



BUNDESPATENTGERICHT

28 W (pat) 250/03

(AktENZEICHEN)

Verkündet am
31. März 2004

...

BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

betreffend die Marke 300 20 215

hat der 28. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 31. März 2004 unter Mitwirkung des Vorsitzenden Richters Stoppel, des Richters Paetzold und der Richterin Schwarz-Angele

beschlossen:

Auf die Beschwerde der Widersprechenden wird der Beschluss des DPMA - Markenstelle für Klasse 29 - vom 6. Mai 2003 aufgehoben.

Wegen des Widerspruchs aus der Marke 396 47 024 wird die Löschung der angegriffenen Marke 300 20 215 bezüglich der Waren „diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, hergestellt aus oder unter Verwendung von Stutenmilch“ angeordnet.

Die Beschwerden aus den Widerspruchsverfahren 395 18 081, 397 20 317 und 395 21 205 sind gegenstandslos.

Gründe

I.

Die Marke 300 20 215

BIOCURA

ist für die Waren:

KI 5: Diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke, hergestellt aus oder unter Verwendung von Stutenmilch

KI 29: Milch und Milchprodukte, insbesondere Stutenmilch und aus Stutenmilch hergestellte Milchprodukte

in das Markenregister eingetragen worden.

Die Inhaberin der rangälteren Marke 396 47 024



BIOCUR

hat dagegen Widerspruch erhoben. Diese Marke ist für folgende Waren eingetragen:

verschreibungspflichtige und/oder apothekenpflichtige pharmazeutische und veterinärmedizinische Erzeugnisse.

Die Widersprechende hat noch aus drei weiteren Marken, nämlich aus 395 18 081 (Biocur), 397 20 317 (Bioquur) und 395 21 205 (Biokur) Widerspruch eingelegt:

Die Markenstelle für Klasse 29 IR des Deutschen Patent- und Markenamts hat die Widersprüche mit der Begründung zurückgewiesen, zwar bestünde eine enge Warenähnlichkeit, das zusätzliche Wörtchen „a“ in der jüngeren Marke genüge aber angesichts der Kennzeichnungsschwäche von „Bio“ und „cur“ für eine sichere Unterscheidung.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Widersprechenden. In der mündlichen Verhandlung hat sie ihre Widersprüche auf die Waren der Klasse 5 beschränkt. Angesichts der deutlichen Warennähe hält sie den Abstand der Marken für nicht mehr ausreichend. Mit der Marke Biocur (395 18 081) und der hier maßgebenden Widerspruchsmarke würden im großen Umfang Arzneimittel gekennzeichnet. „Biocur“ sei das Unternehmenskennzeichen der Biocur Arzneimittel GmbH, einer Tochtergesellschaft der Widersprechenden. In den Jahren 1998 bis 2002 seien mit „Biocur“ pflanzliche und biologische Arzneimittel mit einem Jahresumsatz zwischen ... und ... EURO Umsatz gekennzeichnet worden.

Die Markeninhaberin hat an der mündlichen Verhandlung nicht teilgenommen und konnte sich zu diesem Sachvortrag nicht äußern, sie hat aber schriftsätzlich auf die Warenferne von „Stutenmilch“ und „apothekenpflichtigen Präparaten“ hingewiesen. Sie hält deshalb den patentamtlichen Beschluss für zutreffend.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss sowie auf den Akteninhalt Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig und hat – nach Beschränkung des Widerspruchs auf die Waren der Klasse 5 - vollumfänglich Erfolg. Wegen der erheblichen Waren- und Markennähe besteht hier Verwechslungsgefahr iSv § 9 Abs 1 Nr 2 MarkenG.

Eine Verwechslungsgefahr liegt vor, wenn die Gewichtung der Faktoren Warenähnlichkeit/-identität, Markenähnlichkeit/-identität und Schutzzumfang der Widerspruchsmarke zur Bejahung einer unzulässigen Beeinträchtigung der rechtlich schutzwürdigen Interessen der älteren Marke führt. Wegen der noch laufenden Benutzungsschonfrist bei der hier streitgegenständlichen Widerspruchsmarke 396 47 024 ist allein das Rollenverzeichnis maßgebend. Damit stehen sich die den

„diätetischen Erzeugnissen für medizinische Zwecke“ zugerechnete „Stutenmilch“ und ganz allgemein „apothekenpflichtige pharmazeutische Erzeugnisse“ gegenüber. Zwischen pharmazeutischen und diätetischen Erzeugnisse besteht in aller Regel engste Warenähnlichkeit, denn die Produkte beider Warengruppen können zur Heilung und Gesundheitsvorsorge verwendet werden (stRSpr, Richter/Stoppel Die Ähnlichkeit von Waren und Dienstleistungen, 12. Auflage, Seite 108: diätetische Erzeugnisse./Arzneimittel, engste Ähnlichkeit; diätetische Erzeugnisse./Melissengeist, engste Ähnlichkeit bis hin zur Identität; diätetische Erzeugnisse für medizinische Zwecke./Analgetika, enge Ähnlichkeit). Die seitens der Widersprechenden bestehende Apothekenpflicht kann dabei keinen maßgeblichen Warenabstand schaffen, denn gerade weil die „Stutenmilch“ der angegriffenen Marke als Diätetikum „medizinischen Zwecken“ dienen soll, zeigt sie ihren Anspruch ein Heilmittel zu sein, womit eine Begegnung der jeweiligen Waren in der Apotheke nicht nur möglich, sondern sogar wahrscheinlich ist. Stutenmilch wird als „Heil- und Pflegemittel“ beworben, wegen des hohen Vitamingehalts soll Stutenmilch auch einen effektiven Infektionsschutz bieten und für gute Durchblutung sorgen (Quelle: www.stutenmilch-online.de). Damit sind Überschneidungen zu pharmazeutischen Erzeugnissen gegeben. Angesichts dieser überaus großen Warennähe bedarf es entweder eines deutlichen Abstandes der Marken oder aber eines geringen Schutzzumfangs der Widerspruchsmarken um eine Verwechslungsgefahr zu verhindern. Beides liegt hier nicht vor.

Die Widerspruchsmarke deutet in ihrem Wortbestandteil BIOCUR darauf hin, dass die Waren für eine Kur nach biologischen Gesichtspunkten dienen sollen, sie nähert sich damit einer an sich schutzunfähigen im Vordergrund stehenden Sachaussage an. Allerdings hat die Widersprechende eine langjährige und recht umfangreiche Benutzung ihrer Marke vorgetragen. Die in der mündlichen Verhandlung überreichten Unterlagen belegen die Verwendung der Marke auf einer Vielzahl von Arzneimitteln für unterschiedliche Indikationen; diese Produkte werden auch in der Roten Liste geführt, was bedeutet, dass sie auf dem deutschen Markt gängig sind. Zudem hat die Widersprechende eine Reihe von Werbeanzeigen vor-

gelegt, die den Marktauftritt und die Bekanntheit des Zeichens belegen. Damit kann von einem Ausgleich der Beeinträchtigung der originär eher geringen Aussagekraft dieses Wortbestandteils ausgegangen werden. Insgesamt sind also die Anforderungen an den bei der vorliegenden großen Warennähe notwendigen deutlichen Abstand der Marken nicht herabgesetzt.

Die Gegenüberstellung der Worte „BIOCURA“ und „BIOCUR“ (der Wortbestandteil prägt die Widerspruchsmarke, denn der Bildbestandteil ist deutlich untergeordnet) zeigt die außerordentlich geringfügige Abweichung mit nur einem Buchstaben am Wortende, was ein Auseinanderhalten der Worte kaum möglich macht. Derartige überwiegende Gemeinsamkeiten bedürften besonderer Umstände, dass dennoch eine Verwechslungsgefahr verneint wird. Dazu zählten zB ein ohne weiteres erkennbarer abweichender Sinngelhalt einer der beiden Marken, oder ein besonders aufmerksamer fachkundiger Verkehr auf diesem Warengbiet, oder ein deutlich herabgesetzter Schutzzumfang des älteren Zeichens. Nichts davon ist aber hier gegeben, so dass eine Fehlzuordnung durch den Verbraucher, der die Marken ja nicht nebeneinander sieht, sondern sie in der Regel aus der Erinnerung heraus erkennt oder benennt, nahe liegt.

Die Beschwerde hat deshalb Erfolg.

Das Verfahren bezüglich der weiteren Widerspruchsmarken ist somit gegenstandslos.

Eine Kostenentscheidung war nicht veranlasst, § 71 Abs 1 Satz 2 Markengesetz.

Stoppel

Richter Paetzold hat Urlaub und kann daher nicht selbst unterschreiben.

Schwarz-Angele

Stoppel

Ko