer

beschlossen:

Die Beschwerde der Widersprechenden wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

Die am 8. November 1996 zur Eintragung in das Markenregister angemeldete Bezeichnung

Flosema

ist nach Teillöschung des Warenverzeichnisses im Widerspruchsverfahren vor dem DPMA noch für die Waren "Pharmazeutische Erzeugnisse zur inneren Anwendung, nämlich Abführmittel" eingetragen. Die Veröffentlichung der Eintragung erfolgte am 10. April 1997.

Widerspruch erhoben hat die Inhaberin der seit dem 28. Oktober 1957 ua für "Parfümerien, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, insbesondere Lippenstifte...; ätherische Öle, Seifen, Wasch- und Bleichmittel" eingetragenen Marke 707 775

Florena,

deren Benutzung bereits im Verfahren vor dem DPMA für den Zeitraum vom 10. April 1992 bis 10. April 1997 (Einrede nach § 43 Abs 1 Satz 1 MarkenG) be-

stritten worden ist. Die Inhaberin der angegriffenen Marke hat die Benutzungseinde auch im Beschwerdeverfahren aufrecht erhalten.

Die Markenstelle hat in zwei Beschlüssen, von denen einer im Erinnerungsverfahren ergangen ist, den Widerspruch mangels hinreichender Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Widersprechende die angegebenen Absatzmengen in bezug auf die einzelnen Waren und den hiermit erzielten Inlandsumsatz nicht hinreichend konkretisiert habe. Zudem genüge die von dem Geschäftsführer der Widersprechenden abgegebene eidesstattliche Versicherung nicht den formalen und inhaltlichen Anforderungen.

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

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

Die Widersprechende hat zur Glaubhaftmachung der bestrittenen Benutzung der Widerspruchsmarke im Beschwerdeverfahren weitere umfangreiche Benutzungunterlagen (Auszüge aus Marktanalysen, Rechnungen, Prospektmaterial und Veröffentlichungen) sowie weitere eidesstattliche Versicherungen ihres Marketingleiters einschließlich konkreter Absatz-Stückzahlen der einzelnen Produkte für die Jahre 1997-1998 zur Verwendung der Widerspruchsmarke "Florena" für diverse Kosmetik- und Körperpflegeprodukte, insbesondere Creme, Lotionen für Körper und Hände, Gesichtspflege, Duschzusätze, Seifen, Deodorants und Haarpflegemittel eingereicht. Die Widersprechende hat hierzu ergänzend ausgeführt, dass die in den neuen Bundesländern bereits seit 1955 ununterbrochen benutzte und bekannte Marke "Florena" seit 1992 auch im gesamten Bundesgebiet zur Kennzeichnung dieser Produkte verwendet worden sei und – wie die vorgelegten Verbraucher- und Marktanalysen belegten - seit 1996 auch den Verbrauchern im

Westen bekannt sei. Auf Hinweis des Senats hat die Widersprechende ergänzend ausgeführt, dass es sich bei den mit der Widerspruchsmarke gekennzeichneten kosmetischen Produkten und den gegenüber stehenden Abführmitteln jeweils um Waren des täglichen Bedarfs handele, die uneingeschränkt allen Verbrauchern in den gleichen Vertriebsstätten zB in Supermärkten zum Kauf angeboten würden und heutzutage in einem Regal angeordnet seien. Deshalb bestehe eine unmittelbare Warennähe und Warenähnlichkeit, die wegen der hinzukommenden großen Ähnlichkeit der Marken auch eine Verwechslungsgefahr begründe.

Der Inhaber der angegriffenen Marke beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke sei auch unter Berücksichtigung der im Beschwerdeverfahren vorgelegten Unterlagen und eidesstattlichen Versicherungen nach wie vor nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Unabhängig hiervon sei bereits im Verfahren vor dem DPMA darauf hingewiesen worden, dass der Widerspruch bereits mangels bestehender Warenähnlichkeit zurückzuweisen sei.

Wegen der Einzelheiten wird auf die angefochtenen Beschlüsse, die Schriftsätze der Beteiligten einschließlich der vorgelegten Unterlagen und auf den weiteren Akteninhalt 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 gemäß §§ 42 Abs 2 Nr 1, 43 Abs 2 Satz 2 MarkenG zu Recht zurückgewiesen worden.

1) Nachdem der Inhaber der angegriffenen Marke die nach § 43 Abs 1 Satz 1 MarkenG mögliche Einrede mangelnder Benutzung der Widerspruchsmarke für alle Waren erhoben und die Widersprechende eine Benutzung für diverse Kosmetik- und Körperpflegeprodukte, insbesondere Creme, Lotionen für Körper und Hände, Gesichtspflege, Duschzusätze, Seifen, Deodorants und Haarpflegemittel glaubhaft gemacht hat, ist für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr und der insoweit maßgeblichen Warenähnlichkeit auf diese Waren abzustellen, § 43 Abs 1 Satz 3 MarkenG. Hierbei besteht entgegen der Ausführungen des Inhabers der angegriffenen Marke jedenfalls unter Berücksichtigung der von der Widersprechenden im Beschwerdeverfahren zusätzlich vorgelegten Unterlagen und eidesstattlichen Versicherungen kein Anlass, an einer ausreichenden Glaubhaftmachung der nach § 26 MarkenG maßgeblichen und substantiierten Benutzungstatfachen im Sinne von § 82 Abs 1 MarkenG iVm § 294 ZPO zu zweifeln. Die danach in dem maßgeblichen Benutzungszeitraum vom 10. April 1992 bis 10. April 1997 gekennzeichneten Produkte können auch unter die im Warenverzeichnis aufgeführten Oberbegriffe der "Parfümerien, Mittel zur Körper- und Schönheitspflege, Seifen" subsumiert werden. Insbesondere bedarf es zur Glaubhaftmachung einer ernsthaften Benutzung auch keiner Angabe konkreter Umsatzzahlen, wenn sich die Ernstlichkeit anhand anderer Umstände, wie der von der Widersprechenden im Beschwerdeverfahren für den maßgeblichen Zeitraum vorgelegten beachtlichen Stückzahlen der einzelnen Produkte und inlandsbezogener Marktbefragungen ergibt. Dies bedarf jedoch keiner Vertiefung, da es hierauf nicht entscheidungserheblich ankommt.

Zugunsten der Widersprechenden kann eine rechtserhaltende Benutzung der Widerspruchsmarke auch im Rahmen der Integrationsfrage auf die entsprechenden kosmetischen Produkte, mithin Seife, Creme, Lotionen, Haarpflegemittel, Parfüms allgemein erstreckt werden (vgl zur Integrationsfrage BGH GRUR 1990, 39 ff

- Taurus - und GRUR 1999, 164, 165 - JOHN LOBB; BPatG Mitt 1979, 223 - Mastu; BPatG GRUR 1995, 488, 489 - APISOL / Aspisol). Denn auch wenn man diese für die Beurteilung der Warenähnlichkeit den von der angegriffenen Marke "Florema" beanspruchten "Pharmazeutischen Erzeugnissen zur inneren Anwendung, nämlich Abführmittel" gegenüber stellt, ist der Widerspruch aus der Marke "Florena" im Hinblick auf die allenfalls sehr entfernte Warenähnlichkeit und die hieraus resultierenden geringen Anforderungen an den Markenabstand mangels bestehender Verwechslungsgefahr im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG zurückzuweisen.

2) Die Beurteilung der markenrechtlichen Verwechslungsgefahr ist nach ständiger Rechtsprechung unter Heranziehung aller Umstände des Einzelfalls umfassend vorzunehmen. Dabei ist von einer Wechselwirkung der Beurteilungsfaktoren der Waren-/Dienstleistungsidentität oder -ähnlichkeit, der Markenidentität oder -ähnlichkeit und der Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke mit der Verwechslungsgefahr auszugehen, so dass zB ein geringerer Grad der Ähnlichkeit der Waren/Dienstleistungen durch einen höheren Grad der Ähnlichkeit der Marken oder der Kennzeichnungskraft der älteren Marke ausgeglichen werden kann (zur ständigen Rspr vgl BGH MarkenR 2002, 332, 333 – DKV/OKV; BPatG GRUR 2001, 513, 515 – CEFABRAUSE/CEFASEL – jeweils mwN). Wechselwirkung von Waren- und Markenähnlichkeit bedeutet danach nicht – was manchmal wohl noch missverstanden wird – dass sich die relevanten Faktoren direkt gegenseitig beeinflussen (vgl bereits Kliems GRUR 1995, 198 – Relativer Ähnlichkeitsbegriff bei Waren/Dienstleistungen im neuen Markenrecht). So führt zB eine hochgradige Markenähnlichkeit nicht etwa zur Annahme eines höheren Grades der Warenähnlichkeit als dies bei geringerer Markenähnlichkeit und derselben Warenkonstellation der Fall wäre.

3) Aus der Wechselwirkung der Faktoren und ihrer Auswirkung auf die Beurteilung des Rechtsbegriffs der Verwechslungsgefahr, der seinerseits im Hinblick auf die Herkunftsfunktion der Marke als Hauptfunktion (vgl EugH MarkenR 2001,

403, 405 – Bravo) auszulegen ist (vgl bereits EuGH WRP 1998, 1165, 1166 - Canon), folgt zugleich, dass auch die Herkunftsfunktion für die begriffliche Bestimmung und Grenzziehung der Ähnlichkeit (der Waren/DL) im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG maßgeblich ist, das heißt im Hinblick auf die Verwechslungsgefahr auszulegen ist (vgl bereits EUGH WRP 1998, 1165, 1166-1167 – Canon; BGH GRUR 1999, 731, 732-733 – Canon II; vgl auch zuletzt BPatG GRUR 2002, 345, 347 – ASTRO BOY/Boy). Deshalb handelt es sich bei dem Begriff der Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen nach dem MarkenG gegenüber dem Gleichartigkeitsbegriff nach dem WZG prinzipiell um einen neuen, eigenständigen Rechtsbegriff (vgl bereits BPatG 1995, 584, - SONETT; BPatG GRUR 1996, 204 - Swing), der nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH und BGH unter Heranziehung des Inhalts des 10. Erwägungsgrunds zur Markenrechtsrichtlinie und der hierin genannten Gewährleistung der Herkunftsfunktion der Marke im Sinne einer umfassenderen "betrieblichen Zuordnung" zu sehen ist: Diese wird nicht mehr durch die Vorstellung (vermeintlich) gleicher örtlicher Herstellungsstätten bestimmt – wenngleich eine solche Feststellung natürlich nach wie vor große Bedeutung hat – sondern kann auch durch die Erwartung des Verkehrs von einer Verantwortlichkeit desselben oder eines wirtschaftlich verbundenen Unternehmens für die Qualität der Waren begründet sein (EuGH MarkenR 1999, 22, 24, Ziff. 28, 29 - Canon; BGH MarkenR 1999, 242, 245 - Canon II mwN; BGH GRUR 1999, 245, 246 – LIBERO; BGH GRUR 2002, 544, 546 – Bank 24 – zur Dienstleistungsähnlichkeit) und räumt deshalb dem Gedanken einer gemeinsamen betrieblichen Verantwortung und Ursprungsidentität nach wie vor das stärkste Gewicht ein (vgl auch Althammer/Ströbele, MarkenG 6. Aufl., § 9 Rdn 53).

a) Bei einer solchen, an der Verwechslungsgefahr und der Herkunftsfunktion der Marke orientierten Grenzziehung der Warenähnlichkeit bleiben die Kriterien, wie sie auch bereits zur Warengleichartigkeit entwickelt wurden, von wesentlicher Bedeutung. Neben objektiven Umständen, wie - zB die stoffliche Beschaffenheit, die regelmäßige Vertriebs- und Erbringungsart, der Verwendungszweck, die wirtschaftliche Bedeutung oder die Eigenart als miteinander konkurrierende oder ein-

ander ergänzende Produkte und Leistungen (vgl. EuGH WRP 1998, 1165, 1167 - Canon; BGH GRUR 1999, 158, 159 - GARIBALDI; GRUR 1999, 164, 166 - JOHN LOBB mwN; BGH GRUR 2002, 1079, 1081-1082 – TIFFANY II; vgl. auch BPatG MarkenR 2000, 103, 105 – Netto 62; HABM MarkenR 2002, 448, 452 - Linderhof/Lindenhof) – ist insbesondere auch die Berücksichtigung der subjektiven Erwartung des angesprochenen Verkehrs von einer einheitlichen Ursprungsgarantie und Verantwortlichkeit desselben Unternehmens für die Qualität der Waren erforderlich (st. Rspr. seit EuGH WRP 1998, 1165, 1167-1168 - Canon; BGH GRUR 1999, 731, 733 – Canon II; vgl. zum WZG BGH GRUR 1989, 347 - MICROTONIC; BGH GRUR 1991, 317, 319 – MEDICE).

b) Im Interesse eines ausreichenden Schutzzumfangs und nach der Systematik der §§ 9 Abs 1 Nr 2, 14 Abs 2 Nr 2 MarkenG erscheint es - anders als nach der früheren und insoweit oft kritisierten Rechtsprechung zur Warengleichartigkeit nach § 5 Abs 4 WZG – aber zusätzlich geboten, für die Grenzziehung des Ähnlichkeitsbereichs der Waren und Dienstleistungen die Kennzeichnungskraft einzubeziehen und die Grenze der Waren/Dienstleistungs-Ähnlichkeit so weit zu ziehen, wie die Verwechslungsgefahr bei identischen Marken und höchster Kennzeichnungskraft der älteren Marke reicht, das heißt auf einen größt möglichen Schutzbereich der älteren Marke abzustellen (vgl. Althammer/Ströbele MarkenG, 6. Aufl., § 9 Rdn 34, 41; vgl. auch Templitzky GRUR 1996, 1, 4; dagegen Bous GRUR 2002, 19, 24 - zu dem Versuch einer Grenzziehung anhand einer rein produktbezogenen abstrakten Begriffsbestimmung). Diese insbesondere der Gewährleistung der Herkunftsfunktion der Marke Rechnung tragende Auffassung, welche die Grenzen der Ähnlichkeit absolut, aber im Gegensatz zu Rechtslage nach dem Warenzeichengesetz auch im Hinblick auf die Kennzeichnungskraft interpretiert und damit zugleich erweitert (vgl. Althammer/Ströbele MarkenG, 6. Aufl., § 9 Rdn 34; missverständlich Bous GRUR 2002, 19, 21 diese Ansicht als relatives Interpretationsmodell einordnend), entspricht zwischenzeitlich auch gefestigter Rechtsprechung. Die absolute Grenze der Ähnlichkeit der Waren bzw. Dienstleistungen liegt demnach dort, wo trotz Identität der Marken und einer älteren Marke mit größtem

Schutzumfang angesichts des Abstands der Waren bzw Dienstleistungen eine Verwechslungsgefahr auszuschließen und allenfalls eine unlautere Verwässerung oder Rufausbeutung im Sinne von §§ 9 Abs 1 Nr 3, 14 Abs 2 Nr 3 MarkenG möglich ist (vgl Althammer/Ströbele MarkenG § 9 Rdn 34, 41; BGH MarkenR 2001, 204 – EVIAN/REVIAN; BPatG GRUR 2002, 345, 347 – ASTRO BOY/Boy).

4) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist vorliegend allenfalls von einer nur noch am Rande bestehenden, entfernten Warenähnlichkeit auszugehen. Denn die maßgeblichen Kosmetika - wie Seife, Creme, Lotion, Haarpflegemittel - weisen zu den "pharmazeutischen Erzeugnissen zur inneren Anwendung, nämlich Abführmittel" Berührungspunkte weder stofflicher Art noch hinsichtlich ihrer jeweiligen Zweckbestimmung auf und werden auch nicht nebeneinander als sich ergänzende oder miteinander konkurrierende Produkte angeboten und erworben oder bekanntermaßen von denselben Betrieben hergestellt (vgl hierzu auch BGH GRUR 2001, 507 – EVIAN/REVIAN; BGH GRUR 2002, 1079, 1082 – TIFFANY II). Der Verbraucher hat auch keine Veranlassung aufgrund sonstiger Umstände - wie zB einer erfahrungsgemäß oder traditionell gemeinsamen betrieblichen Herkunft der unterschiedlichen Produkte (vgl hierzu zB BGH GRUR 2002, 1079, 1082 – TIFFANY II – zur Warengleichartigkeit von Brillenfassungen mit Vergrößerungsgläsern) - zu der Annahme, diese stünden dennoch unter einer einheitlichen Kontrollverantwortung.

Auch der Senat ist der Ansicht und geht zugunsten der Widersprechenden davon aus, dass für die Beurteilung der Verkehrsauffassung – dem für die Feststellung der Verwechslungsgefahr geltenden Grundsatz folgend - auf den Zeitpunkt der Entscheidung und nicht auf denjenigen der Anmeldung der angegriffenen Marke im Jahre 1996 abzustellen ist (vgl hierzu auch Althammer/Ströbele MarkenG 6. Aufl., § 9 Rdn 51, aA Ingerl/Rohnke MarkenG 1998, § 14 Rdn 240; wohl auch BGH GRUR 1999, 731, 732 – Canon II). Deshalb ist auch die insbesondere in den letzten Jahren gestiegene und zunehmend dem Zeitgeist entsprechende Bedeutung sogenannter "Gesundheitsprodukte" - seien es Nahrungsergänzungsmittel,

Diätetika aber auch Kosmetika (vgl zB Kiethé, Groesche WRP 1999, 973 – Die Bewerbung funktioneller Lebensmittel mit gesundheitsdienlichen Aspekten) und deren Vertrieb außerhalb der Apotheke in die Betrachtung einzubeziehen. Im Hinblick auf die vorliegend maßgebliche konkrete Warenkonstellation bestehen jedoch - anders als möglicherweise im Verhältnis von Arzneimitteln allgemein oder von Dermatika zu Dermokosmetika (Präparate zur Reinigung, zum Schutz und zur Pflege der Haut sowie zur Vorbeugung und Behandlung von Hauterkrankungen) oder sonstigen gesundheitsfördernden Einreibemitteln (vgl zB BGH WRP 2001, 542 – Franzbranntwein-Gel) - keine Anhaltspunkte für eine derartige zunehmende Annäherung der unterschiedlichen Herstellerzuordnung dieser arzneilichen und kosmetischen Produkte durch den Verbraucher.

a) So definiert § 4 Abs 1 LMBG kosmetische Mittel als diejenigen Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die dazu bestimmt sind, äußerlich am Menschen oder in seiner Mundhöhle zur Reinigung, Pflege oder zur Beeinflussung des Aussehens oder des Körpergeruchs oder zur Vermittlung von Geruchseindrücken angewendet zu werden, es sei denn, dass sie überwiegend dazu bestimmt sind, Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden zu lindern oder zu beseitigen. Aus dieser Definition geht hervor, dass vornehmliche Zweckbestimmung von Kosmetika die äußerliche Anwendung am Menschen zur Reinigung, Pflege, Beeinflussung des Aussehens oder des Körpergeruchs oder die Vermittlung von Geruchseindrücken ist, während andererseits die gleichzeitige Krankheitsprophylaxe nicht der Einordnung eines Mittels als Kosmetikum entgegensteht, sofern dieser Zweck aus der Sicht des Verbrauchers nicht überwiegt (vgl zB BGH WRP 2001, 542 – Franzbranntwein-Gel; BVerwG NJW 1998, 3433, 3334; OLG Hamburg PharmR 2000, 129), selbst wenn arzneiliche oder sogar verschreibungspflichtige Wirkstoffe Stoffe enthalten und wie zB in Sonnenschutz- oder Babycremes, ätherische Öle auch der Vorbeugung von Erkrankungen dienen können (vgl hierzu Kloesel/Cyran, AMG, zu § 2 Anm. 87, Anm. 89 m – zu Wirkstoffen, Anm 92; Zipfel/Rathke, Lebensmittelrecht, Band II, zu § 4 LMBG Rdn 42 mit weiteren Hinweisen). Demzufolge kommt auch der überwiegenden Zweckbestimmung, wie sie

sich aus der Sicht des durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Betrachters darstellt, für die Einordnung eines Mittels als Arzneimittel oder Kosmetikum entscheidende Bedeutung zu (vgl BGH WRP 2001, 542, 543 - Franzbranntwein-Gel; BVerwG NJW 1998, 3433).

b) Danach können zwar Kosmetika und Arzneimittel durchaus deutliche Berührungspunkte aufweisen und ohne weiteres ähnliche Waren sein, wie zB die Gegenüberstellungen von Dermatika oder medizinischen Haarpräparaten zu „Dermokosmetika“ oder die Nähe kosmetischer ätherischer Öle zu Atemwegsarzneimitteln zeigen (vgl zB BGH WRP 2001, 542, 543 - Franzbranntwein-Gel; OLG Hamburg PharmR 2000, 129 – zu Haarwaschmittel; PAVIS PROMA, Kliems, BPatG 25 W (pat) 228/98 – Musan=Mouson – zu ätherischen Ölen; OLG Karlsruhe ZLR 1999, 488 – Neurodermitis Creme). Vorliegend ist jedoch zu beachten, dass nach der konkret maßgeblichen Warenkonstellation in jeder Hinsicht eine gemeinsame oder ähnliche Zweckbestimmung oder sonstige aus der Sicht der Verbraucher herkunftsbezogene Gemeinsamkeit der sich gegenüber stehenden Waren ausgeschlossen ist. Denn weder kommen vorliegend Überschneidungen in der Art der Darreichung und Anwendung dieser Waren noch in bezug auf den Verwendungszweck bzw die Indikation in Betracht. Auch sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass trotz der in der Anwendung und Zweckbestimmung völlig unterschiedlichen Waren aus der Sicht des Verbrauchers Veranlassung bestehen könnte, bei identischer Kennzeichnung sich gegenüberstehender Produkte und einer starken oder höchster Kennzeichnungskraft der älteren Marke eine einheitliche betriebliche Zuordnung und Produktverantwortlichkeit anzunehmen.

c) Die Tatsache, dass die Produkte gleichzeitig auch in Supermärkten, Apotheken usw angeboten werden – wenn auch entgegen der Ansicht der Widersprechenden regelmäßig nicht in unmittelbarer räumlichen Beziehung zueinander – rechtfertigt keine wesentlich andere Beurteilung. Denn auch wenn nach ständiger Rechtsprechung Berührungspunkte im Vertrieb der Waren in die Beurteilung der Warenähnlichkeit einzubeziehen sind (vgl BGH MarkenR 2001, 204, 206 - EVIAN/

REVIAN - mwN), so ist vorliegend jedoch zu berücksichtigen, dass insbesondere in Supermärkten ein breit gefächertes Angebot völlig unterschiedlicher Waren - von Bekleidung, Sport-, und Haushaltswaren über Lebensmittel jeglicher Art bis hin zu frei verkäuflichen Arzneimitteln - zum Kauf angeboten werden, die aus der Sicht des Verbrauchers keiner einheitlichen Produktverantwortung unterliegen – anders als zB Produkte des augenoptischen Bereichs, die in Fachgeschäften in den Verkehr gebracht werden (vgl BGH GRUR 2002, 1079, 1082 – TIFFANY II - zur Warengleichartigkeit ua von Schmuckwaren und Vergrößerungsgläsern mit Brillengestellen). Ansonsten müssten zB auch eine Arzneimitteltablette und Mineralwasser als sich einander ergänzende und in Supermärkten angebotene Produkte ohne weiteres ähnlich sein.

Maßgeblich muss vielmehr die Eigenart der Waren und ihrer Beziehung zueinander sein, dh die Frage, ob die feststellbaren Gemeinsamkeiten im konkreten Fall für die angesprochenen Verkehrskreise die Annahme gemeinsamer oder doch miteinander verbundener Herstellungsstätten nahe legen (vgl auch BGH GRUR 1999, 731, 733 – Canon II; BPatG GRUR 2002, 345, 347 – ASTRO BOY/Boy; HABM MarkenR 2002, 448, 452 - Linderhof/Lindenhof – zur Ähnlichkeit von Mineralwasser und Sekt, Ähnlichkeit nur im äußersten Randbereich annehmend), das heißt, die Ähnlichkeit ist herkunftsbezogen zu bewerten.

d) Die insoweit bestehende Gemeinsamkeit gemeinsamer Vertriebsstätten kann deshalb vorliegend nur ein wenig aussagekräftiges und eher untergeordnetes Abgrenzungskriterium darstellen. Auch der Bundesgerichtshof hat für die Beurteilung der Ähnlichkeit zwischen den Waren Wein und Mineralwasser (vgl BGH MarkenR 2001, 204, 206 EVIAN/REVIAN mwN) neben der nebeneinander erfolgenden Präsentation im Handel ausdrücklich darauf abgestellt, dass diese Waren ihrer Funktion nach nah beieinander lägen, im Handel nebeneinander beworben und in vermischter Form angeboten und konsumiert würden und der Verkehr die Vorstellung korrigiere, Wein und Mineralwasser stammten durchweg aus unterschiedlichen, miteinander nicht verbundenen Unternehmen. Auch liegen vorlie-

gend keine besonderen Umstände vor, welche auf eine diesbezügliche Fehlvorstellung des Verkehrs schließen lassen und die Feststellung der Ähnlichkeit nahe legen (vgl hierzu BGH GRUR 1999, 731, 732 Canon II; GRUR 1999, 586, 587 - White Lion).

Eine diesbezügliche Schlussfolgerung des Verkehrs auf eine einheitliche Kontrollverantwortung könnte sich vorliegend allenfalls mittelbar - und zudem sehr entfernt - über die auch den Verbrauchern allgemein bekannte Tatsache ziehen lassen, dass Arzneimittelhersteller in der Regel nicht nur Spezialarzneimittel oder solche eines bestimmten Indikationsbereichs, wie zB Magen-Darmarzneimittel herstellen, sondern auch solche Arzneimittel, die - wie zB Dermatika - den hier gegenüberstehenden kosmetischen Präparaten sehr nahe stehen können. Insoweit erscheint allerdings fraglich, ob hierbei auch darauf abgestellt werden darf, dass für den Verbraucher bei bekannten oder gar berühmten Kennzeichnungen, wie zB den Produkt- oder insbesondere den Dachmarken großer Arzneimittelhersteller, im Einzelfall und je nach Art der konkreten Marke in besonderem Maße eine derartige mittelbare gedankliche Verbindung und Zuordnung einer gemeinsamen Produktverantwortlichkeit für die unterschiedlichen Waren nahegelegt sein kann. Ebenso erscheint fraglich, ob für die Beurteilung der Waren/Dienstleistungsähnlichkeit im Hinblick auf das Gebot einer an Herkunft und Schutzbereich orientierten Auslegung – den Grundsätzen der Verwechslungsgefahr folgend – auch auf Fehlvorstellungen des Verkehrs abzustellen ist, welche nur im Einzelfall durch besondere Umstände veranlasst sind (vgl hierzu auch BGH GRUR 1999, 731, 732 – Canon II; GRUR 1999, 586, 587 – White Lion; BGH WRP 1999, 528, 530 - TIFFANY) und damit die Beurteilung der Waren/Dienstleistungs-Ähnlichkeit von der gebotenen generalisierenden Betrachtungsweise losgelöst wird (vgl hierzu Althammer/Ströbele MarkenG, 6. Aufl., § 9 Rdn 67). Vorliegend bedarf dies jedoch keiner abschließenden Entscheidung, da der Senat zugunsten der Widersprechenden noch eine – wenn auch nur sehr entfernte - Ähnlichkeit der sich gegenüber stehenden Waren unterstellen kann.

5) Konsequenz dieses Systems der Abhängigkeit der Verwechslungsgefahr von der Wechselwirkung mit den einzelnen Faktoren und der begrifflichen Orientierung an der betrieblichen Herkunftsfunktion der Marke ist zugleich, dass die verschiedenen Faktoren zu gewichten und in ihrem Zusammenwirken zu bewerten sind. Deshalb kann selbst bei identischen oder sehr ähnlichen Marken eine Verwechslungsgefahr zu verneinen sein, wenn die ältere Marke (nur) eine normale Kennzeichnungskraft aufweist und nur eine am Rande liegende oder sehr entfernte Ähnlichkeit der sich gegenüberstehenden Waren/Dienstleistungen festzustellen ist (vgl. Althammer/Ströbele MarkenG, 6. Aufl., § 9 Rdn 34; BPatG GRUR 1996, 204, 206 – Swing; BPatG GRUR 2002, 345, 346 – ASTRO BOY/Boy). So ist es auch vorliegend.

a) Der Senat geht bei seiner Entscheidung von einer durchschnittlichen Kennzeichnungskraft und einem normalen Schutzzumfang der Widerspruchsmarke aus, wobei im Hinblick auf die dargelegte langjährige Benutzung sowie die glaubhaft gemachten Stückzahlen und Umfrageergebnisse insbesondere zu dem Produkt "Florena Creme" zu Gunsten der Widersprechenden eine innerhalb dieses Rahmens im oberen Bereich liegende Kennzeichnungskraft zugrundegelegt wird. Eine darüber hinaus gesteigerte Verkehrsgeltung der Widerspruchsmarke mit überdurchschnittlichem oder gar sehr hohem Schutzzumfang, wie sie die Widersprechende im Zusammenhang mit der Glaubhaftmachung der Benutzung durch die Formulierung der "bekanntem" Marke angesprochen hat, konnte dagegen nicht angenommen werden. Die insoweit im Rahmen der Glaubhaftmachung der Benutzung der Widerspruchsmarke vorgelegten Marktanalysen und eidesstattlich versicherten Absatzmengen bzw Stückzahlen sämtlicher "Florena" Produkte im gesamten Bundesgebiet für den Zeitraum 1992 bis 2000 bzw die für die Jahre 1997, 1998 aufgeschlüsselten Einzelangaben lassen keine Rückschlüsse zu auf eine überdurchschnittliche Bekanntheit der Widerspruchsmarke im maßgeblichen gesamten Bundesgebiet und einen hieraus resultierenden überdurchschnittlichen Schutzzumfang im maßgeblichen Zeitpunkt der Anmeldung der angegriffenen Marke im Jahre 1996 (vgl hierzu Althammer/Ströbele MarkenG 6. Aufl., § 9 Rdn 24

mwN) wie auch in bezug auf einen späteren Zeitpunkt. Denn die insoweit vorgelegten Unterlagen, wie die Brigitte-Kommunikationsanalyse, weisen zwar beachtliche Bekanntheitsgrade der Widerspruchsmarke auf, wie zB für Gesichtspflegemittel mit einem für das Jahr 1996 angegebenen Bekanntheitsgrad von 84% in den östlichen Bundesländern. Dem steht aber für denselben Zeitraum eine nur relativ geringe Bekanntheit von 12% in den westlichen Bundesländern gegenüber, so dass sich der allein maßgebliche bundesweite Wert unter Berücksichtigung der in der Studie angegebenen regionalen Bevölkerungszahlen auf ca. 27% relativiert. Entsprechende, regional abweichende Werte finden sich für Cremes, Lotionen (83% zu 13%) oder für Dusch-Badezusätze und Seifen (76% zu 15 %), welche die Widersprechende auch für den Zeitraum 1994 bis 2002 in der vorgelegten Übersicht "Florena im Trend", zusammengefasst hat, wenn diese auch bundesweit eine deutlich positive Entwicklung bis zum Jahre 2002 aufweisen (zB Bekanntheit von "Cremes, Lotionen": West 32%; Ost 87%). Insoweit muss bei der Bewertung auch berücksichtigt werden, dass sich der bundesweite Bekanntheitsgrad von 27% für Gesichtspflegemittel in der über 80 Konkurrenzprodukte umfassenden Gesamtstudie allenfalls als durchschnittlich erweist, während eine Vielzahl von Konkurrenzprodukten (ca ein Drittel) deutlich höhere Durchschnittswerte erzielen konnten, wie zB "Avon (West 76%; Ost 32%); "bebe" (West 70%; Ost 57%); "Ellen Betrix" (West 77%; Ost 62 %); "frei öl" (West 67%; Ost 51 %); "Labello" (West 69%;=st 39%); "Jade" (West 82%; Ost 72%), "Kamill (West 71%; Ost 60 %); "Nivea Visage (West 79%; Ost 69%); "Oil of Olaz" (West 86%; Ost 73%) "Penaten (West 73% Ost 64 %); "Pond's (West 75%; Ost 64%) usw. Die Aussagekraft der Studie und des ermittelten Bekanntheitsgrades der Widerspruchsmarke - dies gilt für die sonstigen Jahre und Produkte entsprechend - muss aber in der Relation zu diesen Vergleichszahlen gesehen werden, so dass vorliegend aus einem Bekanntheitsgrad von unter 30% keineswegs ohne weitere besondere Umstände auf eine gesteigerte oder sogar hohe Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke geschlossen werden kann.

Im Ergebnis ist deshalb aufgrund der Angaben der Widersprechenden und der vorgelegten Unterlagen selbst bei großzügiger Betrachtung die Kennzeichnungskraft der Widerspruchsmarke nur als im oberen Bereich der Bandbreite normaler Kennzeichnungskraft einzustufen, auch wenn für die Bejahung einer gesteigerten oder hohen Kennzeichnungskraft nicht allgemein und abstrakt der Nachweis eines bestimmten oder prozentualen Bekanntheitsgrads oder Marktanteils gefordert werden kann, sondern die gesamten Umstände im Einzelfall maßgebend sind (vgl dazu EuGH MarkenR 1999, 236, 239, Tz 24. - Lloyd/Loint's). Derartige sonstige Umstände, welche eine andere, für die Widersprechende günstigere Bewertung rechtfertigen könnten, sind aber weder von der Widersprechenden vorgebracht noch liquide und auch nicht noch weitergehend eigenständig von Amts wegen zu ermitteln (vgl hierzu auch BGH GRUR 2002, 1067, 1069 – DKV/OKV; BPatG GRUR 2001, 513 – CEFABRAUSE/CEFASEL; BPatGE 44, 1 - Korodin).

b) Im Ergebnis sind deshalb unter Berücksichtigung der erheblichen Warenferne und des Schutzzumfangs der Widerspruchsmarke an den von der angegriffenen Marke einzuhaltenden Abstand deutlich reduzierte, nur geringe Anforderungen zu stellen. Ausgehend von diesem Maßstab erweisen sich die Unterschiede der Marken als noch ausreichend, um der Gefahr von Verwechslungen im Sinne von § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG hinreichend entgegenzuwirken. Zwar ist nach der vorliegend maßgeblichen Warenkonstellation auch in bezug auf die angegriffene Marke mangels Festschreibung einer Rezeptpflicht im Warenverzeichnis uneingeschränkt auf die allgemeinen Verkehrskreise abzustellen (vgl auch BGH MarkenR 2002, 49, 51 – ASTRA/ESTRA-PUREN). Zu berücksichtigen ist aber auch insoweit, 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 zum geänderten Verbraucherleitbild BGH MarkenR 2002, 124, 127 - Warsteiner III; vgl ferner EuGH MarkenR 1999, 236, 239 unter 24. - Lloyd/Loints; EuGH MarkenR 2002, 231, 236 – Philips/Remington) und der insbesondere allem, was mit der Gesundheit zusammenhängt eine gestei-

gerte Aufmerksamkeit beizumessen pflegt (vgl BGH GRUR 1995, 50, 53 – Indo-rektal / Indohexal).

c) Die gut überschaubaren und einprägsamen Markennamen "Flo-re-na" und "Flo-se-ma" weisen zwar identische Anfangsilben, welche erfahrungsgemäß eher beachtet werden, und ein übereinstimmendes Vokalgerüst und damit eine beachtliche Nähe auf, unterscheiden sich jedoch dennoch wegen der geringen Anforderungen an den Markenabstand sowohl klanglich als auch im Schriftbild in jeder üblichen Schriebweise noch hinreichend durch die sowohl im Klang als auch in der Kontur der Buchstaben differierenden Anlaute bzw Buchstaben der zweiten Silbe "r" zu "s" (vgl auch im Ergebnis HABM MarkenR 2002, 448, 453 – Linderhof/Linden-hof).

d) Auch besteht keine Gefahr, dass der Verkehr die Zeichen gedanklich miteinander in Verbindung bringt und demselben Unternehmen zuordnet oder einen irgendwie gearteten wirtschaftlichen oder organisatorischen Zusammenhang vermutet oder für möglich erachtet, sei es unter dem Gesichtspunkt des Serienzeichens oder der unmittelbaren Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne (vgl hierzu zB BGH MarkenR 2000, 134, 136 – ARD-1; BGH MarkenR 2001, 459, 464 - Marlboro-Dach; BPatG GRUR 2002, 438, 440 – WISCHMAX/Max). Diese Art der Verwechslungsgefahr erfasst nämlich nicht jegliche gedanklich mögliche Verbindung und begründet keinen eigenen, über die markenrechtliche Verwechslungsgefahr hinausgehenden Verletzungstatbestand (EuGH GRUR 1998, 387, 389 Tz. 18 – Springende Raubkatze; BGH MarkenR 1999, 199, 201 - MONOFLAM/POLYFLAM; BPatG GRUR 2002, 438, 440 – WISCHMAX/Max; zum Aspekt des Serienzeichens vgl auch BGH GRUR 2002, 542, 543 – BIG; BPatG GRUR 2002, 345 – ASTRO BOY/Boy – jeweils mwH).

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

Ko